

Mediation im Familien- und Erbrecht

Teil 1: Grundlagen¹

Von Renate Perleberg-Kölbl, Fachanwältin für Steuer-, Familien und Insolvenzrecht, Mediatorin, Hannover und Prof. Dr. Wolfgang Burandt, LL.M., M.A. MBA (Wales), Rechtsanwalt, Fachanwalt für Familien- und Erbrecht, Mediator (BAFM), Hamburg

I. Einführung

Mediation ist eine hochwertige Dienstleistung, die noch häufiger von der Anwaltschaft erbracht und zur Streitbeilegung im Familien- und Erbrecht genutzt werden sollte. Der zunehmenden Bedeutung der Mediation im Anwaltsberuf entspricht deren explizite Aufnahme in § 18 BORA, wonach ein Rechtsanwalt, der als Mediator² tätig ist, den Regeln des Berufsrechts unterliegt.

Bei der Mediation handelt es sich um eine gerichtsexterne Alternative zur gütlichen Streitbeilegung. Nach § 278a ZPO und § 36a FamFG kann das Gericht den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Den »gerichtlichen Mediator« gibt es nicht mehr. Nachdem in den letzten Jahren an vielen deutschen Gerichten gerichtsinterne Mediation von Richtern angeboten wurde, gibt es fortan diese Möglichkeit im Gericht nur noch bei Güteverhandlungen vor einem Güterichter. Gem. § 278 Abs. 5 ZPO kann ein Zivilgericht die Parteien für eine Güteverhandlung an einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Güterichter verweisen. Dieser kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.³

Ziel der Mediation ist es, in einer fairen und direkten (face to face) Kommunikation kooperativ Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu erkunden, Handlungsspielräume auszuloten, Interessen abzugleichen und zu einer von den Konfliktparteien selbst entwickelten Regelung in Form einer verbindlichen Vereinbarung zu kommen.⁴

Dabei werden die Medianten von einem Mediator als unabhängigen Dritten unterstützt, der keine Entscheidungsbefugnis besitzt. Kennzeichnend für den Mediator ist seine Fähigkeit zur strukturierten Verhandlungsführung, mit der er die Parteien anleitet, meist schnelle und flexible, manchmal auch noch kostengünstigere Regelungen zu finden, von der alle Beteiligten profitieren. Die Interessen der Beteiligten werden berücksichtigt, Blockadesituationen aufgebrochen und so eine gegenseitige Kommunikation wieder ermöglicht.⁵

II. Gesetzeslage

Seit dem 21.07.2012 gibt es in Deutschland ein Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.⁶ In § 5 Abs. 2 des Gesetzes wird der »zertifizierte« Mediator eingeführt. Als »zertifiziert« darf sich danach bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator entsprechend einer noch zu erlassenden Rechtsverordnung absolviert hat. Seit Februar 2014 liegt der Entwurf einer Rechtsverordnung nach den Vorgaben des § 6 des Mediationsgesetzes vor.⁷ Er beinhaltet Bestimmungen über die Inhalte und den Umfang der Aus- und Fortbildung, Anforderungen an Lehrkräfte und die Art der Zertifizierung.

Nach § 2 des Entwurfs darf sich als zertifizierter Mediator nur derjenige bezeichnen, der neben einer Ausbildung einen be-

rufsqualifizierenden Abschluss einer Berufsausbildung oder ein Hochschulstudium und eine mindestens zweijährige praktische berufliche Tätigkeit nachweist. Die Dauer der Ausbildung zum zertifizierten Mediator beträgt nach § 3 des Entwurfs insgesamt mindestens 120 Zeitstunden. Der zertifizierte Mediator hat sich zudem nach § 4 des Entwurfs regelmäßig fortzubilden, und zwar innerhalb von zwei Jahren mindestens im Umfang von 20 Zeitstunden.

Nach § 7a BORA hat ein Rechtsanwalt, der sich als Mediator bezeichnet, die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1 Mediationsgesetz im Hinblick auf Aus- und Fortbildung, theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen zu erfüllen.

III. Begriff und Verfahren

Nach § 1 des Mediationsgesetzes ist die Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

Der Mediator ist dabei eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Der Mediator ist für das Verfahren verantwortlich, während die Konfliktparteien für die Inhalte und Ergebnisse des Verfahrens zuständig sind.

Entsprechend § 2 des Mediationsgesetzes wählen die Parteien den Mediator aus. Dieser vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstehen und freiwillig an der Mediation teilnehmen. Ein Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet und somit allparteilich. Neben der Kommunikation der Parteien hat er zu gewährleisten, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden werden. Er kann im allseitigen Einverständnis auch getrennte Gespräche mit den Parteien führen und mit Zustimmung aller Parteien Dritte in die Mediation einbeziehen.

Die Parteien und der Mediator können die Mediation jederzeit beenden. Der Mediator kann die Mediation insbesondere dann beenden, wenn er erkennt, dass eine eigenverantwortli-

1 Der Beitrag besteht aus drei Teilen, wobei sich der erste Beitrag mit den Grundlagen eines Mediationsverfahrens befasst. Die Folgebeiträge behandeln die Verfahren im Rahmen der familien- und erbrechtlichen Fallbearbeitung.

2 Soweit im folgenden Text der Begriff Rechtsanwalt oder Mediator gewählt wird, bezieht dieser sich selbstverständlich auch auf Rechtsanwältinnen und Mediatorinnen.

3 <http://himev.de/mediationsgesetz/>

4 Elke Müller und Hilmar Voigt, Skript Sommerlehrgang Mediation II, 2006, 31.

5 <http://mediation.anwaltverein.de/>

6 BGBl. I 2012, 1577.

7 [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verordnungsentwurf_ ueber_die_Aus_und_Fortbildung_von_zertifizierten_Mediatoren.pdf?jsessionid=712285400B3E88CCE0BB9821EA85E225.1_cid324?__blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verordnungsentwurf_ueber_die_Aus_und_Fortbildung_von_zertifizierten_Mediatoren.pdf?jsessionid=712285400B3E88CCE0BB9821EA85E225.1_cid324?__blob=publicationFile)

che Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.

Der Mediator wirkt im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat zudem die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien ist die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung zu dokumentieren.

IV. Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen

Der Mediator hat nach § 3 des Mediationsgesetzes den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur dann als Mediator tätig werden, wenn die Parteien ausdrücklich zustimmen. Als Mediator darf nicht tätig werden, wer vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Dieser darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden. Ebenso darf eine Person nicht als Mediator tätig werden, wenn eine mit ihr in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene andere Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Eine solche andere Person darf auch nicht während oder nach der Mediation für eine Partei in derselben Sache tätig werden. Diese Beschränkungen gelten jedoch nicht, wenn sich die betroffenen Parteien im Einzelfall nach umfassender Information damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen.

Der Mediator ist verpflichtet, die Parteien auf deren Verlangen über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren.

V. Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind nach § 4 des Mediationsgesetzes zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in der Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

- die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,
- die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden oder
- es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren. Wird ein Rechtsanwalt als Mediator tätig, unterliegt er den Regeln des Berufsrechts und ist bereits deshalb zur Verschwiegenheit verpflichtet.

VI. Aus- und Fortbildung

Entsprechend § 5 des Mediationsgesetzes stellt der Mediator in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung

und eine regelmäßige Fortbildung sicher, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können.

Eine geeignete Ausbildung soll insbesondere vermitteln:

- Kenntnisse über Grundlagen der Mediation sowie deren Ablauf und Rahmenbedingungen
- Verhandlungs- und Kommunikationstechniken
- Konfliktkompetenz
- Kenntnisse über das Recht der Mediation sowie über die Rolle des Rechts in der Mediation sowie
- praktische Übungen, Rollenspiele und Supervision

VII. Schritte der Mediation

Die Mediation als strukturiertes Verfahren lässt sich in fünf⁸ bzw. in Anlehnung an das sog. Harvard-Konzept in sechs Abschnitte gliedern,⁹ wobei auch weitere Modifikationen denkbar sind. Dem Willen der Medianten, wie sie das Verfahren zeitlich gestalten wollen, ist Rechnung zu tragen. Das Ergebnis jedes Schrittes sollte fixiert und visualisiert werden.

1. Mediationsvereinbarung und Eröffnungsphase

In dieser Phase werden die Rollen der Medianten und des Mediators sowie das gemeinsame Ziel herausgestellt. Der Mediator hat darauf hinzuweisen, dass er nicht Rechtsberater der einzelnen Partei ist und gegebenenfalls Ausschlussfristen durch das Mediationsverfahren nicht gehemmt sind.¹⁰ Zwischen den Medianten und dem Mediator wird eine Mediationsvereinbarung getroffen, mit der das Verfahren einen rechtlichen Rahmen erhält. Über die Kosten sowie die Vergütung des Mediators ist eine Einigung zu erzielen.¹¹ Im Anschluss sollten Grundregeln für das Verhalten während des Verfahrens erarbeitet werden.

Ziel der Phase 1 ist es, einen rechtlichen und sicheren Rahmen für das nachfolgende Mediationsgespräch zu schaffen.

2. Themensammlung

Im zweiten Schritt werden von den Medianten jeweils die Probleme angesprochen, die aus ihrer Sicht Ursache des Konfliktes sind. Hierbei sollte den Medianten deutlich werden, dass es dabei nicht darauf ankommt, den anderen oder den Mediator zu überzeugen. Zweck ist vielmehr die Erkenntnis, was die Medianten bewegt, wenn sie den Konflikt darstellen. Alle wichtigen Informationen werden so gesammelt. Der Mediator hört dabei aktiv zu und stellt Verständnisfragen. Er hat darauf zu achten, dass er keinem Medianten Anlass gibt, ihn für voreingenommen zu halten. Den ihm von beiden Parteien unterbreiteten Sachverhalt muss er neutral würdigen. Er darf zudem keinen nicht mitgeteilten Sachverhalt erforschen, selbst wenn dieser für eine Partei möglicherweise günstig ist. Im Anschluss ist eine Einigung über den Verfahrensfortgang zu erzielen. Insbesondere ist die Reihenfolge festzulegen, in welcher die Themen behandelt werden sollen.

8 Müller/Voigt, Skript Sommerlehrgang Mediation II, 2006, 40.

9 Fritz/Pielsticker/Etscheid, MediationsG, Methoden und Anwendungsbereiche II, Rn. 35 ff.

10 Die Verjährung von Ansprüchen ist nach § 203 gehemmt, PWW/Deppenkemper, § 203 Rn. 1.

11 Ohne eine Kostenvereinbarung gilt i.d.R. die übliche Vergütung gem. § 612 Abs. 1, 2 BGB als vereinbart. Kostenschuldner sind im Zweifel die Medianten als Gesamtschuldner.

Ziel der Phase 2 ist es, dass sich alle Beteiligten gegenseitig zuhören und die Sicht auf den Konflikt neu wahrnehmen.

3. Interessenklärung

In dieser Phase werden die werthaltigen Interessen der Medianten im Einzelfall herausgearbeitet und geprüft¹², wie die Interessen künftig harmonisiert werden können.¹³ Die mit dem Konflikt verbundenen Gefühle sollen ausgedrückt werden. Um Missverständnisse zu vermeiden und Verständnis zu wecken, werden die Kernsätze zum Verständnis des Konflikts jeweils von dem anderen Medianten mit eigenen Worten wiedergegeben.

Ziel der Phase 3 ist es, verborgene Gefühle, Interessen und Hintergründe aufzudecken, allseitige Klarheit über Bedarfe und Bedürfnisse zu schaffen und den Überblick zu wahren.

4. Ideensammlung

In dieser Phase überlegen alle Beteiligten in einem kreativen Prozess (brainstorming) gemeinsam, wie sie ihre Meinungsverschiedenheiten beilegen können. Der Gedankenaustausch erfolgt möglichst kreativ und ohne Denkbarrieren. Gelingt es, dabei den Blick weg von der Rechtsposition auf das konkrete jeweilige Interesse zu richten, lassen sich im Idealfall Lösungsmöglichkeiten entwickeln, die allen Konfliktbeteiligten gerecht werden. Es kommt so zu einer sog. »win-win-Lösung«. Im Anschluss haben die Medianten ihre Interessen zu gewichten. Sie drücken damit aus, was ihnen sehr und was ihnen weniger wichtig ist. Diese Interessenprofile dienen in den folgenden Mediationsphasen als Bezugs- und Bewertungssystem für mögliche Lösungsoptionen.

Ziel der Phase 4 ist es, zunächst auch unsinnig erscheinende Ideen zu prüfen, weil diese häufig den Kern der Lösung in sich tragen.

5. Bewertung der Lösungsoptionen / konstruktive Phase

Aus den Ideen wird konstruktiv das Machbare herausgefiltert und von den Medianten bewertet. Dabei können auch rechtliche Argumente in die Verhandlungen einfließen, wobei zu vermeiden ist, dass die Konfliktbeteiligten wieder auf ihre ursprünglichen Positionen zurückfallen. Wenn die Medianten einsehen, dass sich nicht alle Interessen vollständig umsetzen lassen, lässt sich in einem offenen und wertungsfreien Diskurs ggf. eine Nutzenmaximierung für alle erreichen. Die Medianten können nach § 2 Abs. 6 Satz 2 MediationsG ihre Anwälte hinzuziehen.¹⁴ Der Mediator hat dabei seine neutrale Rolle zu wahren. Eine eigene Bewertung in der Sache hat er zu vermeiden. Auf Probleme, z.B. bezüglich der rechtlichen Umsetzung, hat er jedoch hinzuweisen.

Ziel der Phase 5 ist es, nachhaltige und verlässliche Lösungsoptionen zu erarbeiten.

6. Abschluss

Die Abschlussvereinbarung wird entsprechend § 2 Abs. 6 Satz 3 MediationsG dokumentiert und ihre Umsetzung geregelt. Ggf. bedarf die Vereinbarung einer notariellen Beurkundung. Die Vereinbarung enthält auch die Regelung der Kostentragung oder der Beendigung eines laufenden oder ruhend

gestellten Gerichtsverfahrens. Als solche ist sie kein Vollstreckungstitel. Es können jedoch die Möglichkeiten der § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und § 796a ZPO genutzt werden. Auch kann ein Folgegespräch vereinbart werden, um in einer Umsetzungsphase zu überprüfen, ob die Konfliktlösung tauglich war. Ggf. werden dann einvernehmlich Korrekturen vorgenommen.

Ziel der Phase 6 ist es, nachhaltige und verlässliche Lösungen zu sichern.

VIII. Grundlegende Methoden

Mediatoren nutzen im Rahmen des Mediationsverfahrens moderne und insbesondere nachstehende Kommunikationsmethoden:

- **Aktives Zuhören:** Die Sicht und das Gesagte werden mit dem Ziel wiederholt oder zusammengefasst, dass der andere richtig verstanden wird.
- **Ich-Botschaften:** Jeder redet von seinen eigenen Erfahrungen und Gefühlen und versteckt sich nicht hinter Allgemeinplätzen oder Beschuldigungen.
- **Einzelgespräche:** Diese sind sinnvoll und notwendig, wenn einzelne Aspekte nur ohne »Druck« der Gegenseite angesprochen werden können.
- **Brainstorming:** Hierbei handelt es sich um eine kreative Ideensammlung, bei der alle Vorschläge zunächst unkommentiert gesammelt und die geeignetsten Ideen für das weitere Verfahren herausgefiltert werden.

Grundsätzlich werden oder können alle Methoden der Gesprächsführung und Kommunikation angewandt werden, um die jeweiligen Ziele der einzelnen Phasen zu erreichen. Alle Formen der Moderation sind wichtige Hilfsmittel.

IX. Zusammenfassung

Das Mediationsverfahren ist ein freiwilliges, außergerichtliches Verfahren zur eigenverantwortlichen Regelung offener Streitfragen. Es unterliegt als strukturiertes Verfahren bestimmten Regeln und verfolgt das Ziel, selbstbestimmte Vereinbarungen zu entwickeln, die die Bedürfnisse und Interessen der Medianten berücksichtigen.

Eine Mediation ersetzt und ergänzt andere Konfliktlösungswege, insbesondere wenn die Streitenden ein Interesse an guten zukünftigen Beziehungen haben, wenn alle eine einvernehmliche Lösung anstreben, wenn sich Streit in Verstehen verwandeln soll, wenn der Streit komplex ist, wenn der Konflikt nicht oder nur schlecht direkt gelöst werden kann, oder wenn die Situation ausweglos erscheint. Mediation bietet die Chance, Beziehungen untereinander wieder herzustellen, zu verbessern oder aufrecht zu erhalten.¹⁵

¹² Es erfolgt keine juristische Prüfung, wer nach materiellem Recht und Beweislastgrundsätzen Recht hat.

¹³ Engel/Hornuf ZZP 2011, 505.

¹⁴ Gebühren: Nr. 2303 VV; s.a. Enders JurBüro 2013, 225; Effer-Uhe NJW 2013, 3333.

¹⁵ http://www.gemekon.de/dokumente/hausarbeit_doreen_kettner.pdf