Das Signal zum Umdenken

Arthur Trossen - 20.07.2017 07:32 - (Zugriffe)

Wiki to Yes Forschungsbeiträge

Die nachfolgende Stellungnahme zu der rechtstatsächlichen Untersuchung vom 14.06.2017 über die Evaluierung des Mediationsgesetzes, die im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und fur Verbraucherschutz zur Erfüllung der sich aus §8 Mediationsgesetz ergebenden Verpflichtung erstellt wurde, führt zuverlässig nur zu einer Schlussfolgerung: Die Zeit zum Umdenken ist gekommen!

Vorwort

Um die Stellungnahme so kurz wie möglich zu halten, konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen lediglich auf die wesentlichen Ergebnisse der Evaluierung. Eine ausführliche Kommentierung finden Sie im Beitrag Mediationsgesetz-Evaluierung. Das Evaluationsforum bietet Gelegenheit, sich über diskussionswürdige Fragen einschließlich der Qualität der Evaluierung auszutauschen. In dieser Stellungnahme geht es im Wesentlichen darum, Ansatzpunkte aufzugreifen, wie die Mediation tatsächlich gefördert werden kann.

Stellungnahme zur Evaluierung

Das Ergebnis der Evaluierung ist nicht neu und für Insider nicht überraschend. Die Schlussfolgerung der Regierung, dass sich aus dem Bericht kein unmittelbarer gesetzgeberischer Handlungsbedarf, insbesondere auch nicht auf dem Gebiet der Aus- und Fortbildung von Mediatoren ergibt, stimmt mit den Erfahrungen der Praxis überein[1] . Was der Untersuchung über die Nutzung von Mediation in Deutschland zuverlässig zu entnehmen ist, ist die Notwendigkeit zum Umdenken. Die bisherigen Bemühungen zur Implementierung der Mediation waren - zumindest auf den ersten Blick - nicht zielführend. Die Frage nach dem Warum beantwortet die Evaluation allerdings nicht. Trotzdem ergeben sich Anhaltspunkte, was zu tun ist, um die Mediation zu fördern. Wie ein roter Faden zeigen sich in allen angesprochenen Bereichen Ungenauigkeiten die das Bild über Mediation verwässern und sich nur schwer in einem lösungsorientierten Aktionsdenken auflösen. Ein mediatives Denken ist auch für die Implementierung der Mediation erforderlich. Die erste grundlegende und vielleicht sogar ausreichende Empfehlung zur Förderung der Mediation lautet deshalb, die Mediation klarer und präziser darzustellen und nutzen- statt lösungsorientiert zu implementieren.

Auch wenn die Evaluierung mit dem vorgegebenen Blick auf das Mediationsgesetz und die sicher sehr schwierige Informationsbeschaffung die Mediationslandschaft nur selektiv abbildet, bietet sie einen willkommenen Anlass, die Diskussion um die Förderung der Mediation - diesmal mit allen Stakeholdern - von grundauf neu zu beginnen. Zurecht hat die Bundesregierung den Bericht zum Anlass genommen, einen Austausch mit den betroffenen Kreisen auf der Grundlage der Erkenntnisse des Berichts zu initialisieren, wie das mit dem Mediationsgesetz verfolgte Ziel der Förderung von Mediation besser zu verwirklichen ist.

Förderung der Mediation

Die in der Evaluierung zitierte Aufforderung "back to the roots" erwartet grundlegende Überlegungen. Sie beginnen mit der Frage nach der Zielsetzung. Was ist gemeint, wenn von der Förderung der Mediation die Rede ist? Erst wenn diese Frage beantwortet ist, lässt sich beurteilen, was zielführend und an welchen Kriterien die Zielerreichung zu messen ist. Die Evaluierung misst den Erfolg an der Nachfrage nach Mediationen i.S.d. Mediationsgesetzes. Erschöpft sich die Erfolgsbewertung allein in dieser Frage?

Es macht durchaus einen Unterschied, ob sich die Förderung der Mediation auf die in §1 MediationsG beschriebene Dienstleistung bezieht oder ob sie die Verbesserung der Streitkultur betrifft. Der Blick auf die Dienstleistung reduziert sich auf die Nachfrage. Der Blick auf die Streitkultur lässt sich dagegen auf das allgemeine Streitverhalten ein. Er weist die über das Verfahren hinausgewachsene Kompetenz der Mediation und ihre gesamtgesellschaftlichen Ausprägungen nach. Im einen Fall ist der Fokus auf die Mediation i.S.d. Mediationsgesetzes limitiert, im anderen Fall erfasst er den gesamten Mediationsradius mit all ihren Varianten und Erscheinungsformen, also auch Vorgänge, die nicht dem Mediationsgesetz unterfallen und wo die Mediation gegebenenfalls nur methodisch zur Anwendung kommt[2] . Mit dieser Sicht kommt auch der meditativen Kompetenz ein Marktwert zu.

Käme es auf die Verbesserung der Streitkultur an, könnten viele Erfolge und eine größere Verbreitung gemeldet werden. Weil sie nicht als reine Mediation ausgeführt wurden, werden derartige Initiativen allerdings nicht als Erfolg der Mediation verbucht. Das Justizprojekt in Koblenz liefert ein Beispiel: Die Sozio-ökonomischen Analyse von Neuert belegt eine statistisch messbare Steigerung der Effizienz und Zufriedenheit bei der Abwicklung von Streitigkeiten, wenn sich das Mediationskonzept auch in anderen Verfahren verwirklicht. Dass dieser Ansatz nicht aufgegriffen wurde, folgt dem formalen Verständnis, das die Mediation auf eine isoliert nachzufragende Dienstleistung reduziert. Unabhängig von der Frage, ob diese Verfahrensweise noch unter Mediation zu subsumieren ist, fördert sie ihre Verbreitung und verbessert paradoxerweise auch die Wettbewerbsbedingungen. Sie steigert die Leistungsfähigkeit der Verfahren und verringert den Abrenzungsbedarf der konventionellen Märkte. Sie produziert Praxisfälle, an denen sich Mediatoren üben können[3] und Gelegenheiten, wo der Konsument mit Mediation in Berührung kommt und Erfahrungen sammelt, sodass er die Bedarfe für die am besten passende Konfliktlösung erkennt. Ganz abgesehen davon, dass diese Herangehensweise die Vorbereitung und Herbeiführung einer reinen Mediation im Blick hat und fördert.

Nur wer ein gemeinsames Ziel verfolgt, kann einen gemeinsamen Weg gehen. Die Chancen, das gemeinsame Ziel zu erreichen, vergrößern sich mit den Optionen. Dieser Gedanke führt zu der Empfehlung, die Verbesserung der Streitkultur als Zielvorgabe vorzugeben, wobei die Kriterien in einer Weise herausgearbeitet werden, dass sich alle Dienstleister auf dieses Ziel verständigen können und den gesamten Mediationsradius im Blick haben.

Die Herangehensweise bewirkt, dass die Mediation i.S.d. MediationsG nicht die Bedingung, sondern die Folge der Bereitschaft zur Kooperation im Streit ist. Der damit einhergehende Perspektivenwechsel erweitert die Zugriffschancen. Die verbesserte Streitkultur führt zu einer gesteigerten Kooperationsbereitschaft, die wiederum größere Chancen bietet, das Bedürfnis nach Mediation zu erkennen und nachzufragen.

Die Kriterien zur Verbesserung der Streitkultur und zur Förderung der Mediation lassen sich zumindest zum Teil aus der Evaluierung entwickeln. Sie ergeben sich schließlich aus der Auseinandersetzung mit dem Verständnis der Mediation, den unterschiedlichen Sichten darauf, ihren Anwendungsbedingungen, sowie einer Analyse des Marktes, des Wettbewerbs und der Bedarfe des Konsumenten.

Mediation

Dass der legal definierte Begriff *Mediation* einer Nachjustierung bedarf, ergibt die in der Evaluierung aufgegriffene Diskussion um den Güterichter, ebenso wie die nur als Beispiel zu erwähnende Diskussion um die Shuttle-Mediation. Auch der Praxis fällt die Abgrenzung der Verfahren schwer. Der Wettbewerb verführt dazu, vermeintliche Konkurrenten auszugrenzen, indem ihr Vorgehen nicht als Mediation erkannt wird. Die Definition in §1 MediationsG liefert trotz - oder vielleicht sogar wegen - ihrer Ungereimtheiten die vermeintliche Argumentationshilfe. Ungereimtheiten lassen sich zum Teil aus dem MediationsG selbst herleiten. Obwohl die Mediation in §1 als Verfahren definiert wurde, verwendet der Gesetzgeber einen Pleonasmus, wenn er in §2 mit dem Begriff Mediationsverfahren das Verfahren des Verfahrens hervorheben will. Die begriffliche Verdoppelung deutet darauf hin, dass die Mediation doch mehr ist als nur ein Verfahren i.S.d. MediationsG und dass sich der Gesetzgeber darüber bewusst ist. Tatsächlich ist im § 278 ZPO auch von der Methode Mediation die Rede.

Die Unterscheidung zwischen Verfahren und Methode kommt der Systematik entgegen, so wie auch zwischen Verfahren zu unterscheiden ist, die zwar als reine Mediation zu bezeichnen sind, auf die das MediationsG jedoch nicht zutrifft. Die im Mediationsradius dargestellten Abgrenzungen werden in der Definition des §1 MediationsG nicht aufgegriffen. Dort wird Mediation absolut (... "Mediation ist ...") definiert, was wiederum dazu führt, dass manche Anwender die Definition als abschließend und verbindlich ansehen, andere nicht. Um die Verwendbarkeit der Definition in §1 MediationsG als Arbeitsgrundlage für weitere Überlegungen zu ermöglichen, muss ein klares Verständnis von Mediation vermittelt werden, an dem sich Anbieter, Konsumenten und Rechtsprechung orientieren können. Dazu könnten folgende Ergänzungen des Mediationsgesetzes beitragen:

1. Die Definition in §1 MediationsG nimmt nicht auf den Mediationsradius Bezug. Sie suggeriert eine

uneingeschränkte Gültigkeit für die Mediation. Es sollte herausgestellt werden, dass es auch andere Erscheinungsformen der Mediation gibt, die nicht dem Mediationsgesetz unterfallen (zB Schulmediation). Deshalb wird empfohlen §1 MediationsG mit einem Absatz 3 zu ergänzen, der klarstellt: "Dieses Gesetz betrifft nur die als Dienstleistung ausgeführten Mediationen (Mediation i.S.d. MediationsG)".

2. Klargestellt werden sollte auch, dass die Mediation i.S.d. MediationsG eine rechtlich zu bewertende Dienstleistung beschreibt, die bei Fehlern auch zur Haftung führt. Viele Anwender, einschließlich der Gerichte, fühlen sich offenbar zu dem Gedanken verleitet, dass sich die Mediation in einem haftungsgelösten Rahmen bewegt. Auch die Rechtsprechung scheint dies so zu sehen[4] . Um die Mediation i.S.d. Mediationsgesetzes von Gefälligkeitsmediationan abzugrenzen und um ihre Verbindlichkeit herauszustellen, sollte klargestellt werden, dass die Dienstleistungsmediation einen Rechtsbindungswillen voraussetzt, der den Mediator verpflichtet, eine Mediation nach den Kunstregeln auszuführen und dass er bei einem bei Mediationsfehler haftet. Diesen Gedanken aufgreifend, wird empfohlen, die Rechtsverbindlichkeit der Mediation i.S.d. MediationsG explizit herauszustellen, wenn nicht die Einfügung des zuvor empfohlenen Absatzes drei dafür genügt. Politisch würde die Klarstellung Mediatoren motivieren, eine Ausbildung mit der Qualität durchzuführen, dass sie vor Fehlern und Haftungsfolgen geschützt sind. Auch würde sie dazu führen, dass die als Mediation bezeichneten Verfahren sorgfältiger gewählt werden. Schließlich würde die Grenze zum Güterichterverfahren deutlich, wenn nicht angenommen wird, dass die Güterichter sich dem Haftungsrisiko ohne vollwertige Ausbildung aussetzen wollen.
3. Die Definition in §1 MediationsG gibt keine klaren Kriterien vor, wie die Verfahren, besonders die Schlichtung und die Mediation, gegeneinander abzugrenzen sind. Auch die Praxis tut sich schwer, diese Verfahren auseinanderzuhalten. Der Schlüssel für die Abgrenzung liegt im jeweiligen Verfahrensziel und im Verfahrensschwerpunkt. Die Mediation ist eine Lösungssuche auf der Basis einer Vermittlung. Die Lösung wird aus dem Verstehen heraus abgeleitet. Die Schlichtung stellt hingegen eine Lösungsvermittlung dar, die aus den Positionen abgeleitet wird. Der unterschiedliche Verfahrensschwerpunkt führt zu ganz unterschiedlichen Herangehensweisen und voneinander zu unterscheidenden Kommunikationsmodellen, sodass der Wechsel des Kommunikationsmodells (der Rollen der Beteiligten) zugleich den Verfahrenswechsel herbeiführt. Die Verfahren lassen sich besser gegeneinander abgrenzen, wenn sich die Definition auf ihre Wesenhaftigkeit einlässt[5] . Es wird also empfohlen, §1 Mediationsgesetz dahingehend zu ändern, dass herausgestellt wird: "Die Mediation ist ein Verfahren zur Lösungssuche auf der Basis einer Verstehensermittlung".
4. §1 Abs. 2 MediationsG bestimmt, dass der Mediator die Parteien "durch die Mediation führt". Verbunden mit der zu hinterfragenden Forderung, dass der Mediator für das Verfahren verantwortlich sei und die Parteien für das Ergebnis[6] , kommt es in der Praxis zu Missverständnissen über die Rolle des Mediators im Verfahren. Um seine Rolle korrekt darzustellen wird empfohlen, die Originalübersetzung der EU-Direktive zu verwenden und zu formulieren, dass der Mediator mit den Parteien das Verfahren durchführt.
5. Die Definition in §1 MediationsG vermischt Bedingungen (Prinzipien) mit Eigenschaftsmerkmalen, sodass die Korrelation der Tatbestandsmerkmale verdeckt wird[7] . Die Konsequenz ist, dass einige Tatbestandsmerkmale nicht als dispositiv angesehen werden, was der Flexibilität der Mediation im Einzelfall im Wege steht. Trotz dieser methodisch gebotenen Unterscheidung wird nicht empfohlen, diese in der gesetzlichen Definition herauszustellen. Die auf die Wesenhaftigkeit abstellende Differenzierung ist in der Literatur noch nicht ausdiskutiert.

Terminologie

Ein solides Haus braucht ein stabiles Fundament. Wo finden wir das Fundament für die Mediation?

Ohne die Komplexität dieser Frage auszureizen, gibt die ungenaue Terminologie hinreichend Anlass zur Irritation. Die Evaluierung zitiert ein Bedürfnis nach Klarheit. Allerdings sollte sich die Klarheit nicht auf die Zertifizierung, sondern auf die Mediation beziehen. Eine Klarheit der Zertifizierung beseitigt nicht die Unklarheiten der Nachfrage. Auf Irritationen, die sich aus dem einmal so und einmal so verwendeten Begriff Mediation ableiten, wurde hingewiesen. Sie sind um die noch darzustellende Sicht des Konsumenten zu ergänzen, für den die Mediation oft nur das Synonym für ein friedliches Vorgehen ist, ohne dass ihm die dahinter verborgene Kompetenz erkennbar wird. Die bereits vorgeschlagenen Ergänzungen in §1 MediationsG würden nicht nur den Pleonasmus auflösen, indem von der Mediation i.S.d. MediationsG gesprochen wird, sondern auch zu mehr Klarheit über das Wesen der Mediation (als eine Lösungssuche auf Verstehensbasis) beitragen.

Die Irritationen setzen sich am Begriff Mediator fort, der zwar in §1 Abs. 2 MediationsG legal definiert wird, aber auch als Berufsbezeichnung herhalten soll. Die Berufsbezeichnung ist irreführend, weil sie zu Verwechselungen mit der Funktionsbezeichnung führt und weil der Beruf auch die Abwicklung anderer Verfahren vorsieht. Der Begriff Anwaltsmediator irritiert, weil ein Mediator nicht gleichzeitig als Anwalt auftreten kann und weil die interdisziplinäre Kompetenz der Mediation in Frage gestellt wird. Das gleiche gilt für alle anderen Berufsherkunftsbezeichnungen, wie z.B. auch den Notarmediator. Sie werden vom Konsumenten missverstanden und vom Anwender zu Werbezwecken missbraucht[8] .

Ein weiteres Problem ist die Verwendung von Fachtermini, die in den jeweiligen Disziplinen unterschiedlich konnotiert werden. Damit wird die fehlende Transdisziplinarität der Mediation angesprochen. So hat der Begriff Verfahren für den Psychologen eine andere Bedeutung als für den Juristen. Der Begriff Interesse hat für einen Anwalt eine andere Bedeutung als für einen Mediator. Die Begriffe Methode und Verfahren werden einerseits synonym andererseits zur

Unterscheidung genutzt. Das VSBG benennt den Sachbearbeiter einer Verbraucherschlichtung Streitmittler, obwohl er als Schlichter in Erscheinung tritt und obwohl auch der Mediator ein Streitvermittler ist. Die Verwendung der Begriffe Konflikt- und Streitbeilegungsverfahren verwischen die in der Mediation notwendige Unterscheidung zwischen Problem und Konflikt. Die Liste mag ergänzt und auf falsche Mythen erweitert werden. Damit werden vermeintliche Lehrsätze angesprochen, die zwar leicht einzuprägen sind, deren wörtliche Befolgung aber zu einem unkorrekten Mediationsverständnis führen.

Die Hinweise mögen genügen, um herauszustellen, dass begriffliche Ungenauigkeiten und Überschneidungen weder dem Konsumenten, noch dem Anbieter entgegenkommen. Es wird nicht klar, wovon genau die Rede ist. Die Basis, auf die das Haus Mediation zu errichten ist, erweist sich als dementsprechend fragil. Die Empfehlung lautet deshalb, die Fachbegriffe abzustimmen, genau zu definieren und präzise zu verwenden. Wiki to Yes hat eine Plattform eingerichtet, wo Fachtermini extrahiert sind, damit sie im Alt-Fachwörterbuch genau abgestimmt zur Orientierung dienen.

Systematik

Neben dem Fundament braucht das Haus, damit es genutzt werden kann, eine Infrastruktur und eine Adresse, wo es zu finden und zu erreichen ist. Auch daran fehlt es, wenn die Implementierung der Mediation mit der Errichtung eines Gebäudes verglichen wird.

Die Adresse *Mediation* befindet sich in einer undurchsichtigen Verfahrenslandschaft[9] . Die Mediation wird zwar als ein Orientierungspunkt herausgestellt. Der Weg dorthin ist jedoch nicht ausgezeichnet. Die Landkarte ist diffus. Sie gibt dem Konsumenten, der den Dienstleister über das zu wählende Verfahren ausfindig machen muss, keine Orientierung. Darüber hinaus erlaubt sie Spekulationen über den Sinn und Zweck der Verfahren, die nur selten korrekt gegeneinander abgegrenzt werden. Abhilfe schafft nicht die Reduktion des Angebotes, sondern eine klare Systematik, an der sich die Verfahren ausrichten. Es wird deshalb empfohlen, eine Systematik einzuführen, an der sich sowohl die Konsumenten wie die Anbieter und Mitbewerber orientieren können. Eine konsistente Systematik muss sich auf die Verfahren insgesamt, die Mediation in allen Erscheinungsformen und die Mediationsvereinbarungen erstrecken. Sie könnte wie folgt ermöglicht werden:

1. Verfahrenssystematik: Die Verfahtrensvielfalt wird im Verfahrensverzeichnis abgebildet. Für eine konsistente und nachvollziehbare Systematik bedarf es einer Typologisierung der Verfahren. Im ersten Schritt ist auf den Nachfragebedarf abzustellen, aus dem sich der Verfahrenszweck ergibt. Dann liegt die Unterscheidung zwischen monadischen, dyadischen und triadischen Verfahren nahe, wobei der Verfahrensbegriff im weitesten Sinne verstanden wird. Die triadischen, auf den neutralen Dritten ausgerichteten, Verfahren lassen sich in Verfahren der Streitentscheidung und Streitvermittlung unterteilen. Grundtypen der Streitvermittlungsverfahren bilden die Schlichtung und die Mediation. Mithin sind sowohl der Schlichter wie auch der Mediator Streitvermittler. Die Übersicht über die Verfahren wird noch durch das sogenannte Konfliktzuweisungsprinzip erschwert, das dazu neigt, die Verfahren nach dem fachlichen Schwerpunkt, also dem Problem auszurichten. Diese Unterscheidung mag bei der Problem- nicht jedoch bei der Konfliktlösung helfen. Ein dem Problem zugrunde liegender, tiefergehender Konflikt orientiert sich nicht an solchen Begrenzungen. Nur eine Systematik kann zur Klarheit beitragen. Um eine Transparenz über die Verfahren und die damit verbundenen Angebote zu ermöglichen, wird deshalb empfohlen die Systematik aufzugreifen, damit sowohl der Konsument wie der Anwender sich über die jeweils zu erbringende Dienstleistung besser bewusst werden. Eine konsistente, schematische Darstellung der Verfahrenslandschaft ergibt der Beitrag Verfahrenssystematik.
2. Mediationssystematik: Die Irritationen setzen sich fort, wenn der Blick auf die Mediationen gelenkt wird. Es gibt eine im Alt-Mediationenverzeichnis abgebildete Vielfalt. Um die unterschiedlichen Verfahrensvarianten gegeneinander abgrenzen zu können, bedarf es auch hier einer verbindlichen Systematik. In der Praxis ist zu beobachten, dass unter dem Begriff Mediation alle möglichen Herangehensweisen undifferenziert erfasst werden. Die fehlende Systematik bedingt Mediationsfehler. Für die professionelle Anwendung ist es wichtig zu verstehen, wie sich Mediationen gegeneinander abgrenzen. Ihr Unterschied beginnt im Mediationsradius, wo formelle und nicht formelle Verfahren, Methoden und Kompetenzen gegenübergestellt werden. Die Alt-Containertheorie stellt die notwendige Unterscheidung auf rechtlich solide Füße. Das Verfahren bildet den formalen, rechtlichen Container, in den alle dort hineinpassenden Methoden eingebunden werden können. So lässt es sich vertreten, das der Güterichter in einem Gerichtsverfahren, das für die Mediation zugeschnitten wurde, nicht das Verfahren i.S.d. MediationsG, sondern die durchaus gleichwertige Methode anwendet[10] .
   Unabhängig von dem äußeren Rahmen weist die Mediation unterschiedliche Bearbeitungstiefen auf, die dementsprechend unterschiedliche Mediationsweisen bedingen. Zu unterscheiden sind Mediationen, die sich nah am Gerichtsverfahren bewegen und die Problemlösung als Verfahrensschwerpunkt ansehen. Darunter fallen die evaluative und die facilitative Mediation. Die transformative Mediation ist näher an der Therapie. Sie geht viel tiefer, dauert demzufolge länger und ist auch teurer. Ein weiteres Modell wäre die integrierte Mediation, in der sich die Erfahrungen der blendend Mediation wiederfinden lassen. Diese Einteilung orientiert sich am internationalen Maßstab. Die dort als Arten (Styles) bezeichnete Typologisierung wird, um Verwechselungen mit den ebenfalls als Arten bezeichneten Fachmediationen zu vermeiden, Mediationsmodelle genannt. Die mit den Mediationsmodellen mögliche Unterscheidung der Mediationsweisen erlaubt eine für den Kunden transparente Abgrenzung und eine Auswahlhilfe für die zu wählende Mediation.
   Innerhalb dieser Modelle gibt es Mediationsformate und individuelle Mediationsstile, die sich in unterschiedlichen Mediationsfeldern wiederfinden lassen. Um eine Transparenz über die Verfahren und die damit verbundenen

Angebote zu ermöglichen, wird empfohlen die Systematik aufzugreifen, damit sowohl der Konsument wie der Anwender sich über die jeweils zu erbringende Dienstleistung besser bewusst werden können. Eine ausführlichere Beschreibung ist dem Beitrag Mediationssystematik zu entnehmen.

3. Rechtssystematik: Auch die Legitimation der Mediation und die Verfahrensrechtsverhältnisse sollten systematisch erschlossen sein. Eine Differenzierung der unterschiedlichen Rechtsbeziehungen aller in der Mediation auftauchenden alt-Parteien ist ebenso notwendig wie eine Unterscheidung der jeweiligen Parteiqualitäten, die zwischen Vertragsparteien, Streitparteien, Konfliktparteien und Verhandlungsparteien differenziert und unterschiedliche Rechtsbeziehungen auslöst. Die Praxis muss berücksichtigen, dass sowohl die Medianden wie der Mediator nicht zwingend als Vertragsparteien des Mediationsvertrages in Betracht kommen. Der Vertrag könnte durchaus zwischen einer Mediations-GmbH und einem Donator geschlossen werden. Deshalb ist die Bezeichnung Mediationsvertrag (MV) der Bezeichnung Mediatorenvertrag vorzuziehen.
   Von dieser Rechtsgrundlage sind die Rechtsverhältnisse der an der Mediation zu beteiligenden Personen zu unterscheiden. Mit ihnen geht der Mediator eigenständige Rechtsbeziehungen ein, mit denen das auf die Mediation im konkreten Fall zugeschnittene Verfahrensrecht begründet wird. Die zwingend notwendige Verhandlung darüber genügt den psychologischen Anforderungen im Verfahrensritual. Eine vorgegebene Mediationsordnung wäre mit der Mediation nicht vereinbar.
   Die Abgrenzung zwischen dem verpflichtenden MV als Causa und der das Prozessrecht herstellenden Mediationsdurchführungsvereinbarung (MDV) als Erfüllung erlaubt es auch, die Mediation als ein privatrechtliches Verfahren im hoheitlichen Tätigkeitsbereich abzubilden[11] . Die MDV entspricht der in der Evaluation erwähnten Mediationsabrede (MA), erlaubt aber eine weitergehende Spezifikation und Verbindlichkeit. Sie schafft die Voraussetzungen, um auf jede denkbare Fall- und Parteikonstellation einzugehen. Vertragsmuster sind in der Formularsammlung als Muster-MV und Muster-MDV einzusehen.
   Die MA bezeichnet in der hier vorgenommenen Systematik die vielen ergänzenden Vereinbarungen in der Mediation, wo die MDV immer nur ein offener Vertrag sein kann.
   Für die Mediationsergebnisvereinbarung sollte besser der gesetzliche Begriff der Abschlussvereinbarung verwendet werden. Es wird empfohlen, die Vereinbarungen in der Mediation nach diesem Konzept zu unterscheiden. Ihr Zusammenspiel, die psychologische, rechtliche und strategische Bedeutung für die Mediation werden im Beitrag Vereinbarungen näher dargelegt.

Umwelt

Ein Haus erhält seinen Wert durch die Umgebung, in der es errichtet wird. Es macht einen Unterschied, ob das Haus in der Parkavenue liegt oder im Industriegebiet. In welcher Umgebung finden wir die Mediation?

Die Mediation ist ein komplexes Verfahren, was oft übersehen wird. Sie unterliegt ganz unterschiedlichen Einflüssen, die insgesamt zu bewerten sind, ehe Schlussfolgerungen möglich werden. Die Evaluierung lässt sich auf diese Komplexität nicht ein. Sie selektiert bei der Art und Weise der Datenerhebung, bei dem Fokus auf das MediationsG und bei dem Fokus auf den Mediationsmarkt. Auch wenn das Ergebnis zu bestätigen ist, ergibt die Evaluierung nicht die gewünschte Hilfestellung, wenn es um die Frage der Förderung der Mediation geht.

Die Evaluierung weist einen Rückgang der Verwendung des Suchbegriffs Mediation bei Google nach. Das ist insofern verwunderlich, als fast täglich Meldungen über Mediation in den Nachrichten erscheinen (Siehe Nachrichtenüberblick) und die Aktivitäten der Verzeichnis-Mediatorenverbände zur Bekanntmachung der Mediation eher zu- als abnehmen. Der Eindruck relativiert sich schließlich, wenn Google-Trends auch für Umgebungsbegriffe herangezogen wird. Dann fällt auf, dass die Mediation nicht alleine betroffen ist und dass ein ähnlicher Trend auch bei den Suchbegriffen Konflikt, Problem und ADR beobachtet werden kann. Der Suchbegriff Schlichtung ist von konstant niedrigem Interesse. Das Interesse an Anwalt und Streit ist dagegen ansteigend. Ein Blick in den Streitatlas[12] belegt, dass seit 2012, also dem Inkraftreten des Mediationsgesetzes die Streitlust der Deutschen von 20,9 Streitfällen pro hundert Einwohnern auf 22,3 im Jahre 2014 gestiegen ist.

Diese Feststellungen erlauben die Vermutung, dass die vermeintliche Stagnation der Mediation (die relativ zu den gestiegenen Mediatorenzahlen und Streitfällen eher eine Reduktion darstellt) nicht auf ein Versagen der Mediatoren oder des Gesetzgebers zurückzuführen ist, sondern ein gesamtgesellschaftliches Phänomen spiegelt. Solange Stärke und Durchsetzungsfähigkeit der Weisheit und Besonnenheit noch immer vorgezogen werden, hat die Mediation schlechte Karten. Solange Politiker starke Persönlichkeiten bei Schlichtungsgesprächen ausgebildeten Mediatoren vorziehen, wird deutlich, dass die Mediation nicht unter der mangelnden Bekanntheit leidet[13] , sondern unter dem mangelnden Verständnis ihrer Kompetenz im Umgang mit Konflikten.

Neben dem Vertrauen in die Kompetenz der Mediation (nicht des Mediators!) kommt es auf die Bereitschaft zur Kooperation an, die bedingt durch die Konfliktstrategie einerseits und durch die gesamtgesellschaftliche Bedeutungszuschreibung andererseits erst einer Wertigkeit zuzuführen ist. Ist der Weg in die Kooperation geebnet, stellt sich der Weg in die Mediation als eine logische Konsequenz her. Das geforderte Umdenken greift also auch hier, indem vordringlich der Weg in die Kooperation gefördert wird, woraus die Nachfrage der Dienstleistung resultiert. Maßnahmen zur Steigerung der Kooperationsbereitschaft im Konflikt könnten sein:

1. Den Weg in Kooperation erleichtern: Das Rechtssystem mag darauf untersucht werden, wo es den Weg in die

Konfrontation leichter gestaltet als den Weg in die Kooperation und wo die Konfrontation sogar nahegelegt wird. Schon die Bezeichnung der zur Wahrheitsfindung dienenden Beweisanträge als Angriffsmittel, legt die Verteidigung und damit die Konfrontation nahe.
Ein Detail dieser Problematik ist die Frage der Fristaussetzung. Die Evaluierung geht auf die Verjährungshemmung ein, wo allerdings keine rechtlich relevanten Änderungen für die Mediation erforderlich sind. Anders ist es mit den Not- und Ausschlussfristen. Sie zwingen die Partei in eine Angriffsposition, die zu vermeiden wäre. Zu empfehlen ist deshalb eine Regelung, die Notfristen und Ausschlussfristen aussetzen kann, damit Parteien nicht während des Laufes einer Mediation zu Rechtshandlungen gezwungen werden, die als Eskalation gewertet werden.

2. Die Kooperation wertschätzen: Das Bemühen der Parteien um eine Kooperation wird weder gewürdigt noch konditioniert. So erwartet §253 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO zwar die Angabe, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist und eine Äußerung dazu, ob einem solchen *Verfahren* Gründe entgegenstehen. Statt der Kooperationsbereitschaft wird die Nachfragebereitschaft abgefragt, obwohl die Angabe weder das Verhalten der Parteien wertschätzt noch für die Prozessplanung relevant ist[14] . Möglicherweise wird die Vorschrift deshalb in der Praxis überwiegend nicht beachtet. Geht es darum, menschliches Verhalten zu steuern, bedarf es der Motivation - einerseits der Parteien andererseits der Rechtsanwälte als Multiplikatoren. Die Mediation resultiert aus dem Wunsch zu kooperieren, der im Falle eines gerichtsanhängigen Verfahrens vom Berater zu unterstützen ist. Statt Verfahren vorzuschreiben, sollte überlegt werden, wie die Nachfrage nach dem gewünschten Verfahren bedarfsgerecht gefördert wird. Eine Konditionierung des Streitverhaltens ließe sich herstellen, indem die Kooperationsbereitschaft belohnt wird. Die Empfehlung lautet deshalb, §253 ZPO dahingehend zu ändern, dass über Kooperationsbemühungen und Chancen von beiden Seiten zu berichten ist. Umgekehrt mag ein sinnloses Konfrontationsverhalten bestraft werden, indem die Verfahrenskosten der konfrontierenden Partei auferlegt werden. Die darauf gerichtete Empfehlung lautet deshalb, eine unbegründete Konfrontation mit der Kostenfolge zu bestrafen. Ein effizientes Beispiel für diese Strategie ergibt sich aus der Woolf-Reform in Großbritannien[15] .
3. Konfliktverständnis als Kulturgut: Selbst wenn der Bürger die Mediation kennt, weiß er noch lange nicht, wozu er sie braucht. Setzt man sich mit der bedarfsgerechten Dienstleistung Mediation auseinander, wird deutlich, dass der Konsument einiges über Konflikte und (sein) Konfliktverhalten wissen muss, um überhaupt den Bedarf korrekt einschätzen zu können. Er muss wissen, dass Wahrnehmung und Kommunikation im Konflikt eingeschränkt sind, welchen Einfluss die Konfliktstrategie auf das Ergebnis hat und wie die Kooperation trotz der naheliegenden Konfrontation möglich ist, wenn es darum geht, eine nutzerorientierte Lösung zu finden. Viele dieser Fragen sind bildungsabhängig. Empfohlen wird deshalb, die Lehrpläne in den Schulen nicht auf Mediation, sondern auf das Wissen über Kommunikation, Wahrnehmung und Konflikte, insbesondere das Konfliktverhalten bezogen auszustatten, damit dies ein Teil der Allgemeinbildung wird.

Regulierung

Glücklicherweise hält sich der deutsche Gesetzgeber mit Regulierungen zur Mediation zurück. Zu begrüßen ist auch, dass die Evaluierung des Mediationsgestzes in diese Richtung weist. Die Mediation ist ein informelles, flexibles Verfahren, das Regulierungen von außen allenfalls zulässt, um die Anwendbarkeit und die Rahmenbedingungen zu sichern. Jede in das Verfahren eingreifende Regulierung konterkariert die Eigenverantwortlichkeit und Kreativität, durch die sich die Mediation gerade auszeichnet.

Pflichtgemäß geht die Evaluierung auf einzelne Vorschriften im Mediationsgesetz ein und legt mit der erforderlichen Zurückhaltung die Erwägung einer Gesetzesanpassung nahe. Übersehen wird, dass sich das auf die Mediation Einfluss nehmende Recht nicht auf das MediationsG beschränkt. Einzubeziehen sind das Mediationsrecht das Anwendungsrecht und das Berufsrecht. Wenn es um Gesetzesanpassungen geht, sollten deshalb auch Vorschriften bedacht werden, die außerhalb des Mediationsgesetzes zu finden sind. Auf die Vorschläge der Evaluierung soll - soweit nicht zuvor bereits geschehen - kurz eingegangen werden:

1. Die Ausweitung von § 4 MediationsG auf eine Schweigepflicht der Parteien und Anwälte ist naheliegend und auf den ersten Blick geboten. Allerdings ist die individuelle Ausweitung der Schweigepflicht ein Problem, das der Mediator selbst innerhalb der MDV regeln kann und sollte. So bleibt es möglich, eine maximale Anpassung an die situativen Bedingungen der jeweiligen Mediation zu erzielen. Das einzige Hindernis, das sich den Parteien dann in den Weg stellt, ist die in der Rechtsprechung nicht einheitliche Behandlung von Prozessverträgen. Empfohlen wird deshalb, die Rechtsverbindlichkeit von Prozessverträgen gesetzlich festzulegen, um die Rechtsprechung an Vereinbarungen über Beweisverwertungsverbote nicht nur hinsichtlich der Zeugenaussagen, sondern auch hinsichtlich der in der Mediation vorgelegten oder erzeugten Urkunden zu binden.
2. Das Gleiche gilt für Mediationsklauseln, in denen die Mediation als Prozessvoraussetzung vereinbart wird. Hier wäre eine Klarstellung zu empfehlen, dass solche Klauseln vom Gericht zu beachten sind und zumindest eine grundlose Verweigerung der Parteien für einen vorausgehenden Mediationsversuch nicht akzeptieren.
3. Eine Regelung für die fremdbestimmte Mediatorenwahl und ein Eingriff in §2 Abs. 1 MediationsG erscheint bei der derzeitigen Gesetzeslage weder notwendig noch geboten. Die Mediatorenwahl ist ein wesentlicher Bestandteil der Freiwilligkeit. Sie darf nicht infrage gestellt werden. Zu folgen ist der im Schrifttum vertretenen Auffassung, dass die Mediatorenwahl nachgeschoben werden kann. Die in der Praxis hauptsächlich bei Donatormediationen vorgegebene Mediatorenwahl lässt sich ohne weiteres in der MDV von den Medianden bestätigen. Eine Gestaltung

der rechtlich als verbindlich vorzugebenden, fremdbestimmten Mediatorenwahl hätte Einfluss auf den Mediationsmarkt, wenn dadurch Institutionen (wie die Rechtsschutzversicherungen, Verbände und Organisationen) die Auswahl der Mediatoren einschränken, um anderen Anbietern den Marktzugang zu erschweren. Die freie Mediatorenwahl bildet somit ein wichtiges Korrektiv bei der vorgegebenen Mediatorenauswahl.

4. §3 Abs. 2 und 3 Mediationsgesetz spricht von derselben Sache, woran ein Verbot der Vor- und Nachbefassung geknüpft wird. Bei einer problemzentrierten Mediation lässt sich der Streitgegenstand noch relativ gut erkennen. Wenn der Streitgegenstand jedoch vom Konfliktgegenstand abweicht oder wo sich ein Beziehungskonflikt auf mehrere Sachkonflikte auswirkt, wird die Abgrenzung der *Sache* schwierig. Fraglich ist auch wie etwa ein Coach, der keine originäre Interessenvertretung durchführt, von dieser Regelung betroffen ist. Zur Klarstellung wird empfohlen die Formulierung in §3 Abs. 2 Mediationsgesetz dahingehend zu ändern, dass nur die Dienstleister, die für eine Partei als Interessenvertreter tätig wurden, unter das Vor- oder Nachbefassungsverbot fallen.

Weitere Hinweise zur Anpassung gesetzlicher Vorschriften sind der Watchlist zu entnehmen. Mit der Watchlist haben Praktiker bei Wiki to Yes die Gelegenheit, Vorschläge an den Gesetzgeber zu unterbreiten, sobald sie in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen, die sich mit einer gesetzlichen Regelung beheben lassen.

Dienstleistungsqualität

Es ist außerordentlich fraglich, wie der behauptete Verbraucherschutz über die Qualität einer Ausbildung sichergestellt werden soll, ohne dass die Qualität der Dienstleistung überhaupt erörtert wird. Solange es nicht möglich ist, die Qualität der Dienstleistung anhand von Benchmarks und Kunstregeln zu definieren, kann die Ausbildung den Mediator zu keiner Qualitätsdienstleistung befähigen, die ihn auch vor der Haftung schützt. Sowohl der Anwender wie der Konsument sind der Willkür ausgeliefert. Auch die Gerichte haben keine validen Kriterien, Behandlungsfehler zu erkennen[16] .

Sicher ist die Festlegung der Dienstleistungsqualität in einem so komplexen und vielseitigen Verfahren wie die Mediation kein einfaches Thema. Sie erfordert eine Auseinandersetzung mit der Frage, was die Mediation wie zum Gelingen führt und wann von einer gelungenen Mediation überhaupt die Rede sein kann. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus den Darstellungen zur Qualität, zur gelingenden Mediation und zu den Benchmarks. Sie belegen, dass es keinen Grund gibt, das Thema auszusparen. Nur über diesen Weg können sowohl der Anwender wie der Konsument Sicherheit und Orientierung finden, und die meist auf ein Bauchgefühl gegründete Beliebigkeit vermeiden. Zurecht hat die Evaluierung des Mediationsgesetzes herausgearbeitet, dass die Zertifizierung aus der Konsumentensicht nicht die Bedeutung hat, die einige Verbände ihr gerne zuschreiben möchten. Umso wichtiger ist es, sich zunächst auf die Dienstleistung zu konzentrieren. Den Zusammenhang zwischen Dienstleistungs- und Ausbildungsqualität erkennend, wird empfohlen jegliche Regelung zur Ausbildung zurückzustellen, bis die Dienstleistungsqualität geklärt ist.

Ausbildungsqualität

Um die Ausbildung einschätzen zu können, müssen die Ausbildungsziele vorgegeben sein und klargelegt werden, wie welche Kompetenz genau vermittelt wird. Kompetenz ergibt sich aus Wissen, Erfahrung und Fertigkeit. Die Kompetenz des Mediators lässt sich nicht aus den in der Evaluierung vorgegebenen Kriterien erschließen. Ausbildung, Persönlichkeit, Praxiserfahrung oder Haltung ergeben nur unbestimmte Anhaltspunkte. Darüber hinaus beschreiben sie eher was die Kompetenz ausmacht, als worin sie besteht.

Anhaltspunkte zur Definition der Kompetenz des Mediators ergeben sich aus dem Mediatorenkompetenz. Wenn die Mediation eine Vermittlung ist, bei der es um die Suche nach einer auf Gemeinsamkeiten aufbauenden Lösung geht, zeichnet sich der Mediator durch die Fähigkeit aus, die Parteien umfassend zu verstehen und das Verstehen in den komplexen Erkenntnisprozess der Mediation einzubeziehen. Es ist die Angelegenheit der Ausbildungsinstitute, ein didaktisches Konzept darzulegen, wie sie dieses Ziel verwirklichen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Markt über die Ausbildung entscheidet und nicht die Akkreditierungsstelle. Kriterien für die Ausbildungswahl werden im Beitrag Entscheidungshilfe-Ausbildung angesprochen. Sie erschöpfen sich nicht in Stunden und Inhalten.

Die ZMediatAusbV formuliert einige der notwendigen Ausbildungsinhalte. Sie legt auch einige Ausbildungsbedingungen fest. Sicher gibt es Kritikpunkte. Sie betreffen in erster Linie die auf Stunden fixierten Detailinhalte. Hier könnte den Instituten mehr Freiheit eingeräumt werden, damit sie sich besser auf die Bedürfnisse der Ausbildungsgruppen einlassen können. Für einen reinen Anwaltskurs ist der juristische Input zu umfangreich. Für einen reinen Psychologenkurs ist er zu nicht ausreichend. Eine Notwendigkeit, die ZMediatAusbV deshalb zu ändern besteht indes nicht. Ihre Defizite lassen sich alle mit einer ergänzenden Ausbildung ausgleichen.

Eine Notwendigkeit zur Anpassung besteht indes hinsichtlich der Ausbildungsziele. Der Zusammenhang zwischen Ausbildungszielen und Ausbildungsinhalten wird im Beitrag Ausbildungsinhalte angesprochen. Sowohl der Anwender wie der Konsument sollten sich im Klaren darüber sein, dass eine an der ZMediatAusbV gemessene Ausbildung kaum die Fähigkeit erschließt, familiäre Beziehungskonflikte oder innerbetriebliche Gruppenkonflikte zu lösen. Auch genügt sie kaum, um das interdisziplinäre Wissen in einer Art und Weise zu vermitteln, die den Mediator vom Urspungsberuf unabhängig macht. Die Festlegung eines Ausbildungsziels könnte die an eine Ausbildung zu knüpfenden Anforderungen jedenfalls besser transparent machen, als eine hintergründige Aufwertung der Akkreditierung. Die Empfehlung lautet deshalb, die ZMediatAusbV lediglich dahingehend zu ergänzen, dass das Ausbildungsziel in ihrem Wortlauf genannt

wird.

Es wird weitere Ausbildungszertifikate geben, wobei es auch insoweit - zumindest zum derzeitigen Entwicklungsstand der Mediation - weniger hilfreich ist, sich mit Akkreditierungen auseinanderzusetzen, als nach einer systematischen Einordnung zu suchen, nach denen sich die Ausbildungen qualifizieren lassen. Für die in der Evaluierung aufgegriffenen Forderung nach mehr Transparenz würde es schon genügen, wenn die unterschiedlichen Ausbildungsziele offengelegt werden. Deshalb wird empfohlen, eine Qualifizierung der Zertifikate entlang einer an Ausbildungszielen orientierten Graduierung zu ermöglichen, die zwischen dem Mediator, dem zertifizierten Mediator, dem qualifizierten Mediator und dem vollwertigen Mediator differenziert. Die Begriffe könnten sicher optimiert werden. Die integrierte Mediation hat für die unterschiedliche Ausbildungsqualität beispielsweise ein Sternesystem eingeführt, das sich bewährt hat. Es erlaubt eine hinreichende Transparenz mit der Offenlegung des am jeweiligen Ausbildungsstand orientierten Leistungsvermögens des Mediators, die auch von außen erkennbar ist. Vor allem erlaubt dieses System eine abgestufte zielorientierte Ausbildung, die auch Interessierten einen Zugang zu dem Thema gibt, die nicht unbedingt Mediator werden wollen. Dieses Ziel ist, wenn es darum geht die Streitkultur zu verbessern, nicht aus den Augen zu verlieren.

Gerade vor dem Hintergrund, dass auch hochkarätig ausgebildete Mediatoren mangels Praxisfällen einen Kompetenzverlust erleben, der auch durch die vorgeschriebenen Fortbildungen nicht aufgefangen werden kann, wird deutlich, dass ein Ausbildungszertifikat den Konsumenten eher in die irre führt, als Vertrauen zu wecken. Hinzu kommt, dass der Mediator mangels Berufsaufsicht keinen Tätigkeitsnachweis erbringt und nicht einmal an Standards gebunden wird, die seine Berufstätigkeit definieren. Ein auf die Ausbildung bezogener Qualitätsnachweis erstreckt sich nicht auf die Tätigkeit. Er endet vielmehr beim Ausbildungszertifikat, sodass viele Mediatoren mangels anderer Kriterien Ihre Ausbildung als Werbeargument nach vorne stellen. Auf die damit verbundenen Probleme wird in dem Beitrag Marketing näher eingegangen.

Eine Lösung, die auch dem Interesse der Regierung entgegenkommt, administrative Verpflichtungen im Bereich der Mediation zu vermeiden, wäre die Einführung von Berufszertifikaten. So lassen sich die Aufgaben der Berufsaufsicht und die Einhaltung von Standards in privatrechtlichen Verträgen regulieren, die der Mediator mit dem jeweiligen Verband abschließt und dadurch verbindlich macht. Deshalb wird empfohlen, dass die Verbände sich mit dem Berufszertifikat auseinandersetzen[17] . Ein gesetzgeberisches Engagement ist damit nicht verbunden, außer vielleicht, dass die Idee unterstützt wird.

Dass eine Anpassung der ZMediatAusbV - außer für die Zielfestlegung - zurückzustellen ist, belegt auch der Umstand, dass die Ausbildungsverordnung im Zeitpunkt der Evaluierung noch nicht in Kraft war. Trotzdem hat sie dazu beigetragen, dass sich die Ausbildungsinstitute ebenso wie die Auszubildenden bereits darauf eingelassen haben. Die Ausbildung wächst mit der Dienstleistung und orientiert sich an ihr. Der bisher eingeschlagene, umgekehrte Weg setzt sich zwangsläufig über diesen Zusammenhang hinweg.

Berufsqualität

Die Diskussion um die Ausbildung muss für alles Mögliche herhalten. Sie wird von einigen Verbänden auch als Zugang zur Professionalisierung verstanden. Zumindest aktuell ist die Mediation noch kein reglementierter Beruf. Sie sollte es auch nicht werden. Vor dem Hintergrund, dass die Mediation in Berufe eingebunden wird, die ihre berufliche Herkunft als Werbung für die eigene Berufsgruppe nutzen und die Kompetenz ihres Herkunftsberufs nach vorne stellen, ist weder ein interprofessionelles Verständnis von Mediation erkennbar, noch ist der Weg in eine mitunter vorgeschlagene Berufskammer für Mediatoren geebnet.

Die Zeit für eine Reglementierung des Berufs ist noch nicht gekommen. Lediglich Weichenstellungen sind möglich. Der Gesetzgeber könnte die erste Voraussetzung für ein einheitliches Berufsbild schaffen, indem er die beruflichen Ungleichheiten beseitigt. Sie wurden in der Evaluierung des MediationsG nicht problematisiert, obwohl sie in der Praxis zu einer weiteren Verwässerung des Verständnisses von Mediation beitragen. Ein Ausgleich ist in folgenden Bereichen erforderlich:

1. §2 RDLG begünstigt den Anwalt und erschwert die Mitwirkung des nichtanwaltlichen Mediators, wenn er an der Formulierung der Abschlussvereinbarung beteiligt wird. Hier wird empfohlen, §2 Abs. 3 Ziff 4 von dem Zusatz: "sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift", zu befreien und die Mediation der Tätigkeit von Einigungs- und Schlichtungsstellen gleichzustellen.
2. §59a BRAO erlaubt eine Sozietät mit einem Anwaltsmediator, nicht jedoch mit einem Mediator. Hier wird empfohlen, die Regelung dahingehend anzupassen, dass entweder die Sozietät mit einem Anwaltsmediator verboten oder die Sozietät mit einem Mediator erlaubt wird.
3. §4 Mediationsgesetz ist Lex specialis hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwaltes, wenn er als Mediator auftritt. Bei der Anwendung von §53 StPO geht diese Einschränkung nach einigen Rechtsmeinungen wieder verloren. Hier sollte klargestellt werden, dass der Anwalt, der als Mediator tätig wurde, nicht als Rechtsanwalt im Sinne von 53 StPO anzusehen ist.
4. Die Wettbewerbsvorteile des Streitmittlers nach dem VSBG sollten aufgelöst werden, indem er als Schlichter bezeichnet wird, das Streitbeilegungsverfahren als Schlichtung und die Mediation als eine verhandelbare Alternative möglich ist. Empfohlen wird deshalb eine Anpassung der Vorschriften der §§ 1, 6, 11 sowie die

Überschrift in Abschnitt 3 VSBG. § 18 sollte gestrichen werden. Die Mediation ist gegenüber der Schlichtung ein Aliud. Sie stellt ein alternatives Angebot dar und ist kein Unterfall eines "nach der Verfahrensordnung der Verbraucherschlichtungsstelle" durchgeführten Verfahrens.

Bevor über die Professionalisierung des Mediators weiter debattiert wird, sollte ein Konzept ausgearbeitet werden, woran sich alle Berufe halten und wiederfinden können. Unstimmigkeiten ergeben sich bereits bei der Berufsbezeichnung. Der Begriff Mediator ist in §1 Abs. 2 MediationsG funktional definiert. Trotz dieser Legaldefinition wird der Begriff auch als Berufsbezeichnung verwendet und dabei nicht ausschließlich auf die Durchführung von Meditationen beschränkt. Folgt man der Beschreibung der Agentur für Arbeit ist der Mediator nicht jemand, der eine Mediation durchführt, sondern jemand, "der streitende Parteien bei Konflikten unterschiedlicher Art unterstützt, um zu einvernehmlichen, außergerichtlichen Lösungen zu gelangen"[18] . Diese Beschreibung kann auch ein Schlichter, ein Konfliktmoderator, ein Konfliktmanager und sogar ein Berater für sich in Anspruch nehmen. Die weite Fassung einer Berufsdefinition ist durchaus sinnvoll und nachvollziehbar. Auch die Evaluierung belegt die auf die Dienstleistung bezogenen, notwendigen Verfahrensdispositionen, wenn sie nachweist, dass 91% von 818 Antwortenden situationsbezogene Abweichungen eingeräumt haben. Allerdings ist die an ein Verfahren gebundene Berufsbezeichnung irreführend und vereitelt die Bemühungen um Klarheit in der Mediation. So kann es dem Konsumenten widerfahren, dass er einen Schlichter beauftragt, aber eine Mediation geliefert bekommt. Beauftragt er einen Mediator, kann ihm statt einer Mediation eine Konfliktmoderation oder eine Schlichtung geliefert werden. Solange der Beruf an Verfahren geknüpft wird, obwohl dem Berufsträger wie z.B. in §1 VSBG eine Verfahrensfreiheit gewährt wird, ist es verwirrend, wenn sich die Berufsbezeichnung an ein Verfahren bindet, die Dienstleistung jedoch darüber hinaus geht. Deshalb wird empfohlen, sich auf eine Berufsbezeichnung wie etwa Streitvermittler o. ä. zu einigen, um sowohl den Berufsbewerber wie auch dem Nachfrager ein besseres Bild von der zu erwartenden Dienstleistung zu geben.

Auch was die Berufsbildung anbelangt, bedarf es eines Ziels an dem sich Kriterien festmachen lassen, wie der Beruf zu gestalten ist. Sie müssen ergeben, was den Beruf für den Laien erkennbar ausmacht, wie eine Berufsaufsicht möglich ist und wie sich die Berufsinteressen der Ursprungsberufe dort wiederfinden lassen. Es ist zu fragen, ob und inwieweit eine hoheitliche Kontrolle mit einer auf Eigenverantwortlichkeit aufbauenden Dienstleistung vereinbar ist. Auch die Sinnhaftigkeit von Fachmediationen stellen sich einem umfassend ausgebildeten Mediator. Ohne ein Konzept, das die Berufstätigkeiten sauber gegeneinander abgrenzt, führen Diskussionen über die Professionalisierung der Mediation in ein Zufallsergebnis anstatt in einen Erfolg. Es wird deshalb empfohlen, ein stimmiges Berufskonzept vorzustellen, bevor überhaupt weiter über die Frage der Professionalisierung nachgedacht wird.

Markt und Marktentwicklung

Die Evaluierung erlaubt kaum Prognosen über die mögliche Marktentwicklung. Erst eine Marktanalyse wäre in der Lage, die Entwicklung einzuschätzen und Hindernisse aufzuzeigen. Sie käme zu dem Ergebnis, dass der in der Evaluierung erwähnte Mediationsmarkt nur einen Teil des Marktes abbildet, in dem sich die Mediation bewegt. Ihr Markt wird eingeschränkt und verkürzt wiedergegeben, solange nicht der gesamte Mediationsradius im Blick ist und nicht zwischen einem direkten und einem indirekten Mediationsmarkt differenziert wird. Um eine Fehleinschätzung der Fragen über die Vermarktung der Mediation zu verhindern, wird empfohlen, eine Marktanalyse durchzuführen, in der die Mediation als Teil des Konfliktmarktes verstanden wird.

Die Einschätzung der Marktgröße wäre ein Bestandteil dieser Marktanalyse. Offenbar gibt es Vorstellungen über die mögliche Verbreitung der Mediation. Prognosen über die Marktentwicklung sind damit allerdings nicht verbunden. Die Zielvorgabe der EU wollte 50% der (Gerichts-)Fälle in die Mediation überführen[19] . Wenn davon auszugehen ist, dass die (erfolgreiche) Mediation Streitfälle vermeidet, ist der Rückgang der Nachfrage nach Dienstleistungen zur Streitbeilegung eine logische Konsequenz. Folgesachen und Instanzen würden wegfallen. Eine Salamitaktik, die aus einem Konflikt mehrere Streitfälle generiert wäre wirkungslos. Die Parteien würden bei einer kooperativen Herangehensweise in ihrer Streitbeilegung weniger Dienstleister einfordern. Werden diese Einflüsse kalkuliert, ergäbe sich ein Faktor X, um den zumindest die konventionell nachgefragten Dienstleistungen zurückgehen.

Diese unspezifische Erwartung ist jedenfalls eine nicht von der Hand zu weisende Befürchtung vieler Dienstleister. Solange die Marktentwicklung für sie nicht positiv eingeschätzt wird, bewegen sich die Wettbewerber in einem spekulativen Rahmen, der die Märkte und Professionen veranlasst, sich zu schützen. Sie müssen sich von der Mediation abgrenzen, was für die Mediation sicherlich nicht förderlich ist. Es wird deshalb empfohlen, auch über diese Fragen Klarheit zu schaffen, indem ein auf einer zuverlässigen Marktanalyse basierendes Vermarktungskonzept für Mediation ausgearbeitet wird, in dem sich auch die Interessen der angrenzenden Berufe und Dienstleistungen wiederfinden können. Ideen hierzu finden sich in dem Beitrag Wettbewerb. Die Ausarbeitung eines am Konzept der Coopetition orientierten Vermarktungskonzeptes würde auch dem zu beobachtenden Trend entgegenwirken, anderen Verfahren, Dienstleistern und Mediatoren ihre Kompetenzen abzusprechen. Das mangelnde Verständnis von Mediation kommt ihnen dabei entgegen. Daraus ergibt sich die weitere Empfehlung zur korrekten Information über Mediation , wofür Wiki to Yes eine vollwertige, unabhängige Plattform bietet.

Bei den Einschätzungen zur Marktgröße führt auch das formale Verständnis der Mediation zu einer Einschränkung. Daraus ergibt sich die Neigung der Anbieter, lieber das Produktportfolio zu erweitern, als die Kompetenz in den konventionellen Verfahren zu verbessern. Indem die Mediation als ein Aliud verstanden wird, werden Schnittstellen

übersehen, die ohne weiteres geeignet wären, die konventionellen Verfahren in eine Mediation zu überführen. Abgesehen von den nicht wahrnehmbaren Erfolgen der meditativen Kompetenz, wird verkannt, dass sich die Verdienstmöglichkeiten des Anbieters - wenn auch nur indirekt - vergrößern, sobald der Mediationsradius voll ausgeschöpft wird. Ein Umdenken würde die Kompetenz der Mediation als eigenständigen Marktwert erkennbar machen. Dienstleister, die diese Kompetenz verwerten können, profitieren von einem Wettbewerbsvorteil. Nicht ohne Grund legen einige der konventionellen Berufsinhaber großen Wert darauf, sich Mediator nennen zu können. Auch dürften die Einstellungschancen für einen Mediator im Vergleich zu Mitbewerbern besser sein.

Auch der Ausbildungsmarkt nimmt Einfluss auf das Angebot und die Nachfrage nach Mediation. Je mehr ausgebildete Mediatoren es gibt, umso größer ist die Anwendungschance. Je teurer die Ausbildung ist und je geringer ihre Amortisiserungschance, umso geringer wird die Nachfrage. Es ist eine Gratwanderung zwischen Qualität und Quantität, die eine politische Entscheidung darüber erwartet, was unter Förderung der Mediation zu verstehen ist. Das zuvor erwähnte abgestufte Ausbildungskonzept bietet eine Lösung, indem für alle Anforderungen eine Ausbildung angeboten wird.

Wettbewerb

Eine Marktanalyse würde auch eine Wettbewerbsanalyse beinhalten. Sie würde sich mit dem Konkurrenzverhalten auseinandersetzen, um die Chancen und Risiken einer Vermarktung besser einschätzen zu können. Die Evaluierung bescheinigt eine große Sorge der Mediatoren vor Konkurrenz. Die Sorge resultiert aus der für jeden Mediator erlebten Verknappung. Sie lässt sich nicht beseitigen, indem einem konkurrierenden Angebot (wie etwa der Shuttle-Mediation) die Mediationseigenschaft abgesprochen wird. Der Konsument wird sich dafür nicht interessieren. Die Negativabgrenzungen bewirken eher eine marktschädliche Verunsicherung15.

Zur Verunsicherung tragen auch die Verbände bei, die sich in einem nicht zugestandenen Wettbewerb befinden. Zumindest setzen sie sich dem Verdacht aus, eigene Interessen zu verfolgen, indem sie die Mediationshoheit für sich beanspruchen. Es hat einen Grund, warum es in Deutschland bisher nicht gelungen ist, einen Dachverband Mediation zu gründen. Konzeptionell würde ein Forum am besten zu einer konsens-, nicht mehrheitsorientierten Mediation passen, wo die Verbände und die Berufsvertretungen auf gleicher Augenhöhe Richtlinien verhandeln, die sowohl dem Anbieter wie dem Konsumenten Orientierung geben. Das dem DFfM vorausgegangene Forum war ein konstruktiver Ansatz, der jedoch zeitgleich mit dem Inkrafttreten des Mediationsgesetzes nicht weiter verfolgt wurde.

Solange es kein Forum gibt, wo sich alle Stakeholder über ein Verwaltungskonzept für die Mediation abstimmen können, bleibt die Mediation auf hoheitliche Entscheidungen angewiesen. Die Intension der Regierung, eine Diskussion mit ALLEN interessierten Verbänden, Kammern und Institutionen in Verhandlungen zu treten, ist ein konstruktiver Ansatz, der nicht nur zu empfehlen, sondern zu unterstützen ist. Die Unterstützung ist erforderlich, bis sich wieder ein umfassendes Forum Mediation errichtet hat. Natürlich ist es schwierig, alle Interessenten an einen Tisch zu bekommen. Eine zumindest technische Hilfe bietet Wiki to Yes das nicht nur der kollektiven Intelligenz einen Raum gibt, sondern im nächsten Ausbauschritt auch round Tables und e-democracy Elemente online vorhalten wird. Marktstrategisch wird das zur Implementierung der Mediation am besten passende Konzept der Coopetition verwirklicht, wo die Entwicklung der Kompetenz kooperativ erarbeitet wird, während der darauf abgestellte Vertrieb im Wettbewerb liegt.

Der größte Konkurrent - wenn man davon überhaupt reden kann - ist die Mediation selbst; genauer gesagt: ihre Kompetenz. Sie lässt sich zumindest rudimentär ohne weiteres auch in Verhandlungen, Schlichtungen oder Ombudsverfahren wiederfinden. Wenn es darum geht, die Streitkultur zu verbessern, ist dieser Effekt sicherlich gewünscht. Geht es darum, die Nachfrage nach Mediation zu fördern, ist er es nicht, zumindest nicht auf den ersten Blick. Gerade weil sich die Kompetenz der Mediation auch in anderen Verfahren abbilden lässt, kann sie dazu beitragen, die Verfahren anzureichern und Schnittstellen in die Mediation zu bilden. Wieder kommt es darauf an, Verfahren, Dienstleistungen und Kompetenzen klar gegeneinander abzugrenzen, damit der Konsument aber auch der Mitbewerber erkennt, wo ihm die Mediation nützlich ist.

Deutlich wird, dass die Mediation, wenn sie erfolgreich sein will, auch von den Mitbewerbern gewollt und verstanden sein muss. Anwälte, aber auch Coaches und Therapeuten, die erkannt haben, wozu die Mediation in der Lage ist, verweisen vermehrt Fälle in die Mediation.

Angebot und Bedarf

So wie der Wurm dem Fisch schmecken muss, muss die Mediation den Bedarfen des Konsumenten eher entsprechen als den Interessen des Anbieters. Solange die Mediation relativ zu anderen Produkten (gemeint ist das Gerichtsverfahren) als Alternative angeboten wird, wird ihr ein eigenständiger Wert abgesprochen[20] . Dabei hat die Mediation durchaus Alleinstellungsmerkmale, die sie für den Konsumenten attraktiv macht. Sie ist ein Verfahren, das mit der Komplexität des Falles umgeht (und diesen nicht lediglich auf Sachverhalt und Rechtsfolgen reduziert) und das alle denkbar möglichen Ergebnisse (einschließlich dem juristischen) herausarbeitet und zur Auswahl gegenüberstellt. Es ist das einzige Verfahren, das sich explizit am Nutzen orientiert und Lösungen aus dem wechselseitigen, vollständigen Verstehen heraus entwickelt, wobei die Lösung aus dem parallelen Denken, nicht aus dem konträren Denken entwickelt wird, sodass die Lösung auf Gemeinsamkeiten statt Gegensätzlichkeiten aufsetzt. Wer würde sich, wenn die Mediation so verstanden wird, noch für ein anders Verfahren entscheiden wollen? Die Evaluierung stellt für

einige Mediatoren ein Nachfragedefizit fest. Andere, hauptberuflich als Mediatoren tätige Mediatoren klagen darüber nicht. Warum die einen erfolgreich sind, die anderen aber nicht, lässt sich aus der Untersuchung nicht entnehmen. Einen Anhaltspunkt ergibt der Beitrag Marketing verbunden mit Empfehlungen, wie ein Mediator Nachfrage generieren kann. Diese Möglichkeiten sollten gelernt und ausgeschöpft werden, ehe weitere Regelungen getroffen werden.

Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die geringe Zahl an Mediationen inspiriert zu theoretischen und spekulativen Überlegungen. Sie sind auf ihre Praxistauglichkeit im Einzelnen zu überprüfen. Die Mediation verbreitet sich durch die Idee und das Bewusstsein für ihre Kompetenz. Was genau diese Kompetenz auszeichnet, sollte nicht nur verdeutlicht, sondern auch gelebt werden, damit sich die nachzufragende Kompetenz auch dem Konsumenten erschließt. Damit die Leistung im konkreten Fall verbindlich wird, bedarf es der Produktstandards, an denen sich Anbieter, Konsumenten und Gerichte orientieren. Dem Ergebnis der Evaluierung, sich mit Reglementierungen zurückzuhalten, ist zuzustimmen. Wenn sie darüber hinaus zu einem Umdenken der Mediatoren und der Verbände beiträgt, hat sie einen wichtigen Beitrag zur Förderung der Mediation geleistet.

Kommentare und Diskussion zur Evaluierung sind erwünscht: "Was halten Sie von der Evaluierung?"

1 "Mediation (un)geregelt" (Kommentar zum MediationsG) war als ein gleichlautender Appell zu verstehen.
2 Das Güterichterverfahren und die verfahrensintegrierten Mediation sind Beispiele
3 Folgt man der Kognitionstheorie finden sich die Elemente der Mediation in allen Entscheidungsprozessen.
4 Siehe OLG-Stuttgart Urteil vom 26-1-2017 11-U-4-16. Mediation als Haftungsgrund wurde nicht gesehen
5 Ausführlich dazu Trossen (un-geregelt) Rdnr. 39 ff., sowie die Beiträge Wesen der Mediation und Mediation ist anders
6 Siehe falsche Mythen und Mediationsstile
7 Siehe dazu Greger/Unberath (Mediationsgesetz) Teil II § 1 Rdnr. 47 ff und Trossen (un-geregelt) Rdnr 749, 39 ff.
8 Z.B. wnn ein Anwaltsmediator behauptet, dass sich die Beauftragung eines anderen Anwaltes erübrigt
9 Siehe das Verfahrensverzeichnis
10 Vor dem Inkrafttreten des MediationsG wurde die Mediation als Methode definiert.
11 Siehe Notarmediationen und Güterichterverfahren; Trossen (un-geregelt) Rdnr. 211 ff., 290,
12 Siehe Die deutsche Streitlust nimmt weiter zu abgelesen am 2.8.2017
13 Laut Roland Rechtsreport 2017 S. 17 ist die Bekanntheit der Mediation "weiterhin auf hohem Niveau"
14 Ausführlich dazu siehe Trossen (un-geregelt) Rdnr. 1072 ff.
15 Siehe www.lawteacher.net/woolf-reforms.php
16 Hierzu finden sich einige Beispiele in der Rechtsprechungsfachbeitrag
17 Eine Vorlage gibt es bei dem Verband Integrierte Mediation
18 Siehe berufenet.arbeitsagentur.de, download am 27.7.2017
19 Siehe Rebooting Mediation
20 Siehe Mediation ist keine Alternative

Verbundener Inhalt:

- Fragebogen zum Mediationsgesetz
- Evaluation des Mediationsgesetzes
- Fragebogen zum Mediationsgesetz II
- Sozio-ökonomische Analyse
- Streitkulturindex