

Die Mediationsklauseln in den ARB der Rechtsschutzversicherer

Beatrix Wolfer, LL.M.

Rechtsanwältin, Mediatorin,

Testamentsvollstreckerin

Blumenstraße 17

70182 Stuttgart

Tel.: 0711 / 21728290

Fax: 0711 / 21728299

info@anwaltskanzlei-wolfer.de

www.anwaltskanzlei-wolfer.de

Abstract

Die Mediation ist Thema. In der wissenschaftlichen Literatur, in Kolloquien und im Ausbildungssektor ist sie sogar ein hochaktuelles Thema.

Obwohl sich die tatsächliche Nachfrage nach Mediation im Verhältnis zum theoretischen Überbau noch verhält wie David zu Goliath, gibt es Veränderungen an der Basis.

So wird die Mediation explizit erwähnt im neuen FamFG. Im Regierungsentwurf zu dem geplanten Mediationsgesetz wird Mediation definiert und der Weg geebnet für die umstrittene gerichtliche Mediation. Auch die Rechtsschutzversicherer haben die Mediation zum Thema gemacht und in ihre ARB Mediationsklauseln aufgenommen. Diese Arbeit geht der Frage nach, ob diese Mediationsklauseln in der Lage sind, die Mediation als methodisches Verfahren in die Streitkultur zu implementieren. Nach einer Einleitung über den Stand der Mediation in Deutschland, definiert diese Arbeit zu Beginn den thementrägenden Begriff der Mediation, beleuchtet dann die Hintergründe der Mediationsklauseln der Rechtsschutzversicherer und analysiert deren Inhalt und Auswirkungen. Im Anschluss macht die Verfasserin Reformvorschläge zur Formulierung der Mediationsklauseln in den ARB.

Mediation is the topic of the day. In scholarly literature, in colloquia and in the education sector it has become a top issue.

Although the current demand for mediation in relation to the theoretical superstructure might be compared with the relation of David and Goliath, fundamental changes have occurred. For example mediation is explicitly mentioned in the new FamFG (German Family Court Proceedings Act and Act on Voluntary Jurisdiction). In the government draft of the planned mediation law, mediation is defined, paving the way for the controversial court mediation. The legal expenses insurers have also made mediation a topic and included mediation clauses in their ARB (General Conditions Governing Legal Expenses Insurance). This study pursues in particular the question of whether these mediation clauses are able to implement mediation as a method of handling disputes. After an introduction on the status of mediation in Germany, this study first defines the concept of mediation and then examines the background of the mediation clauses of the legal expenses insurers and analyses their contents and effects. The author follows up with proposals for reform of the wording of the mediation clauses in the ARB.

Inhaltsverzeichnis

Abstract		ii
Abkürzungsverzeichnis		v
1	Einleitung	1
1.1	Mediation ist Thema	1
1.2	Ziel der Arbeit und Problemstellung	4
1.3	Gang der Untersuchung und Forschungskonzept	5
2	Was ist Mediation?	6
2.1	Definition	6
2.2	Verfahrensablauf	12
2.3	Verfahrensgrundsätze	12
2.4	Vorzüge und Nachteile der Mediation	14
2.5	Rechtliche Einordnung der Mediation	15
2.5.1	Mediation als	15
2.5.2	Mediation als Vertragsgestaltung	16
2.6	Abgrenzung zu anderen außergerichtlichen Konfliktinterventionen	18
2.7	Gesetzliche Grundlagen	19
3	Rechtsschutzversicherer und Mediation	21
3.1	Einleitung	21
3.2	Gehört die Mediation zu den Aufgaben der Rechtsschutzversicherer?	22
3.3	Die Mediationsklauseln im Einzelnen	23
3.3.1	Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes	25
3.3.2	Definition der Mediation (§ 5a Abs.1 S.1 ARB-GdV)	25
3.3.3	Durchführung des Mediationsverfahrens (§ 5.a Abs.1 S.2 ARB-GdV)	27
3.3.3	a) Vermittlung	28
3.3.3	b) Mediator	32
3.3.4	Sachlicher Anwendungsbereich der Mediationsklauseln (§ 5 a Abs.2 ARB-GdV)	39
3.3.5	Örtlicher Anwendungsbereich der Mediationsklauseln (§ 5 a Abs.1 S.2 ARB-GdV)	40
3.3.6	Die Kosten der Mediation (§ 5 a Abs.3 ARB-GdV)	41

3.3.7	Enthftung für die Tätigkeit des Mediators (§ 5 a Abs.4 S.1 ARB-GdV)	43
3.4	Empirischer Teil: Befragung der Rechtsschutzversicherer	44
3.4.1	Ergebnisse der Befragung	45
3.4.1	a) Aufnahme der Mediation in die ARB	45
3.4.1	b) Annahme der Klauseln durch die Versicherungsnehmer	46
3.4.1	c) Gründe für die geringe Nachfrage	46
3.4.1	d) Praktische Durchführung der Mediationen	46
3.4.1	e) Zahlen	47
3.4.1	f) Weitere Entwicklung	48
3.4.1	g) Einfluss der Rechtsanwälte	48
3.4.2	Bewertung der Befragungsergebnisse	49
3.4.2	a) Die Shuttle-Mediation	49
3.4.2	b) Die vertragliche Verpflichtung zur Mediation	50
3.4.2	c) Die Rechtsanwälte als Schnittstelle	54
4	Zusammenfassung und Bewertung	56
4.1	Antworten auf die Untersuchungsfragen	56
4.1.1	Die Rechtsschutzversicherer als Weichensteller	56
4.1.2	Die Mediationsklauseln	56
4.1.3	Praxis der Mediation	57
4.2	Resümee	57
4.3	Weitere Forschungen	58
4.4	Reformvorschlag zu den Mediationsklauseln (angelehnt an § 5 a ARB-GdV)	58
	Quellenverzeichnis	60

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ARB	Allgemeine Rechtsschutz Bedingungen
BAFM	Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BM	Bundesverband Mediation
BMTA	Bundesverband Mediation in Wirtschaft und Arbeit
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRK	Bundesrechtsanwaltskammer
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
EU-Richtlinie	Europäische Richtlinie
e.V.	Eingetragener Verein
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GdV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GG	Grundgesetz
LG	Landgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
MediationsG Verfahren	Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer der außergerichtlichen Konfliktbeilegung
OLG	Oberlandesgericht
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
RR	RechtsprechungsReport
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Satz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

1 Einleitung

1.1 Mediation ist Thema

„Die Streitzeit ist vorbei.“ So lautet der Titel eines Mediationshandbuches von Reiner Ponschab und Adrian Schweizer aus dem Jahr 2004.¹ Darin stellen die Verfasser die Diagnose, dass „bis auf wenige Ausnahmen grundsätzlich alle Konflikte für die Mediation geeignet sind“² und Josef Duss-von Werdt spricht in seinem Buch „homo mediator“ von der „magnetischen Kraft der Mediation“³ und davon, dass die Mediation ein Standpunkt sei und letztendlich eine Lebenseinstellung.⁴

Unabhängig davon, ob man diese Ansichten teilt, ist festzustellen, dass die Mediation Thema ist.

Die Mediation hat in Deutschland in den letzten 15 Jahren einen erstaunlichen Bekanntheitsgrad erreicht, womit die Zeiten, in denen Mediation nachhaltig mit Meditation verwechselt wurden, vorbei sein dürften. Als die Mediation in Deutschland noch in ihren Anfängen lag, tummelten sich auf dem Markt in erster Linie Anbieter von Ausbildungen für Mediatoren, die die Mediation als das Geschäftsfeld der Zukunft, insbesondere auch für Rechtsanwälte,⁵ anboten und die sich auch immer intensiv damit zu beschäftigen hatten, woher die ausgebildeten Mediatoren ihre Medianten bekommen. Die Nachfrage war praktisch bei Null. Einzig Familien- und Nachbarschaftsstreitigkeiten schienen für die Mediation geeignet, weshalb die institutionellen Beratungsstellen die Mediation bei Familien- und Kindschaftsstreitigkeiten schon sehr früh einsetzten.

Dann begann jedoch zuerst etwas Verhalten, dann intensiver, die Verbreitung der Mediationsidee. Zwischenzeitlich gibt es sehr viel Literatur zu diesem Thema und auch die Rechtsprechung hat sich um die Bewertung und Positionierung der Mediation und anderer außergerichtlicher Konfliktlösungsverfahren bemüht. So erklärt das

¹ Ponschab / Schweizer S. 1

² Vgl. Ponschab / Schweizer, S. 257 ff.

³ Duss – von Werdt, S. 14

⁴ Vgl. Duss – von Werdt, S. 266 f.

⁵ Die Nennung von Berufsbezeichnungen erfolgt nicht geschlechtsspezifisch. Die Verfasserin hat sich wegen der besseren Lesbarkeit des Textes entschlossen, die jeweils männliche (weil kürzere) Form zu verwenden. Natürlich sind immer auch Rechtsanwältinnen, Mediatorinnen, Versicherungsnehmerinnen etc. gemeint.

Bundesverfassungsgericht: „Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einvernehmliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber der richterlichen Streitentscheidung.“⁶ Der BGH konstatiert: „Die Mediation ist kein eigenständiges Rechtsgebiet, sondern eine alternative Art der Konfliktlösung.“⁷

Manche bekannte öffentliche Verhandlung wurde unter der Flagge der Mediation erfolgreich geführt, wie z. B. das Mediationsverfahren betreffend des Wiener Flughafens über dessen Ausbaupläne und der daraus folgenden Beeinträchtigung der Anwohner.⁸ In diesem Zusammenhang ist auch die aufsehenerregende Streitintervention durch Richterin Dr. Kohlschitter im Streit zwischen der Lufthansa und der Pilotenvereinigung Cockpit zu nennen. Frau Dr. Kohlschitter, die die zerstrittenen Parteien in wenigen Stunden zu einem dahingehenden Konsens führte, dass die Piloten ihren Streik beendeten, äußerte in einem Interview: „In diesem Verfahren sah ich mich als Mediatorin.“⁹

Auch im wirtschaftlichen Bereich hat die Mediation Einzug gehalten. So gibt es beispielsweise seit dem 01.01.2010 eine Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL Bau),¹⁰ nach der die Parteien die Wahl haben zwischen den vier Streitlösungsverfahren: Mediation, Schlichtung, Schiedsgericht und Adjudication.¹¹ Diese Streitlösungsordnung trägt der Erkenntnis Rechnung, dass Bauvorhaben sehr konfliktträchtig und Alternativen zum Gerichtsverfahren erforderlich sind.

Auf dem 67. Deutschen Juristentag in Erfurt 2008 war Mediation ebenfalls ein Thema. Es wurden etliche Beschlüsse gefasst, insbesondere zum Berufsrecht und der Tätigkeit der Mediatoren.

Die gerichtliche Mediation, also die Mediation nach Anhängigkeit einer Rechtssache beim Gericht durch Richter, wurde in verschiedenen Bundesländern als Pilotprojekt eingeführt und ist äußerst erfolgreich, wenn auch in Anwaltskreisen nicht unumstritten.¹²

⁶ BVerfG, Urteil vom 14.02.2007 Randziffer 35 - 1 BvR 1251/01 -

⁷ BGH, Urteil vom 01. Juli 2001, Vgl. NJW 2002,1948 ff. Zur rechtlichen Einordnung der Mediation unten näher 2.5

⁸ Ausführlich unter www.viemediation.at, recherchiert am : 16.07.2011, 20.05 Uhr

⁹ Handelsblatt vom 23.02.2010 , recherchiert über: www.Handelsblatt.com, Suchbegriff: Kohlschitter,

recherchiert am : 25. 06.2011, 10.00 Uhr

¹⁰ Abrufbar unter : www.baurecht-ges.de, recherchiert am : 25.06.2011, 10.30 Uhr

¹¹ Unter Adjudication (oder: Adjucation) versteht man eine ad hoc Baustellenschlichtung durch einen

Experten, dessen Entscheidung nur vorläufig ist. Vgl. Oberndorfer, S. 160 f.

¹² Vgl. Koch (2009), S. 107

Das als Regierungsentwurf vorliegende neue MediationsG¹³ hat sich u.a. zum Ziel gesetzt, die Mediation zu fördern.

Dieser kleine Ausschnitt aus der Fülle der Aktivitäten zum Thema Mediation zeigt, dass „die Mediation in der deutschen Rechtspraxis und Rechtskultur angekommen ist“.¹⁴

Daneben stehen, etwas unscheinbar, die potenziellen Nutzer der Mediation, die Privatpersonen und Unternehmen, die die Mediation in Anspruch nehmen sollten, es aber nicht tun.

Eine Statistik über die Anzahl der pro Jahr vorgenommen Mediationen gibt es nicht, da diese im Gegensatz zu Gerichtsverfahren nicht öffentlich sind, sondern gerade im privaten Bereich stattfinden und nach einem wichtigen Verfahrensgrundsatz der Mediation ja sogar vertraulich sind. Es ist deshalb sehr schwierig, Angaben über Zahlen und Fakten zu machen. Allgemein wird Klage erhoben über die noch sehr schleppende Nachfrage nach Mediationen. Die Verfasserin kann auch aus ihrer eigenen Praxis als Rechtsanwältin und Mediatorin sagen, dass es sehr viele Mediatoren-Kollegen gibt, die sehnsüchtig auf Mediationsaufträge warten und diese auch bewerben, aber keinerlei Nachfrage zu verzeichnen haben.

Eine Studie von PriceWaterhouseCoopers in Zusammenarbeit mit der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder) aus dem Jahr 2005 zeigt, dass Unternehmen zwar außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren als äußerst positiv und wirkungsvoll einstufen, dies aber nicht ihrem tatsächlichen Vorgehen im Konfliktfall entspricht, d. h. die tatsächliche Konfliktbearbeitungspraxis läuft ab nach dem bekannten Verhaltensmuster: Konflikt → (gescheiterte) Verhandlungen → Gericht.¹⁵

Die Nachfrageproblematik tritt nicht nur bei Unternehmen auf, sondern auch im Bereich der Konfliktlösung durch Privatpersonen. Der Begleitforschung der institutionellen Beratung in Familiensachen ist zu entnehmen, dass auch hier die Nachfrage nur als „gering bis mittel“ eingestuft wird.¹⁶

Die Gründe für die mangelnde Nachfrage sind nicht vollständig beforscht. So werden die mangelnde Bekanntheit der Mediation, die Trägheit eingefahrener

¹³ Vollständig : Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BT-Drucksache 17 / 5335

¹⁴ Prütting (2009), S. 99

¹⁵ Vgl. Studie Commercial Dispute Resolution, S. 4 ff.

¹⁶ Vgl. Evaluation, S.5

Verhaltensmuster im Konfliktfall, der Widerstand von Gruppen beratender Berufe und die Kostenbelastung aufgeführt.¹⁷

Tatsächlich werden Mediationsverfahren in kostenrechtlicher Hinsicht im deutschen Recht nicht favorisiert, da für ein Mediationsverfahren keine Prozesskostenhilfe gewährt wird¹⁸ und die von den Gerichtskosten abgedeckte gerichtliche Mediation erst zum Tragen kommen kann, wenn die Angelegenheit rechtshängig gemacht wurde.

Es wird noch vieler verschiedener empirischer Studien bedürfen, um die tatsächlichen Gründe für die mangelnde Nachfrage nach Mediation, insbesondere das Auseinanderfallen zwischen theoretischer Überzeugung und praktischer Anwendung zu erforschen.

Die Diskussion um die Nutzungshindernisse für Mediation: mangelnde Bekanntheit und Kostenbelastung, könnte aber durch die Tatsache, dass die Rechtsschutzversicherer die Mediation ebenfalls zu ihrem Thema gemacht¹⁹ und seit einigen Jahren Mediationsklauseln in ihre ARB (Allgemeine Rechtsschutz Bedingungen) aufgenommen haben, zumindest in Bezug auf den rechtsschutzversicherten potenziellen Medianten, eine Wendung erfahren. Diese Mediationsklauseln in den ARB der Rechtsschutzversicherer sind das Thema der vorliegenden Arbeit.

1.2 Ziel der Arbeit und Problemstellung

Ziel der Arbeit ist es, die Beziehung zwischen Rechtsschutzversicherern und Mediation näher zu beleuchten. Zum einen sollen die Praxis und die Intention der Rechtsschutzversicherer in Bezug auf Mediation offen gelegt werden, zum anderen sollen die Mediationsklauseln in den ARB einer juristischen Analyse und Bewertung unterzogen werden und es sollen auch Rechtsanwälte in den Stand versetzt werden, ihre Mandanten bei Fragen im Zusammenhang von Rechtsschutzversicherungen und Mediation zu beraten.

Die zentrale Problemstellung der Arbeit lautet: Sind die Mediationsklauseln in den ARB der Rechtsschutzversicherer lediglich ein Zugeständnis an rechtspolitisch erwünschte Tendenzen oder sind sie in der Lage, die Implementierung der Mediation in die deutsche Streitkultur zu fördern?

¹⁷ Vgl. Evaluation, S.5

¹⁸ OLG Dresden, Beschluss vom 08.10.2006 - 20 WF 0739/06 – LS. Dies gilt nicht, wenn das Gericht

die Mediation anordnet. (siehe hierzu: AG Eilenburg 2 F 168/07)

¹⁹ Vgl. hierzu Hellberg / Wendt, S. 21 ff.

Um sich dieser zentralen Problemstellung anzunähern, sollen folgende Fragen durch die Arbeit führen:

1. Stellen die Rechtsschutzversicherer einflussreiche Weichensteller dar, in Bezug auf die Entscheidung des Versicherungsnehmers, eine außergerichtliche oder eine gerichtliche Streitbeilegung anzugehen?
2. Wie sehen die Mediationsklauseln der Rechtsschutzversicherer konkret aus und wie sind sie zu bewerten?
3. Wie sieht die Praxis der Rechtsschutzversicherer in Bezug auf Mediation konkret aus und wie ist diese einzuordnen?

1.3 Gang der Untersuchung und Forschungskonzept

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile.

Teil 1 beschäftigt sich mit der Mediation als zurzeit hochaktuellem Thema und der Diskrepanz zwischen der theoretischen Beschäftigung mit der Mediation und der praktischen Anwendung, insbesondere hinsichtlich der noch immer mangelnden Nachfrage durch Private und Unternehmen.

Teil 2 dient der Definition des themenrelevanten Begriffes Mediation, führt in die Verfahrensgrundsätze, die Vor- und Nachteile der Mediation und in ihre rechtliche Einordnung ein und beschäftigt sich mit dem Stand der Implementierung der Mediation in gesetzlichen Regelungen. In diesem Teil beschäftigt sich die Verfasserin auch kurz mit dem Konfliktbegriff und den verschiedenen Konflikttheorien.

Der dritte Teil der Arbeit, der den Schwerpunktteil darstellt, widmet sich den Rechtsschutzversicherern und ihrer Beziehung zur Mediation. Nach der Klärung der Frage, ob die Mediation zu den Aufgaben der Rechtsschutzversicherer gehört, werden die Mediationsklauseln in den ARB der Rechtsschutzversicherer im Hinblick auf ihren Inhalt und ihre Wirkungen analysiert. Hier erfolgt auch eine Bewertung der Mediationsklauseln hinsichtlich ihrer Kongruenz zu gesetzlichen Erfordernissen und / oder zu den Erfordernissen, die sich aus dem Mediationsverfahren selbst ergeben. Zu diesem Zweck hat die Verfasserin die Mediationsklauseln in den ARB einzelner Versicherer einer Analyse unterzogen. Der Frage nachgehend, ob die Rechtsschutzversicherer eine Weichenstellung innehaben könnten in Bezug auf die Entscheidung des Versicherungsnehmers im Rechtsschutzfall eine gerichtliche oder außergerichtliche Streitbeilegungsform zu wählen und zum näheren Verständnis der

sich aus den ARB nicht ergebenden Verhaltensweisen der Rechtsschutzversicherer im Hinblick auf die Durchführung der Mediationsverfahren, hat die Verfasserin die Textanalyse um telefonische Interviews jeweils eines zuständigen Mitarbeiters verschiedener Rechtsschutzversicherer ergänzt. Die Befragung erfolgte anhand eines von der Verfasserin erstellten Leitfadens. Die Zusammenfassung der Antworten und die Bewertung einiger neuer, durch die Befragung aufgetretener Themenbereiche, sind unter 3.4.1 und 3.4.2 dieser Arbeit enthalten.

Im 4. Teil wird eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse präsentiert, es werden die Antworten auf die Untersuchungsfragen formuliert und die Verfasserin macht einen Reformvorschlag zu den derzeit in den ARB verwendeten Mediationsklauseln.

2 Was ist Mediation?

2.1 Definition

Der Begriff Mediation kommt aus dem Englischen und wird ursprünglich hergeleitet von dem lateinischen Wort „mediare“ d.h. vermitteln, aushandeln. Mediation ist ein Verfahren, das zu der in Amerika in den letzten Jahrzehnten sich stürmisch entwickelnden „Alternative Dispute Resolution“ (ADR) gehört.²⁰

ADR ist ein Sammelbegriff für unterschiedliche außergerichtliche Verfahren zur Konfliktlösung,²¹ deren Gemeinsamkeit darin liegt, dass die Konfliktintervention nicht durch einen „autoritativen Streitentscheid“²² stattfindet, sondern das Ziel eine konsensuale Lösung ist. Die Mediation ist ein Verfahren aus der ADR, bei der die Streitparteien vollständig ihre Privatautonomie behalten und selbst mit Hilfe eines neutralen und unparteiischen Dritten eine Lösung für ihren Konflikt suchen. Wichtig ist, dass der Dritte keine eigene Entscheidungskompetenz hat, sondern die Parteien bei ihrer Entscheidungsfindung lediglich unterstützt.

Hier stellt sich die Frage, weshalb die Streitparteien überhaupt einen Mediator benötigen, da sie doch aufgrund ihrer Privatautonomie über (fast) alles selbst verhandeln können.

²⁰ Vgl. Risse, S.5 ff.

²¹ Ausführlich hierzu : Breidenbach, S. 13 ff.

²² Risse, S.5

Diese Frage führt gerade zu dem Kernpunkt der Problematik. Sehr häufig sind Konflikte schleichend, d. h. sie beginnen mit einer Meinungsverschiedenheit, Gespräche finden statt, die Meinungsverschiedenheit bleibt. Die Parteien positionieren sich, oft unter Zugrundelegung entsprechender Vertrags- oder Rechtsnormen. Ein Konflikt ist entstanden. Die Verhandlungen der Streitparteien führen zu keiner Lösung des Konflikts, sondern stellen nur die eigenen Positionen ins grelle Licht, d. h. bei fast allen Konflikten haben vor einer Einschaltung eines Mediators bereits Verhandlungen stattgefunden, die aber nicht zu einer Konfliktlösung, sondern zu einer Konfliktverhärtung führten. Es gibt eine große Anzahl Literatur zur Interaktion der streitenden Parteien auf ihren eigenen Konflikt. Nach den Grundprinzipien des so genannten Harvard-Konzepts führen die Verhandlungen und Lösungsversuche der Parteien deshalb zu keiner Lösung, weil die Parteien falsch verhandeln, d. h. durch Positionsgerangel unkluge Einigungen erzielen, ihre künftigen Beziehungen opfern und sich insgesamt äußerst ineffizient verhalten.²³ Sie sind im Verhandlungsdilemma. Das bedeutet, dass bei der ausschließlich auf die Durchsetzung eigener Interessen fixierten Verhandlung genau dadurch die im beiderseitigen Interesse liegende Lösung verhindert wird.²⁴ Durch die selbst geführten Verhandlungen geraten die Parteien häufig immer weiter in das Verhandlungsdilemma hinein.

Aus dem Verhandlungsdilemma heraus gibt es nur drei Lösungsmöglichkeiten: den unbefriedigenden Verzicht auf die eigene Forderung, den Gang zum Gericht, der in vielen Fällen auch als unbefriedigend empfunden wird und als dritte Möglichkeit ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren. Zu diesen gehört die Mediation. Die Mediation setzt nicht darauf, dass ein außergerichtlicher Schiedsrichter entscheidet oder der Sachverhalt bewertet wird, wie dies bei Schiedsgutachten oder Schlichtungen der Fall ist, sondern die Mediation setzt auf „integratives Verhandeln“.²⁵ Dies bedeutet, dass sich die Streitparteien kooperativ begegnen und in Gesprächen darstellen, welche Wünsche und Bedürfnisse sie haben. Die Mediation ist ein Kooperationsmodell. Dadurch birgt sie unstreitig auch Gefahren. Jeder, der einen Anderen über seine wahren Absichten informiert, hat Angst übervorteilt oder ausgenutzt zu werden. Dieses Risiko muss akzeptiert und im Verhältnis zu dem möglichen, optimalen Ergebnis abgewogen werden.

²³ Vgl. grundlegend: Fisher / Ury / Patton, S. 27 ff

²⁴ Vgl. Risse, S. 69 ff.

²⁵ Eidenmüller (1997), S. 49

Grunderfordernis für eine Mediation ist, dass die Parteien einen Konflikt haben. Die Verfasserin möchte im Folgenden einen kurzen Überblick über den Begriff des Konflikts geben.

Es existiert sehr viel Literatur zum Begriff des Konflikts. So werden teilweise die Begriffe Konflikt und Streit unterschiedlich definiert.²⁶ In etlichen Definitionen liegt der Schwerpunkt auf dem Gegensatz zwischen den Zielen der Parteien,²⁷ wobei manche Autoren noch Verhaltensgegensätze für erforderlich halten. Ideologen haben ihre eigenen Konfliktdefinitionen (nach Marx beispielsweise sind Konflikte Interessensgegensätze zwischen sozialen Klassen) und Soziologen haben ihre eigenen Konfliktdefinitionen. So hält Walter Bühl die Definition des Konflikts als Interessensgegensatz für unsinnig, da ein „objektives Interesse“ nicht definiert werden könne und Konflikte deshalb über ihre Konfliktlösungsstrategien definiert werden müssten.²⁸

Friedrich Glasl hat einen weiten Konfliktbegriff geschaffen, der von etlichen Autoren²⁹ und auch dem österreichischen Mediationsgesetz zugrunde gelegt wurde.³⁰

Danach ist ein Konflikt eine Interaktion zwischen Aktoren, wobei wenigstens ein Akteur eine Differenz im Denken / Vorstellen / Wahrnehmen und /oder Fühlen und /oder Wollen mit einem anderen Akteur in der Art erlebt, dass beim Verwirklichen dessen, was der Akteur denkt, fühlt oder will, eine Beeinträchtigung durch einen anderen Akteur erfolgt.³¹

Zu erwähnen ist, dass der Regierungsentwurf des Mediationsgesetzes die Mediation zwar definiert als „ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“,³² in der Begründung aber den Begriff des Konflikts nicht weiter vertieft oder beschreibt. Der deutsche Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass jeder weiß, was ein Konflikt ist.

Der Diskurs über die Konflikttheorien mag der Wissenschaft vorbehalten sein. Kein

²⁶ Vgl. Alexander (1999), S. 46 ff.

²⁷ Ausführlich hierzu: Glasl, S. 15 ff.

²⁸ Vgl. Bühl, S. 136 ff. (139)

²⁹ Vgl. Breidenbach, S. 5

³⁰ Vgl. Falk/Koren, S. 68

³¹ Glasl, S. 17

³² Art. 1, § 1 Absatz 1 Satz 1 E-MediationsG

Mediator wird, wenn er den Auftrag zu einer Mediation erhält, sich erst mit den verschiedenen Konflikttheorien beschäftigen. In der Praxis der Mediation liegt immer dann ein „Konflikt“ vor, wenn die Parteien ein Problem, eine Auseinandersetzung, einen Streit haben. Die Frage der Konflikteskalation kann jedoch in einem Mediationsverfahren im Einzelfall durchaus ein Thema sein, da die Parteien häufig insbesondere in Familien- oder Erbstreitigkeiten bei der Darstellung des Konfliktthemas auch den Konfliktverlauf aus ihrer Wahrnehmung schildern.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass ein „Konflikt“ in dem hier gebrauchten weiten Sinne einer Mediation auch dann zugänglich sein kann, wenn er in einem nicht rechtlich fassbaren Bereich angesiedelt ist, d. h. eine anwaltliche Beratung zu dem Ergebnis führt, es bestehe „kein Anspruch“, da sei „nichts zu machen“. Hierbei ist in erster Linie an Konfliktvermeidung zu denken, also an den Wunsch von Parteien, im Vorfeld zu verhandeln, noch ehe sich Positionen verhärten und so zu schwerwiegenden Konflikten führen. Als Beispiel aus der Praxis der Verfasserin sei eine Erbgemeinschaft genannt, die nach einigen selbst geführten, offenen Gesprächen sieht, dass eine Lösung für die Erbauseinandersetzung nicht in Sicht ist, da sich verschiedene Meinungen und Wünsche gegenüber stehen. Sicherlich wird nach den gängigen Konflikttheorien zu argumentieren sein, dass in einem solchen Falle bereits ein Konflikt vorläge. Aus der Sicht der Betroffenen gesprochen, lehnen es diese jedoch ab, einen Konflikt zu haben und formulieren es als so genannte „Meinungsverschiedenheit“.

Weitere Fälle nicht rechtlich fassbarer Konflikte sind Teamkonflikte in Unternehmen. Diese äußern sich teilweise nur dadurch, dass das Team nicht erfolgreich ist, dass sich die Teammitglieder nicht wohl fühlen, nicht motiviert oder häufig krank sind. Mediationen können hier oftmals die Gründe des Scheiterns des Teams, die letztendlich in der Verfolgung unterschiedlicher Interessen oder in dem Vorliegen von Kränkungen liegen, herausarbeiten und so das Team in die Lage versetzen, eine Lösung für den Teamkonflikt zu finden.

Anhand dieses letzten Beispiels zeigt sich auch schon die Aufgabe des Mediators klar darin, dass er als neutraler und unparteiischer Dritter die Parteien zu Gesprächen zusammenbringt und durch die Gespräche führt, was einer selbst betroffenen Partei aufgrund der Verfolgung ihrer eigenen Interessen und Innehabung ihrer eigenen Positionen in dieser Form nicht möglich wäre.

Die Definition des Begriffes Mediation beinhaltet nach Breidenbach, dass der Dritte über „keine eigene (Konflikt-) Entscheidungskompetenz“ verfügt.³³ Dies sollte nach der Erfahrung der Verfasserin aber nicht dazu führen, dass der Mediator sich aus dem Lösungsfindungsprozess in der Mediation komplett heraushält und nur zuhört und die Gespräche strukturiert. Ein Mediator, gerade wenn er Rechtsanwalt ist, kann durchaus, gewinnbringend für den Prozess der Konsensfindung, natürlich völlig unverbindlich, Möglichkeiten aufzeigen und den Streitparteien durch seine Hinweise neue Ideen implantieren. Dies muss äußerst vorsichtig geschehen, da keine Schlichtung mit Schlichterspruch stattfinden und der Prozess der Lösungsfindung durch die Parteien selbst nicht gestört werden soll. Ein erfahrener Mediator muss hier seine Möglichkeiten, aber auch seine Grenzen kennen. Eben Ausgeführtes zugrunde gelegt ist der Definition des Begriffes Mediation von Risse zu folgen, wonach die Mediation ein „strukturiertes außergerichtliches Verfahren darstellt, indem ein besonders geschulter neutraler Dritter versucht, gemeinsam mit den Konfliktparteien eine Einigung zu erarbeiten“.³⁴ Die Bestimmung des Begriffes Mediation im geplanten MediationsG schließt sich dieser Definition an.³⁵

Es ist augenfällig, dass die Definition des Begriffes Mediation sehr weit ist und somit die verschiedensten Mediationsformen beinhalten kann. Risse³⁶ teilt ein in zwei große Mediationsformen: die Verhandlungsmediation (Wirtschaftsmidiation) und die therapeutische Mediation. Risse führt aus, dass die Verhandlungsmediation „auf der Gesamtannahme beruht, dass Menschen effektiver verhandeln können, als sie es in der Praxis tun“³⁷ und genau an diesem Punkt ansetzt. Der Mediator hat also die Aufgabe, die Parteien zu optimierten Verhandlungen zu führen, so dass sie eine Lösung für ihr Problem finden. Die Mediation ist sehr sachlich und rechtlich ausgerichtet, was auch dadurch verstärkt wird, dass häufig die Parteienanwälte der Streitparteien an der Mediation teilnehmen.

Daneben steht die therapeutische Mediation, bei der die Aufgabe des Mediators darin besteht, die Konfliktlösungskompetenz der Parteien zu verbessern, da diese aus psychologischen Gründen unfähig sind, ihren Konflikt zu lösen.³⁸

³³ Breidenbach, S. 4

³⁴ Risse, S. 5

³⁵ Siehe oben: Fußnote 32

³⁶ Siehe ausführlich hierzu: Risse, S. 28 ff.

³⁷ Risse, S. 28

³⁸ Vgl. Risse, S. 28 ff.

Wolf/Weber/Knauer³⁹ erachten für die Klärung rechtlich nicht fassbarer Konflikte nur die therapeutische Mediation als zuständig. Sie argumentieren, dass therapeutische Mediation, die häufig mit Techniken aus der Psychotherapie arbeitet, die Privatautonomie der Parteien gefährden würde, wenn sie bei einem justiziablen Konflikt eingesetzt würde. Ein solcher dürfe nur über eine Verhandlungsmediation geklärt werden, da nur diese einer normativ juristischen Kontrolle zugänglich sei.

Nach Ansicht der Verfasserin lassen sich die in einen Konflikt involvierten Streitparteien nicht einfach in die Gruppe derer einteilen, denen nur eine Verhandlung nicht gelingt und derer, die eine mangelnde Konfliktlösungskompetenz aufweisen. Die eigenen Erfahrungen der Verfasserin als Mediatorin haben gezeigt, dass es beispielsweise auch Konflikte zwischen Unternehmen gibt, bei denen eine sehr sachliche und rechtlich ausgerichtete Mediation nicht zu einem Erfolg führt, da psychologische Elemente, wie z. B. Konkurrenzverhalten oder ein verwerfliches Geschäftsgebaren, welches schon Jahre zurückliegt, die Konsensfindung verhindern. Ebenso kann auch eine Scheidungsmediation bei einem Ehepaar, bei dem häusliche Gewalt vorgekommen ist, über sachbezogenes Verhandeln mit rechtlichen Hinweisen des Mediators zu einem Konsens führen.

Monica Hartges⁴⁰ teilt die Mediation in vier Grundkonzepte ein, die je nach Nachfrage und Einzelfallproblematik eingesetzt werden müssen. So unterscheidet sie die fördernde, transformative Mediation, die einen freieren Verlauf hat und den Schwerpunkt auf die Verständigung zwischen den Parteien legt, von der fördernden, direktiven Mediation, die sich dadurch definiert, dass der Mediator die Parteien stärker führt. Des Weiteren unterscheidet Hartges die informierende Mediation, bei der der Mediator die Rechtslage beurteilt und diese den Medianten mitteilt und die bewertende Mediation, bei der die Parteien nicht direkt miteinander kommunizieren, sondern der Mediator den Sachverhalt im Zuge von mehreren Einzelgesprächen bewertet und einen Vergleichsvorschlag unterbreitet.

Die verschiedenen Ansätze werden nach Ansicht der Verfasserin von Hartges zutreffend beschrieben. Es ist die Aufgabe eines Mediators, die Art und Weise der Mediation dem Bedarf im Einzelfall anzupassen. Die als Letztes aufgeführte bewertende Mediation ist jedoch, wenn die Parteien überhaupt nicht miteinander kommunizieren, nach Ansicht der Verfasserin keine Mediation, sondern ein

³⁹ NJW 2002, 1488 ff. (1489)

⁴⁰ Ausführlich: Hartges, S. 184 f.

außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren eigener Art, da die gegenseitige direkte Kommunikation zwischen den Streitparteien zu den tragenden Grundsätzen der Mediation gehört.

2.2 Verfahrensablauf

Auch wenn jede Mediation in Bezug auf das Konfliktthema, den Konfliktverlauf, die Medianten und den Mediator ein Unikat darstellt, kann die Struktur eines Mediationsverfahrens einheitlich in Phasen dargestellt werden:

In der ersten Mediationsphase werden die am Mediationsverfahren Beteiligten vorgestellt und vom Mediator informiert, um was es sich bei einer Mediation genau handelt und im Regelfall wird ein Mediationsvertrag geschlossen. In der zweiten Phase werden die zu besprechenden Themen gesammelt und die Parteiinteressen geklärt. Die Klärung der Parteiinteressen ist in der zweiten Phase platziert, wenn als dritte Phase die Erörterung der Rechtslage folgt (häufig mit den Rechtsanwälten der Medianten). Erfolgt, je nach Art der Mediation, keine rechtliche Beratung, wird die Interessenklärung allgemein als Phase drei des Mediationsverfahrens bezeichnet. Diese Phase ist sehr wichtig für den weiteren Verlauf der Mediation, da hier die Hinterfragung der Positionen im Hinblick auf die wahren Interessen stattfindet und diese von der Gegenseite akzeptiert und verstanden werden sollten. Die vierte Phase stellt die kreative Suche nach einer Lösung dar und in der fünften Phase werden die Lösungsvorschläge von den Medianten einem Ranking unterzogen und in die Abschlussvereinbarung eingebaut. Manchmal wird als Phase fünf nur die Bewertung der Lösungsvorschläge und als Phase sechs der Abschluss der Mediationsvereinbarung bezeichnet.⁴¹

Es ist also zu sehen, dass es sich bei der Mediation nicht um ein unverbindliches Palaver oder um ein kuscheliges Treffen handelt, sondern um eine strukturierte Methode, die aus Arbeitsschritten besteht, die die Medianten und den Mediator intensiv fordern.

2.3 Verfahrensgrundsätze

Auch wenn es unterschiedliche Mediationsformen und unterschiedliche praktische Verfahren, die nicht nur durch die verschiedenen Theorien der Mediation, sondern

⁴¹ Ausführlich hierzu: Kessen/ Troja, S. 139 ff.

auch durch die Persönlichkeit und den Stil des Mediators bedingt sind, gibt, so folgen doch alle Mediationsverfahren bestimmten Verfahrensgrundsätzen.

Der wichtigste Verfahrensgrundsatz definiert sich über die Tätigkeit des Mediators. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof führt dazu aus:

„Der Begriff des Mediators bezeichnet einen Vermittler. Mediatoren lenken nur das Verfahren und den Kommunikationsprozess, entscheiden aber nicht in der Sache und schlagen auch keine Lösungen vor.“⁴²

Diese Beschreibung der Tätigkeit des Mediators beinhaltet insbesondere den Aspekt, dass die Parteien selbst ihre Lösung finden sollen.

Darüber hinaus zeichnet jede Mediation aus, dass die Parteien sich zu der Mediation ohne äußeren Zwang bereit erklärt haben (Freiwilligkeit), dass die Parteien im Zuge ihrer gesetzlich normierten Privatautonomie für das Ergebnis des Verfahrens selbst verantwortlich sind (Selbstverantwortlichkeit), dass sich die Streitparteien gegenseitig über alle Fakten und Hintergründe informieren (Informiertheit) und hierzu korrelierend das Prinzip, dass das bei der Mediation gesprochene Wort im Raum bleibt (Vertraulichkeit). Dieses Prinzip der Vertraulichkeit ist am schwersten durchzusetzen, da der Mediator dafür sorgen muss, dass die Streitparteien sich zur Vertraulichkeit verpflichten. Hierzu besteht die Möglichkeit, einen Mediationsvertrag abzuschließen, in dem sich die Parteien zur Verschwiegenheit verpflichten. Dennoch ist die Angst vieler an Mediationsverfahren teilnehmender Parteien groß, dass Dinge, die im Zuge der erforderlichen Informiertheit an den Tag treten, nicht vertraulich behandelt werden, mit der Folge, dass sie gegebenenfalls bei dem Scheitern der Mediation oder aber später von einer Partei gegen die andere verwendet werden können.

Die Verfahrensgrundsätze der Mediation zeigen, dass nicht jeder Konflikt einer Mediation zugänglich ist. So ist die Abhaltung eines Mediationsverfahrens im Hinblick auf die Freiwilligkeit zumindest fraglich, wenn eine Partei zur Teilnahme an einer Mediation gezwungen wird.⁴³ Des Weiteren kommt dann eine Mediation nicht in Betracht, wenn eine teilnehmende Partei im Hinblick auf die Streitthemen keine Entscheidungsbefugnis hat, d.h. die Privatautonomie eingeschränkt ist. Dies kann der Fall sein, wenn Rechte und Pflichten Dritter, die nicht in das Verfahren involviert sind,

⁴² Beschluss vom 17.11.2006, - 3 ZB 06.2928 -

⁴³ Kritisch unter diesem Aspekt: Die Anordnung einer Mediation durch ein Gericht. Genauso fraglich, die vertragliche Verpflichtung einer Partei, vor Beschreitung des Rechtsweges an einer Mediation teilnehmen zu müssen (str.) Siehe dazu unten: 3.4.2 b)

öffentliche Belange oder bereits rechtswirksame unabänderliche Entscheidungen Thema sind.⁴⁴

2.4 Vorzüge und Nachteile der Mediation

Die Vorzüge und die Nachteile der Mediation werden häufig über einen Vergleich zum gerichtlichen Verfahren definiert. Es werden die offensichtlichen Vorzüge des Mediationsverfahrens, wie Vertraulichkeit, Flexibilität und daraus erwachsende Schnelligkeit bei der Zielerreichung, was wiederum zu niedrigeren Kosten führt und die höhere Zufriedenheit der Parteien über das Ergebnis, insbesondere im Hinblick auf den Erhalt der Parteibeziehung, angeführt. Dem gegenüber steht das langsamere, teurere, öffentliche Gerichtsverfahren, das nach Ansicht vieler Autoren mit dem einzigen, unschätzbaren Vorteil punkten kann, dass das Verfahren garantiert zu einem Ergebnis führt und dieses Ergebnis vollstreckbar ist.

Es ist jedoch fraglich, ob ein Vergleich zwischen Mediationsverfahren und Gerichtsverfahren im Hinblick auf die vorstehend genannten Vor- und Nachteile sinnvoll ist, da beide Verfahren völlig unterschiedliche Zielsetzungen haben.

Das Ziel der Mediation ist eine konsensuale Streitbeilegung, basierend auf dem im Grundgesetz geschützten Recht auf Privatautonomie. Ziel des Gerichtsverfahrens ist die Streitentscheidung durch ein staatliches Gericht basierend auf der im Grundgesetz geschützten Rechtsweggarantie.

So stellt z. B. die Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens nicht per se einen Nachteil dar und die mangelnde Vollstreckbarkeit eines Mediationsvergleiches kann im Mediationsverfahren gerade ein wichtiger Punkt der Einigungsbereitschaft der Parteien sein.

Ob sich ein Merkmal des jeweiligen Verfahrens als Vor- oder Nachteil darstellt, ist immer eine Frage des Einzelfalles. Selbst der für das Mediationsverfahren wichtige Aspekt, dass in die Abschlussvereinbarung auch Themen einfließen können, die mit dem ursprünglichen Konflikt nichts zu tun hatten, stellt keinen Vorteil dar, wenn bei einem Streit eine Konzentration auf nur eine Rechtsfrage vorliegt, die dann durch die Rechtsprechung entschieden werden muss.

⁴⁴ Schon unter diesem Aspekt konnten die unter der Leitung von Heiner Geißler geführten Gespräche betreffend Stuttgart 21 keine Mediation darstellen, was fälschlicherweise zu Beginn der Gespräche in den Medien so dargestellt wurde.

Der Erhalt der Beziehung zwischen den Parteien ist ein wirklicher Vorteil der Mediation. Allerdings ist festzustellen, dass es noch keine empirischen Forschungen gibt zu der Frage, ob eine erfolgreiche Mediation in der Lage ist, die Beziehung zwischen den Mediationsparteien auf Dauer zu verbessern. Ebenso gibt es noch keine statistischen Daten darüber, ob die Parteien einer erfolgreichen Mediation bei einem erneuten Konflikt mit der selben Partei eher wieder ein Mediationsverfahren wählen würden oder den Gang zum Gericht vorziehen.

Es ist zusammenfassend festzustellen, dass eine vom Einzelfall losgelöste Argumentation über Vorzüge und Nachteile der Mediation, insbesondere im Verhältnis zum Gerichtsverfahren nicht gewinnbringend ist.

2.5 Rechtliche Einordnung der Mediation

2.5.1 Mediation als Methode

Ausgehend von der oben näher beschriebenen Definition der Mediation im Regierungsentwurf des MediationsG ist Mediation „ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren...“.⁴⁵

Fraglich ist, wie der Begriff des Verfahrens rechtlich einzuordnen ist.

Nach dem Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, das von der Europäischen Kommission zu dem Zweck verfasst wurde, eine umfassende Konsultation zu den rechtlichen Fragen der außergerichtlichen Streitbeilegung vorzunehmen, dient die Förderung der außergerichtlichen Streitlösungsverfahren dazu, jedem Menschen den Zugang zum Recht durch Ausschöpfung der Privatautonomie zu ermöglichen.⁴⁶ In dem Grünbuch wird weiter ausgeführt, dass gerade die Privatautonomie zu der Flexibilität dieser Verfahren führt. Es ist Sache der Parteien, zu entscheiden, ob sie überhaupt ein solches Verfahren versuchen wollen, welchen Mediator sie beauftragen und wie sie vorgehen wollen. Diese gewünschte Flexibilität des Verfahrens führte dazu, dass der Gesetzgeber die Mediation nur mit wenigen Eckpunkten verankert hat und ansonsten den Parteien große Spielräume lässt. Die Mediation stellt also ein zwar strukturiertes, aber kein normiertes Verfahren dar.

⁴⁵ Siehe oben: Fußnote 32

⁴⁶ Grünbuch (2002), Rdn. 7, 8

Nach Aussage des BGH, dem sich auch das OLG Nürnberg angeschlossen hat, ist „die Mediation kein Rechtsgebiet, sondern eine alternative Methode der Konfliktlösung“.⁴⁷ Die Bezeichnung „Mediator“ stellt also die Beschreibung einer Tätigkeit dar.

Nach Ansicht der Verfasserin ist die Definition der Mediation als Methode zutreffend, denn nach der gängigen Beschreibung des Begriffes „Methode“ in den Sozialwissenschaften, stellen „Methoden Systeme von Handlungsanweisungen und Regeln dar, um ... bestimmte Resultate zu erzielen“.⁴⁸ Das gewünschte Resultat einer Mediation ist die konsensuale Lösung des Konflikts. Nach Auffassung der Verfasserin ist die Bezeichnung der Mediation als Methode auch deshalb gut getroffen, da der Begriff „Verfahren“ in Zusammenhang mit Mediation häufig in Anlehnung an die verschiedenen Verfahrensordnungen des deutschen Rechts, zu der Fehlinterpretation verleitet, dass es sich bei der Mediation um ein normiertes Verfahren handelt. Der Begriff „Methode“ ist also offener und trifft im Hinblick auf die zwar vorliegende Struktur der Mediation, aber nicht vorliegende Normierung, den Kern der Mediation besser. In den Sozialwissenschaften handelt es sich bei Methoden meist um formale Regeln, ohne bestimmte Inhalte, wobei die konkrete Ausgestaltung der Methode dann als „Technik“ bezeichnet wird.⁴⁹

2.5.2 Mediation als Vertragsgestaltung

Es wird bei der Erklärung, was Mediation ist und bei der Nennung der Vorzüge und Nachteile derselben in der Literatur häufig stillschweigend davon ausgegangen, dass die Mediation funktioniert, d.h. dass das Mediationsverfahren erfolgreich bis zum Ende durchgeführt wird.

Unabhängig von prozentualen Werten über die Erfolgsquote der Mediation, die nach Ansicht der Verfasserin nicht repräsentativ sind, da viel zu wenig Zahlenmaterial existiert, können Mediationen auch scheitern: aus unterschiedlichen Gründen gelingt es den Parteien und dem Mediator nicht, das Mediationsverfahren durch alle Phasen durchzuführen.

Die Gründe für das Scheitern einer Mediation sind, insbesondere in der amerikanischen Literatur, Thema häufiger wissenschaftlichen Arbeiten, was sehr sinnvoll ist, da durch eine empirische Forschung diese Gründe erkannt und bei der

⁴⁷ BGH, NJW 2002, 2948 f. / OLG Nürnberg, Urteil vom 28.05.2010 – 3 U 318/10 -

⁴⁸ Häder, S. 20

⁴⁹ Vgl. Häder, S. 21

Anbahnung oder Durchführung zukünftiger Mediationsverfahren vermieden werden können.⁵⁰

Wird die Mediation abgebrochen, haben die Parteien drei Möglichkeiten: sie versuchen ein anderes außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren, sie geben ihren Anspruch auf oder entscheiden sich für ein Gerichtsverfahren. Sie haben bis zu diesem Zeitpunkt noch kein rechtlich relevantes Ergebnis erzielt.

Ist die Mediation jedoch erfolgreich verlaufen, endet sie mit einer Einigung der Streitparteien über die Streitpunkte und häufig darüber hinaus über weitere, in der Mediation angeschnittene Themen. Diese Vereinbarung der Parteien ist regelmäßig ein Vertrag im Sinne der §§ 145 ff. BGB und da die Streitparteien meistens beide von ihren ursprünglichen Forderungen abrücken bzw. mit dem Abschlussvertrag die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigen, liegt im Regelfall ein Vergleichsvertrag nach § 779 BGB vor. Nach der Rechtsprechung des BGH⁵¹ reicht es für ein „gegenseitiges Nachgeben“ im Sinne des § 779 BGB aus, wenn wenigstens eine Partei ganz geringfügig einlenkt. Liegt also ein Vergleichsvertrag im Sinne des § 779 BGB vor, so gilt das allgemeine Vertragsrecht, d. h. ist die Abschlussvereinbarung schriftlich niedergelegt, wird damit auch ein eventuelles Schriftformerfordernis des § 126 BGB umfasst. Lediglich wenn per Gesetz notarielle Beurkundung oder öffentliche Beglaubigung erforderlich ist, kann der von den Streitparteien geschlossene Abschlussvertrag seine Wirksamkeit nicht entfalten.

Durch die Abschlussvereinbarung hat die ursprüngliche Streitigkeit ihre Klagbarkeit verloren. Will eine der Streitparteien einen Anspruch aus dem getroffenen Mediationsvergleich umsetzen, ist die Anspruchsgrundlage eben dieser Mediationsvergleichsvertrag. Mediation ist also auch Vertragsverhandlung.

Die Erstellung des Abschlussvertrages stellt für den anwaltlichen Mediator im Regelfall Teil seines Kernberufes dar. Es ist davon auszugehen, dass der anwaltliche Mediator, gegebenenfalls flankiert von den die Streitparteien beratenden Rechtsanwälten und den Streitparteien, als motivierte Co-Autoren, einen Vertrag erstellt, der das beinhaltet, was die Parteien wünschen und darüber hinaus auch die rechtlich erforderliche Form hat.

⁵⁰ Ausführlich hierzu: Mnookin / Roos, S. 7 ff. und Epstein (2006), S.1 ff.

⁵¹ BGHZ 39/60

Falls gesetzlich vorgeschrieben, muss der Vertrag beurkundet werden.⁵²

Für den nichtanwaltlichen Mediator kann die Erstellung des Abschlussvertrages im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz ein Problem darstellen.⁵³

Die mangelnde Vollstreckbarkeit eines in einer Mediation geschlossenen Abschlussvertrages stellt ein häufig angeführtes Argument von Rechtsanwälten gegen die Mediation dar. Dem wird von nichtanwaltlichen Mediatoren entgegengesetzt, dass die Parteien am erfolgreichen Ende einer Mediation wegen der Tatsache, dass sie die Auseinandersetzung selbst beigelegt haben, motiviert und euphorisch sind und deshalb alles tun werden, die selbst gefundene Vereinbarung zu erfüllen.⁵⁴ Regelungen zur Vollstreckbarkeit könnten hier sogar kontraproduktiv sein, da sie verdeutlichen, dass die Partei, die diese Regelungen wünscht, der anderen misstraut.⁵⁵

Es ist Aufgabe des Mediators, die Parteien zu informieren, dass es sich bei der Abschlussvereinbarung um einen bindenden Vertrag handelt, der bei Störungen jedweder Art auch eingeklagt werden kann und auf die Vollstreckungsproblematik hinzuweisen. Möchten die Parteien die Vollstreckbarkeit der Regelungen erreichen, ist es entweder möglich, eine notarielle Urkunde erstellen zu lassen, mit sofortiger Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung oder bei einem anwaltlichen Mediator können die Parteien einen Anwaltsvergleich schließen.

2.6 Abgrenzung zu anderen außergerichtlichen Konfliktinterventionen

Die Abgrenzung der Mediation zu anderen außergerichtlichen Konfliktlösungsverfahren erfolgt über die unter 2.3 genannten Verfahrensgrundsätze.

Die Verfasserin möchte hier nur auf eine Abgrenzung zum Schiedsverfahren und der Schlichtung eingehen, da diese beiden Konfliktinterventionen häufig vorkommen, im Gegensatz zu den weiteren, teilweise im anglo-amerikanischen Raum üblichen, außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren, die hier in Deutschland weitgehend unbekannt sind.⁵⁶

⁵² Praxistipp: Bei Beurkundungspflicht von Vertragsteilen ggf. mehrere Abschlussverträge schließen, so dass beurkundungspflichtige Positionen vom Notar separat beurkundet werden können. Die Notarkosten berechnen sich nur nach dem Geschäftswert dieser Teilverträge, nicht nach dem Geschäftswert des Gesamtvertrages.

⁵³ Siehe näher unten: 3.3.3 b)

⁵⁴ Vgl. Eidenmüller, S.44 f.

⁵⁵ Vgl. Eidenmüller, S.44

⁵⁶ Vgl. Breidenbach, S. 21 ff.

Ein Schiedsverfahren grenzt sich von der Mediation dadurch ab, dass die Entscheidung über die Angelegenheit am Ende von einem Schiedsrichter getroffen wird. Diesem Schiedsurteil haben sich die Streitparteien zu unterwerfen. Der Schiedsspruch hat nach § 1055 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Schiedsvereinbarungen werden häufig schon im Vertrag geschlossen. Es existieren eine Reihe anerkannter Schiedsgerichtsordnungen.

Der Begriff Schlichtung ist nicht genau definiert. So gibt es Schlichtungen, bei denen der Schlichter lediglich als Moderator tätig ist und die Aufgabe hat, den stockenden Kommunikationsfluss zwischen den Parteien wieder in Gang zu setzen. Andererseits gibt es auch Schlichtungen, die mit einem Schlichterspruch enden, der zwar häufig für die Parteien nicht verbindlich ist, aber eine Richtung vorgeben soll. Ziel der Schlichtung ist auch die gütliche Einigung der Parteien. Die Schlichtung besteht jedoch darin, die Parteien angesichts ihrer unterschiedlichen Positionen zu einem Kompromiss zu bringen, ähnlich dem gerichtlichen Vergleich. In der Mediation dagegen wird versucht, über das Verstehen der wahren Interessen der Gegenpartei zu einem Konsens zu kommen. Es ist aber einzuräumen, dass die Abgrenzung zwischen einer Schlichtung ohne Schlichterspruch und einer Mediation sehr schwierig ist.⁵⁷

2.7 Gesetzliche Grundlagen

Wenn Alexander/ Gottwald/ Trenczek ausführen: „One indicator of the prevalence of mediation in the dispute management practice of a country is the amount of legislation relating to mediation“,⁵⁸ so ist festzustellen, dass diese Aussage für Deutschland zutreffend ist.

Gesetzliche Regelungen, die eine Mediation vorsehen, sind rar. Zu nennen ist hier §135 Abs.1 FamFG, nach dem das Gericht anordnen kann, „ dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung ... teilnehmen....“. Des Weiteren hat das nunmehr von der Bundesregierung am 12.01.2011 als Regierungsentwurf vorgelegte Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediationsG)⁵⁹ den

⁵⁷ Vgl. Hertel, S. 183

⁵⁸ Alexander/Gottwald/Trenczek (2003), S. 192

⁵⁹ BT- Drucksache 17/5335

Begriff Mediation definiert und gewisse Eckpunkte festgelegt, die zwingend zu einem Mediationsverfahren gehören.⁶⁰

Hintergrund des MediationsG ist die EU – Mediationsrichtlinie, die den Staaten vorschreibt, Mediation bei bestimmten grenzüberschreitenden Konflikten in Zivil- und Handelssachen einzuführen und formuliert: „... den Zugang zur alternativen Streitbeilegung zu erleichtern und die gütliche Beilegung von Streitigkeiten zu fördern, indem zur Nutzung der Mediation angehalten und für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren gesorgt wird.“⁶¹ An dieser Formulierung ist zu erkennen, dass die Richtlinie die Begriffe „alternative Streitbeilegung“, „gütliche Streitbeilegung“ und „Mediation“ gleichsetzt, was sehr problematisch ist, da sich die Mediation, wie vorstehend ausgeführt, über ihre Verfahrensgrundsätze und die Tätigkeit des Mediators von anderen Streitbeilegungsformen abgrenzt.

Ob und in welchem Umfang das MediationsG dieser „Mediationsförderungspflicht“ nachkommt, soll hier nicht vertieft werden. Es werden zuerst die Begriffe Mediation⁶² und Mediator⁶³ definiert, dann folgen einige Regelungen zum Mediationsverfahren und den Aufgaben und Pflichten des Mediators und der Medianten (§§ 2 ff.), des Weiteren eine Regelung zur Qualifikation der Mediatoren (§ 5) und einige Abschlussvorschriften. Anschließend folgen in Artikel 2 ff. etliche Änderungen verschiedener bestehender Gesetze, insbesondere der Verfahrensordnungen.

Es ist geplant, durch einen neuen § 796 d ZPO den Parteien die Möglichkeit einzuräumen, auf Antrag eine im Mediationsverfahren getroffene schriftliche Vereinbarung von einem Gericht für vollstreckbar erklären zu lassen. § 796 a Abs.2 ZPO (Anwaltsvergleich) soll entsprechend gelten. Mit § 796 d ZPO neu soll der Artikel 6 der Mediationsrichtlinie umgesetzt werden.

Die Kritik an der Schaffung dieses neuen § 796 d ZPO ist groß, insbesondere von der Bundesrechtsanwaltskammer, die darin, dass jedes Mediationsergebnis vollstreckbar gemacht werden kann, unabhängig davon, ob der Mediator Anwalt ist oder einem psycho-sozialen Grundberuf angehört, eine massive Gefahr für den rechtsunkundigen Medianten sieht.⁶⁴ Darüber hinaus wird argumentiert, dass dadurch, dass für die

⁶⁰ Art.1, § 1 Abs.1 S.1 E-MediationsG

⁶¹ Eu-Richtlinie 2008 /52 / EG vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, Artikel 1

⁶² Siehe Fußnote 32

⁶³ „Unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“ (Art.1, § 1 Abs.1 MediationsG)

⁶⁴ BRAK Stellungnahme Nummer 27/2010, recherchiert am 28.05.2010 14.38 Uhr, unter: www.brak.de

Vollstreckbarkeitserklärung die Gerichte zuständig sein sollen und diese die Verträge erst zu prüfen haben, eine Mehrbelastung der Gerichte zu erwarten ist.⁶⁵

Der Begriff „Mediation“ wird auch erwähnt in § 5 a Abs.3 des Deutschen Richtergesetzes und in § 4 Abs.3 Nr. 2 der Prüfungsverordnung Geprüfter Rechtsfachwirt.

§ 15 a EGZPO und § 278 ZPO sprechen nur von der „Güteverhandlung“, bzw. der „gütlichen Beilegung des Rechtsstreits“. Die Mediation ist nicht explizit genannt.

Sollte das geplante MediationsG vom Bundestag beschlossen werden, so wird das Wort „Mediation“ in Gesetzestexten häufiger auftauchen und als eine vom Gesetzgeber gewünschte Streitbeilegungsform auch einen größeren Bekanntheitsgrad erreichen.

3 Rechtsschutzversicherer und Mediation

3.1 Einleitung

Nach dem statistischen Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2010, herausgegeben vom Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. gab es im Jahr 2009 im Bestand sämtlicher Rechtsschutzversicherer in Deutschland 20.646.000 Versicherungsverträge im Rechtsschutz. Die Brutto-Aufwendungen der Rechtsschutzversicherer für Versicherungsfälle beliefen sich im Jahr 2009 auf 2.410.000.000 EUR. Des Weiteren lässt sich die Tendenz erkennen, dass die Anzahl der Rechtsschutzverträge jährlich steigt. Im Gegensatz zu den 20.646.000 Verträgen des Jahres 2009 belief sich der Bestand im Jahre 1980 auf 11 Mio. Verträge.⁶⁶

An diesen Zahlen lässt sich sicherlich erkennen, dass der Rechtsschutz-Versicherungsnehmer in Deutschland „sein Recht will“ und / oder Sicherheitsfanatiker ist, es lässt sich aber auch erkennen, dass die Rechtsschutzversicherer Vertragspartner von einer sehr großen Anzahl von Verbrauchern sind. Die Rechtsschutzversicherer haben mit Rechtsschutzfällen respektive Streitfällen zu tun und es stellt sich deshalb die Frage, ob die Versicherer Einfluss nehmen können auf das Streitverhalten der Versicherungsnehmer. Natürlich können die Rechtsschutzversicherer keinen Einfluss nehmen auf die Entstehung eines Konflikts,

⁶⁵ Hausmanns (2011), zu Art.3, Nr.7

⁶⁶ Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft, Tabellen: 6, 49, 50. Recherchiert unter: www.gdv.de am 25.06.2011, 11.30 Uhr

aber es soll die Frage aufgeworfen werden, ob die Rechtsschutzversicherer eine Schnittstelle darstellen, bei der Entscheidung des Versicherungsnehmers, einen Konflikt außergerichtlich oder gerichtlich lösen zu wollen.

Fast alle Rechtsschutzversicherer haben in den letzten Jahren ihre ARB um eine Mediationsklausel erweitert, mit dem Inhalt, dass der Rechtsschutzversicherer im Rechtsschutzfall unter bestimmten Umständen die Kosten eines Mediators übernimmt. Die Gründe für die Aufnahme dieser Klauseln werden später erörtert, jedenfalls dürften die Rechtsschutzversicherer damit endgültig das ihnen jahrelang anhängende Stigma los sein, sie würden friedlich veranlagte Versicherungsnehmer zum Prozess aufstacheln. Auch durchgeführte empirische Forschungen ergaben, dass diese Behauptung in ihrer Pauschalität nicht aufrechtzuerhalten ist.⁶⁷

3.2 Gehört die Mediation zu den Aufgaben der Rechtsschutzversicherer?

Als erstes möchte die Verfasserin der Frage nachgehen, ob die Übernahme der Kosten für ein Mediationsverfahren zu den Aufgaben der Rechtsschutzversicherer gehört.

Nach der Rechtsweggarantie des Artikel 19 Abs.4 GG steht jedem Bürger der Rechtsweg offen. Unstreitig, obwohl der Wortlaut des Artikel 19 Abs.4 GG dies nicht explizit benennt, steht fest, dass dieser Justizgewährleistungsanspruch auch für den zivilrechtlichen Bereich gilt.⁶⁸ Der Justizgewährleistungsanspruch kann allerdings erschwert oder unmöglich sein durch die Tatsache, dass der Gang zum Gericht und auch der Gang zum Rechtsanwalt nicht kostenlos ist. Einer Unmöglichkeit der Rechtswegbeschreitung wegen Geldmangels beugt der Staat durch die Prozesskostenhilfe vor. Grundsätzlich kann, auch außerhalb der Klientel, die Prozesskostenhilfe in Anspruch nehmen muss, die Vorschusspflicht bezüglich der Gerichts- und Anwaltskosten oder die spätere Kostenfestsetzung für die Streitparteien unerfreulich sein oder sogar die Rechtsdurchsetzung oder Rechtsverteidigung erschweren. Es werden deshalb häufig Rechtsschutzversicherungen als private Schadensversicherungen abgeschlossen.⁶⁹

§ 125 VVG, ebenso wie der § 1 ARB (seit ARB 2008), konkretisiert die Pflichten der Rechtsschutzversicherer dahingehend, dass sie „die für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers erforderlichen Leistungen im

⁶⁷ Vgl. Jagodzinski / Raiser / Riehl, NJW 93,2769 ff. (2775)

⁶⁸ Vgl. Schilasky, S. 3

⁶⁹ Vgl. Cornelius – Winkler, S. 7

vereinbarten Umfang (erbringen)“. Nach Armbrüster⁷⁰ sind dies in erster Linie: die Kostentragungspflicht, die Sorgepflicht gemäß §§ 5 Abs. 5, 17 Abs. 1 S. 2 ARB, die Pflicht zur Erteilung der Deckungszusage und Neben- und Schutzpflichten. Wenn also ein Mediationsverfahren unter den Begriff „Wahrnehmung rechtlicher Interessen“ fallen würde, müssten die Rechtsschutzversicherer auch bei einem Mediationsverfahren die vorstehend aufgezählten Leistungen erbringen.

Subsumiert man unter „Wahrnehmung rechtlicher Interessen“ die „Verwirklichung konkreter (fremder) Rechtsangelegenheiten und die Gestaltung konkreter (fremder) Rechtsverhältnisse“⁷¹, so fällt ein Mediationsverfahren über einen komplexen und verschiedene Rechte und Pflichten der Streitparteien tangierenden Sachverhalt, bei dem es auch um rechtliche Modalitäten geht, per definitionem unter den Begriff „Wahrung rechtlicher Interessen“. Die bei den Mediationsverfahren häufig auftretenden Verhandlungen zu den wirtschaftlichen Modalitäten stören diese Beurteilung nicht, seit der BGH entschieden hat, dass eine Abgrenzung zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen unrealistisch ist und nicht als Abgrenzungskriterium akzeptiert werden kann.^{72 73}

Fest steht, dass Verhandlungen zu wirtschaftlichen Modalitäten, wenn sie nicht absolut dominierend sind, in den Begriff des „rechtlichen Interesses“ fallen, womit also ein Mediationsverfahren, welches durch einen Rechtsschutzfall initiiert wird, zu den Aufgaben der Rechtsschutzversicherer gehört.

Etwas anderes gilt nur für Mediationsverfahren, die Konflikte rein aus dem Beziehungsbereich zum Thema haben. Diese können jedoch unberücksichtigt bleiben, da bei diesen im Regelfall kein Rechtsschutzfall vorliegt und somit kein Anspruch auf Rechtsschutz besteht.

3.3 Die Mediationsklauseln im Einzelnen

Die Mediationsklauseln der Rechtsschutzversicherer basieren weitgehend auf der unverbindlichen Musterklausel des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GdV), die dieser seit 2009 seinen Muster-ARB als § 5 a beigefügt hat. Der GdV, der sich schon seit mehreren Jahren mit der Mediation als zeitaktuellem Thema beschäftigt, hat sich dahingehend positioniert, dass die Mediation als

⁷⁰ Vgl. Armbrüster, § 1 ARB 2008/II Rd.2 ff.

⁷¹ Bauer, § 1 ARB 2000 Rd. 6

⁷² BGH NJW 91,2644

⁷³ Ausführlich hierzu : Bauer § 1 ARB 2000 Rd. 10

zusätzliche Kernleistung der Rechtsschutzversicherer in deren Leistungskatalog aufgenommen werden solle, wodurch sich die Mediation als außergerichtliche Konfliktlösung etablieren werde.⁷⁴ Diese Position des GdV führte zu der Empfehlung an die Rechtsschutzversicherer, eine Mediationsklausel in den Leistungskatalog aufzunehmen.

Von den von der Verfasserin näher beleuchteten zwölf Rechtsschutzversicherern hatten neun die Musterklausel des GdV in ihre ARB übernommen. Das sind 75 %. Gelegentlich wurden unerhebliche Satzumbstellungen vorgenommen oder die Mediationsklausel in Zusatzvereinbarungen platziert. Die Aufzählung der Erstreckung des Rechtsschutzes für Mediation ist unterschiedlich formuliert, bezieht sich aber immer auf die in den ARB bereits genannten Leistungsarten. Einige ARB sehen vor, dass im Hinblick auf den Beratungsrechtsschutz nur die Alternative zwischen Beratungs- oder Mediationsrechtsschutz besteht, das heißt, findet eine Mediation statt, entfällt der Beratungsrechtsschutz. Die Kostenübernahme ist unterschiedlich geregelt. Manche Versicherer übernehmen die Kosten des Mediators in Höhe bis zu acht mal 180 EUR, einige fixieren die Kostenobergrenze bei 1.500 EUR oder 2.000 EUR und weitere Versicherer zahlen Mediationskosten bis zur Höhe der Kosten, die im Falle eines Gerichtsverfahrens für die 1. Instanz entstanden wären.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass alle von der Verfasserin geprüften ARB die Mediation implementiert haben. Auch die Rechtsschutzversicherer, die den § 5 a ARB-GdV nicht übernommen haben, haben explizite Kostenübernahmen für Mediationsverfahren formuliert, indem sie das Mediationsverfahren in den Passus aufgenommen haben, in welchem die Gebühren eines Schieds- oder Schlichtungsverfahrens geregelt werden (meistens § 5 Ziff. 1d ARB). Eine Unterscheidung zwischen Mediation für Nichtselbständige und Selbständige wird von einem der Versicherer vorgenommen. Dieser formuliert für Selbständige explizit, dass im Falle einer Mediation der Konflikt im Zusammenhang mit der Selbständigkeit stehen muss.

⁷⁴ Gerhard Horion, Vorsitzender der Kommission Rechtsschutzversicherung des GdV, Pressekolloquium am 18. März 2010, abrufbar über: www.gdv.de, recherchiert am 28.06.2011, 9.00 Uhr

3.3.1 Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes

Als Untersuchungsgegenstand hat die Verfasserin die ARB folgender Versicherer ausgewählt: Advocard (2011), ARAG (2010), Auxilia (2008), Concordia (2009), D.A.S. (2010), Debeka (2010), Deurag (2011), DMB (2011), HUK (2010), Roland (2010), R+V (2011), WGV (2011).⁷⁵

Die Auswahl der Rechtsschutzversicherer erfolgte erstens nach der Marktstellung. Es war die Absicht der Verfasserin, die Rechtsschutzversicherer mit dem größten Marktanteil auszuwählen. Leider war es der Verfasserin nicht möglich, aktuelle ARB der Allianz zu bekommen. Die Auswahl weiterer Rechtsschutzversicherer erfolgte nach der Möglichkeit der Verfasserin, aktuelle ARB einzusehen.

Bei der Analyse der ARB der vorgenannten Rechtsschutzversicherer hat sich die Verfasserin darauf beschränkt, jeweils den Passus herauszusuchen und einer Analyse zu unterziehen, der explizit die Aufnahme der Mediation in den Leistungsumfang regelt. Andere Regelungen der ARB waren nicht Thema dieser Forschung. Da, wie vorstehend aufgeführt, 75 % der analysierten ARB die Musterregelung des GdV übernommen haben und von dieser nur geringe Abweichungen formuliert wurden, hat die Verfasserin bei ihrer Prüfung den § 5 a der Muster - ARB des GdV zugrunde gelegt. Rechtsschutzversicherer, die einzelne Abweichungen sprachlicher Art vorgenommen haben oder die Mediation (unter Verwendung des Textes des § 5a) an einer anderen Stelle der ARB platziert hatten, wurden nicht namentlich aufgeführt.

Die Ergebnisse der Analyse und Bewertung der Muster-ARB des GdV bezieht sich somit immer auch auf die ARB der Rechtsschutzversicherer, die die Muster-ARB des GdV übernommen haben.

3.3.2 Definition der Mediation (§ 5 a Abs.1 S.1 ARB-GdV)

Nach der Musterklausel des GdV und daraus folgend in 75 % der ARB der Rechtsschutzversicherer ist die Mediation „ein Verfahren zur freiwilligen, außergerichtlichen Streitbeilegung, bei dem die Parteien mit Hilfe der Moderation eines neutralen Dritten, des Mediators, eine eigenverantwortliche Problemlösung erarbeiten“.

⁷⁵ Die Aufzählung erfolgt alphabetisch. Die Zahl in der Klammer stellt die Jahreszahl der von der Verfasserin verwendeten ARB dar. Die ARB sind sämtlich über das Internet abrufbar.

Ausgehend von der unter oben 2.1 dargestellten Definition der Mediation beinhaltet die vom GdV vorgeschlagene Definition die wesentlichen Eckpfeiler einer Mediation: Verfahren, Freiwilligkeit, Eigenverantwortlichkeit, neutraler Dritter.

Nicht aufgeführt ist jedoch das zur Mediation gehörende Prinzip des „strukturierten“ Verfahrens. Dies zeigt sich auch in der Bezeichnung der Tätigkeit des Mediators als „Moderation“.

Moderation ist eine Methode der Zusammenarbeit und der gemeinsamen Erarbeitung von Lerninhalten, Themen, Problemen und sozialen Prozessen.⁷⁶ Ihre primäre Aufgabe ist es, Gespräche - besonders Gruppengespräche - methodisch zu steuern und zu helfen, entweder ein Thema sachgerecht zu diskutieren oder ein Problem einer Lösung zuzuführen. Der Moderator soll ebenso wie der Mediator unparteiisch und neutral sein, d. h. er soll nicht Partei ergreifen, die Beiträge der Teilnehmer nicht werten oder bewerten und für ein Machtgleichgewicht der Parteien sorgen. Auch die Moderation kann mit einer Einigung der Parteien in Bezug auf ein Problem oder einen Konflikt enden. Sturm beschreibt den Moderator als „Methodenspezialist, Prozessgestalter und Prozessverantwortlichen“⁷⁷ und Altmann beschreibt die Mediation und die Moderation beide als gruppenspezifische Prozesse, deren Ziele sich im Laufe der Prozesse entwickeln und verschieben.⁷⁸

Man könnte so zu dem Ergebnis kommen, dass die Moderation und auch die Mediation die gleichen Ziele verfolgen und gleiche Vorgehensweisen haben, weshalb die Begriffe synonym zu gebrauchen sind oder aber die Moderation der weitere und die Mediation der engere Begriff darstellen. Dies ist jedoch nicht richtig. Der Unterschied zwischen beiden Konzepten liegt gerade in der Zielrichtung. Während die Moderation die Effektivität der Arbeit der Parteien verbessert und somit eine Problemlösung erreichen will, ist es das primäre Ziel der Mediation, die Beziehung zwischen den Parteien zu verbessern. Dies erreicht die Mediation durch ein strengeres strukturiertes Vermittlungsverfahren. Die Vermittlungsleistung der Mediation liegt darin, dass die Streitparteien im Laufe der Mediation verstehen, welche Interessen und Wünsche hinter der Position der anderen Partei liegen.⁷⁹

⁷⁶ Vgl. Sturm, S.5

⁷⁷ Sturm, S.5

⁷⁸ Vgl. Altmann, S.129 f.

⁷⁹ Vgl. Mähler / Mähler, S. 18 ff.

So ist es den Parteien möglich, gemeinsame Interessen, unterschiedliche Interessen und Schnittstellen herauszuarbeiten, was beispielsweise dazu führt, dass gemeinsame Interessen zur Zukunftsperspektive gemacht und darauf die Entscheidungen fundiert werden. Aus diesem Grunde betont Altmann, dass sich die Leistung des Mediators an der zukünftigen Kooperation der Parteien messen lasse.⁸⁰

Die Moderation muss nicht gleichbedeutend sein mit einem unbedeutenden Palaver im Fernsehen, bei dem ein redegewandter Journalist die Mitglieder einer Gruppe zur Meinungsäußerung veranlasst und dafür sorgt, dass die Kommunikation im Fluss bleibt. Die Moderation kann in vielen Aufgabenbereichen eine Gruppenlösung herbeiführen. Es lassen sich auch Konflikte durch eine Moderation lösen, wenn die Konflikteskalation noch nicht sehr weit fortgeschritten ist und der Konflikt sich noch auf der Inhalts- und Sachebene befindet.⁸¹ Dies bedeutet, dass die Parteien zwar polarisieren, aber noch offen diskutieren können, gegenseitige Argumente und Informationen austauschen und wahrnehmen.⁸² Hierzu gehören die so genannten runden Tische. Dies sind Gruppenprozesse, bei denen Vertreter unterschiedlicher Interessensgruppen ein Thema beleuchten und für eine Frage oder einen Konflikt eine Lösung finden wollen. Ab dem Zeitpunkt, an dem der Konflikt auf die Beziehungsebene rutscht (die Parteien misstrauen sich, greifen sich persönlich an, üben Druck aus)⁸³ bedarf es der Vermittlungsleistung der Mediation, um den Konflikt zu lösen. Diese Vermittlungsleistung lässt sich nur durch das in oben 2.1 beschriebene strukturierte Verfahren erreichen, weshalb auch die Definition der Mediation immer einhergehen sollte mit dem Begriff „strukturiertes Verfahren“.

Zwischenfazit:

Die Formulierung des § 5 a Abs.1 S.1 der Muster ARB-GdV ist durch die Vermischung der Konzepte Moderation und Mediation ungenau. Die Weglassung des Begriffes „strukturiert“ im Zusammenhang mit dem Begriff „Verfahren“ führt zur Unklarheit im Hinblick auf die Definition der Mediation.

3.3.3 Durchführung des Mediationsverfahrens (§ 5 a Abs.1 S.2 der ARB-GdV)

Nach § 5 a Abs.1 S.2 der Musterbedingungen des GdV „vermittelt (der Versicherer) dem Versicherungsnehmer einen Mediator zur Durchführung des Mediationsverfahrens

⁸⁰ Vgl. Altmann, S. 128

⁸¹ Vgl. Sturm, S. 6

⁸² Vgl. Glasl, S. 233 ff.

⁸³ Vgl. Glasl, S. 233 ff.

in Deutschland und trägt dessen Kosten im Rahmen von Abs.3“.

Diese Regelung lässt nur in einem sehr begrenzten Umfang einen Einblick zu in die Vorgehensweise der Versicherer, wenn ein Versicherungsnehmer eine Mediation wünscht und gibt keinerlei Hinweise darauf, wie das folgende Mediationsverfahren abzulaufen hat oder welche Optionen es für den Versicherungsnehmer und / oder den Mediator gibt. Explizit aufgeführt ist nur, dass der Versicherer dem Versicherungsnehmer „den Mediator vermittelt“.

3.3.3 a) Vermittlung

Es war zuerst zu untersuchen, was sachlich unter der „Vermittlung“ zu verstehen ist, zweitens war die rechtliche Einordnung der Vermittlung zu prüfen und drittens, ob eine solche Vermittlungsklausel zulässig ist.

Liegt ein Rechtsschutzfall vor und möchte der Versicherungsnehmer eine Mediation, benennt der Rechtsschutzversicherer einen externen Mediator in der Nähe des Versicherungsnehmers. Mit diesem Mediator nimmt der Versicherungsnehmer (wenn die Gegenseite einverstanden ist) Kontakt auf. Alles Übrige, wie den Vertrag mit dem Mediator, Terminvereinbarungen und die Abschlussvereinbarung erfolgt direkt zwischen dem Mediator und den Streitparteien. Die andere Möglichkeit der Vermittlung eines Mediators liegt darin, einen Mitarbeiter der Rechtsschutzversicherung zu benennen, der als Mediator ausgebildet ist und die Mediation dann vornimmt.

Legt man der rechtlichen Einordnung diesen Sachverhalt zugrunde, so wird deutlich, dass es nicht die Aufgabe des Rechtsschutzversicherers ist, den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages zwischen dem Mediator und dem Versicherungsnehmer zu erbringen, d. h. es liegt offensichtlich kein echter Vermittlungsvertrag vor.

Bei der Vermittlung des Mediators könnte es sich um ein Benennungsrecht handeln. Benennungsrechte sind im Regelfall so ausgestaltet, dass eine berechnigte Person unter Beachtung verschiedener Qualifikationsmerkmale, denen der Benannte entsprechend muss, die Benennung vornimmt und die anderen Vertragsparteien dieser Benennung dann zustimmen müssen. Sie können höchstens einwenden, dass der Benannte nicht die festgelegten Qualifikationsmerkmale hat.

Bei der Vermittlung des Mediators durch den Rechtsschutzversicherer fehlen erstens Qualifikationsmerkmale des zu benennenden Mediators und zweitens steht es ja dem Versicherungsnehmer frei, den benannten Mediator zu akzeptieren oder nicht. Dies

würde gegen ein Benennungsrecht sprechen. Es liegt jedoch die Besonderheit vor, dass der Versicherungsnehmer mit seiner Entscheidung pro oder contra den Mediator damit auch entscheidet, ob das Mediationsverfahren stattfindet oder nicht. Dies bedeutet, dass, wenn er das Mediationsverfahren will, er den vorgeschlagenen Mediator akzeptieren muss.

Aus diesem Grunde ist hinsichtlich der rechtlichen Einordnung des Vermittlungsrechts der Rechtsschutzversicherer davon auszugehen, dass es sich um ein Benennungsrecht handelt.

Stahl⁸⁴ weist darauf hin, dass der Grund für die Vermittlung des Mediators darin liegt, die Qualität der Mediationsleistung im Interesse des Versicherungsnehmers nachhaltig zu sichern.

Dieser Aspekt ist sicherlich richtig. Läuft die Mediation zufriedenstellend und führt sie zu einem gewünschten Ergebnis, liegt dies unstreitig im Interesse des Versicherungsnehmers. Es darf aber nicht verkannt werden, dass die Anforderungen an die Qualität einer Mediation aus Sicht des Rechtsschutzversicherers neben der Zufriedenheit des Versicherungsnehmers auch den Kostenaspekt beinhalten.

Die Aufnahme der Mediationsklauseln in die ARB erfolgt bei den meisten Rechtsschutzversicherern als zusätzliches Angebot im Leistungsumfang, nicht als fakultatives Angebot. Scheitert eine Mediation, muss der Rechtsschutzversicherer auch ein nachfolgendes Gerichtsverfahren bezahlen. Die endgültige Streiterledigung ist also aus Sicht des Rechtsschutzversicherers eine wichtige Anforderung an die Qualität einer Mediation.

Nur ein Rechtsschutzversicherer hat in seine ARB aufgenommen, dass die übernommenen Mediationskosten zur Hälfte auf die weiteren Leistungen angerechnet werden, wenn es nach einem Mediationsverfahren noch zu einem Gerichtsverfahren kommt.

Da es unterschiedliche Mediationsverfahren und Mediatoren gibt, wobei hier nicht nur die Unterscheidung zwischen Anwaltsmediatoren und nichtanwaltlichen Mediatoren gemeint ist, (auch bei den Anwaltsmediatoren gibt es Mediatoren mit unterschiedlichen Schwerpunkten) und für Mediatoren keine Gebührenordnung existiert, können die Kosten, die durch ein Mediationsverfahren entstehen, stark variieren. Von Stundenhonoraren zwischen Geringbeträgen und vielen hundert Euro, bis über

⁸⁴ Vgl. Stahl, ARB 2000 § 5a Rdn. 5

Pauschalhonorare für das gesamte Mediationsverfahren ist alles vertreten. Ebenso gibt es Mediatoren, die schneller durch ein Verfahren führen und andere, die sich der konsensualen Lösung in sehr kleinen Schritten nähern.

Angesichts dessen ist es nachvollziehbar, dass die Rechtsschutzversicherer nicht nur, worauf später noch einzugehen ist, eine Kostenobergrenze für das Mediationsverfahren manifestieren, sondern auch dem Versicherungsnehmer einen Mediator ihrer Wahl präsentieren wollen. Die Kenntnisse eines solchen Mediators sind bekannt, auch können Absprachen erfolgen betreffend der Dauer eines Mediationsverfahrens und der Kostenhöchstgrenze, was bei der jetzigen Regelungssituation auch erforderlich ist, da kein Versicherungsnehmer besonders zufrieden sein wird, wenn eine Mediation zwar zu einem erwünschten Ergebnis führt und damit der Streit erledigt ist, die Rechtsschutzversicherung aber nur die Kosten bis zu ihrer Höchstgrenze übernimmt, die Kosten des Mediationsverfahrens diese aber überschreiten und der Versicherungsnehmer somit zuzahlen muss. Unter dem Aspekt der Kundenzufriedenheit und Kundenbindung wäre ein solcher Fall äußerst negativ. Es ist deshalb leicht nachvollziehbar, weshalb die Rechtsschutzversicherer das Benennungsrecht in die Mediationsklauseln aufgenommen haben, fraglich ist jedoch, ob ein solches Benennungsrecht zulässig ist.

Die Vermittlung des Mediators verstößt nach Stahl⁸⁵ nicht gegen § 127 Abs.1 VVG, da dieser sich gemäß seines Wortlautes nur auf Rechtsanwälte als Interessenswahrnehmer beziehe. Dies sei bei einem Mediator, auch wenn er Rechtsanwalt sei, gerade nicht der Fall.

Dem ist zuzustimmen. Die Europäische Richtlinie, auf der die Einfügung des § 127 Abs.1 VVG beruht, stellt in ihrem Wortlaut eindeutig auf die Interessensvertretung ab.⁸⁶ Eine qualifizierte Mediation liegt zwar im Interesse der Streitparteien, der Mediator ist jedoch kein Vertreter dieses Interesses. Die Anwendung des § 127 Abs.1 VVG scheidet insoweit aus. Eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, da die Ratio legis des § 127 Absatz 1 VVG und die der zugrunde liegenden Europäischen Richtlinie das geschützte Interesse des Versicherungsnehmers an einer ungehinderten Interessenswahrnehmung durch einen Vertreter darstellt. Insoweit trifft auch die Grundidee des § 127 Abs.1 VVG bei einem Mediationsverfahren nicht.

⁸⁵ Vgl. Stahl, ARB 2000 § 5a Rdn. 5

⁸⁶ Richtlinie 87/344/EWG des Rates vom 22. Juni 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung, Art. 4 Abs.1 a)

Das Benennungsrecht könnte gegen Art.1,§ 2 Abs.1 des Regierungsentwurfs zum MediationsG verstoßen.

Art.1,§ 2 Abs.1 des Regierungsentwurfs zum geplanten MediationsG lautet folgendermaßen: „Die Parteien wählen den Mediator aus.“ In der amtlichen Begründung zu dem Gesetz wird aufgeführt, dass Grund für diese Regelung das Selbstbestimmungsrecht der Parteien ist, welches sich in der Auswahl des Mediators manifestiert.⁸⁷

Dieser Betonung des Selbstbestimmungsrechts der Parteien ist zuzustimmen.

Die gemeinsame Auswahl eines Mediators gerät für die Streitparteien im Vorfeld einer Mediation häufig zu einer echten Herausforderung. Haben die Parteien den Entschluss gefasst nicht „klagen zu wollen“, sondern eine Mediation zu versuchen, stellt sich in Abweichung von Risse: „ Wie kommt ein Konflikt zur Mediation“⁸⁸ sehr schnell die Frage: Wie kommt ein Konflikt zum Mediator?

Es bestehen bei den Parteien oft große Bedenken, dass der Mediator im Hinblick auf seinen Wohnort, sein Alter oder seinen Beruf mehr Sympathien für die eine oder andere Partei hegen könnte. Nach der Erfahrung der Verfasserin darf auch die Geschlechter- Problematik nicht unterschätzt werden. Sehr häufig finden Diskussionen zwischen den Streitparteien darüber statt, ob ein weiblicher oder ein männlicher Mediator gewählt werden solle. Die gemeinsame Auswahl des Mediators ist ein wichtiger Bestandteil der Selbstbestimmung der Parteien und, wenn die Parteien sich geeinigt haben, ein erster gemeinsamer Schritt in Richtung Einigung, was von vielen Parteien positiv bemerkt wird.

Darüber hinaus geht es auch um das persönliche Vertrauen der Streitparteien in den Mediator. Dieses Vertrauen, das eine wichtige Grundlage der Mediation darstellt, kann sich besser bilden, wenn die Parteien den Mediator selbst ausgewählt haben.

Es gibt auch Parteien, die diesen ersten Schritt nicht schaffen, weil sie sich definitiv nicht einigen können oder weil sie nicht in der Lage sind, in Bezug auf die Auswahl des Mediators initiativ zu werden. Nach Ansicht der Verfasserin ist es in einem solchen Fall durchaus den Grundsätzen der Mediation angemessen, den Parteien einen Mediator

⁸⁷ Begründung zum Regierungsentwurf MediationsG, zu § 2 , dritter Absatz

⁸⁸ Risse, S. 89

vorzuschlagen und ihnen zu überlassen, ob sie diesen Mediator wählen oder nicht. Wählen sie ihn nicht, kann ein anderer Mediator vorgeschlagen werden.

Die ausschließliche Vermittlungsregelung verstößt jedoch gegen Art.1,§ 2 Abs.1 des Regierungsentwurfes zum MediationsG.

Eine Betrachtung unter dem Aspekt der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB führt zu keinem anderen Ergebnis:

Die ARB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen und unterliegen der richterlichen Inhaltskontrolle. Die ausschließliche Vermittlungsregelung in den ARB hielte einer solchen Kontrolle nicht stand. Zum einen ist die Regelung unklar, da das Benennungsrecht des Rechtsschutzversicherers nicht durch Qualifikationsmerkmale, die für den Versicherungsnehmer nachvollziehbar sind, eingegrenzt ist und die Regelung ist für den Versicherungsnehmer auch nachteilig, da für den Versicherungsnehmer die Gefahr besteht, dass bei der Auswahl des Mediators die Interessen des Rechtsschutzversicherers im Vordergrund stehen und nicht die des Versicherungsnehmers.

3.3.3 b) Mediator

Der Rechtsschutzversicherer kann einen Anwaltsmediator, einen nichtanwaltlichen Mediator oder einen eigenen Mitarbeiter als Mediator benennen.

Anwaltsmediatoren sind zugelassene Rechtsanwälte, die die nach § 7a BORA erforderliche Qualifikation durch eine Ausbildung als Mediator erlangt haben, während nichtanwaltliche Mediatoren oft Mitglieder einer Berufsgruppe aus dem psychosozialen Umfeld sind. Die Qualifikation nichtanwaltlicher Mediatoren wird nicht durch ein Standesrecht überwacht, weshalb in der Literatur und auch vom GdV übereinstimmend die Einführung eines Qualitätsstandards für Mediatoren gefordert wird.⁸⁹

Die Verfasserin möchte hier nicht näher auf die heftig geführte Diskussion über die Frage, ob Mediatoren immer Anwälte sein sollten, eingehen.⁹⁰ Konflikte und der Verlauf von Mediationen sind Unikate, weshalb sie bei ihrer privatautonomen Lösung keinen Regelungen unterworfen werden sollten, die nicht durch das Mediationsverfahren selbst indiziert sind. Die Verfasserin kennt etliche nichtanwaltliche Mediatoren, die

⁸⁹ Stellungnahme BRAK (10 / 2010), zu Art.1 § 5 Reg-E. MediationsG
Stellungnahme GdV (2 / 2011), Rdn. 2.4

⁹⁰ Vgl. Prütting, S. 99 und Positionen (2009), S. 7

hervorragende Mediationen führen und einen wirklichen Zugang zu den Medianten finden. Der Forderung nach einem nachweisbaren Qualitätsstandard schließt sich die Verfasserin jedoch an.

Den Vorteil, den ein Anwaltsmediator unabhängig vom Thema Qualifikation per se gegenüber einem nichtanwaltlichen Mediator hat, liegt darin, dass der Anwaltsmediator am Ende der Mediation die Abschlussvereinbarung zwischen den Streitparteien formulieren kann und / oder die Parteien bei der Formulierung dieses Vergleichsvertrages unterstützen kann, ohne mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz in Konflikt zu geraten.⁹¹

Nach § 2 Abs.3 Nummer 4 RDG ist Mediation keine Rechtsdienstleistung, sofern der Mediator nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift. In der Begründung zum Gesetzentwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes, welches dann als Rechtsdienstleistungsgesetz bezeichnet wurde⁹² wird festgestellt, dass die Mediation die Methode einer außergerichtlichen Konfliktbearbeitung darstellt. Es wird weiter ausgeführt, dass ein neutraler Dritter die Beteiligten darin unterstützt, ihren Streit im Wege eines Gesprächs beizulegen und selbständig eine Lösung zu finden, die dann in einer Abschlussvereinbarung protokolliert werde. Schwerpunkt der Tätigkeit des Mediators sei die Gesprächslenkung. Die Mediation könne zwar Rechtsinformationen beinhalten und sich auf Rechtsverhältnisse beziehen sowie Regelungsmöglichkeiten zur Diskussion stellen, sie müsse aber den Konfliktparteien die Gestaltung der Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich überlassen. Nur wenn der Mediator im Rahmen dieser Tätigkeit bleibe, liegt keine Rechtsdienstleistung vor.

Dies bedeutet, dass der Mediator zwar Tabellen, Berechnungsvorschläge oder auch Rechtssprechung in das Gespräch einführen darf, er darf aber keinesfalls durch eigene Vorschläge, die sich in irgendeiner Form rechtlich auswirken, in die Gespräche der Beteiligten eingreifen. Wichtig ist, dass ein solches gestalterisches Eingreifen dem Mediator nicht grundsätzlich verboten ist, aber er tritt damit in den Bereich der Rechtsdienstleistung ein, was dem anwaltlichen Mediator durch seinen Kernberuf

⁹¹ Praxistipp: Das AG Lübeck hat in seinem Urteil vom 29.09.2006 – 24 C 1853/06 festgestellt, dass ein Anwaltsmediator, der im Rahmen der Mediation einen eigenen Vorschlag unterbreitet, für die rechtliche Richtigkeit des Vorschlages nicht in gleicher Weise haftet, wie ein für eine Partei beratend tätiger Anwalt. Die Mediation ist zwar eine anwaltliche Dienstleistung, aber die Sorgfaltspflichten eines eine Partei vertretenden Rechtsanwalts treffen einen als Mediator tätigen Anwalt nicht in gleicher Weise. Ziel ist die Vermittlung, nicht die Vertretung der Interessen einer Partei.

⁹² Bundestagsdrucksache 16/3655 vom 30.11.2006, Begründung, Seite 50

durchaus erlaubt ist, aber dem nichtanwaltlichen Mediator aufgrund des Rechtsdienstleistungsgesetzes nicht gestattet ist.

Die Frage, ob ein Mediator spezielle Fachkenntnisse im Themengebiet des zu mediierenden Konfliktes benötigt, ist in der Literatur ein heftig umstrittenes Thema.⁹³

Befürworter der Fachkenntnisse des Mediators weisen, sicherlich zu Recht, darauf hin, dass am Ende einer erfolgreichen Mediation ein Vertragsschluss der Parteien steht, der nicht ohne Fachkenntnisse des Mediators abgeschlossen werden sollte. Gegner der Fachkenntnisse des Mediators wenden darauf ein, dass der Mediator für einen solchen Vertrag sowieso nicht verantwortlich zeichnen sollte und Fachkenntnisse überdies hinderlich für das Mediationsverfahren sein können, da sie den Mediator innerlich beeinflussen und somit seine Neutralität gefährden.

Unstreitig ist, dass durch Fachkenntnisse des Mediators die Mediation eine andere Qualität erhält. Es ist unmöglich, dass ein Mediator den Sachverhalt nicht innerlich rechtlich bewertet, wenn er dazu aufgrund seiner Ausbildung in der Lage ist. Es wird sich nicht vermeiden lassen, dass die Mediation dann von der reinen Mediation wegrutscht zu einem Quentchen Schlichtung.

Das Landgericht Hamburg und das Oberlandesgericht Rostock hatten sich in den Jahren 2000 und 2001 mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und in welchem Umfang ein nichtanwaltlicher Mediator tätig sein darf. Das Landgericht Hamburg⁹⁴ argumentierte, dass der Mediator immer fremde Rechtsangelegenheiten besorge und deshalb einer Erlaubnis nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz bedürfe. Das Oberlandesgericht Rostock stellte auf den Einzelfall ab. Der Auftrag der Medianten und die Art und Weise der Mediation seien ausschlaggebend für die Einordnung der Mediation als solche, die den rein kommunikativen, zwischenmenschlichen Bereich beträfe oder als Mediation, bei der es auch um Rechtsangelegenheiten ginge.⁹⁵

Die gemeinsame Stellungnahme der Mediationsverbände BAFM, BM und BMWA zum Rechtsdienstleistungsgesetz sieht in der Nichtvornahme rechtlicher Regelungsvorschläge eine Selbstverständlichkeit und weist darauf hin, dass „mit dieser gesetzlichen Regelung (§ 2 Abs.3 Nummer 4 RDG) bestätigt (wird), was ohnehin

⁹³ Flucher / Kochendörfer / von Minckwitz / Viering, S. 11 ff.

⁹⁴ LG Hamburg: NJW – RR 2000, 1514

⁹⁵ OLG Rostock: Urteil vom 20.06.2001 – 2 U 58/00, auf die Berufung gegen das Urteil des LG Rostock 5 0 67/00

in unserer jeweiligen PraxisStandard war und ist“.⁹⁶

Nach der Erfahrung der Verfasserin ist das Vermeiden rechtlicher Regelungsvorschläge nichtanwaltlicher Mediatoren nicht so selbstverständlich, wie in der genannten Stellungnahme dargestellt. Das Hinzuziehen von Rechtsanwälten zu einer Mediation wird von nichtanwaltlichen Mediatoren häufig als störend empfunden und erhöht unstreitig die Kosten, weshalb in vielen Fällen auch die Streitparteien die Mitarbeit von Rechtsanwälten als nicht für unbedingt erforderlich erachten. Schon ein Regelungsvorschlag eines erfahrenen Mediators hinsichtlich einer Stundung oder dahingehend, einen Zahlungsrückstand in ein niederverzinsliches Darlehen umzuwandeln, stellt einen rechtlichen Regelungsvorschlag dar und führt zu einer Kollision mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz.

Manche nichtanwaltliche Mediatoren versuchen das Problem zu umgehen, indem sie die Abschlussvereinbarung „Memorandum“ nennen, so dass das Wort „Vertrag“ nicht auftritt. Dies geht jedoch fehl, da die erklärte Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges immer einen Vertrag darstellt⁹⁷ und somit die Bezeichnung dieses Vertrages als Vertrag oder als Memorandum in Bezug auf seine rechtlichen Auswirkungen völlig unerheblich ist.

Auch die Annahme, die Tätigkeit des Mediators sei, auch wenn sie in den erlaubnispflichtigen Bereich der Rechtsdienstleistung drifte, über § 5 Abs.1 S.1 RDG abgedeckt, geht fehl.

Zu der Tätigkeit des Mediators sagt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof München folgendes: „Der Begriff des Mediators bezeichnet einen Vermittler. Mediatoren lenken nur das Verfahren und den Kommunikationsprozess, entscheiden aber nicht in der Sache und schlagen auch keine Lösungen vor.“⁹⁸ Dies zugrunde legend, sind von Seiten des Mediators keine Fachkenntnisse im Themenbereich des Konflikts erforderlich, sondern Fachkenntnisse in der Methode der Mediation.

Medianten sehen dies aber häufig anders. Die Kompetenz des Mediators in Bezug auf das Verfahren nehmen sie als Selbstverständlichkeit hin und wünschen sich darüber hinaus einen Mediator, der sich in dem betroffenen Themenbereich „auskennt“. Sie sind der Ansicht, ein solcher Mediator sei kompetenter.

⁹⁶ Stellungnahme der BAFM, BM, BMWA, 3. Absatz

⁹⁷ Palandt, Einführung v § 145 Rdn.1

⁹⁸ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München, Beschluss vom 17.11.2006, -- 3 ZB 06.2928

Ausgehend von der Definition der Tätigkeit des Mediators ist die Rechtsdienstleistung keine Nebenleistung im Sinne von § 5 Abs. 1 S.1 RDG, die er zur Erfüllung seiner Tätigkeit erbringen müsste.⁹⁹

Einem nichtanwaltlichen Mediator kann insoweit nur geraten werden, sich an der Erstellung des Abschlussvertrages nicht zu beteiligen, d. h. die Parteien den Vertrag vollständig selbst formulieren zu lassen und zum Ausschluss einer eventuellen Haftung die Selbstanfertigung des Vertrages durch die Parteien und die Nichtteilnahme an der Erstellung des Vertrages bzw. an dem Vertragsschluss in einem Protokoll schriftlich zu dokumentieren und von den Parteien unterschreiben zu lassen. Bei komplexen Streitigkeiten, bei denen sich eine rechtliche Gestaltung nicht vermeiden lässt, besteht die Möglichkeit ein Team aus einem anwaltlichen und einem nichtanwaltlichen Mediator zusammenzustellen. So werden Kollisionen mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz vermieden und es besteht überdies die Möglichkeit, auch Mediationen mit mehr als zwei oder drei Medianten durchzuführen oder den Wünschen der Medianten nach einem weiblichen und einem männlichen Mediator nachzukommen.

Benennt der Rechtsschutzversicherer einen eigenen Mitarbeiter als Mediator, stellt sich darüber hinaus noch die Frage, ob dieser Mitarbeiter - Mediator nicht gegen den Grundsatz der Neutralität verstößt.

Die Definition der Mediation beinhaltet den „neutralen Dritten“.¹⁰⁰ Unstreitig ist, dass der Mediator neutral sein muss. Der Begriff der Neutralität ist ein sehr sensibles Thema, denn es ist sehr schwierig, genau zu umreißen, was darunter zu verstehen ist.

Es lassen sich zwei Aspekte herausarbeiten:

Der Mediator lenkt das Verfahren. Er muss also, um die Struktur des Verfahrens einhalten zu können, Verfahrensentscheidungen treffen.¹⁰¹ Diese Verfahrensentscheidungen richten sich nach den Regeln und Erfordernissen eines Mediationsverfahrens. Daraus ergibt sich als Kernbereich der Neutralität, dass die Einflussnahme des Mediators auf das Mediationsverfahren nur motiviert sein darf durch die Erfordernisse des Mediationsverfahrens und nicht durch Wünsche oder Vorgaben einer Partei. Noch einmal verdeutlicht bedeutet dies: Der Mediator kann durchaus zugunsten einer Partei in das Verfahren eingreifen, wenn z. B. ein

⁹⁹ Krenzler, § 5 Randnummer 79

¹⁰⁰ Siehe oben unter 2.1.

¹⁰¹ Vgl. Kracht, § 15 Rd. 18

Machtungleichgewicht zwischen den Parteien entsteht. Diese Tätigkeit des Mediators darf aber nur vorgegeben werden durch das Erfordernis des Verfahrens und nicht, weil beispielsweise diese Partei das möchte, der Mediator die Partei sympathischer findet oder der Mediator ein bestimmtes Ergebnis erzielen möchte.

Diese Neutralität kann der Mediator nur besitzen, wenn er keine Verbindungen zu einer der Parteien oder zum Streitthema hat. Die persönliche Unabhängigkeit des Mediators ist also eine wichtige Voraussetzung für seine Neutralität. Häufig wird in Bezug auf das Thema Neutralität des Mediators eingewandt, eine vollständige Neutralität gäbe es nicht. Jeder Mensch habe innerlich Voreinnahmen, verteile Sympathien oder stehe in Bezug auf Fragen auf der einen oder anderen Seite. Dieser Vorbehalt mag zum Teil richtig sein, aber durch ein sorgfältiges Auswahlverfahren in Bezug auf den Mediator und die Arbeit des Mediators an sich innerhalb seines Rollenverständnisses, können Schräglagen kompensiert werden. Ist dies nicht der Fall und ist dies dem Mediator bewusst, wird ein verantwortungsvoller Mediator die Mediation in andere Hände legen.

Gründe, die eine Neutralität des Mediators offensichtlich verhindern, sind zum einen die persönliche Beziehung des Mediators zu einer Partei, die finanzielle Abhängigkeit des Mediators von einer Partei, Vorgaben eines Dritten über den Verlauf und das Ergebnis eines Mediationsverfahrens, der Mediator gehört einer Interessensgruppe an, deren Interessen durch das Thema der Mediation tangiert sind oder der Mediator hat öffentlich Stellung genommen zu einer Frage, die im Laufe der Mediation auftaucht.

Im Falle der Mediation durch einen Mitarbeiter des Versicherers ist fraglich, ob die finanzielle Abhängigkeit des Mitarbeiter-Mediators vom Rechtsschutzversicherer als demjenigen, der die Kosten des Verfahrens trägt, seine Neutralität beeinträchtigt.

Nach Art.1,§ 1 Abs.2 des geplanten MediationsG ist ein Mediator „eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt“. Nach der Begründung zum MediationsG¹⁰² ist diese Unabhängigkeit in erster Linie personenbezogen zu verstehen, d.h. sie betrifft die persönliche Unabhängigkeit von den Parteien. Der Mediator darf keinen Weisungen einer Mediationspartei unterliegen und keine starken Bindungen in Bezug auf den Verfahrensgegenstand der Mediation haben. Das geplante MediationsG leidet jedoch unter einer Inkonsequenz, da in Art.1,§ 1 Abs. 2 der Mediator als eine solche unabhängige und neutrale Person beschrieben wird, er aber in Art.1,§ 3 Abs.1 die Möglichkeit hat, falls diese Unabhängigkeit und Neutralität nicht besteht, den Parteien die Umstände offen zu

¹⁰² Begründung zum Regierungsentwurf des MediationsG, S. 14

legen und wenn die Parteien dem zustimmen, die Mediation dennoch durchzuführen. In der Begründung zum MediationsG heißt es, dass Umstände, die die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators beeinträchtigen können, insbesondere persönliche oder geschäftliche Verbindungen zu einer Partei oder ein finanzielles oder eigenes Interesse am Ergebnis der Mediation, zwar offengelegt werden müssen, aber der Mediator selbst bestimmen kann, in welcher Weise er dieser Offenbarungspflicht nachkommt. Vereinfacht ausgedrückt heißt dies: der Mediator soll eine unabhängige und neutrale Person sein, ist er es nicht, kann er, wenn er die Parteien darüber informiert und die Parteien keine Einwände haben, trotzdem mediiieren.

Eine solche Argumentation verstößt nach Ansicht der Verfasserin gegen die Grundsätze der Mediation, da die Neutralität des Mediators kein disponibler Bestandteil einer Mediation ist, sondern einen Grundpfeiler der Mediation darstellt. Eine Mediation, bei der der Mediator nicht neutral ist, ist keine Mediation, sondern ein Konfliktlösungsverfahren anderer Art.

In Bezug auf den Mitarbeiter-Mediator eines Rechtsschutzversicherers ist nach Vorgenanntem dessen Unabhängigkeit und daraus folgende Neutralität zu verneinen. Der Mitarbeiter-Mediator ist zwar nicht von den Parteien abhängig, aber er arbeitet für die Institution, die am Ende die Kosten des Mediationsverfahrens übernimmt. Es wäre also möglich, dass er in Anbetracht des verständlichen Interesses des Rechtsschutzversicherers, ein Gerichtsverfahren und damit doppelte Kosten zu vermeiden, alles versuchen wird, um eine Einigung der Parteien zu erreichen. Eine Druckausübung in diese Richtung würde nicht nur den Neutralitätsgrundsatz des Mediators verletzen, sondern auch das Selbstbestimmungsrecht der Parteien.

Zwischenfazit:

Die Regelung in § 5 a Abs.1 S.2 ARB ist zu restriktiv formuliert. Es liegt darin ein Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht als tragender Grundpfeiler der Mediation. Durch die Ausschließlichkeit der Regelung, die dazu führt, dass ein Versicherungsnehmer, der den benannten Mediator nicht akzeptiert, eben kein Mediationsverfahren durchführen kann, kann darüber hinaus noch ein Verstoß gegen den Aspekt der Freiwilligkeit in der Mediation¹⁰³ gegeben sein. Denn die Freiwilligkeit bedeutet nicht nur, dass jemand eine Mediation nicht nur nicht machen muss, wenn er nicht will, sondern, dass er, im Rahmen des vertraglich Vorgesehenen, auch die Möglichkeit haben muss, an einer Mediation teilzunehmen, wenn er dies möchte.

¹⁰³ Siehe oben unter 2.3

Darüber hinaus liegt auch ein Verstoß gegen Art.1,§ 2 Abs.1 des Regierungsentwurfs des geplanten MediationsG vor.

Im Hinblick auf den Grundberuf des Mediators ist der Versicherer frei. Er kann einen Anwaltsmediator vorschlagen, ebenso wie einen nichtanwaltlichen Mediator. Die Auswahl eines Mitarbeiter-Mediators ist zwar rechtlich zulässig, jedoch nur unter Beachtung der Informationsverpflichtung des Art.1,§ 3 Abs.1 des Regierungsentwurfes zum Mediationsgesetz.

3.3.4 Sachlicher Anwendungsbereich der Mediationsklauseln (§ 5 a Abs.2 ARB-GdV)

§ 5 a Abs.2 stellt nur einen Torso dar. „Der Rechtsschutz für Mediation erstreckt sich auf“

Die Rechtsschutzversicherer sollen hier die Leistungsarten, auf die sich der Rechtsschutz für Mediation bezieht, in ihren ARB aufzählen.

Ein Großteil der Rechtsschutzversicherer zählt hier den Schadensersatz-Rechtsschutz, Arbeits-Rechtsschutz, Wohnungs- und Grundstücks-Rechtsschutz, Vertrags- und Sachenrecht-Rechtsschutz, Disziplinar- und Standes-Rechtsschutz auf, selektiert also die regelmäßig in § 2 der ARB aufgezählten Leistungsarten auf die klassischen Gebiete, bei denen die Mediation häufig angewandt wird. Einige Versicherer beziehen den Rechtsschutz für Mediation pauschal auf „alle im Rechtsschutz - Vertrag vereinbarten Leistungsarten“.

In etlichen ARB ist formuliert, dass der Mediations-Rechtsschutz im Falle des Beratungs-Rechtsschutzes im Familien-, Lebenspartnerschafts- und Erbrecht nur statt des Beratungsrechtsschutzes gegeben ist. Dies bedeutet, dass nach einer eventuell gescheiterten Mediation kein Beratungsrechtsschutz mehr in Anspruch genommen werden kann. Dies ist eine für den Versicherungsnehmer nachteilige Regelung, insbesondere auch im Hinblick darauf, dass der Versicherungsnehmer keine Einflussmöglichkeit auf die Auswahl des Mediators hat und auch Mediationsverfahren das Risiko haben, zu scheitern.

Die Klausel in ihrer jetzigen Formulierung könnte gegen das Transparenzgebot des §307 Abs.1 S.1 BGB verstoßen, da nur über das Wörtchen „statt“ die Ausschließlichkeit definiert wird und keine weiteren Erklärungen folgen. Auch ist folgendes zu bedenken: Außerhalb des Beratungs-Rechtsschutzes übernimmt der Versicherer die Kosten für das Gerichtsverfahren auch dann, wenn eine vorgeschaltete

Mediation scheitert. In diesem Fall hat der Versicherungsnehmer also zwei Chancen. Beim Beratungs-Rechtsschutz dagegen ist die Mediation fakultativ, ohne dass dies für den Versicherungsnehmer offenkundig nachvollziehbar wäre. Insbesondere ist die von den Versicherern teilweise verwendete Formulierung: „Der Versicherer übernimmt statt der Kosten für Rat oder Auskunft die Kosten einer außergerichtlichen Streitbeilegung durch Mediation“ unklar, da nicht zu erkennen ist, ob unter „außergerichtlicher Streitbeilegung“ nur eine erfolgreiche Mediation (also Streitbeilegung) zu verstehen ist, oder auch ein Mediationsversuch.

Die Klausel könnte demzufolge auch als überraschend i.S. des § 305 c Abs.1 BGB eingestuft werden.

Nur wenige Versicherer haben in ihre ARB aufgenommen, dass auch neben einem Mediationsverfahren noch Beratungsrechtsschutz besteht.

Zwischenfazit:

Die „Statt-Regelung“ beim Beratungsrechtsschutz verstößt in der derzeitigen Form gegen die Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. Der Text der Klausel muss erweitert werden auf eine Erklärung dahingehend, welche Konsequenzen die Inanspruchnahme einer Mediation im Beratungs-Rechtsschutz hat, insbesondere im Hinblick auf ein eventuelles Scheitern der Mediation.

3.3.5 Örtlicher Anwendungsbereich der Mediationsklauseln (§ 5a Abs.1 S.2 ARB-GdV)

In § 5 a Abs.1 S.2 der Musterbedingungen ist formuliert, dass der Versicherer nur die Kosten eines Mediationsverfahrens in Deutschland trägt. Diese Einschränkung haben die meisten Rechtsschutzversicherer in ihren ARB übernommen. Hierin liegt eine Abweichung zu dem örtlichen Geltungsbereich, der im Regelfall in § 6 der ARB enthalten ist. Dies bedeutet, dass kein Rechtsschutz besteht für Mediationsverfahren im Ausland. Diese Regelung korreliert mit der Regelung in Satz 1 der genannten Vorschrift, wonach die Rechtsschutzversicherer die Mediatoren vermitteln. Die Kooperation mit Mediatoren im Ausland und der Aufbau eines diesbezüglichen Netzwerkes ist sicherlich sehr schwierig.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Europäische Mediationsrichtlinie durch die die Erarbeitung des geplanten Mediationsgesetzes erst ins Rollen geraten ist, in erster Linie vorgab, die außergerichtliche Streitbeilegung bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen einschließlich des Arbeitsrechtes anzuwenden und die Umsetzungspflicht dieser Richtlinie erstmals die Staaten zwang,

sich auch Gedanken zu machen über eine Ausdehnung auf nationale Streitigkeiten, stellt die Regelung der Rechtsschutzversicherer, Mediationsverfahren nur in Deutschland zu übernehmen, eine Einschränkung dar. Es gibt eine zunehmende Zahl an Deutschen, die familiär, im Hinblick auf ihre Arbeit oder im Hinblick auf ihr Vermögen einen Auslandsbezug aufweisen, der häufig auch zu Konflikten im Ausland führt. Es ist darauf hinzuweisen, dass Mediationsverfahren in anderen europäischen Ländern teilweise viel verbreiteter sind. So ist insbesondere Österreich als Vorreiter zu nennen. Das österreichische Mediationsgesetz ist bereits am 01. Mai 2004 in Kraft getreten. Auch verfügt Österreich über eine so genannte Mediatorenliste. Das sind eingetragene Mediatoren, die einen nachweislich hohen Qualitätsstandard aufweisen.¹⁰⁴

Zwischenfazit:

Eine Ausdehnung des örtlichen Geltungsbereichs auf Nachbarstaaten mit einer nachweislichen Mediationskultur wäre wünschenswert.

3.3.6 Die Kosten der Mediation (§ 5 a Abs.3 ARB-GdV)

Nach dieser Regelung trägt der Versicherer „den auf den Versicherungsnehmer entfallenden Anteil an den Kosten des vom Versicherer vermittelten Mediators bis zu Euro je Mediation“.

Dieser Formulierung hat sich der Großteil der Rechtsschutzversicherer angeschlossen. Differenzierungen gibt es jedoch bei dem eingesetzten Kostenbetrag. Einige Versicherer begrenzen auf acht mal 180 EUR, einige auf 1.500 EUR, einige auf 2.000 EUR, zwei der von mir geprüften ARB enthalten als Kostenobergrenze für das Mediationsverfahren die Höhe der Gerichtskosten, die im Falle der Anrufung eines zuständigen staatlichen Gerichtes 1. Instanz entstanden wären. Eine Versicherung hat keine Obergrenze für die Kosten. In diesem Punkt liegen also große Abweichungen vor. Den von dem GdV vorgeschlagenen Satz 2: „Sind am Mediationsverfahren auch nicht versicherte Personen beteiligt, übernimmt der Versicherer die Kosten anteilig im Verhältnis versicherter zu nicht versicherten Personen“, haben fast alle Rechtsschutzversicherer übernommen.

¹⁰⁴ Falk / Koren, S. 374 ff.

Durch diesen Passus werden zwei Dinge klargestellt: Zum Einen tragen die Versicherer nur die Kosten des von ihnen *vermittelten* Mediators, wodurch klargestellt ist, dass ein von den Parteien selbst ausgewählter Mediator ohne vorherige individuelle Absprache mit dem Rechtsschutzversicherer nicht unter den Rechtsschutz fällt und zweitens wird festgestellt, dass die Rechtsschutzversicherer durch diese Regelung nur die Kosten des *Mediators* übernehmen. Nicht abgedeckt von dieser Regelung sind die Kosten der die Parteien als Parteivertreter beratenden Rechtsanwälte.

Wie vorstehend ausgeführt, ist es durchaus möglich und in Mediationsverfahren, die zur Lösung eines rechtlich komplizierten Konfliktes stattfinden, auch empfehlenswert, dass die Streitparteien jeweils einen Rechtsanwalt haben, der die Mediation begleitet und sie berät. Dies bedeutet nicht, dass die Rechtsanwälte bei der Mediation immer dabei sein müssen.

Für viele Mediatoren und auch Streitparteien ist dies irritierend und die Mediation kommt nicht recht in Schwung, weil die ständige Rückversicherung der Streitparteien bei ihren Anwälten, ob sie jetzt auch nichts Falsches sagen, den Kommunikationsfluss in der Mediation hemmen kann. In vielen Fällen ist es jedoch sinnvoll, dass die Parteien einen Rechtsanwalt haben, der sich laufend über den Stand des Mediationsverfahren informieren lässt, den Parteien bei Rechtsfragen die Optionen aufzeigt, ihnen erklärt, ob in dem einen oder anderen Fall eventuell ein Verzicht auf einen Anspruch vorliegt und der insbesondere bei der Formulierung und Ausarbeitung der Abschlussvereinbarung hilft. Im Hinblick auf die Problematik der Kollision des nichtanwaltlichen Mediators mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz¹⁰⁵ ist ein solch begleitender Rechtsanwalt in komplexen und verschiedene Rechtsfragen tangierenden Mediationsverfahren von großem Vorteil.

Die Kosten der die Mediationsparteien vertretenden Rechtsanwälte fallen unter § 5 Abs. 1 a) der meisten ARB, d.h. die Kostenobergrenze des § 5a Abs.3 ARB-GdV bezieht sich nicht auf die Anwaltskosten, sondern nur auf die Kosten des Mediators.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Siehe oben unter 3.3.3 b)

¹⁰⁶ Zu der Höhe der Anwaltsgebühren siehe unter 3.4.2 c)

3.3.7 Enthftung für die Tätigkeit des Mediators (§ 5 a Abs.4 S.1 ARB-GdV)

§ 5 a Abs.4 S.1 lautet: "Für die Tätigkeit des Mediators ist der Versicherer nicht verantwortlich."

Hiermit enthaftet sich der Versicherer für die Tätigkeit des Mediators. Fraglich ist, ob dies zulässig ist, da der Versicherer nach § 5 a Abs.1 S.2 zwingend den Mediator vermittelt, der Versicherungsnehmer somit gar keine andere Chance hat, als diesen Mediator zu wählen oder der Mediator sogar Mitarbeiter des Rechtsschutzversicherers ist.

Vermittelt der Rechtsschutzversicherer die Mediation als Fremdleistung so hat er mit der Benennung des Mediators seine Pflicht erfüllt und braucht für die Qualität der Leistung nicht einzustehen. Schlechterfüllung in Bezug auf die Benennung liegt nur vor, wenn er die mangelnde Qualität des Mediators kannte und ihn trotzdem vorschlug.

Erbringt der Rechtsschutzversicherer die Mediation jedoch als Eigenleistung, trifft ihn die vertragliche Haftung, bei der er für ein Verschulden des Ausführenden als seines Leistungsträgers einstehen muss (§ 278 BGB) und auch ein Auswahl- und Überwachungsverschulden.

Ob sich die Mediation als Fremd- oder Eigenleistung des Rechtsschutzversicherers kategorisieren lässt, hängt immer davon ab, wie der Rechtsschutzversicherer aus Sicht des Versicherungsnehmers auftritt. Muss dieser das Verhalten des Rechtsschutzversicherers so verstehen, dass er das Mediationsverfahren durchführt, kann es zu einer Haftung des Versicherers kommen.

Vermittelt der Rechtsschutzversicherer einen externen Mediator (dies bezieht sich auch auf einen als Mediator tätigen Anwalt), so ist für den Versicherungsnehmer klar, dass nicht der Rechtsschutzversicherer die Leistung, ein Mediationsverfahren abzuhalten, erbringt, sondern dass das Mediationsverfahren eine Fremdleistung außerhalb des Organisations- und Verantwortungsbereiches des Rechtsschutzversicherers darstellt.

Übernimmt jedoch ein Mitarbeiter des Rechtsschutzversicherers die Mediation, so liegt darin aus Sicht des Versicherungsnehmers durch die Einbindung des Mitarbeiters in den Organisationsbereich des Rechtsschutzversicherers auch dann eine Eigenleistung, wenn sich der Versicherer nach Benennung des Mitarbeiter-Mediators aus dem weiteren Geschehen heraushält.

Zwischenfazit:

Übernimmt ein Mitarbeiter des Versicherers die Mediation, so ist eine Enthftung des Versicherers nicht möglich und verstößt gegen die Inhaltskontrolle des § 307 BGB. Aus Sicht des Versicherungsnehmers übernimmt in einem solchen Fall der Rechtsschutzversicherer das Mediationsverfahren und lässt dieses durch einen Mitarbeiter, d. h. einen Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB ausführen. Dies kann zu einer Haftung des Versicherers führen. Insbesondere auch im Hinblick auf einen Verstoß des Mitarbeiter-Mediators gegen das RDG.

Bei der Vermittlung eines externen Mediators wird die Mediation erkennbar als Fremdleistung ausgeführt. Der Rechtsschutzversicherer haftet nicht für die Tätigkeit des Mediators. Der Hinweis auf eine Enthftung ist unnötig, aber zur Klarstellung zulässig.

3.4 Empirischer Teil: Befragung der Rechtsschutzversicherer

Die Analyse der Mediationsklauseln in den ARB konnte nur in sehr geringem Maße einen Einblick in die Durchführung der Mediationsverfahren geben. Um Informationen zu den Hintergründen für die Aufnahme der Mediationsklauseln in die ARB, den Detailabläufen bei stattfindenden Mediationsverfahren und um Zahlenmaterial zu bekommen, wurde von der Verfasserin eine persönliche Befragung von jeweils einem Mitarbeiter verschiedener Rechtsschutzversicherer vorgenommen, deren ARB die Verfasserin ausgewertet hatte. Die Interviews fanden am Telefon statt und waren leitfadengestützt. Obgleich der Verfasserin die ARB der Allianz nicht vorlagen, hat sie, da es sich bei der Allianz um einen Rechtsschutzversicherer mit einem großen Marktanteil handelt, ein telefonisches Interview mit einem Mitarbeiter geführt. Die Interviews wurden von der Verfasserin in Stichworten mitgeschrieben und anschließend durch eine Themenanalyse qualitativ ausgewertet.¹⁰⁷

Natürlich stellt ein Interview eines Mitarbeiters einer Firma, zwar vor dem Hintergrund der Strategie und Philosophie dieser Firma, immer nur eine subjektive Meinungsäußerung dar. Die qualitative Befragung ergab viele Gemeinsamkeiten der Rechtsschutzversicherer, die im Hinblick auf die Analyse der Mediationsklauseln das Forschungsgebiet erweiterten und neue Fragen aufwarfen, aber auch die Schwierigkeiten deutlich machten, mit denen die Rechtsschutzversicherer im Hinblick auf die Mediation zu kämpfen haben.

¹⁰⁷ Froschauer / Lueger, S. 158 ff.

Es gab auch viele Unterschiede. So hegen manche Versicherer eine abwartende Haltung, andere sind aktiver, bis hin zu der Aufnahme eines neuen Mediationstarifs in das Portfolio durch einen Versicherer.

Ziel der Verfasserin war es, einen Überblick zum Status der Mediation bei den ausgewählten Rechtsschutzversicherern zu erlangen und als gemeinsame Tendenz darzustellen. Sollte sich, nach Lektüre dieser Arbeit, einer der Befragten nicht repräsentiert sehen, so bittet die Verfasserin insoweit um Verständnis.

Befragt wurde je ein Mitarbeiter der: Advocard, Allianz, ARAG, Auxilia, D.A.S., Deurag, Roland, WGV.¹⁰⁸

Die befragten Mitarbeiter waren sämtlich gut in das Thema Mediation involviert und sehr kompetent. Einige waren Juristen und / oder ausgebildete Mediatoren. Die von der Verfasserin Befragten waren sehr motiviert und gaben in äußerst freundlicher und offener Art und Weise Auskunft.

3.4.1 Ergebnisse der Befragung

3.4.1 a) Aufnahme der Mediation in die ARB

Die Befragung der Mitarbeiter der Rechtsschutzversicherer ergab, dass die Aufnahme der Mediation in das Portfolio der Versicherungen aus verschiedenen Gründen vorgenommen wurde. Zum einen sehen sich die Rechtsschutzversicherer nicht mehr nur als reine Kostenerstatter, sondern wollen eine über die Kostenerstattung hinausgehende Rechtsdienstleistung erbringen. Hierzu gehören: Information und Beratung, die Empfehlung oder Vermittlung von Rechtsanwälten, die Erstattung von Kosten und das Anbieten von Alternativen zu einem Rechtsstreit. Es ist unstrittig, dass dieses Rechtsdienstleistungsangebot auch der Reduzierung der Kosten der Rechtsschutzversicherer dienen soll. Die Rechtsschutzversicherungen sind Wirtschaftsunternehmen, die Gewinne erzielen wollen und es vermeiden wollen, die gestiegenen Kosten durch höhere Prämien auf die Versicherungsnehmer umzulegen, da die Konkurrenzsituation am Markt dies nicht hergibt. Die Aufnahme der Mediation in das Leistungsspektrum der Rechtsschutzversicherer erfolgte aber auch aufgrund der allgemeinen rechtspolitischen Tendenz, Alternativen zur gerichtlichen Streitlösung zu suchen. Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft hat dieses Thema schon vor Jahren aufgegriffen, mit verschiedenen Mediationsverbänden kommuniziert und die Musterbedingungen um Mediationsklauseln ergänzt. Die

¹⁰⁸ Die Aufzählung erfolgt alphabetisch

Mediation sollte nach den Vorstellungen des GdV zur „Kernleistung“ der Rechtsschutzversicherer werden.

Dies sollte erfolgen durch die Aufnahme der Mediation in den Leistungskatalog, durch Werbung, durch direktes Ansprechen der Versicherungsnehmer durch Mitarbeiter der Rechtsschutzversicherer und durch das Anbieten verschiedener Mediationsmodelle. Verstärkt wurde das Vorhaben der Rechtsschutzversicherer auch durch verschiedene Verbraucherumfragen, nach denen die Verbraucher gegenüber der Mediation positiv eingestellt sind. Bedarf auf der Anwaltsseite, insbesondere die Nachfragen von Anwaltsmediatoren, wurden ebenfalls genannt.

3.4.1 b) Annahme der Klauseln durch die Versicherungsnehmer

Die Bewertung der Mediationsklauseln durch die Versicherungsnehmer war von Beginn an durchweg positiv. Auf Anfrage oder beim Produktverkauf reagierten die Versicherungsnehmer fast alle interessiert und äußerten sich, nach der Information, um was es sich genau handelt, dahingehend, dass die Mediation eine wichtige und gute Sache sei. Diese Resonanz hatte allen Grund zur Prognose gegeben, dass die Mediation auch in praxi zum Zuge kommen würde. Das war nicht der Fall. Die Versicherer hatten mit Überraschung festgestellt, dass die Nachfrage nach Mediationen bei konkreten Schadensmeldungen sehr gering war.

Die Gründe werden unterschiedlich beschrieben. Manche Rechtsschutzversicherer hatten und haben derzeit überhaupt keine Nachfrage zu verzeichnen.

3.4.1 c) Gründe für die geringe Nachfrage

Es wurden insbesondere aufgezählt:

- die Mediation ist noch weitgehend unbekannt
- die Intransparenz des Verfahrens
- Angst vor Kosten
- Anspruchshaltung des Versicherungsnehmers: Der Versicherer und der Anwalt sollen alles regeln. Wieso hat man denn eine Rechtsschutzversicherung?
- der Versicherungsnehmer will keinen Kontakt mehr zur gegnerischen Partei. Er hat durch Briefe, Telefonate, Gespräche „bereits alles getan“
- der Versicherungsnehmer geht direkt zum Anwalt. Dieser rät nicht zu einer Mediation.

3.4.1 d) Praktische Durchführung der Mediationen

Soll eine Mediation stattfinden, bietet nur ein Versicherer an, dass ein Versicherungsmitarbeiter, der als Mediator ausgebildet ist, die Mediation übernimmt.

Die überwiegende Anzahl der befragten Versicherer gab an, nur externe Mediatoren zu vermitteln, wobei manche Versicherer nur Anwaltsmediatoren vermitteln. Andere gaben an, einen externen Dienstleister zu vermitteln, der seinerseits entscheidet, ob ein anwaltlicher oder nichtanwaltlicher Mediator für die Mediation eingesetzt wird.

Alle Versicherer gaben an, dass Präsenzmediationen, also die „klassischen“ Mediationen, bei der sich die Parteien gegenüber sitzen, von den Versicherungsnehmern primär abgelehnt werden. Grund dafür ist, dass die Versicherungsnehmer zwar nicht gegen eine Einigung sind, aber viele „nichts mehr mit der Sache zu tun haben“ wollen, „die Sache los sein“ möchten.

Die Rechtsschutzversicherer haben aufgrund dieser Marktsituation das Mediationsangebot dahingehend geändert, dass sie eine so genannte telefonische Shuttle-Mediation eingeführt haben. Der Ablauf ist folgendermaßen:

Ist der Versicherungsnehmer mit einer telefonischen Shuttle-Mediation einverstanden, beauftragt die Rechtsschutzversicherung einen externen Dienstleister. Dies sind häufig Anwaltsmediatoren. Der Anwaltsmediator ruft nun zuerst den Versicherungsnehmer an und lässt sich die Sachlage schildern, dann ruft er die Gegenpartei an und lässt sich von dieser die Sachlage darstellen. So telefoniert er mehrfach mit der einen und mehrfach mit der anderen Partei, trägt so die Interessen der Parteien, die hinter den bekannten Sachverhalten stehen weiter und erreicht am Ende eine konsensuale Lösung. Eine solche Shuttle-Mediation ist natürlich nur möglich, wenn beide Parteien kooperieren. Die Parteien sehen und sprechen sich jedoch nicht persönlich. Selbst die Abschlussvereinbarung wird von dem Anwaltsmediator schriftlich erstellt und dann erst der einen und dann der anderen Partei zur Unterschrift zugeschickt.

Die telefonische Shuttle-Mediation hat eine hohe Erfolgsquote. Diese liegt bei ca. 70 % und somit in dem Bereich, den auch Präsenzmediationen als Erfolgsquote verzeichnen. Eingesetzt werden die telefonischen Shuttle-Mediationen primär bei vertragsrechtlichen Streitigkeiten, im Nachbarschaftsrecht und Arbeitsrecht.

3.4.1 e) Zahlen

In Bezug auf Zahlen gaben die meisten Versicherer an, nur über sehr wenig Material zu verfügen. Dies bezieht sich auf die Anzahl der Mediationen, aber auch auf die Evaluationen. So gibt es auch keine repräsentativen Werte über die Erfolgsquoten und Tendenzen der Mediation. Manche Versicherer haben ungefähre Werte genannt. Wenn Mediationen zu verzeichnen sind, liegt die Anzahl im Verhältnis zu den

jährlichen Schadensmeldungen bei 0,5 % bis 1 %. Bei den einzelnen Schadenssparten, wie z.B. dem Nachbarschaftsrecht, ist in Bezug auf die Anzahl der nur in dieser Sparte gemeldeten Versicherungsfälle der prozentuale Anteil der Mediationen höher. Die vorliegenden Zahlen beziehen sich jedoch teilweise auf die von den Versicherern durchgeführten Pilotphasen und sind deshalb nicht repräsentativ.

3.4.1 f) Weitere Entwicklung

Alle Versicherer sehen eine Zukunft für die Mediation, insbesondere, wenn das Mediationsgesetz beschlossen wird. Davon erwarten die Versicherer einen Bekanntheitsschub für die Mediation. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Mediation die Gerichtsverfahren verdrängen wird, aber es ist zu erwarten, dass sie zu einer soliden Alternative wird. Dafür muss von Seiten der Versicherer noch viel getan werden. Es ist das Ziel aller Versicherer, den Anteil der Mediationen zu erhöhen und vor allem auch die Präsenzmedationen zu steigern. Zwei Versicherer gaben an, sie dächten über den Einsatz neuerer Medien nach, wie z. B. dem Abhalten einer Videokonferenz unter Leitung eines Mediators. Hier kann dann die Präsenz der Streitparteien verbunden werden mit dem Wunsch, mit der anderen Partei nicht an einem Tisch sitzen zu wollen. Die Versicherer sind sich im Klaren, dass nur das Anbieten der klassischen Mediation zu wenig ist, sondern dass eine Produktvielfalt vorliegen muss, so dass den einzelnen Wünschen und Bedürfnissen der Versicherungsnehmer nachgekommen werden kann.

Ein Versicherer hat einen eigenen Mediationstarif im Angebot. Nach diesem muss der Versicherungsnehmer im Rechtsschutzfall zuerst eine Mediation versuchen, ehe die Kosten für ein Gerichtsverfahren übernommen werden. Dieser Tarif wird von den Verbrauchern sehr gut angenommen.

3.4.1 g) Einfluss der Rechtsanwälte

Die meisten Versicherer führten an, dass das Verhältnis der Rechtsanwälte zur Mediation häufig von Misstrauen und Unkenntnis geprägt ist. Ein Versicherer gab an, dass Anwälte zunehmend auf Informationsveranstaltungen nach der Kostenübernahme für eine Mediation nachfragen. Sucht ein Versicherungsnehmer im Rechtsschutzfall direkt einen Anwalt auf, so bestehen, wenn nicht der Anwalt selbst Mediator ist, schlechte Chancen, dass es zu einer Mediation kommt. Die Rechtsanwälte müssen besser informiert werden, auch über ihre Verdienstmöglichkeiten bei einer Mediation. Bei den hohen Einigungsquoten ist die Mediation auch für begleitende Rechtsanwälte lukrativ, was jüngere Anwälte zunehmend erkennen. Das geplante MediationsG wird

eventuell dazu führen, dass sich Anwälte mehr mit dem Thema Mediation beschäftigen müssen.

3.4.2 Bewertung der Befragungsergebnisse

Die Befragung der Mitarbeiter der Rechtsschutzversicherer hat eine Vielzahl neuer Aspekte zum Vorschein gebracht. Dazu gehört der Wunsch der Rechtsschutzversicherer Dienstleister zu sein, die Betrachtung der Mediation als „Kernleistung“, die Shuttle-Mediation, die Verpflichtung des Versicherungsnehmers durch einen speziellen Tarif, vor Beschreitung des Rechtsweges, an einer Mediation teilzunehmen und die Betrachtung der Rechtsanwälte als Schnittstelle hinsichtlich der Frage, ob der Versicherungsnehmer / Mandant eine gerichtliche oder außergerichtliche Konfliktlösung wählt.

Die Verfasserin möchte die, in ihren Augen, drei wichtigsten Aspekte näher beleuchten.

3.4.2 a) Die Shuttle-Mediation

Die Shuttle-Mediation, so wie sie vorstehend beschrieben wurde, also insbesondere die telefonische Shuttle-Mediation, reduziert den Aufwand für eine Mediation auf den kleinstmöglichen Nenner. Mühsame Terminvereinbarungen und noch mühsamere Selbstüberwindung, der gegnerischen Streitpartei gegenüber zu treten, entfallen. Ihre Grundlage hat die Shuttle-Mediation in der Shuttle-Diplomatie, die angewandt wird, wenn die Vertreter zweier Staaten sich weigern, sich zusammen an einen Tisch zu setzen. Vorreiter der Shuttle-Diplomatie der jüngsten Zeit war Henry Kissinger, der als Sonderbeauftragter für Sicherheitsfragen und späterer Außenminister der Vereinigten Staaten von Amerika mehrfach zwischen Israel und Ägypten hin und her reiste und so im Jahr 1973 einen vollständigen Waffenstillstand bewirkte.¹⁰⁹

Im Mediationsverfahren wird gelegentlich in der Phase geschuttelt, d.h. der Mediator geht zu Einzelgesprächen zwischen den Parteien hin und her, in der die Parteien die Lösungsvorschläge machen. Zu diesem Zeitpunkt hat die Shuttle-Mediation den Vorteil, dass eine Partei bei den ersten Lösungsvorschlägen der anderen Partei nicht unter dem Zwang steht, sofort zu antworten und insoweit der Automatismus: Vorschlag – Abwehr -- Gegenvorschlag – Abwehr unterbrochen werden kann. Übermittelt der Mediator die Vorschläge der Gegenseite, kann sich die Partei diesen Vorschlag in Ruhe überlegen und weitere Ideen einbringen.

¹⁰⁹ Antosch - Bardohn, S. 5 f.

Es ist also durchaus möglich, die Shuttle-Mediation zur Überwindung von bestimmten kritischen Phasen in einem Mediationsverfahren einzusetzen.

Wenn man davon ausgeht, dass die Mediation ein Kommunikationsprozess ist, bei dem die Parteien mit Hilfe des Mediators ihre Kommunikationsbarrieren verringern, gemeinsam einen Konsens erarbeiten und auch gemeinsam den Wert dieses Konsenses erkennen, liegt der Schwerpunkt in einer Mediation auf der Kommunikation der Parteien. Hier ließe sich sicher argumentieren, dass auch die indirekte Kommunikation über einen Sprachmittler eine Kommunikation darstellt. Geht man jedoch noch einmal zurück zu der Grundidee der Mediation und denkt über ihre Ziele nach, so sticht das Hauptziel, eine Einigung zu erzielen, ins Auge. Die Parteien sollen in der Mediation nicht nur einen Kompromiss finden, dies ist bei einer Schlichtung oder bei einem gerichtlichen Vergleich ebenso möglich, sondern sie sollen „aktiv ihre Probleme in die Hand nehmen und ihre Konfliktsituation selbst gestalten“.¹¹⁰ Zu diesem Aspekt der Mediation gehört nach Ansicht der Verfasserin gerade, dass man sich mit der Gegenpartei an den Tisch setzt und die Anfangsschwierigkeiten in der Kommunikation überwindet, um dann im Zuge des Kommunikationsprozesses eine veränderte Sichtweise auf den Konflikt zu bekommen. Eine direkte Kommunikation, einschließlich der nonverbalen Aspekte, wie Mimik und Gestik, sind dafür entscheidend.

Diese Erfordernisse werden durch die telefonische Shuttle-Mediation nicht erfüllt. Besteht also die gesamte Mediation nur aus Shuttle-Mediation von Beginn der Kontaktaufnahme, bis zum Abschluss des Vergleichsvertrages, hält die Verfasserin die Bezeichnung eines solchen Verfahrens als Mediationsverfahren nicht für richtig. Damit soll das Verfahren nicht abgewertet werden, sondern es handelt sich um ein Konfliktlösungsverfahren eigener Art. Ob und wann dies eingesetzt werden kann, muss je nach Einzelfall entschieden werden.

3.4.2 b) Die vertragliche Verpflichtung zur Mediation

Beinhalten die ARB eine vertragliche Verpflichtung des Versicherungsnehmers, vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens an einer Mediationsverhandlung teilzunehmen, so wie dies bei dem Mediationstarif eines Rechtsschutzversicherers formuliert ist, so stellt

¹¹⁰ Breidenbach, S. 117

sich die Frage, ob damit der für das Mediationsverfahren grundlegende Verfahrensgrundsatz der Freiwilligkeit verletzt sein kann.¹¹¹

Da die Mediation ein Kooperationsmodell ist, ist zu untersuchen, ob jemand zu einer Kooperation gezwungen werden kann.

Das Wort Kooperation leitet sich her von dem lateinischen Wort "cooperatio". Dies bedeutet Zusammenwirken oder Zusammenarbeiten. Ein Zusammenwirken bzw. Zusammenarbeiten kann sich auf viele Dinge beziehen, so könnte in Bezug auf eine Mediation das gemeinsame Sitzen am Tisch unter Kooperation zu verstehen sein oder die Kooperation in Bezug auf den Austausch von Informationen oder Erfahrungen. Sicherlich sind auch dies Kooperationen. Es liegt jedoch auf der Hand, dass diese für eine Mediation nicht ausreichen. Bei der Mediation ist, unter Zugrundelegung des oben unter 2.1 Gesagten, die Kooperation der Prozess der gemeinsamen Zielverfolgung, wobei hier der Schwerpunkt auf „gemeinsames“ Ziel liegt.

In Anbetracht dessen muss die Mediation freiwillig sein, denn es ist schlichtweg unmöglich, jemanden zu einer gemeinsamen Zielverfolgung zu zwingen.

Der Verfahrensgrundsatz „Freiwilligkeit“ ist für die Mediation „fundamental“¹¹² und der Bayerische Verwaltungsgerichtshof konstatiert: „Die Freiwilligkeit der Parteien ist unbedingte Voraussetzung einer Mediation.“¹¹³

In der Literatur wird teilweise argumentiert, Klauseln, die die Parteien zu einer Mediation verpflichten, verstießen deshalb nicht gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit, da die Parteien die Klauseln, wenn sie sie für verbindlich erachten, freiwillig befolgen. Die vermeintlich verbindliche Klausel führe also zu einer freiwilligen Befolgung, weshalb der Grundsatz der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens gewahrt bleibe.¹¹⁴

Nach Ansicht der Verfasserin geht diese Argumentation fehl. Eine vermeintlich verbindliche Klausel führt dazu, dass eine aufgrund dessen an der Mediation teilnehmende Partei bei ihrer Willensbildung von einer falschen Vorstellung ausgegangen ist. Somit liegt ein Irrtum vor.¹¹⁵ Die Partei mag eventuell zähneknirschend an der Mediation teilnehmen und es mag auch sein, dass ein solches

¹¹¹ Näher hierzu: Eidenmüller (1997), S. 53 ff.

¹¹² Breidenbach, S 272

¹¹³ Siehe Fußnote 96

¹¹⁴ Vgl. Risse, S.101

¹¹⁵ Palandt, Einführung vor § 116, Rdn. 19

Verfahren zu einem Erfolg führt. Dennoch schließen sich der Irrtum über die Wirksamkeit einer Mediationsklausel und der Grundsatz der Freiwilligkeit aus.

Es ist interessant, die (wenigen) gesetzlichen Grundlagen zu betrachten: Nach Art.1, § 1 Abs.1 S.1 des Regierungsentwurfs zum geplanten MediationsG ist die Mediation „ein Verfahren, bei dem Parteien ... freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ... anstreben“.¹¹⁶ Die Begründung zu dem MediationsG sagt zu dem Begriff „Freiwilligkeit“, dass „die Parteien grundsätzlich selbst entscheiden, ob sie eine Mediation durchführen wollen“,¹¹⁷ verweist aber dann auf Artikel 3 a der Mediationsrichtlinie. Diese lautet: „Mediation (ist) ein ... Verfahren ..., in dem zwei oder mehrere Streitparteien ... auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung ... zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet werden oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaates vorgeschrieben sein.“¹¹⁸

Die Richtlinie und daraus folgend das MediationsG sind inkonsequent: Es wird einerseits Freiwilligkeit vorausgesetzt, andererseits konstatiert, dass diese Freiwilligkeit durch einen Spruch von einer staatlicher Autorität ersetzt werden könne.

Nach Ansicht der Verfasserin ist dieses Konzept nicht haltbar. Ordnet das Gericht eine Mediation an, liegt darin eine Umgehung des Freiwilligkeitsgrundsatzes und somit ein Verstoß gegen einen tragenden Grundsatz der Mediation. Auch eine durch Zwang initiierte Mediation kann zu einem Erfolg führen. Es ist jedoch fraglich, ob eine solche Konfliktlösung den Namen „Mediation“ tragen sollte.¹¹⁹

Im Falle eines Mediationstarifs ist der Maßstab der Beurteilung jedoch die Privatautonomie des Rechtsschutzversicherers und des Versicherungsnehmers. Das Bundesverfassungsgericht führt zur Privatautonomie aus: „Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang.“¹²⁰

¹¹⁶ Regierungsentwurf zum MediationsG BT-Drucksache 17/5335

¹¹⁷ Begründung zum Regierungsentwurf zum MediationsG BT-Drucksache 17/5335, S. 14

¹¹⁸ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008, Artikel 3 a)

¹¹⁹ Siehe hierzu: Mühlfeld, S.83 f.

¹²⁰ BVerfG, Urteil vom 7.2.1990, --1 BvR 26/84 -- Rdn. 48

Dies bedeutet, dass die Parteien selbst entscheiden können, wie sie ihre Konflikte lösen und damit auch selbst entscheiden können, welches Regelungswerk der Konfliktlösung zugrunde gelegt wird.

Vorgenanntes zugrunde gelegt, muss davon ausgegangen werden, dass die Pflicht zur Teilnahme an einer Mediation, wenn sie auf einer privatautonomen Regelung beruht, dazu führt, dass der Grundsatz der Freiwilligkeit dahingehend erhalten bleibt, dass die Parteien die Freiwilligkeit, unabhängig von einem konkreten „Mediationsfall“, vorverlagern. Die getroffene Vereinbarung, grundsätzlich ein Mediationsverfahren zu versuchen, bevor andere Konfliktlösungsmodelle in Betracht gezogen werden, stellt eine zulässige Vorverlagerung der freien Entscheidung, d. h. der Freiwilligkeit dar und ist somit mit den Grundsätzen der Mediation vereinbar.

Auch die Tatsache, dass es sich bei den ARB um AGB handelt, tritt dieser Auffassung nicht entgegen.¹²¹

Ein spezieller Tarif eines Rechtsschutzversicherers, dessen Intention es ist, dass der Versicherungsnehmer zuerst eine Mediation versuchen muss, ehe er ein Gerichtsverfahren anstreben kann, stellt für den Versicherungsnehmer weder eine nachteilige noch eine überraschende Klausel dar. Der Versicherungsnehmer hat die Wahl zwischen diesem Tarif und anderen, so dass AGB-rechtliche Bedenken nicht bestehen.

Eine Pflicht zur Mediation kann nur dann ein Problem darstellen, wenn es um Fristensachen geht. § 203 BGB hemmt zwar die Verjährung bei Verhandlungen über den Anspruch, d. h. auch eine Mediation führt zur Verjährungshemmung. Es gibt jedoch eine Reihe von Fristen, die außerhalb von § 203 BGB auch während einer Mediation laufen. Hier seien nur die Fristen für die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder die Berufungsbegründungsfrist genannt.¹²²

Bei dieser Gelegenheit sei auch auf ein Urteil aus jüngerer Zeit des Landgerichts Heilbronn vom 10.09.2010 -- 4 O 259/09 verwiesen, in welchem zum einen konstatiert wird, dass, wenn nach den vereinbarten Regeln die Mediation ohne weiteres beendet werden könne, ein vorläufiger Klageverzicht sinn- und gegenstandslos sei, mit der Folge, dass eine unter Nichteinhaltung der Mediationsverpflichtung erhobene Klage

¹²¹ Siehe ausführlich: Unberath, NJW 2011, 1320 ff. (1323)

¹²² BGH, Beschluss vom 12.02.2009 -- VII ZB 76/07

trotzdem zulässig sei. Des Weiteren äußert sich das Landgericht zu den Rahmenanforderungen an eine verpflichtende Mediationsklausel unter dem Aspekt des § 307 Abs.1 S. 2 BGB und kommt zu dem Ergebnis, dass die Klausel sehr genaue Angabe enthalten müsse im Hinblick auf die Durchführung und Dauer und Kosten des Mediationsverfahrens, ansonsten könne sie mit dem nach AGB- Recht bestehenden Transparenzgebot kollidieren.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sich näher mit diesem Urteil auseinanderzusetzen. Es muss jedoch in der weiteren Diskussion um die Wirksamkeit von Vertragsklauseln, die zur Mediation verpflichten, berücksichtigt werden.¹²³

3.4.2 c) Die Rechtsanwälte als Schnittstelle

Der Besuch des Versicherungsnehmers beim Rechtsanwalt stellt sicher eine wichtige Schnittstelle dar in Bezug auf die Entscheidung, ob die Streitigkeit gerichtlich oder außergerichtlich angegangen wird. Der Mandant, der in erster Linie eine juristische Beurteilung der Rechtslage möchte, verlässt sich in Bezug auf das weitere Vorgehen auf seinen Anwalt. Kennt der Anwalt die Mediation nicht oder fürchtet er den Verlust des Mandates, wird er nicht zur Mediation raten. Viele Anwälte sind der Ansicht, sie würden mehr verdienen, wenn sie zur Streitbeilegung das Gerichtsverfahren wählen und ggf. bei einem ungünstigen Ergebnis in die nächste Instanz gingen.

Mnookin und Ross nennen dieses Problem das „principal / agent problem“, das darin besteht, dass der Beauftragte einer Streitpartei in Verhandlungen und auch vor Gericht nicht nur die Interessen seines Auftraggebers, sondern auch eigene Interessen verfolgt.¹²⁴ Mnookin und Ross weisen darauf hin, dass sich das principal / agent problem nicht nur auf die finanzielle Seite der Tätigkeit von Beratern beziehe, sondern auch auf ihre Reputation als harter oder kooperationsbereiter Anwalt. Manchmal bezöge sich das Eigeninteresse des Beraters auch einfach nur darauf, am besten zu wissen, was für den Mandanten gut sei.¹²⁵

Dieses principal / agent problem kann also, über den Rechtsanwalt, Einfluss auf die Entscheidung des Mandanten / Versicherungsnehmers haben, den Konfliktfall

¹²³ Unberath, eucon news Ausgabe 02/Dezember 2010, Seite 6

¹²⁴ Mnookin / Ross, S.20 ff.

¹²⁵ Mnookin / Ross Seite 20 ff. (21)

außergerichtlich lösen zu wollen, weshalb Mnookin und Ross das „principal / agent problem“ als eine der „barriers to conflict resolution“ bezeichnen.¹²⁶

Das berechtigte Interesse des Anwaltes, an einem Mandat zu verdienen, einen Mandanten nicht aus dem Auge zu verlieren und Folgeaufträge zu bekommen, ist aber nicht inkompatibel zu dem Vorschlag des Rechtsanwalts, in dem vorliegenden Streitfall könnte eine Mediation zum Erfolg führen. Nimmt der Rechtsanwalt die Mediation nicht selbst vor, besteht die Möglichkeit, dass er als Berater seines Mandanten die Mediation begleitet und / oder an den Mediationssitzungen teilnimmt. Ist die andere Partei auch anwaltlich vertreten und geht es um Streitigkeiten, die entweder juristisch kompliziert sind oder die sich in mehrere Bereiche ausgedehnt haben, so dass ein kompliziertes Geflecht an Vereinbarungen zur Streitbeilegung erforderlich sein wird, ist ein die Mediation begleitender Anwalt sinnvoll und im Hinblick auf die Formulierung der Abschlussvereinbarung auch erforderlich.

Bei einem mit Mediationsklausel rechtsschutzversicherten Mandanten trägt der Versicherer neben den Kosten des Mediators die Anwaltskosten nach § 5 Abs.1 a der meisten ARB.

Es fällt in jedem Fall eine Geschäftsgebühr an, die bei längeren Mediationsverfahren durchaus bei einer 2.0 Gebühr liegen kann und im Falle einer Einigung der Parteien eine Einigungsgebühr.¹²⁷ Für die Einigungsgebühr muss der Rechtsanwalt den Vertrag nicht selbst formuliert haben. Die erforderliche Mitwirkung ist gegeben, wenn er die Regelungsvorschläge, die am Ende des Mediationsverfahrens zustande gekommen sind, prüft und seinen Mandanten diesbezüglich berät.¹²⁸

Die Aufklärung der Rechtsanwälte über ihre Verdienstmöglichkeiten bei einer Mediation, die Erkenntnis, dass auch der Rechtsanwalt ein Rechtsdienstleister sein muss, der weg geht von Automatismen und das für den Mandanten beste Modell der Konfliktlösung sucht und empfiehlt und die im Regierungsentwurf zum MediationsG geplante Regelung, dass in der Klageschrift angegeben werden muss, ob eine Mediation versucht wurde und wenn nein, warum nicht, kann mittelfristig dazu führen, dass die Rechtsanwälte der Mediation eine größere Akzeptanz entgegenbringen.

¹²⁶ Mnookin / Ross, S.7 ff.

¹²⁷ Praxistipp: Es ist immer zu prüfen, ob in der Abschlussvereinbarung Regelungen enthalten sind, die über den ursprünglichen Streitgegenstand hinausgehen, was zu einer Erhöhung des Gegenstandswerts führen kann. (Siehe hierzu zum Mehrvergleich: BGH, Urteil vom 14. September 2005 – IV ZR 145/04)

¹²⁸ Vgl. Enders, Rdn. 381

4 Zusammenfassung und Bewertung

Die Verfasserin möchte zuerst die sich aus der Studie ergebenden Antworten auf die forschungsleitenden Untersuchungsfragen darstellen und anschließend ein abschließendes Resümee geben zum Status der Mediation bei den Rechtsschutzversicherern. Ein kurzer Ausblick auf weitere, zum Themenkomplex passende interessante Forschungsfragen und ein Reformvorschlag für die derzeit verwendeten Mediationsklauseln runden die Arbeit ab.

4.1 Antworten auf die Untersuchungsfragen

4.1.1 Die Rechtsschutzversicherer als Weichensteller

Die Rechtsschutzversicherer sehen sich derzeit noch nicht als Weichensteller in Bezug auf die Frage, ob der Versicherungsnehmer eine außergerichtliche oder eine gerichtliche Konfliktlösungsmethode wählt. Die Rechtsschutzversicherer haben nicht die Möglichkeiten, intensiv auf den Versicherungsnehmer einzuwirken. Sie haben nur die Chance, den Versicherungsnehmer auf die Möglichkeit einer Mediation hinzuweisen, wenn sich dieser bei dem Rechtsschutzversicherer meldet, bevor er einen Anwalt konsultiert. Sucht der Versicherungsnehmer direkt einen Rechtsanwalt auf, ist die Entscheidung über das weitere Vorgehen im Regelfall dem Einflussbereich des Rechtsschutzversicherers entzogen. Die Rechtsschutzversicherer setzen darauf, dass die Mediation insgesamt bekannter wird, dass durch das jährliche Ansteigen der Anzahl der Versicherungsverträge, die die Mediationsklausel beinhalten, durch das Verbreiten spezieller Mediationstarife und insbesondere durch die in dem geplanten Mediationsgesetz vorgesehenen Änderungen in den Verfahrensordnungen die Mediation für die Versicherungsnehmer eine echte Alternative zum Gerichtsverfahren werden wird.

4.1.2 Die Mediationsklauseln

Die Mediationsklauseln sind ungenau und beinhalten Unsicherheiten und Unklarheiten, die der Versicherungsnehmer als Intransparenz erkennt. Einem Versicherungsnehmer ist es bei dem Studium der Mediationsklauseln nicht möglich, diesen genau zu entnehmen, was der Rechtsschutzversicherer übernimmt, also Mediator und / oder Rechtsanwalt und / oder Gerichtsverfahren. Die Mediationsklauseln in ihrer jetzigen

Form sind nicht prädestiniert, Versicherungsnehmer spontan anzusprechen und sie solide zu informieren.

4.1.3 Praxis der Mediation

Die Durchführung von Mediationsverfahren, deren Kosten die Rechtsschutzversicherer übernehmen, ist uneinheitlich. Es lässt sich die Tendenz erkennen, dass derzeit die telefonische Shuttle-Mediation die einzige Möglichkeit darstellt, die Versicherungsnehmer zu einer Mediation zu bewegen. Die Rechtsschutzversicherer versuchen, sich der Nachfrage anzupassen und auf die Vorstellungen der Versicherungsnehmer einzugehen.

4.2 Resümee

Die Mediation als Thema ist bei den Rechtsschutzversicherern angekommen. Sie befindet sich jedoch noch in der Experimentier- und Evaluationsphase. Mediationsverfahren sind noch weit davon entfernt, Gerichtsverfahren zahlenmäßig zu ersetzen und es gibt auch keine überzeugenden Indikatoren, dass die Mediation bei den Versicherungsnehmern auf dem Vormarsch ist und eine zahlenmäßige Konkurrenz zu den Gerichtsverfahren darstellen wird.

Dennoch ist die Einstellung der Rechtsschutzversicherer zur Mediation sehr positiv, sie haben das Ziel, die Mediation weiter auszubauen und in das Bewusstsein der Versicherungsnehmer zu rücken. Die insoweit zum Erfolg führenden Maßnahmen sind noch spekulativ. Die Versicherungsnehmer der Altverträge zu erreichen, wird kaum möglich sein, aber die Neuverträge mit einer ausführlichen und klaren Mediationsklausel zu versehen, bis hin zu der Idee, einen eigenen Mediationstarif zu schaffen, ist sicherlich der richtige Weg, die Mediation in das Bewusstsein der Verbraucher / Versicherungsnehmer zu rücken. Die weitere Entwicklung der Mediation als neues Produkt im Portfolio der Versicherer ist jedoch auch im Hinblick auf die Kostenkalkulation der Rechtsschutzversicherer noch offen. Unklar ist auch, welchen Einfluss das geplante neue Mediationsgesetz auf die Mediation als politisch gewünschte Alternativlösung zum Gerichtsverfahren haben wird und welche Möglichkeiten es geben kann, die ablehnende Haltung vieler Rechtsanwälte im Hinblick auf die Mediation zu verändern.

4.3 Weitere Forschungen

Die vorliegende Studie führte zu einer Vielzahl von neuen Fragen, die insoweit mit dem Thema „Rechtsschutzversicherer und Mediation“ verbunden sind, da sie Einfluss haben auf das Verhalten der Rechtsschutzversicherer im Hinblick auf deren weiteres Vorgehen bei der Implementierung der Mediation.

So wäre es interessant, das Verhältnis der Haftpflichtversicherer zur Mediation zu untersuchen, da es zwischen dem Sekundär- und Primärversicherer zu Interessenskollisionen kommen kann. Die Beilegung eines Rechtsstreites via Mediation ist für den Primärversicherer dann nicht interessant, wenn er auch nur die kleinste Chance sieht, einen Rechtsstreit zu gewinnen. Es könnte untersucht werden, ob und unter welchen Rahmenbedingungen bei einem Versicherungsfall, in den ein oder zwei Haftpflichtversicherer involviert sind, eine Mediation stattfinden könnte.

Weiter wäre es auch interessant, eine empirische Forschung vorzunehmen im Hinblick auf die Zufriedenheit der Versicherungsnehmer, die an einer von einem Rechtsschutzversicherer bezahlten Mediation teilgenommen haben und vor allem die Versicherungsnehmer zu befragen, die trotz Mediationsklausel in den ARB sich für ein Gerichtsverfahren entschieden haben.

4.4 Reformvorschlag zu den Mediationsklauseln (angelehnt an § 5 a ARB-GdV)

Ad § 5 a Abs.1 S.1:

Zur Verdeutlichung der Mediation als eigenständiges methodisches Verfahren sollte das Wort „Moderation“ gestrichen werden. Des Weiteren sollte der Begriff „strukturiertes“ Verfahren aufgenommen werden.

Ad § 5 a Abs.2 S.2 :

Unter Berücksichtigung der Interessen der Rechtsschutzversicherer daran, dass die Mediationsverfahren von Mediatoren vorgenommen werden, die den Anforderungen der Rechtsschutzversicherer als Träger des wirtschaftlichen Risikos entsprechen und unter Berücksichtigung der Interessen der mediationswilligen Versicherungsnehmer daran, dass der Mediator vertrauenswürdig und qualifiziert ist, schlägt die Verfasserin für § 5 a Abs.2 S. 2 folgende Formulierung vor:

„Der Rechtsschutzversicherer benennt fünf Mediatoren im Umkreis des Versicherungsnehmers. Aus dem Kreis dieser benannten Mediatoren kann der Versicherungsnehmer in Abstimmung mit der anderen Streitpartei einen Mediator

auswählen. Auf Wunsch kann der Rechtsschutzversicherer dem Versicherungsnehmer einen bestimmten Mediator vorschlagen.“

Des Weiteren sollten im Hinblick auf die Information der Versicherungsnehmer und der Transparenz der Mediationsverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des LG Heilbronn (Siehe oben unter 3.4.2.b)) die Mediationsklauseln näher ausgestaltet werden. Dies betrifft insbesondere folgende Fragen: wie läuft die Durchführung des Verfahrens, welche Kosten übernimmt der Rechtsschutzversicherer genau und was passiert, wenn die Mediation nicht zu einem Erfolg führt?

Mediationsrechtsschutz anstatt Beratungsrechtsschutz:

„Nimmt der Versicherungsnehmer im Falle des Beratungsrechtsschutzes im Familien-Lebenspartnerschafts- und Erbrecht den Mediationsrechtsschutz in Anspruch, so entfällt sein Anspruch auf Rat oder Auskunft eines Rechtsanwalts gem. § 2 ARB. Dies gilt auch, wenn die Mediation nicht zu einer abschließenden Streitbeilegung führt.“

Quellenverzeichnis

Alexander, Nadja (1999): Wirtschaftsmediation in Theorie und Praxis, 1. Auflage, Frankfurt a.M.

Alexander, Nadja/**Gottwald**, Walther/**Trenczek**, Thomas (2003): Mediation in Germany: The Long and Winding Road, in: Alexander (Hrsg.) (2003): Global Trends in Mediation, 1. Auflage, Köln

Altmann, Gerhard/**Fiebiger**, Heinrich/**Müller**, Rolf (2005): Mediation – Konfliktmanagement für moderne Unternehmen, 3. Auflage, Kleinheim/Basel

Antosch-Bardohn, Jana (2005): Der nahöstliche Friedensprozess zwischen dem Oktoberkrieg 1973 und dem Camp David–Abkommen 1979, 1. Auflage, München

Armbrüster, Christian (2010): in: Prölss/Martin (2010): Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, München

Bauer, Günther (2010), in: Harbauer (Hrsg.) (2010): Rechtsschutzversicherung – ARB-Kommentar, 8. Auflage, München

Bühl, Walter L. (1976): Theorien sozialer Konflikte, 1. Auflage, Darmstadt

Breidenbach, Stephan (1995): Mediation, 1. Auflage, Köln

Cornelius-Winkler, Joachim (2008): Rechtsschutzversicherung – Ein Leitfaden für die Praxis, 3. Auflage, Karlsruhe

Duss- von Werdt, Joseph (2005): homo mediator, 1. Auflage, Stuttgart

Eidenmüller, Horst (1997): Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.) (1997): Mediation für Juristen, 1. Auflage, Köln

Eidenmüller, Horst (2001): Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 1. Auflage, Köln

Enders, Horst-Reiner (2008): RVG für Anfänger, 14. Auflage, München

Epstein, Joe/**Epstein**, Susan (2006): The Top Ten Barriers To Dispute Resolution, in: The Association of Attorney-Mediators, www.mediate.com

Evaluation (2005): Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation (BAFM e.V.) /Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend: Evaluation der Familienmediation in der Institutionellen Beratung

Falk, Gerhard/**Koren**, Gernot (2005): Zivilrechts-Mediations-Gesetz – Kommentar, 1. Auflage, Wien

Fisher, Roger/**Ury**, William/**Patton**, Bruce (2004): Das Harvard-Konzept, 22. Auflage, Frankfurt a.M. / New York

- Froschauer, Ulrike/Lueger, Manfred** (2003): Das qualitative Interview, 1. Auflage, Wien
- Glasl, Friedrich** (2002): Konfliktmanagement , 8. Auflage, Bern / Stuttgart
- Grünbuch** (2002): Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über alternative Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, Brüssel
- Häder, Michael** (2006): Empirische Sozialforschung, 1. Auflage, Wiesbaden
- Hartges, Monika** (2003): Außergerichtliche Konfliktlösung in Deutschland – Modell Öra -, 1. Auflage, Bremen
- Hausmanns, Wilfried H.** (2011): Stellungnahme zum Gesetzentwurf (MediationsG) für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags, Berlin
- Hellberg, Nils/Wendt, Domenik Henning** (2010): Mediation in der Versicherungswirtschaft, in: ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement 1 / 2010, S. 21 ff.
- Hertel, Silke** (2003): Checkliste: Mediationsvertrag- und Verfahrensordnung – Welche Gesichtspunkte bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden sollen, in:
- Flucher, Thomas/Kochendörfer, Bernd/von Minkwitz, Ursula** (2003): Mediation im Bauwesen, 1. Auflage, Berlin
- Kessen, Stefan/Troja, Markus** (2002): Mediation als Kommunikationsprozess, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.) (2002): Handbuch Mediation, 1. Auflage, München
- Koch, Ludwig** (2009): Anwaltschaft und gerichtsinterne Mediation, in: KammerForum 4/2009, S. 107 ff.
- Kracht, Stefan** (2002): Rolle und Aufgaben des Mediators – Prinzipien der Mediation, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.) (2002): Handbuch Mediation, 1. Auflage, München
- Krenzler, Michael** (2010): in: Krenzler, Michael (Hrsg.) (2010): Rechtsdienstleistungsgesetz, 1. Auflage, Baden-Baden
- Mähler, Gisela/Mähler, Hans-Georg** (1997): Mediation – eine interessengerechte Konfliktregelung, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.) (1997): Mediation für Juristen, 1. Auflage, Köln
- Mnookin, Robert H./Ross, Lee** (1995): Introduction, in: Arrow, Kenneth / Mnookin, Robert H. / Ross, Lee / Tversky, Amos/Wilson, Robert (1995): Barriers To Conflict Resolution, 1. Auflage, New York/London
- Mühlfeld, Stefanie** (2002): Mediation in Strafrecht, 1. Auflage, Frankfurt a.M.
- Oberndorfer, Wolfgang** (2003): Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag, 1. Auflage, Wien
- Palandt** (Hrsg.) (2011): Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München
- Ponschab, Reiner / Schweizer, Adrian** (2004): Die Streitzeit ist vorbei, 1. Auflage, Paderborn

Positionen – zu Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, Zeitschrift des GdV, Nr. 68/September 2009

Prütting, Hanns (2009): Mediation – Privileg der rechtsberatenden Berufe? in: KammerForum 4/2009, S. 99

Risse, Jörg (2002): Wirtschaftsmediation, 1. Auflage, München

Schilasky, Olaf (1998): Einschränkung der freien Rechtsanwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung, 1. Auflage, Karlsruhe

Schwarz, Gerhard (2005): Konfliktmanagement, 7. Auflage, Wiesbaden

Stellungnahme BRAK (10/2010) zum Regierungsentwurf des MediationsG, Nr. 27/2010

Stellungnahme GdV (2/2011) zum Regierungsentwurf des MediationsG

Stellungnahme BAFM, BM, BMWA zum Rechtsdienstleistungsgesetz vom 15.04.2008, in: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, 9/2008, S. 393 f.

Studie (2005): PriceWaterhouseCoopers in Zusammenarbeit mit der Europa Universität Viadrina Frankfurt (Oder): Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich

Sturm, Robert (2004): Mediation versus Moderation, in: ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement 1/2004, S. 4 ff.