

## **Autonomie und Freiwilligkeit (in) vs Vorrang, Verpflichtung und Anordnung der Mediation**

Statement zum Forum 3 „Empfehlen sich Regelungen zur Integration der Mediation in das bestehende Rechtsschutzsystem?“ auf der Mediationskonferenz des BMJV am 28.05.2021

*Prof. Dr. iur. Thomas Trenczek, M.A.*

In Deutschland mangelt es immer noch an einer über die verbale Unterstützung hinausreichende, tatsächliche Förderung der Mediation. Insbesondere fehlt es an einem niedrigschwelligen Zugang zu einem qualitativ hochwertigen außergerichtlichen Mediationsverfahren. Auch die bislang in § 278a ZPO geregelten Verweisungsmöglichkeiten scheinen in der Praxis nicht genutzt zu werden.

Ich begrüße die von Prof. Greger gemachten Vorschläge zur Förderung der Mediation für eine **gerichtsunabhängige Mediationskostenhilfe**<sup>1</sup>, diese sollte aber nicht nur auf Familienverfahren begrenzt sein. Darüber könnte ein (fachlichen Mindeststandards entsprechende!) Mediationsverfahren als Alternative/Option zur streitigen Konfliktbearbeitung durch weitere **ökonomische Anreize/Kostenregelungen** (über § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG hinaus) gefördert werden.

Zudem sollte man m.E. zumindest im Hinblick auf besonders schützenswerte Interessen zum Beispiel in familiengerichtlichen Streitsachen (zB Kindeswohl bei Trennung der Eltern) aber auch in anderen Konflikt- und Arbeitsfeldern (z.B. Arbeitsplatzkonflikte, B2B, ...) über eine **gesetzliche Verpflichtung zu einem Mediationsversuch** als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage nachgedacht werden, allerdings inhaltlich anders (gerade nicht beschränkt auf ökonomische Bagatellsachen) und weitergehend als die obligatorische außergerichtlichen Streit-schlichtung nach § 15a EGZPO.

Eines der Hauptmerkmale der Mediation ist die Anerkennung der **Selbstbestimmung** der Konfliktparteien (vgl § 1 Abs. 1 MediationsG; § 1 Abs. 1 ZivMediatG).<sup>2</sup> Die Parteien bestimmen Anfang und Ende des Mediationsverfahrens sowie Inhalt und Ziel der Mediation. Sie bestimmen, welchen Konfliktstoff sie thematisieren, wie viel Emotionen sie in die Konfliktklärung hineinlegen und welche inhaltlichen Optionen und Lösungen ihren Interessen entsprechen. Aus der Gewährleistung der Selbstbestimmung der Parteien im Verfahren zur Regelung und ggf Lösung von Konflikten zieht die Mediation ihre Legitimation und ihren emanzipatorischen Charakter.

Wenn von den Grundprinzipien der Mediation die Rede ist, findet sich zumeist auch der Begriff **Freiwilligkeit** (vgl Art. 3 a EU-Mediationsrichtlinie 2008; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2 MediationsG; § 1 Abs. 1 ZivMediatG), der allerdings diffus ist und auch in den Debatten nicht immer hinreichend operationalisiert wird.<sup>3</sup> Was genau beinhaltet Freiwilligkeit und auf welche Bereiche der Mediation bezieht sich der Begriff?

---

<sup>1</sup> Greger, R.: Geförderte Familienmediation in Berlin. Abschlussbericht zur Evaluierung des Projekts BIGFAM; Febr. 2020.

<sup>2</sup> Ebenso Greger et al. et al.: Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 38; Hagel in: Klo-weit/Gläßer (Hrsg.) Mediationsgesetz, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn 15.

<sup>3</sup> Trenczek et al. (Hrsg.); Kap. 1.1.3.2, [Handbuch Mediation und Konfliktmanagement](#), 2. Aufl. 2017.

Bei dem Begriff Freiwilligkeit geht es zunächst um die vom Rechtssystem geschützte (**innere**) **Entscheidungsfreiheit**. Der Autonomiegedanke erfordert unabdingbar die Freiheit, sich nicht einigen zu müssen. Diese im Hinblick auf einen möglichen Konsens geschützte (auf den Streitgegenstand bezogene) inhaltliche Freiheit ist für die Mediation konstitutiv. Ein Zwang zur Einigung (Kontrahierungszwang) ist der Mediation wesensfremd. Die Möglichkeit zum „NEIN“, zur Nichteinigung ist der Mediation, schon weil sie ergebnisoffen sein sollte, immanent. Nicht immer ist eine Einigung möglich, es gibt Konflikte, die lassen sich nicht lösen (sondern ggf. nur durch Dritte regeln), es gibt Beziehungen, die lassen sich nicht harmonisieren. Mediationsverfahren müssen daran „scheitern“ dürfen.<sup>4</sup> Mediation ist stets nur eine zusätzliche Option, im Rechtsstaat ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen.

Es ist allerdings umstritten, inwieweit der **Zugang zu Mediation** freiwillig sein muss („äußere Freiheit“) oder reglementiert werden darf. Nach § 1 Abs. 1 MediationsG ist die Mediation ein Verfahren, bei dem die Parteien eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. In einem gerichtlichen Streitverfahren kann man sich als Beklagter oder Angeklagter ohne Rechtsverlust nicht aussuchen, ob man sich dem Konflikt stellt. Demgegenüber sollen sich Mediator\*innen vergewissern, dass die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen (§ 2 Abs. 2 MediationsG).

Aber was heißt das genau? Bedeutet es, dass jemand von sich aus, aus eigenem Antrieb an einer Mediation teilnehmen muss? Die Durchführung eines Mediationsverfahrens ist in der Wahrnehmung und im Empfinden der Beteiligten in aller Regel kein ersehntes, freudiges Ereignis wie zB ein Treffen mit Freunden. Wer begibt sich schon gerne freiwillig in Konflikte? Einige Parteien nehmen am Mediationsverfahren teil, weil sie sich eine Lösung des Konflikts versprechen, in aller Regel nehmen sie aber aus einem Mangel an weniger schmerzhaften (Nichteinigungs-)Alternativen (sog. BATNA<sup>5</sup>) teil bzw aufgrund einer Abwägung der sozialen, ökonomischen oder rechtlichen Folgen einer Nichtbearbeitung bzw Drittscheidung. Insofern reduziert sich die Freiwilligkeit in aller Regel wohl in eine (**Teilnahme-)****Bereitschaft**, sich dem Konflikt zu stellen, die Option Mediation zu wählen und den Konflikt eigenverantwortlich zu lösen bzw zu regeln. Durch das Mediationsverfahren werden die Verfahrens- und Entscheidungsoptionen erweitert.

Ohne Zweifel unschädlich ist es, dass sich die (potenziellen) Konfliktparteien im Vorfeld – zB durch sog. ADR-Klauseln in (Arbeits-, Lieferungs-, ...)Verträgen oder eine Betriebsvereinbarung – zur Durchführung einer Mediation verpflichten.<sup>6</sup> Die **Selbstbestimmung** liegt in der Freiheit zur Selbstregulierung, also **Selbstverpflichtung**, am Mediationsverfahren teilzunehmen, ein ausgehandeltes Ergebnis einvernehmlich mitzutragen bzw die Möglichkeit zum „Nein“, sowohl im Hinblick auf ein Ergebnis bzw auch dem Fortgang des Verfahren.

Meines Erachtens wird die **äußere Freiheit** auch nicht wesentlich eingeschränkt, wenn das Verfahren von einem Dritten (sei es vom Gericht, dem Arbeitgeber etc.) *initiiert* wird, solange der Nichteinstieg in das bzw. der Ausstieg aus dem Mediationsverfahren nicht mit einem Rechtsverlust verbunden ist. Unter dieser Prämisse ist es wohl ganz h.M., dass ein gerichtlicher Vorschlag, eine einvernehmliche Regelung/Lösung des Konflikts über ein Mediationsverfahren zu erreichen (vgl. § 278a AB. 1 ZPO, § 36a Abs. 1 FamFG) nicht dem

---

<sup>4</sup>Zum Scheitern in der Mediation Letzel/Trenczek in Trenczek et al. (Hrsg.) Handbuch Mediation und Konfliktmanagement, 2. Aufl. 2017, Kap. 3.20.

<sup>5</sup>„Best alternative to a negotiated agreement“ (Fisher/Ury :Getting to Yes, 1981, 101 ff.).

<sup>6</sup>Zu den Einzelheiten s. Greger 2016, § 1 Rn 34; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2018, § 1 Rn. 14; im Hinblick auf Arbeitsplatzkonflikte Niedostadek ZKM 2014, 55 ff.

Freiwilligkeitsgrundsatz widerspricht. Wichtig ist, dass die Parteien ein Mediationsverfahren jederzeit sanktionslos – wiederum im Hinblick auf ihre Alternativen mehr oder weniger freiwillig – abbrechen können (opt- out-Prinzip).<sup>7</sup>

In den innerbetrieblichen Konfliktfällen – ein Bereich in denen Mediationsverfahren in Deutschland sehr häufig stattfinden – sollte man sich m.E. nicht so sicher sein, inwieweit es tatsächlich immer nur um eine Initiative und gut gemeinten Vorschlag des Arbeitsgebers handelt. Gleichwohl wird vertreten, dass ein vom Unternehmen bzw. Vorgesetzten gegenüber den Arbeitnehmer\*innen angeordnetes Mediationsverfahren vom Direktionsrecht nach § 103 GewO gedeckt sei.<sup>8</sup> Ich selbst vergewissere mich in solchen unternehmensinternen Mediationsverfahren, ggf. auch in Einzelgesprächen, dass die Beteiligten die Grundsätze der Mediation verstanden haben und sich nicht nur einem unvermeidlichen Zwang beugen, sondern in der Abwägung aller dafür und dagegen sprechenden Gründe sich letztlich tatsächlich (positiv) für eine Teilnahme am Mediationsverfahren entschieden haben.

Es ist der Mediation nicht wesensfremd, dass der Zugang zum Mediationsverfahren geregelt wird. So findet man insb. in manchen angelsächsischen Staaten die gesetzliche Verpflichtung eines obligatorischen bzw die Möglichkeit eines vom Gericht verbindlich angeordneten Mediationsverfahrens (*mandatory mediation*). Auch nach der Europäischen Mediationsrichtlinie (EU-RL 15003/5/07 REV 5 – 28.2.2008) steht es dem Freiwilligkeitsprinzip nicht entgegen, wenn eine Mediation von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet wird oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats sogar obligatorisch/vorgeschrieben ist.<sup>9</sup> Art. 5 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2008/52 gestattet es den Mitgliedstaaten, die Mediation als eine Zulässigkeitsvoraussetzung für Klagen vorzusehen, womit ihr aber kein zwingender Charakter zu komme. Auch wenn Art. 1 Satz 1 der Richtlinie 2013/11 den Ausdruck „auf freiwilliger Basis“ verwendet, sieht „sein Satz 2 für die Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit vor[sieht], die Teilnahme an AS-Verfahren verpflichtend vorzuschreiben, sofern diese Rechtsvorschriften die Parteien nicht an der Ausübung ihres Rechts auf Zugang zum Gerichtssystem hindern. Darauf hat der EuGH 2017 in der Entscheidung *Menini u. a./Banco Popolare Società*<sup>10</sup> ausdrücklich hingewiesen. Art. 5 Abs. 2 lasse nationale Rechtsvorschriften unberührt, nach denen die Inanspruchnahme der Mediation verpflichtend ist, sofern diese Rechtsvorschriften die Parteien nicht daran hindern, ihr Recht auf Zugang zum Gerichtssystem wahrzunehmen. Mithin bestehe die Freiwilligkeit der Mediation nicht in der Freiheit der Parteien, dieses Verfahren in Anspruch zu nehmen oder nicht, sondern darin, dass „die Parteien selbst für das Verfahren verantwortlich sind und es nach ihrer eigenen Vorstellung organisieren und jederzeit beenden können“. Daher kommt es nicht auf den verpflichtenden oder freiwilligen Charakter der Mediationsregelung, sondern auf den Umstand an, dass das Recht der Parteien auf Zugang zum Gerichtssystem gewahrt bleibt.<sup>11</sup>

In Deutschland kann derzeit ein Mediationsverfahren von den Gerichten noch nicht angeordnet werden. In familiengerichtlichen Verfahren kann aber das Gericht in Scheidungs- und

---

<sup>7</sup>Greger et al. 2016 § 1 Rn 32; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2018, § 1 Rn 14; Niedostadek ZKM 2014, 57.

<sup>8</sup> Dendorfer/Krebs Konfliktodynamik 2012, 212 (214); Hagel in: Kloweit/Gläßer 2018, § 1 Rn. 14.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2008/52: „Diese Richtlinie lässt nationale Rechtsvorschriften unberührt, nach denen die Inanspruchnahme der Mediation vor oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens verpflichtend oder mit Anreizen oder Sanktionen verbunden ist, sofern diese Rechtsvorschriften die Parteien nicht daran hindern, ihr Recht auf Zugang zum Gerichtssystem wahrzunehmen.“

<sup>10</sup> EuGH vom 14.06.2017 - C-75/16 *Menini u. a./Banco Popolare Società*, Rn 48 f

<sup>11</sup> EuGH vom 14.06.2017 - C-75/16 *Menini u. a./Banco Popolare Società*, Rn 51.

Folgesachen bislang lediglich (aber immerhin) nach § 135 FamFG anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation (nicht die Mediation selbst) bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.<sup>12</sup> Zudem kann die Verweigerung einer Mediation in Familienverfahren selbst im Obsiegen in der Streitsache durchaus zu negativen Kostenentscheidungen führen, wenn sich die Beteiligten ohne vernünftigen Grund einer außergerichtlichen, einvernehmlichen Regelung entzogen haben (§ 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG). Hier von scheint die Praxis ungeachtet der soll-Regelung<sup>13</sup> bislang aber kaum Gebrauch zu machen. Hier wie auch in § 91 ZPO für das allgemeine Zivilverfahren empfiehlt sich deshalb eine klare, verbindliche Regelung, die den Vorrang der Mediation/ADR-Verfahren zumindest kostenregelnd deutlich macht. Nach wohl ganz h.M. verstößt es nicht gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit, wenn durch das Gesetz an die Nichteinleitung bzw. Nicht-Nutzung eines Mediationsverfahrens für die Beteiligten negative Rechtsfolgen geknüpft werden, z.B. Unzulässigkeit der Klage oder Kostennachteile. Zwar entsteht durch diese Regelung wieder ein Entscheidungsruck, dieser ist allerdings unschädlich, solange die Möglichkeit besteht, das Mediationsverfahren jederzeit ohne Nachteile beenden zu können.<sup>14</sup>

Nach meiner Ansicht widerspricht auch eine **gesetzliche Verpflichtung zu einem Mediationsversuch** bei einer sorgfältigen Abwägung der betroffenen Interessen – so ist das Kindeswohl deutlich höher zu bewerten als die Selbstbestimmung sich trennender Eltern – nicht den Wesensmerkmalen der Mediation, solange die Freiheit, sich nicht einigen zu müssen, gewahrt bleibt. Nicht jeder Streit muss immer sofort vor Gerichten ausgetragen werden. Das BVerfG hat mit Nachdruck auf den **Vorrang einvernehmlicher Regelungen** hingewiesen: *„Eine zunächst Streitige Problemlage durch eine einvernehmliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber der richterlichen Streitentscheidung.“*<sup>15</sup> Im Hinblick auf den Autonomiegedanken der Mediation wie auch im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip ist entscheidend, dass Konfliktparteien letztlich nicht daran gehindert werden, den Rechtsweg vor ein staatliches Gericht zu beschreiten.

Mag die „äußere“ Freiwilligkeit zur Mediation – sei es durch gesetzliche Regelungen, dem ökonomischen Druck oder mangels anderer Alternativen – mitunter begrenzt sein, im Mediationsverfahren darf kein Zwang herrschen („innere Freiwilligkeit“), vielmehr müssen die Mediatoren einen möglichst „**herrschaftsfreien Diskurs**“<sup>16</sup> und selbstbestimmte Entscheidungen sicherstellen. Selbstbestimmte Entscheidungen kann nur treffen, wer über die Alternativen informiert ist. Das betrifft das Konfliktregelungsverfahren ebenso wie ein Ergebnis im Hinblick auf den Konfliktgegenstand. Konfliktparteien sollten deshalb über ihre Nichteinigungsalternativen gut informiert und (ggf rechtlich) beraten sein.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Ausführlich hierzu Trenczek, Einvernehmliche Regelungen in Familiensachen - Neue Anforderungen durch das FamFG; Familie, Partnerschaft, Recht 2009, S. 335 ff.

<sup>13</sup> Im Verwaltungsrecht der Behörden heißt „soll“ eigentlich „müssen“, es sei denn man darf in ganz atypischen Fällen ausnahmsweise dürfen (Ermessen); hierzu Trenczek et al. Grundzüge des Rechts, 5. Aufl. 2018, Kap. I-3.4.1, S. 149.

<sup>14</sup> Greger et al. 2016, § 1 Rn 35; Niedostadek ZKM 2014, 57.

<sup>15</sup> BVerfG 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, Rn 35.

<sup>16</sup> Habermas J.: Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bände, Frankfurt a.M. 1981.

<sup>17</sup> Die (rechtliche) Beratung ist nicht die Aufgabe der Mediatoren, wohl aber die reflexive Thematisierung der Nichteinigungsalternativen (sog. BATNA) mit den beteiligten Konfliktparteien.

-----

These (Kurzfassung)

In Deutschland mangelt es immer noch an einer über die verbale Unterstützung hinausreichende, tatsächliche Förderung der Mediation. Insbesondere fehlt es an einem **niedrigschwelligen Zugang** zu einem qualitativ hochwertigen außergerichtlichen Mediationsverfahren. Auch die bislang in § 278a ZPO geregelten Verweisungsmöglichkeiten scheinen in der Praxis nicht genutzt zu werden. Über die Einführung einer **gerichtsunabhängigen Mediationskostenhilfe** könnte ein (fachlichen Mindeststandards entsprechendes!) Mediationsverfahren als Alternative/Option zur streitigen Konfliktbearbeitung durch weitere **ökonomische Anreize/Kostenregelungen** (über § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG hinaus) gefördert werden. Zudem sollte man m.E. zumindest im Hinblick auf besonders schützenswerte Interessen zum Beispiel in familiengerichtlichen Streitsachen (zB Kindeswohl bei Trennung der Eltern) aber auch in anderen Konflikt- und Arbeitsfeldern (z.B. Arbeitsplatzkonflikte, B2B, ...) über eine **gesetzliche Verpflichtung zu einem Mediationsversuch** nachgedacht werden, allerdings inhaltlich anders und weitergehend als die obligatorische außergerichtlichen Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO.

---

(Ausführliche bibliographische Angaben in Trenczek et al. (Hrsg.) [Handbuch Mediation und Konfliktmanagement](#), 2. Aufl. 2017)