

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 265

**Der Vertraulichkeitsschutz von  
Mediationsinhalten**

Von

**Amelie Schroth der Zweite**



**Duncker & Humblot · Berlin**

AMELIE SCHROTH DER ZWEITE

Der Vertraulichkeitsschutz von Mediationsinhalten

Schriften zum Prozessrecht

Band 265

# Der Vertraulichkeitsschutz von Mediationsinhalten

Von

Amelie Schroth der Zweite



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Universität Potsdam hat diese Arbeit im Jahr 2019  
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: TextFormA(r), Daniela Weiland, Göttingen  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0219  
ISBN 978-3-428-18003-5 (Print)  
ISBN 978-3-428-58003-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Sven*



## Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Sie ist für die Drucklegung geringfügig überarbeitet und aktualisiert worden.

An erster Stelle danke ich meiner geschätzten Doktormutter Frau Prof. Dr. Dorothea Assmann für ihre klaren, konstruktiven Anmerkungen und ihre zuverlässige Betreuung während der Promotionszeit. Ausdrücklich bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Hartmut Bauer für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Prof. Dr. Georg Steinberg für sein freundliches Mitwirken in der Prüfungskommission. Ein spezieller Dank gilt dem Koordinationsbüro für Chancengleichheit der Universität Potsdam, für das vergebene Abschluss-Stipendium.

Besonders bereichert wurde die Arbeit durch das inspirierende Gespräch mit Frau Dr. Gisela und Herrn Dr. Hans-Georg Mähler. Ihnen gilt mein großer Dank. Von Herzen bedanke ich mich auch bei meiner Schwiegermutter, Frau Dr. Uta Lauenstein, für die zügige, kritische und konstruktive Durchsicht des Manuskripts. Besonders herzlich bedanke ich mich bei meinem Mann, Herrn Dr. Sven Großmann, der mein Manuskript ebenfalls mit viel Sorgfalt, Interesse und vor allem Scharfsinn (mehrfach) gelesen und wertvolle Hinweise und entscheidende Anregungen eingebracht hat. Der klare Kompass und das große Herz des Mannes an meiner Seite – dem diese Arbeit gewidmet ist – haben mir eine Promotionszeit voller Leichtigkeit und Vertrauen ermöglicht. Schließlich danke ich meiner wunderbaren Familie – meinen Eltern Frau Dr. Christine und Herrn Dr. Sebastian Schroth der Zweite, die mich auf meinem langen Bildungsweg vorbehaltlos und unentwegt unterstützt haben, und meiner Schwester Frau Karoline Schroth der Zweite – sowie den besten Berlinern dafür, dass sie mir immer ein sicherer Rückhalt sind. Dank Euch allen werde ich die Promotionszeit in besonders schöner Erinnerung behalten!

München, im Mai 2020

*Amelie Schroth der Zweite*





# Inhaltsübersicht

## *Erster Teil*

<b>Einführung in Gegenstand und Gang der Untersuchung</b>	21
---	----

## *Zweiter Teil*

<b>Untersuchung des Vertraulichkeitsschutzes</b>	26
--	----

### Kapitel 1

<b>Vertraulichkeitsschutz im Mediationskontext</b>	26
--	----

A. Vertraulichkeitsbegriff	26
B. Bedeutung von Vertraulichkeitsschutz für die Mediationspraxis	29
C. Zwischenergebnis zu Kapitel 1	34

### Kapitel 2

<b>Vertraulichkeitsschutz de lege lata</b>	35
--	----

A. § 4 MediationsG und das gesetzgeberische Verständnis von Vertraulichkeitsschutz im Mediationskontext	35
B. Folgen von Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht aus § 4 MediationsG	101
C. Zwischenergebnis zu Kapitel 2	109

### Kapitel 3

<b>Vertraulichkeitsschutz de facto</b>	109
--	-----

A. Extern-außerprozessuale Vertraulichkeit	111
B. Extern-prozessuale Vertraulichkeit	113
C. Zwischenergebnis zu Kapitel 3	118
D. Ergebnis zum Istzustand des Vertraulichkeitsschutzes	118

## Kapitel 4

<b>Erforderlichkeit einer Vertraulichkeitsschutzerweiterung</b>	119
A. Ausgangsfrage	120
B. Blickwinkel der Mediation als Institution	126
C. Blickwinkel des Mediators	128
D. Blickwinkel der Medianden	140
E. Blickwinkel beteiligter Dritter	143
F. Zwischenergebnis zu Kapitel 4	146

## Kapitel 5

<b>Vertraulichkeitsschutz de lege ferenda</b>	148
A. Vorgehensweise: Prüfen und Einordnen	148
B. Extern-außerprozessuale Vertraulichkeit	159
C. Extern-prozessuale Vertraulichkeit	169

*Dritter Teil*

<b>Gesamtergebnis</b>	192
<b>Literaturverzeichnis</b>	195
A. Aufsätze, Monographien, Lehr- und Praxishandbücher	195
B. Kommentare	206
C. Online-Ressourcen	208
<b>Sachverzeichnis</b>	213

# Inhaltsverzeichnis

## *Erster Teil*

<b>Einführung in Gegenstand und Gang der Untersuchung</b>	21
---	----

## *Zweiter Teil*

<b>Untersuchung des Vertraulichkeitsschutzes</b>	26
--	----

### Kapitel 1

<b>Vertraulichkeitsschutz im Mediationskontext</b>	26
--	----

A. Vertraulichkeitsbegriff	26
I. Überblick zu Ursprung und Entwicklung des Begriffs im Allgemeinen	26
II. Horizontale Vertraulichkeitsbereiche im Mediationskontext	27
1. Interne Vertraulichkeit	27
2. Extern-außerprozessuale Vertraulichkeit	28
3. Extern-prozessuale Vertraulichkeit	28
III. Vertikale Schutzebenen im Mediationskontext	29
B. Bedeutung von Vertraulichkeitsschutz für die Mediationspraxis	29
I. Bedeutung für die Mediation als Institution	29
II. Bedeutung für den Mediator	31
III. Bedeutung für die Medianden	31
IV. Bedeutung für beteiligte Dritte	33
C. Zwischenergebnis zu Kapitel 1	34

### Kapitel 2

<b>Vertraulichkeitsschutz de lege lata</b>	35
--	----

A. § 4 MediationsG und das gesetzgeberische Verständnis von Vertraulichkeitsschutz im Mediationskontext	35
I. Rechtslage vor Inkrafttreten des MediationsG	35
1. Recht der Europäischen Union	35
2. Bundesrecht	36
II. Anwendungsbereich des MediationsG	37

1. Gesetzentwurf der Bundesregierung	38
2. Stellungnahme des Bundesrates	39
3. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses	40
4. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses	41
5. Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens	43
6. Diskussionsstand und Zwischenergebnis	44
III. Materiell rechtlicher Regelungsinhalt von § 4 MediationsG	47
1. § 4 S. 1 MediationsG (Regelungsadressaten)	47
a) Mediator	48
aa) Kritik an Legaldefinition des Mediators	48
bb) Abhilfe durch Definition von Mediation	48
cc) Definition des Mediators	50
dd) Rollenverständnis des Mediators	50
(1) Grundannahmen	51
(2) Verschiedenheit	52
ee) Quasi-Berufsrecht des Mediators	54
ff) Begriffliche Verortung des Anwaltsmediators	56
gg) § 4 MediationsG als lex specialis	62
b) Hilfspersonen	62
aa) Restriktive Auslegung des Personenkreises	62
bb) Der vom Mediator beauftragte Rechtsanwalt	63
c) Anwaltliche Verschwiegenheitspflicht	64
2. § 4 S. 2 MediationsG (inhaltliche Reichweite)	66
3. § 4 S. 3 MediationsG (Ausnahmen)	67
a) § 4 S. 3 Nr. 1 MediationsG (Umsetzung und Durchsetzung)	67
aa) Anwendungsfälle von Nr. 1	68
bb) Voraussetzungen von Nr. 1	68
(1) Vollstreckung einer Mediationsvereinbarung	68
(2) Offenlegung durch den Mediator gegenüber Dritten	69
(3) Erforderlichkeit	69
cc) Erweiternde Auslegung von Nr. 1	70
dd) Stellungnahme und Ergebnis	70
b) § 4 S. 3 Nr. 2 MediationsG (vorrangige Gründe)	71
c) § 4 S. 3 Nr. 3 MediationsG (keine Geheimhaltungsbedürftigkeit)	72
aa) Offenkundiges	72
bb) Bedeutungsloses	73
cc) Fehlende Geheimhaltungsbedürftigkeit anonymisierter Tatsachen	74
dd) Ergebnis	74

4. § 4 S. 4 MediationsG .....	74
5. Zwischenergebnis .....	75
IV. Disponibilität von § 4 MediationsG .....	76
V. § 4 MediationsG im Spannungsverhältnis mit Informationsinteressen .....	77
1. Schutz vorrangiger Interessen des Mediators .....	77
a) Ausnahmsweise Offenlegung .....	77
b) Grenze der Verschwiegenheitspflicht .....	78
2. Informationspflichten gegenüber Dritten .....	79
VI. § 4 MediationsG im verfahrensrechtlichen Kontext .....	80
1. Zeugnispflicht .....	80
2. Zeugnisverweigerungsrechte als Ausnahmeregelung .....	81
3. Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators aus § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO (berufliche Funktion) .....	82
a) Geltungsbereich von § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO .....	82
aa) Kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes .....	83
bb) § 383 Abs. 1 Nr. 6 Fall 2 ZPO .....	84
cc) § 383 Abs. 1 Nr. 6 Fall 1 ZPO .....	84
dd) Sonderproblem: Zeugnisverweigerungsrecht des ehrenamtlichen Mediators .....	85
(1) Ablehnung .....	85
(2) Befürwortung .....	85
(3) Stellungnahme und Ergebnis .....	86
b) Persönlicher Schutzbereich des § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO .....	87
c) Rücksichtnahmepflicht des Gerichts aus § 383 Abs. 3 ZPO .....	88
d) Zusammenfassendes Ergebnis .....	88
4. Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts .....	88
5. Rückausnahme vom Zeugnisverweigerungsrecht .....	89
a) Problematik: Nichtentbindung des Zeugen .....	89
b) Behandlung der Problematik .....	90
aa) In der Rechtsprechung .....	90
(1) Vorwurf der Beweisvereitelung .....	90
(2) Folgen einer Beweisvereitelung .....	92
bb) In der Literatur .....	93
(1) Regelmäßig kein Vorwurf der Beweisvereitelung .....	93
(2) Vorwurf der Beweisvereitelung wegen Nichtentbindung des Zeugen abhängig von der Person des Verweigernden .....	94
(3) Kritik an der Entbindungsmöglichkeit gem. § 385 Abs. 2 ZPO ..	94
cc) Stellungnahme .....	95
(1) Zum Vorwurf der Beweisvereitelung .....	95

(2) Zu den Folgen einer Beweisvereitelung	98
(3) Zur Kritik an der Entbindungsmöglichkeit gem. § 385 Abs. 2 ZPO	99
(4) Zusammenfassung	99
c) Einschätzung zur Tragweite der Thematik	99
6. Ergebnis zu § 4 MediationsG im verfahrensrechtlichen Kontext	100
VII. Zusammenfassendes Ergebnis zum Vertraulichkeitsschutz von § 4 MediationsG	100
B. Folgen von Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht aus § 4 MediationsG	101
I. Haftung des Mediators	102
II. Haftung der Hilfspersonen	105
III. Weitere Haftung aus Berufsrecht des Grundberufs	105
IV. Überblick zur Haftung des Rechtsanwalts	106
V. Zusammenfassendes Ergebnis	109
C. Zwischenergebnis zu Kapitel 2	109

### Kapitel 3

<b>Vertraulichkeitsschutz de facto</b>	109
A. Extern-außerprozessuale Vertraulichkeit	111
I. Personelle Ebene	111
II. Inhaltliche und gegenständliche Ebene	112
B. Extern-prozessuale Vertraulichkeit	113
I. Prozessvertrag	113
1. Zulässigkeitsgrenze und Rechtsfolgenwirkung privatrechtlicher Gestaltungsfreiheit	114
2. Reichweite von Individualvereinbarungen im Licht prozessualer Mitwirkungspflichten der Parteien	116
II. Inhaltliche, gegenständliche und personelle Ebene	117
C. Zwischenergebnis zu Kapitel 3	118
D. Ergebnis zum Istzustand des Vertraulichkeitsschutzes	118

### Kapitel 4

<b>Erforderlichkeit einer Vertraulichkeitsschutzerweiterung</b>	119
A. Ausgangsfrage	120
I. Sollzustand	121
1. Grenzen der Gestaltungsfreiheit	121
2. Bedürfnisorientierter Umfang	122
3. Ergebnis	124

II.	Erforderlichkeit der Schutzweiterung	125
B.	Blickwinkel der Mediation als Institution	126
I.	Schutz der Integrität des Verfahrens	126
II.	Schutz einer verfahrenssystematischen Grundlage	127
III.	Verhinderung der Zweckentfremdung	128
IV.	Ergebnis	128
C.	Blickwinkel des Mediators	128
I.	Schutz des Mediators vor Aussagezwang	128
1.	Schutz des Mediators vor Aussagezwang de lege lata	129
a)	Zeugnisverweigerungsrecht aus § 384 ZPO (persönliche Beziehung)	129
aa)	§ 384 Nr. 2 Alt. 1 ZPO	130
bb)	§ 384 Nr. 2 Alt. 2 ZPO	131
cc)	§ 384 Nr. 3 ZPO	131
b)	Zeugnisverweigerungsrecht aus Art. 12 GG (Berufsfreiheit)	132
aa)	Schutzbereichseröffnung	133
bb)	Unzulässiger Eingriff	133
cc)	Ergebnis	136
c)	Ergebnis	136
2.	Gesamtgesellschaftliche Bedeutung des Schutzes	137
3.	Bedeutung des Schutzes aus ethischen Gründen	138
4.	Ergebnis	139
II.	Arbeitserleichterung	139
III.	Ergebnis	140
D.	Blickwinkel der Medianten	140
I.	Justiziable Verschwiegenheitsverpflichtung der Medianten	140
II.	Behebung des Informationsdefizits der Medianten	141
III.	Schutz vor Informationsmissbrauch	142
IV.	Mittelbarer Schutz vor Vorwurf der Beweisvereitelung	143
V.	Ergebnis	143
E.	Blickwinkel beteiligter Dritter	143
I.	Arbeitserleichterung und vorteilhafte Auswirkung in Haftungsfragen	144
II.	Beteiligung an Gerichtsverfahren	144
III.	Ergebnis	146
F.	Zwischenergebnis zu Kapitel 4	146



## Kapitel 5

**Vertraulichkeitsschutz de lege ferenda**

	148
A. Vorgehensweise: Prüfen und Einordnen	148
I. Heteronomer versus autonomen Regelungscharakter	150
1. Diskussionsstand vor und nach Inkrafttreten des MediationsG	150
2. Diskussionsstand nach Evaluationsbericht	152
3. Zusammenfassung und Stellungnahme	154
II. Personenbezogener versus gegenstandsbezogenen Ansatz	155
1. Abwägung	157
2. Ergebnis	158
III. Ergebnis	159
B. Extern-außerprozessuale Vertraulichkeit	159
I. Heteronome Regelungsmöglichkeiten	160
1. Erweiterung des Adressatenkreises von § 4 MediationsG	160
2. Normierung einer Mustervereinbarung als Anhang zum MediationsG	161
3. Normierung von Hinweis oder Empfehlung zum Vertraulichkeitsschutz-	
umfang	162
4. Ausweitung der Informationspflicht aus § 4 S. 4 MediationsG	163
II. Autonome Regelungsmöglichkeiten	163
1. Staatliche Anerkennung ausgewählter privater Repräsentanten	164
2. Individualvereinbarung (mit Bezugnahme-Klausel)	165
3. Erarbeitung einer Mustervereinbarung	166
III. Ergebnis	168
C. Extern-prozessuale Vertraulichkeit	169
I. Heteronome Regelungsmöglichkeiten	170
1. Verfahrensrecht	170
a) Einschränkung des prozessualen Verhandlungsinhalts	170
aa) Aktuelle Rechtslage	170
bb) Normierung eines Katalogs zulässiger Beweise	173
cc) Normierung einer prozessualen Einrede	174
dd) Praxistauglichkeit einer Einschränkung des prozessualen Verhandlungs-	
inhalts	176
b) Normierung eines Vernehmungsverbots	177
c) Erweiterung der ZPO um ein Buch zum Mediationsverfahren	178
2. Materielles Recht	179
a) Normierung eines Verschwiegenheitsrechts des Mediators	179
aa) Referenzpunkt: Rechtslage in Österreich	180
bb) Referenzpunkt: Rechtsanwaltschaft	181

cc) Ergebnis .....	182
b) Normierung einer materiell rechtlichen Einrede .....	183
c) Erweiterung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht .....	184
II. Autonome Regelungsmöglichkeiten .....	185
1. Individualvereinbarung mit Prozessvertrag (und Bezugnahme-Klausel) ....	185
2. Erarbeitung einer Mustervereinbarung mit Prozessvertrag .....	186
III. Ergebnis .....	189

*Dritter Teil*

<b>Gesamtergebnis</b> .....	192
-----------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	195
A. Aufsätze, Monographien, Lehr- und Praxishandbücher .....	195
B. Kommentare .....	206
C. Online-Ressourcen .....	208
<b>Sachverzeichnis</b> .....	213

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. F.	alte Fassung
a. M.	am Main
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
AnwBl	Anwaltsblatt
AnwG	Anwaltsgericht
Art.	Artikel
ASOG Bln	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz des Landes Berlin
Az.	Aktenzeichen
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRA-HdB	Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BeurkG	Beurkundungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BRAK-Mitt.	Bundesrechtsanwaltskammer Mitteilungen. Zeitschrift für anwaltliches Berufsrecht
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Drucksache des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCBE	Commission de Conseil des barreaux européens
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht
Einf.	Einführung

Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende Seite(n)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FörderungsG	Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR-Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	herrschende Meinung
HB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinn
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinn
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinn
IDR	Journal of International Dispute Resolution
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
lat.	lateinisch
lit.	littera (Buchstabe)
LG	Landgericht
m. Anm.	mit Anmerkungen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Max Planck Private Law RPS	Max Planck Institute for Comparative & International Private Law Research Paper Series
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mediations-RL	Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen

MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MüKo-	Münchener Kommentar zum
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
S.	Satz/Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SDM	Spektrum der Mediation
SK-	Systematischer Kommentar zum
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	unter anderem
u. s. w.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
Urt.	Urteil
USA	Vereinte Staaten von Amerika
v.	vom/von/vor
v. a.	vor allem
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VSBG	Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen
VuR	Verbraucher und Recht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WpPG	Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist
z. B.	zum Beispiel
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Erster Teil

# Einführung in Gegenstand und Gang der Untersuchung

Der Stellenwert der Mediation als *ADR*-Verfahren<sup>1</sup> steigt stetig an. Zum aktuellen Stand von Verbreitung und Akzeptanz der Mediation erklärten die Autoren des von der Bundesregierung beauftragten Evaluationsberichts, der im Juli 2017 veröffentlicht wurde<sup>2</sup>, als Ergebnis der von ihnen durchgeführten, handwerklich massiv kritisierten<sup>3</sup>, rechtstatsächlichen Studie, die Mediation sei zu einer festen Größe in der „Streitbeilegungslandschaft“ geworden, habe ihr Potenzial aber noch nicht voll entfaltet<sup>4</sup>. Das Leistungsvermögen von Mediation erkannte das BVerfG bereits vor über einem Jahrzehnt an: „Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.“<sup>5</sup>

Die Bundesregierung zeichnet verantwortlich für eine Umsetzung der Ergebnisse des Berichts und spricht sich, vor dem Hintergrund der Vorteile frühzeitiger einvernehmlicher Streitbeilegung, für eine Förderung von *ADR*-Verfahren aus.<sup>6</sup> Dem zustimmend erklärte Ewig, als Pionier der Mediation in Deutschland befragt zur

---

<sup>1</sup> Technischer Begriff zum englischen Akronym *ADR* für *Alternative Dispute Resolution*; zur Entwicklung von *ADR*-Verfahren *Ade/Alexander*, *Mediation und Recht*, Rn. 1–5.

<sup>2</sup> Gemäß ihrer Verpflichtung aus § 8 MediationsG zur Berichterstattung gegenüber dem Bundestag bis zum 26.07.2017 hat die Bundesregierung das Deutsche Forschungsinstitut für die öffentliche Verwaltung in Speyer mit einer rechtstatsächlichen Studie beauftragt.

<sup>3</sup> Statt vieler: BM e. V. 2017 zum Evaluationsbericht S. 1 ff.; Round Table 2017 zum Evaluationsbericht S. 2; BAFM 2017 zum Evaluationsbericht S. 1 f.; Stiftung Mediation 2017 zum Evaluationsbericht S. 2 f.; *Kaiser*, ZKM 2018, 25 (26 f.); *Gläßer*, ZKM 2018, 4.

<sup>4</sup> *Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow*, in: Evaluationsbericht der Bundesregierung, S. 3. Dennoch finanzieren die deutschen Rechtsschutzversicherer (eigenen Angaben zufolge, vgl. GDV e. V. 2017 zum Evaluationsbericht S. 4.) inzwischen knapp 100000 Mediationsverfahren jährlich.

<sup>5</sup> BVerfG NJW-RR 2007, 1073 (1074); die grundlegende Kritik der a. A. (vgl. für eine aktuelle Darstellung *Isermann*, VuR 2018, 283 (284) m. w. N.), geäußert beispielsweise wie folgt: „In einer Kultur des Vergleichens bleibt die Rechtsfortbildung durch Urteile auf der Strecke.“ vgl. *Risse/Bach*, SchiedsVZ 2011, 14 (15), überzeugt in dieser Pauschalität nicht. Gleichwohl kann die Kritik im Kern durchaus berechtigt sein, vgl. zur Parallelthematik im Kontext von Schiedsverfahren: Für eine Abhilfe durch Etablierung einer dem Diskretionsinteresse durch Anonymisierung Rechnung tragende Veröffentlichungspraxis *Eslami*, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, S. 419; für eine systematische Veröffentlichung von Schiedssprüchen im Interesse von Normbildung, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit *Wimalasena*, Die Veröffentlichung von Schiedssprüchen als Beitrag zur Normbildung, S. 326–333.

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/4099, S. 2.

Entwicklung der Mediation in den letzten 20 Jahren<sup>7</sup>, dass die Mediation als Institution „unverzichtbar und symbolisch für gelebte Demokratie“<sup>8</sup> sei. Glasl prophezeit ein wachsendes Bewusstsein, mit Mediation Konflikte besser lösen zu können, da die „menschlichen Kosten gewaltsam oder autoritativ gelöster Konflikte“ zu groß seien.<sup>9</sup> Auch Mählers blicken optimistisch in die Zukunft der Institution: „Mediation hilft, die zunehmende Komplexität unseres Zusammenlebens zu bewältigen. Gepaart mit Menschlichkeit: wer will sie aufhalten?“<sup>10</sup>

Die Zielvorgabe der Mediation ist es, durch Verständigung zu einer autonomen Übereinkunft der Medianden zu gelangen.<sup>11</sup> Ein fundamentaler Unterschied zwischen einem Mediationsverfahren und einem Schieds- bzw. Gerichtsverfahren besteht folglich darin, dass die Beteiligten ihre Aufmerksamkeit aufeinander richten und nicht auf einen Dritten.<sup>12</sup> Anders als ein Richter trifft der Mediator keine inhaltliche Entscheidung. Dadurch, dass es in einem Mediationsverfahren nicht darum geht, eine übergeordnete Instanz von der Wahrheit der vorgetragenen, jeweils günstigen Tatsachen zu überzeugen, lässt sich die Konfliktdynamik im Vergleich zu gerichtlichen Verfahren begrenzen.<sup>13</sup> Die Begrenzung der Dynamik des Konflikts dient dem gegenseitigen Verständnis: Indem die Beteiligten ihre Kräfte ausschließlich für eine Verständigung untereinander einsetzen können, werden keine Ressourcen durch die Bemühungen, eine externe Person (hier den Mediator) zu überzeugen, verbraucht. Während sich die Dynamik des Konflikts im Mediationsverfahren ohne externe Entscheidungsinstanz im Vergleich zum Gerichtsverfahren verringern lässt, ist der Umfang an vorgebrachten Tatsachen im Mediationsverfahren größer, da nicht nur jeweils günstige, sondern auch ungünstige Tatsachen vorgebracht werden. Die größere Neigung der Medianden zur Preisgabe von Informationen wird darauf zurückgeführt, dass die Mediation nicht auf Konkurrenz, sondern auf Kooperation angelegt ist.<sup>14</sup> In vielen Fällen erlangen die Medianden somit durch eine Mediation Informationen oder machen Zugeständnisse, die sie im Fall eines Gerichtsverfahrens nicht erlangt oder gemacht hätten.<sup>15</sup> Entsprechende Zugeständnisse sind als Ausgangs- oder Endpunkt der Bearbeitung eines Themas erwünschter Motor der Mediation. Gleichwohl wohnt einem Zugeständnis auch die Gefahr inne, dass es bei Ausbleiben der Klärung der Thematik in deren Kontext es gemacht wurde, außerhalb der Mediation zum Nachteil des Zugestehenden verwendet wird. Hieraus erwächst die Erforderlichkeit, die Vertraulichkeit von

<sup>7</sup> 20 Jahre ZKM, ZKM 2017, 188.

<sup>8</sup> 20 Jahre ZKM, ZKM 2017, 188 (189).

<sup>9</sup> 20 Jahre ZKM, ZKM 2017, 188 (189).

<sup>10</sup> 20 Jahre ZKM, ZKM 2017, 188 (190).

<sup>11</sup> *Breidenbach/Peres*, SchiedsVZ 2010, 125; *Falke*, AnwBl 2004, 16.

<sup>12</sup> Zum Vergleich der Mediation mit dem Zivilprozess eingehend *Wendland*, Mediation und Zivilprozess; *Falke*, AnwBl 2004, 16.

<sup>13</sup> So auch: *Weigel*, NJOZ 2015, 41.

<sup>14</sup> *Hofmann*, SchiedsVZ 2011, 148.

<sup>15</sup> *Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow*, in: Evaluationsbericht der Bundesregierung, S. 34; *Wagner*, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 7, Rn. 1 ff.

Inhalten, die in oder anlässlich einer Mediation preisgegeben wurden, zu wahren. Ein schützenswertes Bedürfnis nach vertraulichem Umgang mit Informationen ist gleichwohl kein Alleinstellungsmerkmal von Mediationsverfahren. Vielmehr lässt sich solch ein Bedürfnis in vielen Konstellationen feststellen, in denen Personen mit gleich gerichteten oder gegenläufigen Interessen miteinander in Kontakt treten, beispielsweise im Rahmen einer Gerichtsverhandlung oder auch im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen.<sup>16</sup> Eine Mediation kann jedoch nur gelingen, soweit sich die Medianden mit vertraulichen Inhalten offen gegenüber treten, woraus sich die herausragende Bedeutung des Vertraulichkeitsschutzes im Mediationskontext ergibt. Hierbei kommen verschiedene Kategorien von Tatsachen, deren Vertraulichkeit es zu schützen gilt, in Betracht. Beispielsweise Geschäftsgeheimnisse (bzgl. Geschäftsidee, Produktionsablauf, Bilanzierung o. Ä.) oder (Zwischen-)Ergebnisse einer Mediation, wie Angebote, Zugeständnisse, Vergleichsvorschläge oder Einigungsoptionen (bzgl. potenzieller Zahlungsbereitschaft eines Medianden o. Ä.). Da Informationen aus einem Mediationsverfahren in einem anderen Kontext verwendet werden können, z. B. in gerichtlichen Verfahren oder in einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung, stellt sich die Frage, welche Inhalte aus einem Mediationsfall konkret vertraulich zu behandeln sein sollten und wie mit den in der Mediation erstmals erlangten Informationen in einem evtl. nachgelagerten Zivilprozess zu verfahren sein sollte.<sup>17</sup> Häufig geht es auch um die Verwendung im Zusammenhang mit außergerichtlichen Absprachen mit Dritten sowie schlicht um die Fruchtbarmachung von im Rahmen einer Mediation erlangtem Wissen beispielsweise zu Geschäftsideen o. Ä.<sup>18</sup>

Zur Einleitung in die Thematik des Vertraulichkeitsschutzes muss festgehalten werden, dass sich das allgemeine Risiko des Bekanntwerdens von Informationen mit jeder Weitergabe an eine Person erhöht. Dieses allgemeine Risiko gilt es im Blick zu behalten, insbesondere im Zusammenhang mit Fragen zum idealen Schutzzumfang, wie beispielsweise, ob lückenloser Schutz vor (strategischer) Verwertung von Mediationsinhalten sinnvoll und möglich ist.

Der Vertraulichkeitsschutz von Mediationsinhalten variiert hinsichtlich seiner Ausgestaltung und auch mit Blick auf die ihm beigemessene Bedeutung in Abhängigkeit von dem Standpunkt des Betrachters<sup>19</sup>. Relevant für die nachfolgende Untersuchung sind der Blickwinkel der Mediation als Institution, der des Mediators sowie der der Medianden und schließlich die Perspektive beteiligter Dritter. Beispielsweise ist Klarheit hinsichtlich der Reichweite des Vertraulichkeitsschutzes

---

<sup>16</sup> Peters, JR 2009, 314 (315 f.).

<sup>17</sup> Steffek, ZKM 2017, 183 (185); vgl. zur Beantwortung im Einzelnen Zw. Teil. Kap. 4. A. I.

<sup>18</sup> So auch: Hartmann, in: Haft/Schlieffen, HB-Mediation, § 28 Rn. 2; zu anschaulichen Beispielfällen G. Mähler/H.-G. Mähler, ZKM 2001, 4 f.

<sup>19</sup> Bei allen Bezeichnungen, die auf Personen bezogen sind, meint die gewählte Formulierung beide Geschlechter, auch wenn aus Gründen der leichteren Lesbarkeit die männliche Form gewählt wurde.