

Wann arbeitet der Mediator lege artis? – und was passiert, wenn er es nicht tut?

I. Einleitung	1
II. allgemeine Haftungsgrundsätze	1
III. Interesse des BM und aller Mediatoren	2
IV. Diskussionsansätze/Strukturierung	2
1. Was fällt aus der kritischen Betrachtung heraus?	2
2. Wann arbeitet der Mediator „fehlerhaft“?	2
a. Das Schuldrechtsverhältnis	3
b. Fehlerquellen und Fehler	3
3. Ergebnis	4
V. Was kann/sollte getan werden?	5
1. Vorbeugung	5
2. Sanktionssystem/Beschwerdestelle?	6
VI. Ergebnis.....	6

I. Einleitung

Wir alle kennen das Gefühl: wir hören über den Verlauf einer Mediation und spüren eine Empörung über die Art und Weise, wie der Mediator vorgegangen ist. Hin und wieder ist es auch vorgekommen, dass ich im Zusammensein mit anderen Mediatoren über diesen Aspekt diskutiert habe. Die Empörung ist dann häufig groß, der betroffene Mediator nicht anwesend.

Diese Diskussionen ordne ich keinesfalls unter Tratsch und Klatsch ein; diese Gespräche werden ernsthaft geführt. Es werden Argumente ausgetauscht, weshalb das Vorgehen des Mediators in der betreffenden Situation falsch gewesen ist, ein „Fehler“ war. Manchmal kommt eine solche Diskussionsrunde zu dem sicheren Urteil, dass man anders hätte vorgehen müssen. Die Tätigkeit des Kollegen wird als mangelhaft eingestuft.

Ich bin davon überzeugt, dass diese Gespräche häufiger stattfinden, als es sich jeder von uns vorstellt. Dahinter steht ein Anliegen, von dem ich denke, dass es wichtig ist, näher betrachtet zu werden. Es geht um die Frage: wann arbeitet ein Mediator lege artis? was bedeutet, wie lange arbeitet er nach den „anerkannten Grundsätzen und Regeln“ und ab wann nicht mehr – und welche Konsequenzen ergeben sich daraus?.

II. allgemeine Haftungsgrundsätze

Wer den freiberuflichen Bereich der Rechtsanwälte, Ärzte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer u.ä. kennt, weiß, dass sich hierzu durch Haftungsfälle über die Rechtsprechung strukturierte Grundsätze herausgebildet haben. Was muss der Patient von seinem Arzt oder Zahnarzt erwarten können, welche Beratungsleistungen hat ein Rechtsanwalt oder Steuerberater zu erbringen, wie hat ein Wirtschaftsprüfer zu prüfen usw.. Da die Arbeit des Mediators wenig haftungsträchtig ist (jedenfalls bislang), gibt es eine solche durch die Rechtsprechung gefasste Definition dessen, was zur sach- und fachgerechten Arbeit eines Mediators gehört, nicht. Eine gewisse Orientierung geben die Ausbildungsrichtlinien des BM, die mit den Bedingungen zur Anerkennung als Mediator BM führen können sowie die "ethischen Grundsätze". Wir finden darin jedoch keinerlei Orientierung im Hinblick auf Vorgehensweisen des Mediators im Einzelfall. Es geht mir nicht darum, einen Wegweiser für mögliche Haftpflichtfälle zu beschreiben. Ich gehe davon aus, dass dieses Thema nicht interessant ist im Hinblick auf einen denkbaren Regress.

III. Interesse des BM und aller Mediatoren

Interessant und wichtig für uns alle, insbesondere für den Bundesverband Mediation e.V. (BM), ist dieses Thema deshalb, weil durch Mediationen, die scheitern, weil der Mediator sein Handwerk nicht versteht, unser aller Intention untergraben wird, die Idee der Konfliktbearbeitung durch Mediation überall in unserer Gesellschaft verankert zu sehen. Und wir wissen, dass sich nichts so schnell verbreitet wie Misserfolge. Sicherlich regelt der Markt einiges, indem der „schlechte“ Mediator immer weniger gefragt sein wird; so läuft es ja auch bei den eingangs erwähnten Freiberuflern. Bei diesen gibt es aber auch die Instanz der Kammern, die für Ordnung unter ihren „Schäfchen“ sorgen oder es wenigstens versuchen.

IV. Diskussionsansätze/Strukturierung

Ich möchte im Folgenden zunächst die Diskussionen um Fehler von Mediatoren eingrenzen, indem ich den Bereich ausgrenzend benenne, bei dem persönliche Einschätzungen keine Sachurteile zu den „Regeln der Kunst“ beinhalten. Anschließend werde ich versuchen, einen Strukturrahmen zu zeichnen, ab wann von einem „Fehler“ gesprochen werden kann. Dieser Teil kann dazu anregen, in eine breiter angelegte Diskussion einzutreten, wann der Mediator BM nicht mehr *lege artis* (also nach den Regeln der Kunst) tätig ist. Wichtiger ist es mir aber, dass der Verband beginnt, sich Gedanken zu machen, wie dem Risiko mangelhafter Qualität von anerkannten Mediatoren begegnet werden kann und soll.

1. Was fällt aus der kritischen Betrachtung heraus?

Wir stellen uns also zunächst den Kreis von Mediatoren vor, die sich über den Verlauf einer Mediation ereifern: da hat der Mediator BM die Kontrahenten nicht in einen Stuhlkreis gesetzt sondern an einen Tisch. Oder er hat interveniert und man meint, eine andere Intervention sei die richtigere gewesen. Vielleicht war er auch nicht so abstinent wie wir es in unserer Mediatorenausbildung gelernt haben.

Um es gleich vorweg zu nehmen: diese Kritik nehme ich (vor dem Hintergrund dieses Themas) nicht ernst, ja, ein Stück weit möchte ich vor solchen Auseinandersetzungen warnen (was die Betrachtung meines Anliegens nicht einfacher macht). Warum vertrete ich diese Auffassung?¹: Meine feste Überzeugung ist: wir als Mediatoren entscheiden mit unserer Persönlichkeit, die sich u.a. auch in intuitivem Handeln äußert, was in der jeweiligen Situation richtig ist! Wenn wir mit unserer gesamten Persönlichkeit, mit Konzentration und Demut hinter unsrem Tun stehen, kann das niemals falsch sein (jedenfalls prima facie). So kann es durchaus sein, dass ich einem Unternehmer, der Angst hat vor der ungeschützten Situation eines Stuhlkreises, kraft meiner inneren Überzeugung von der Notwendigkeit dieses Settings klar machen kann, dass er diese Sitzordnung zu akzeptieren hat. Ist mir als Mediator das (weil ich eben so bin, also wegen meiner Persönlichkeit) nicht so wichtig, wird dieser Unternehmer den ihm aufgenötigten Stuhlkreis nicht akzeptieren. Wir haben dann den Erfolg der Mediation durch das formale Vorgehen gleich zu Beginn in Frage gestellt, zumindest aber eine unnötige Hürde aufgebaut.

2. Wann arbeitet der Mediator „fehlerhaft“?

Ich kann mir vorstellen, dass mir bis hierhin der Leser noch uneingeschränkt zustimmen kann. Es folgt aber sogleich die „Gretchenfrage“: kann man damit nicht jeden Mist rechtfertigen? Sicherlich nicht. Und deshalb ist es mir ein Anliegen, dass wir eine Begrenzung erarbeiten. Dazu:

¹ Ich habe in einem Aufsatz zur Achtsamkeit des Mediators (Infoblatt BM Nr.14, S. 3 ff) dargelegt, wie wichtig für mich die achtsame Haltung des Mediators ist – und zwar sowohl bezogen auf sich selbst als in der Folge dann auch bezogen auf die Kontrahenten, die mediatorische Arbeit.

a. Das Schuldrechtsverhältnis²

Beginnen wir mit der Rechtslage³: die Konfliktparteien schließen mit uns Mediatoren einen Vertrag, in dem wir uns verpflichten, sie bei der Konfliktbearbeitung zu unterstützen. Wir treten insoweit mit der Qualifikation „Mediator“ auf und bringen damit etwas zum Ausdruck, was in den Vertrag als Bestandteil einfließt. Wir sagen nämlich (und erklären das auch teilweise ausdrücklich), dass wir ein definiertes Verfahren anwenden und bringen zum Ausdruck, dass wir dieses Verfahren und die Methode beherrschen. Um es an einem Parallelbeispiel zu verdeutlichen: wenn wir mit Beschwerden im Rücken zu einem Neurologen gehen, erwarten wir, dass er insoweit speziell ausgebildet ist und uns sach- und fachgerecht helfen kann. Beherrscht er z.B. die Diagnostik dann tatsächlich nicht, begeht er in der Folge einen Behandlungsfehler und haftet dafür.

Nun ist das Resultat einer fehlerhaften Behandlung dieses Neurologen relativ leicht auszumachen. Diesen Gradmesser des haftungsträchtigen Misserfolges haben wir als Mediatoren nicht (unbedingt). Ja, wir warnen die Kontrahenten geradezu vor: misslingt die Mediation, ist das eines der von vornherein denkbaren Ergebnisse. Beim Arzt ist das regelmäßig anders: wir wollen wieder gesund werden und müssen dazu wissen, woran wir erkrankt sind. Endet die Mediation damit, dass der Konflikt nicht erfolgreich bearbeitet wurde, kann das zwei Ursachen haben: es hat sich das im Konflikt und den Kontrahenten liegende Bearbeitungsrisiko realisiert oder der Mediator hat einen Fehler gemacht. Der Fehler, der insoweit künftig allein interessiert ist der, der „die Regeln der Kunst“ verletzt.

b. Fehlerquellen und Fehler

Eine erste (vorwerfbare) Fehlerquelle finden wir in der Phase vor und bei Vertragsschluss: klärt der Mediator die Kontrahenten nicht oder nur unzureichend auf, liegt ein Fehler vor. Um das mit der Vertragsslage zu verdeutlichen: bietet sich der Mediator als Konflikthelfer an und lässt er offen, dass die Mediation auch scheitern kann (und warum) und verschweigt er ggf. auch seine eingeschränkte Qualifikation (z.B. Berufsanfänger; zwar langjähriger Mediator, aber keine Erfahrung in der Konfliktbearbeitung mit dem Verfahren/der Methode Mediation), können und müssen die Kontrahenten davon ausgehen, dass der Mediator durchschnittlich erfahren ist. Scheitert die Mediation, kann bzw. muss man eher davon ausgehen, dass ein Fehler des Mediators die Ursache ist (also ein Vertragsverstoß)! Ich denke, dass die verpflichtete Wahrnehmung einer Aufklärung über die eigene Qualifikation Vertrauen in die Mediatoren BM und die Mediation selbst zur Folge hätte.

Danach, also nach Vertragsabschluss, wird es aber erst richtig interessant. Ab wann können wir von einer „objektiven Sorgfaltspflichtverletzung“⁴ (wie die Juristen es nennen) sprechen?

Hier kann wiederum unterschieden werden: ist schon die „Diagnose“ falsch oder liegt ein Mangel in der „Therapie“ vor?

² Ich differenziere im Folgenden nicht zwischen den vorvertraglichen Pflichten, den dokumentierten Vertragspflichten und den vertraglichen Nebenpflichten. Letztlich führen alle Aspekte zusammen zum Leistungspaket des Mediators.

³ Zur Vertragspflichten und Haftung – mit speziellem Blick auf Konflikte im Betrieb – siehe Budde 2003, S.225 m.w.N.

⁴ Wichtig erscheint mir an dieser Stelle der Hinweis: liegt objektiv eine Pflichtverletzung vor, wird (zumindest für die Haftung) der subjektive Tatbestand indiziert. Das bedeutet, dass der Mediator vortragen muss, warum und weshalb subjektiv kein Pflichtverstoß vorliegen soll!

Ein „Diagnosefehler“ liegt unzweifelhaft vor, wenn der Konflikt von vornherein nicht mediierbar war (z.B. die Eskalationsstufe zu hoch oder psychische Erkrankung eines oder beider Konfliktpartner)⁵.

Ein „Therapiefehler“ liegt vor, wenn der Mediator im Verfahren die „Regeln der Kunst“ außer acht gelassen hat. Was sind diese „Regeln der Kunst“ im Feld der mediatorischen Tätigkeit im engeren Sinne? Ein Fehler im Rechtssinne liegt vor, wenn der Mediator die nach dem „Stand der Wissenschaft und Erfahrung“ gebotene Sorgfalt vermissen lässt; eingerissene Nachlässigkeiten entlasten den Mediator nicht. Nun gibt es einen „Stand der Wissenschaft“ – anders als z.B. in der Medizin - nicht. Der gestalterische Rahmen des Mediators dürfte eher weiter ausgelegt akzeptabel sein. Dennoch gibt es Grenzen, die ich dort sehe, wo ein Scheitern der Mediation als wahrscheinlich angenommen werden kann/muss. Selbst wenn solche Verstöße im Einzelfall einen Erfolg der Konfliktbearbeitung nicht verhindert haben. Dazu folgende Beispiele:

- Entgleisung in die eigene Betroffenheit des Mediators, der sich dadurch automatisch auf eine Seite der Konfliktparteien begibt⁶
- Der Mediator ist von vornherein befangen: er mediiert zwischen seiner (heimlichen) Geliebten und deren Noch-Ehemann
- Der Mediator gibt in der Mediation ein parteiisches Urteil ab⁷.
- Der Mediator verschweigt seine feste Auftragsbeziehung zum Arbeitgeber, in dessen Unternehmen er einen Konflikt zwischen Führungskraft und Mitarbeiter mediiert.

Schließlich gibt es „Todsünden“. Ich zähle hierzu in erster Linie die Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Diese besteht für den Mediator (BM) dadurch, dass er sich als anerkannter Mediator verpflichtet hat, verschwiegen zu sein. Häufig wird diese Verschwiegenheitspflicht auch noch vertraglich zwischen Mediator und Konfliktparteien vereinbart. Für einen Mediator, der gleichzeitig Rechtsanwalt ist, ergibt sich diese Verpflichtung schon aus dem Gesetz. Und verletzt der Rechtsanwalt diese Verpflichtung zur Verschwiegenheit, macht er sich strafbar⁸ und als Strafrahmen ist eine Freiheitsstrafe vorgesehen! Ich möchte damit zum Ausdruck bringen, dass diese Verletzung von Vertrauen zu recht spürbar sanktioniert wird. Entsprechendes fehlt in vergleichbaren Fällen, in denen das Berufsrecht diese Verpflichtung zur Verschwiegenheit nicht festschreibt. Der betroffene Rechtsrahmen ist nach meinem Dafürhalten unbedingt vergleichbar zwischen der Tätigkeit eines Rechtsanwaltes und der des Mediators. Was also tun? Reicht die Selbstverpflichtung?

3. Ergebnis

Die Nennung der Beispiele verdeutlicht, dass fehlerhaftes Arbeiten des Mediators sehr deutlich zu erkennen (also bei Kenntnis aller Umstände offenkundig) ist; die Akrobatik der Rechtsprechung zur mangelhaften Arbeit eines Freiberuflers bedarf es sicherlich nicht. Natürlich nehme ich Anregungen zu diesem Aspekt auch gerne auf und bringe sie in eine weiterführende Diskussion ein. Hier soll jedoch nicht der Schwerpunkt meines Artikels liegen.

⁵ Bei Mediatoren wird es allerdings eher selten überhaupt zu einem Vertragsschluss kommen, weil Klärungen dieser Art (anders als beim Arzt) vor Auftragsannahme geklärt werden – muss aber nicht sein.

⁶ Beispiel: Ein Mediator erlebt als unerträglich, als er während der Mediation erfährt, dass eine Konfliktpartei sexuellen Missbrauch begangen hat. Er teilt diese emotionale Betroffenheit mit der anderen Konfliktpartei. Dennoch bricht er die Mediation nicht ab.

⁷ Ich danke Tilman Metzger für die anregende Diskussion zum Aspekt der „Therapiefehler“.

⁸ § 203 StGB

V. Was kann/sollte getan werden?

Wie kann der BM dazu beitragen, dass anerkannte Mediatoren (BM) möglichst wenig „Flurschaden“ durch mangelhafte Arbeit anrichten. Dieser Aspekt ist das eigentliche Anliegen meines Artikels. Wir dürfen nicht übersehen, dass die nationalen und internationalen Bestrebungen zur Kodifizierung von Qualitätsstandards und Ausbildung auch daher rühren, Bearbeitungsmängel gering zu halten. Widmet sich ein Gesetzgeber diesen Themen, folgt das Haftungs- und Sanktionssystem auf dem Fuße. Interessant ist, dass bislang noch keiner der in der Bundesrepublik aktiven Verbände in dieser Hinsicht aktiv geworden ist, auch nicht die durch Juristen dominierten!

1. Vorbeugung

Mit den Ausbildungsrichtlinien und den Standards zur Anerkennung als Mediator BM sind bereits erste wichtige Schritte getan. Damit ist ein Qualitätsstandard gesetzt, der zur Folge hat, dass sich jeder Mediator BM mit den Qualitätsstandards auseinandersetzen sollte. Wichtige Ergänzung ist da die inzwischen eingeführte Verpflichtung der Ausbilder, sich in Fachkonferenzen laufend fortzubilden und den fachlichen Austausch mit Kollegen führen zu müssen.

Bedarf es darüber hinaus weiterer Instrumente?

Betreiben wir wieder etwas Benchmarking, indem wir über den Tellerrand sehen und uns vor Augen führen, was die (haftungsbelasteten) Freiberufler so tun. Dort gibt es inzwischen durchgängig die Verpflichtung zur laufenden Fortbildung, die ggf. belegt werden können muss. Bei den Wirtschaftsprüfern gibt es neuerdings eine Prüfungspflicht der Wirtschaftsprüferpraxen⁹ im Sinne einer Zertifizierung, die 3 Jahre gilt und dann wiederholt werden muss. Wenn es das Zertifikat nicht gibt, ist die Zulassung als WP gefährdet.

In diesem Sinne kommt wohl nur in Betracht, die Fortbildungsverpflichtung, die für die Ausbilder BM bereits festgeschrieben ist, auch auf die Mediatoren auszuweiten. Insbesondere der fachliche Kontakt mit den Kollegen ist praktikabel und sollte vielleicht auch die (verpflichtende) Supervision einschließen!

Dann ist die Kontrollmacht der Kammern landläufig bekannt. Was sich hinter einem „Mediator BM“ verbirgt, werden die wenigsten „Kunden“ wissen. Vielleicht macht es da Sinn, dass jeder Mediator BM verpflichtet wird, den Medianden ein Informationsblatt zu übergeben, in dem der BM Aussagen zur Qualifikation des Mediators BM (im Allgemeinen, eingeschlossen den Hinweis auf die ethischen Grundsätze) macht und die Medianden über ihre „Kundenrechte“ informiert¹⁰. Ein solches Informationsblatt müsste der BM entwerfen und allen Mediatoren BM aufgeben, ihren Kunden diese Information auszuhändigen.

Wie wäre es darüber hinaus z.B. mit einer Selbstverpflichtung aller Mediatoren BM, jede gescheiterte Mediation supervidieren zu lassen, wobei dieser Supervision eine (anonymisierte) Falldokumentation zugrunde liegen muss? Evtl. sollten dann diese Fälle zentral ausgewertet werden, um Ansätze für eine weitergehende Qualitätssicherung bei Mediatoren BM aufdecken zu können.¹¹

⁹ Ist nur möglich, weil es eine prüfbare Dokumentation der prüferischen Arbeit gibt, die wir als Mediatoren nicht erstellen; insoweit ist dieser Ansatz nicht übertragbar.

¹⁰ In diesem Informationsblatt könnte auch die später angeregte Beschwerdestelle des BM erwähnt sein mit entsprechenden Hinweisen, wie diese Beschwerdestelle zu erreichen ist.

¹¹ Auch müssten die Konfliktparteien auf diese Nachbearbeitung hingewiesen werden; deren Einverständnis ist notwendig. Das müsste mit einem Aufklärungsbrief des BM einheitlich geschehen.

2. Sanktionssystem/Beschwerdestelle?

Weiterhin macht es Sinn, sich über die Konsequenzen Gedanken zu machen, die solch gravierende Verstöße wie unter IV 2) aufgeführt, nach sich ziehen sollen. Ich bin der Auffassung, dass das hohe Maß an Selbstverpflichtung, das wir als Mediatoren BM eingegangen sind, zwar wichtig ist, ein Fehlverhalten aber nicht ohne Folgen bleiben darf. Zwar ist der „schlechte“ Mediator häufig schon durch das Ausbleiben von Kunden gestraft; das reicht m.E. aber nicht aus¹².

In jedem Fall sollte der Kunde die Möglichkeit haben, sich beim BM beschweren zu können. Der BM müsste also eine solche Beschwerdestelle einrichten und besetzen. Wird diese Instanz vom Markt angenommen, bedarf es sicherlich nicht mehr einer Selbstverpflichtung, wie ich sie unter Ziff. 1 in die Diskussion eingebracht habe.

Was soll passieren, wenn ein Mediator BM Fehler gemacht hat? Eine Beschwerdestelle macht (für den Kunden) nur Sinn, wenn seine Beschwerde Konsequenzen hat. Nun können wir sicherlich nicht unsere mediative Botschaft aufgeben, wenn es um Beschwerden von Kunden geht; es kann also in Präferenz nicht darum gehen, ein Sanktionssystem zu schaffen, in dem Schuld und Bestrafung das Maß der Handelns bilden. Ist es nicht auch eine große Chance, die Glaubwürdigkeit der mediativen Grundhaltung zu stärken, indem der BM deutlich macht, dass die Gemeinschaft der Mediatoren BM auch den Konflikt zwischen Mediator BM und Kunden ernst nimmt und dem Kunden die Chance zur Konfliktbearbeitung gewährleistet?

Dennoch bin ich der Meinung, dass bei besonders gravierenden Verstößen des Mediators BM gegen seine Pflichten auch der Verlust seiner Anerkennung als Mediator BM bis hin zum Ausschluss aus dem (BM) möglich sein muss (z.B. beim unstrittigen Verstoß gegen die Verpflichtung der Verschwiegenheit, ohne dazu gerichtlich gezwungen gewesen zu sein). Dieses halte ich für notwendig, auch wenn mir solche Sanktionen als Mittel der Qualitätssicherung ungeeignet erscheinen.

VI. Ergebnis

Der BM hat in den letzten Jahren viel getan, um Qualifikation und Qualität von Ausbildung und Mediatoren zu erhöhen bzw. zu definieren. Mit diesen Standards ist eine Grundlage vorhanden, auf der sich nun die Frage anschließen muss, was passiert, wenn nicht nach diesen Regeln gearbeitet wird. Hier fehlt m.E. der Schlussstein in dem System von Qualifikation und Qualitätssicherung.

Die Frage, wo die Grenzen fehlerfreier Arbeit eines Mediators liegen, ist im Einzelfall schwer zu definieren und kann fürs Erste auf die offenkundigen Sachverhalte beschränkt bleiben. Für den Einstieg in ein „Sanktionssystem“ reichen Beschwerdestelle und eine mögliche Aberkennung des Mediator BM mit Ausschluss aus dem Verband m.E. zunächst aus.

Sicherlich wird hierzu in der kommenden Mitgliederversammlung im September noch kein Beschluss gefasst werden können; sicherlich wird es aber möglich sein, hierfür eine Kommission einzusetzen, die für die übernächste Mitgliederversammlung eine entsprechende Beschlussvorlage erarbeitet.

¹² So weiß ich aus dem Arbeitskreis der Juristen im Deutschen Franchiseverband, dass die dort tätigen Juristen von Mediation wenig halten, weil in ganz früher Zeit gravierende Fehler in Mediationen vorgekommen sein müssen. Obwohl Franchisegeber die Gerichte fürchten müssen wie der Teufel das Weihwasser, war Mediation für lange Zeit kein Thema mehr – mit Folgen für die Mediation als solche und nicht etwa nur für den schlecht arbeitenden Mediator!

Im Vorfeld einer möglichen Kommissionsbildung rege ich hiermit die Diskussion zu diesem Thema an. Ich sammle gern alle Stimmen zu diesem „Statement“ und trage das Meinungsbild in Frankfurt/Oder in die Mitgliederversammlung.

Dr. Detlev Berning, Hannover¹³

¹³ Ich danke Ariane Brena für ihre Kritik, die mir sowohl redaktionell als auch inhaltlich geholfen hat!