

Die Einbindung mediativer Elemente in das polnische und das deutsche Gerichtsverfahren in Zivilsachen

I. Definition der Mediation. Ziel und Zweck des Mediationsverfahrens

1. Definition

Es ist nicht leicht die Mediation zu definieren und zu charakterisieren, da sie sich durch so viele Formen und Stile kennzeichnet, wie viele Mediatoren es gibt. Zudem wird die Mediation in verschiedenen Lebensbereichen angewendet, vor allem im Familien-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht¹.

Der Begriff „**Mediation**“ wurde vom lateinischen Adjektiv „**medius**“ abgeleitet. Das Wort bedeutet so viel wie zwischen zwei Ansichten oder Parteien die Mitte halten, einen Mittelweg einschlagen, sich neutral, unparteiisch verhalten².

Mediation bedeutet im wörtlichen Sinne „**Vermittlung**“³. Sie „ist ein spezielles Verhandlungsverfahren, bei dem ein neutraler Dritter ohne Entscheidungskompetenz die Parteien eines Rechtsstreites durch zielgerichtete Leitung des Verhandlungsprozesses dabei unterstützt, den Streit selbst gründlich beizulegen“⁴.

Die klassische US-amerikanische Definition von *Frank Sander* lautet: „Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party“⁵.

2. Die wichtigsten Unterschiede zwischen Mediation und gerichtlichen Verfahren. Ziel und Zweck des Mediationsverfahrens

2.1. Mediation als Konsensmodell im Unterschied zum richterlichen Entscheidungsmodell

Das wichtigste Merkmal des Mediationsverfahrens ist es, dass **die Parteien uneingeschränkt „Herren des Verfahrens“ sind**: Sie initiieren die Mediation, sie bestimmen

¹ F. Haft, *Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit*, München 2000, S. 245.

² U. Rüssel, *Schlichtungs-, Schieds- und andere Verfahren außergerichtlicher Streitbeilegung – Versuch einer begrifflichen Klarstellung*, JuS 2003, Heft 4, S. 383.

³ F. Haft, *op. cit.*, S. 244.

⁴ H. Kraft, *Mediation – die bessere Alternative zum streitigen Gerichtsverfahren?*, Hamburg 2001, S. 3.

⁵ F. Haft, *op. cit.*, S. 244.

den Ablauf des Verfahrens, sie müssen die Lösung des Konflikts selbständig – oder auch bei Unterstützung des Mediators – erarbeiten; sie können das Verfahren jederzeit und ohne Angabe von Gründen abbrechen⁶. Darin besteht der wichtigste Unterschied zwischen Mediation und gerichtlichem bzw. Schiedsverfahren.

Der Richter ist gehalten, auf eine gütliche Beilegung des Streites hinzuwirken – die richterliche Vergleichsförderung ist demnach mit der Möglichkeit einer bindenden Entscheidung untrennbar. **Der Mediator bietet hingegen keine von ihm ausgearbeitete Lösung an**⁷. Anders als Richter (bzw. Schiedsrichter) ist er nicht berechtigt, den Parteien die Entscheidung aufzuerlegen; **er ist lediglich Vermittler**⁸.

Anders als das Verfahren nach dem Gerichtsmodell ist die Mediation **zukunftsorientiert**. Das Richtermodell lebt von der Unterscheidung von Rechtstatsachen und Rechtsfolgen. Die Rechtstatsachen sind in der Regel in der Vergangenheit angesiedelt, weil nur so nach richtig oder falsch unterschieden werden kann. Die Mediation, die darauf abzielt, die beiderseitigen Interessen unter einem Dach zu vereinen, geht von der Gegenwart aus und blickt in die Zukunft, um diese so gut als möglich aufgrund der gegebenen Umstände zu meistern und zu sichern⁹. Sie bezweckt die Neubegründung und Neuformulierung der wechselseitigen Rechte und Pflichten für die Zukunft¹⁰.

2.2. Ziel und Zweck der Mediation. „Harvard-Konzept“

„Ziel der Mediation ist es, dass die Konfliktparteien im Verlauf des Verfahrens unter Einleitung des Mediators miteinander kommunizieren, selbständig und eigenverantwortlich mit ihrem Konflikt umgehen, **sich auf Interessen** (Ziele, Wünsche, Vorstellungen) **besinnen, statt auf Positionen zu beharren**, und nach dieser Grundlage **gemeinsam nach kreativen Lösungsmöglichkeiten zu forschen**, die beste auszuwählen und diese auszusetzen“¹¹.

Als theoretische Grundlage der Mediation lässt sich das an der Harvard Law School entwickelte sogenannte „**Harvard-Konzept**“ bezeichnen. Danach ist bei Konfliktlösungen maßgeblich auf die „**einheitlichen Interessen**“ der Parteien und die beste gemeinsame Lösung („**Win-Win-Solution**“¹²) abzustellen. Dieses Konzept geht davon aus, dass die „eigentlichen Interessen“ häufig von den öffentlich (beispielsweise in einem Zivilprozess) eingenommenen Positionen abweichen und daher von den Konfliktlösern zunächst freigelegt werden müssen. Im Einklang mit dem Harvard-Konzept zielt Mediation in erster Linie auf eine **interessengerechte Beilegung des Streites**. Ganz anders als im gerichtlichen

⁶ H. Kraft, *op. cit.*, S. 3.

⁷ *Ibidem*, S. 4.

⁸ F. Haft, *op. cit.*, S. 244.

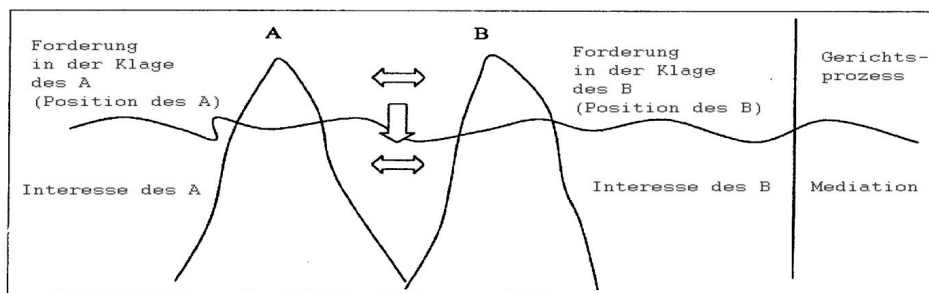
⁹ G. Mähler, H.-G. Mähler, [in:] S. Breidenbach, M. Hensler, *Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne richterliche Entscheidung*, Köln 1997, S. 23.

¹⁰ M. Hensler, [in:] S. Breidenbach, M. Hensler, *op. cit.*, S. 83.

¹¹ U. Rüssel, *op. cit.*, S. 383.

¹² Sog. Win-Win-Solution findet dann statt, wenn bei einer Streitbeilegung solche Lösungen gesucht werden, die den Interessen des einen jeweils möglichst gerecht werden, ohne den Interessen des anderen zu schaden – *et vice versa* – siehe F. Haft, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *Handbuch Mediation*, München 2002, S. 81.

Zivilprozess sind die „Sachgerechtigkeit“ des gefundenen Kompromisses und die Übereinstimmung mit der Rechtslage demgegenüber zweitrangig¹³. In der Mediation geht es nach dem individualisiertem Bedarf, um innengeleitete Willensbildung und gemeinsame Entscheidungsbildung¹⁴. Nicht die Frage nach richtig oder falsch, sondern nach möglich und unmöglich, nach Notwendigem und Wünschbarem ist zentral¹⁵. Das Mediationsverfahren ist (anders als das Gerichtsverfahren) **nicht „der Kampf um das Recht“, sondern „der Streit um den Konsens“**¹⁶. Diesen Unterschied zwischen Mediations- und Gerichtsverfahren veranschaulicht am besten das unten gezeigte sog. Schema der Stecknadelanalyse (*pin analysis*)¹⁷.



Als weiteres Ziel der Mediation gilt es, **die Parteien zu einer eigenen, d.h. von ihnen selbst entwickelten Konfliktbeilegung zu führen**. Der Ansatz des Harvard-Konzepts kann an einem stark vereinfachten, in der Literatur häufig zitierten Beispiel verdeutlicht werden: zwei Schwestern streiten sich um eine Apfelsine. Nach außen hin beansprucht jede der beiden die ganze Apfelsine für sich. Dies ist die Ebene der Positionen, die auch dem externen Betrachter der Situation sofort ins Auge fällt. Ist das Kräfteverhältnis zwischen den Schwestern einigermaßen ausgewogen oder verlangen sie von ihren Eltern eine Entscheidung, werden sie wohl letztendlich die Apfelsine in zwei Hälften aufteilen (müssen). Begibt man sich von der Ebene der Positionen auf die (innerpersonale) Ebene der Interessen, fragt man nach den wirklichen Beweggründen der beiden, zeigt sich ein ganz anderes Bild: der einen Schwester geht es gar nicht um das Fruchtfleisch, sie möchte nur die Schale zum Backen, während es der anderen gerade auf den Saft und nicht auf den Rest der Frucht ankam. Der Wechsel der Ebenen ermöglicht den Weg zu einer Lösung, die beide zufriedenstellt, ja mehr noch, zu einer Lösung, die die jeweiligen Interessen optimal bedient. Dieses Beispiel macht deutlich, worum es bei der Mediation eigentlich geht¹⁸.

¹³ H. Kraft, *op. cit.*, S. 6.

¹⁴ G. Mähler, H.-G. Mähler, [in:] S. Breidenbach, M. Henssler, *op. cit.*, S. 19.

¹⁵ M. Bobrowicz, Wygrywają wszyscy i powód, i pozwany, *Gazeta Prawna* vom 16.11.2005, *Mediacje*, S. III.

¹⁶ G. Mähler, H.-G. Mähler, [in:] S. Breidenbach, M. Henssler, *op. cit.*, S. 897.

¹⁷ M. Bobrowicz, Fakty i mity o mediacji, *R. Pr.* 2006, Nr. 1, S. 86.

¹⁸ H. Kraft, *op. cit.*, S. 7.

II. Die Vor- und Nachteile der Mediation. Mediation besser als gerichtliches Verfahren

1. Die Vorteile

1.1. Mediation und Urteil

Es lassen sich vier wichtigste Vorteile der Mediation gegenüber einem gerichtlichen Urteil nennen:

- 1) **Ziel und Zweck:** Wie schon gesagt wurde, steht in Mediation nicht der Streit über Recht, sondern der Streit über die Wünsche und Bedürfnisse der Beteiligten (also ihre Interessen) im Vordergrund.
- 2) **Modell des Verfahrens:** Während das richterliche Entscheidungsmodell prinzipiell nur ein Entweder-Oder bzw. jemand hat Recht oder Unrecht kennt, akzeptiert die Mediation die unterschiedlichen Sichtweisen der Konfliktbeteiligten, die nun einmal immer vorhanden sind. Diese unterschiedlichen Präferenzen sind es gerade, die oft zu Gewinnmöglichkeiten für beide Seiten führen können. „Wenn der Vegetarier einen Fleischbestand hat und der Fleischesser einen Gemüsebestand, dann haben beide Interesse an einem Verhandlungsergebnis“¹⁹.
- 3) **Der Blickwinkel:** Die Betrachtung des Sachverhalts richtet sich in der Mediation nicht wie bei der Streitentscheidung von der Gegenwart auf die Vergangenheit, sondern von der Gegenwart in die Zukunft.
- 4) **Bedeutung des Rechts:** Bei der gerichtlichen Entscheidung bildet das Recht den allgemeinen Referenzpunkt – es geht um *Rechtsanwendung*. Im Mediationsmodell stehen die Interessen im Vordergrund – es geht um *Rechtsverwendung* zur Realisierung dieser Interessen. Das dispositive Recht ist lediglich Angebot-, Vorrats- und Schatzkammer für die Regelungsbedürfnisse der Parteien. Sie können sich aus dieser Vorratskammer für ihre Verträge bedienen, wenn sie es wollen²⁰.

1.2. Mediation und Vergleich

Gegenüber dem Vergleich hat Mediation sieben spezifische Vorteile:

- 1) **Rollenkonflikt:** Der Richter kann und muss entscheiden, wenn es die Parteien so wollen. Er vereint also in seiner Rolle zwei Aufgaben: zu vergleichen und zu entscheiden. Der Mediator hat dagegen keine Entscheidungsbefugnis. Deshalb kennt er prinzipiell nicht den Rollenkonflikt zwischen Vermittler und Entscheider. Anders als der Richter kann er das Dilemma vermeiden, dass die Parteien aus Angst vor der späteren Entscheidungsbefugnis des Richters im Vergleichsgespräch mit Information zurückhalten. Das ermöglicht der Vertraulichkeitsgrundsatz.

¹⁹ W. Gottwald, Alternative Streitbeilegungsformen: Erprobungsspielräume für gerichtsverbundene Modellversuche, Anwaltsblatt 2000, Nr. 5, S. 268.

²⁰ *Ibidem*, S. 268.

- 2) **Motive:** Der Richter steht unter Erledigungsdruck, den die Mediatoren gar nicht kennen. Die Richter sind deswegen an Vergleichabschlüssen höchstinteressiert – es muss doch die Statistik stimmen. Man kann auch dadurch lange Urteile und unangenehme Berufungen oder Revisionen ersparen. Der Mediator dagegen vermittelt die Streitbeilegung, er will die Interessen der Parteien kennen und hilft ihnen die beste Lösung des Konflikts finden. Er arbeitet für die Parteien und nicht für die Statistiken. Die Motive der Handlung des Richters und des Mediators sind demnach sehr unterschiedlich, was auf die Gestaltung des ganzen Verfahrens bestimmt sehr großen Einfluss hat.
- 3) **Moderatorrolle:** Vergleichsverhandlungen vor dem Richter bleiben aufgrund der Orientierung auf Streitgegenstand in der Regel auf eine Beurteilung der Sach- und Rechtslage begrenzt, auch wenn ein im Vergleich geschickter Richter die Interessen der Partei so weit wie möglich wird erkennen lassen. Der Richter will und, sowohl nach der polnischen als auch nach der deutschen Rechtsordnung, auch darf sich nicht als bloßer Moderator verstehen, der die eigenen Verhandlungen der Parteien über die Sach- und Rechtslage sowie die Interessen nur leitet und strukturiert. Gerade in der bloßen Moderation besteht aber die Kraft der Mediation – der entscheidende Vorteil der Drittunterstützung.
- 4) **Zeit:** Die Mediatoren haben auch für ihre Vermittlungsbemühungen mehr Zeit. Der Richter steht immer unter Zeitdruck.
- 5) **Ausbildung:** Die Parteien können sich immer als Mediator jemanden suchen, der eine spezifische Sachkunde hat. Der Richter ist dagegen an der Sache zwingend eingesetzt. Er muss und kann auch nicht über alle Sachgebiete herrschen.
- 6) **Vertraulichkeitsgrundsatz:** Anders als gerichtliches Verfahren ist die Mediation vertraulich. Dieses Merkmal hat eine große Bedeutung vor allem im Wirtschafts- oder Familiensachen.
- 7) **Verhandlungskompetenz:** Viele Richter sind heutzutage leider noch nicht genug ausgebildet, das Vergleichsverfahren zu führen. Mediatoren haben nicht selten eine höhere Verhandlungs- und Vergleichskompetenz. Leider interessiert sich die Richterschaft bisher noch kaum für das beeindruckende systematische Wissen zur ADR, vor allem zur Verhandlungsführung und Mediation.

2. Die Nachteile

Neben den unzweifelhaften Vorteilen gibt es auch drei wichtige Nachteile der Mediation.

- 1) **Ungleichgewicht der Parteien:** Es besteht die Möglichkeit des ökonomischen oder intellektuellen Ungleichgewichts der Parteien, was zum Missbrauch durch den Kräftigeren führen kann. Dieses potentielle Problem kann aber gelöst werden durch:
 - die Einhaltung der Grundsätze des Mediationsverfahrens (vor allem des Neutralitätsgrundsatzes),
 - die Mechanismen der Selektion des Mediators,
 - seine professionelle Vorbereitung,
 - den ethischen Kodex des Mediators und
 - die aktive Rolle des Gerichts in der Kontrolle des Mediationsvergleiches.

- 2) **„Privatisierung der Rechtsprechung“:** Der Vorwurf der „Privatisierung der Rechtsprechung“ und der Erweiterung der Sphäre der privaten außergerichtlichen Streitschlichtung ist sehr oft aufzutreten. Dieser Einwand wird aber kritisiert²¹. Die Verbreiterung des Gebietes von Streitfällen und Konflikten, die versöhnlich durch ihre Parteien selbst oder mit Hilfe des neutralen Dritten (Experts, Mediators) gelöst werden, ist eine günstige Erscheinung. Sie zeugt von der wachsenden Notwendigkeit der Humanisierung der zwischenmenschlichen Beziehungen und der Änderung der Konfrontationskultur in die Kultur des Dialogs und der Verständigung. Das ist die Erscheinung der gesellschaftlichen Sozialisierung oder der Unverstaatlichung der Rechtsprechung²². Die beste Lösung dieses Gegensatzes wäre die Annahme der Konzeption der vereinheitlichten Rechtsprechung, in der sowohl die Staatsgerichte als auch die Privatsphäre der Streitschlichtung (Mediation, Schiedsgerichte und andere ADR-Formen) eingehalten würden²³.
- 3) **Kostenvermehrung:** Der Einwand der Kostenvermehrung bezieht sich auf die Tatsache, dass die Parteien sich doch nach der misslungenen Mediation sich an das Gericht oder Schiedsgericht wenden müssen. Dieser Vorwurf ist auch verfehlt. Die Möglichkeit der versöhnlichen Streitleistung auf dem Wege der Mediation während ein paar Treffen hat große sachbezogene und ökonomische Überlegenheit an Gerichts- bzw. Schiedsgerichtsprozess. Die Mediation muss aber immer freiwillig vorgenommen werden, dann führt sie (fast) immer zum Vergleichsschluss²⁴.

3. Mediation besser als gerichtliches Verfahren – Schlussbemerkung

Es wurde demnach gezeigt, dass die Mediation besser als Verfahren vor dem Gericht ist. Die Merkmale der Mediation sind im Vergleich zum Gerichtsverfahren jedenfalls vorteilhaft – wenn es um Ziele, Grundsätze und Folgen geht. Der wichtigste Vorteil der Mediation ist, dass sie nicht „der Kampf um das Recht“ sondern „der Streit um den Konsens“ ist. Dadurch garantiert sie grundsätzlich den hohen Niveau der Befriedigung der Parteien – die Verwirklichung ihrer Interesse und beiderseitigen Gewinn.

III. Grundlagen und Ursachen der gesetzlichen Regelungen der Mediation in Polen und in Deutschland

Der polnische Gesetzgeber hat die Mediation mit der Ergänzung vom 28.7.2005 (die am 1.1.2006 in Kraft getreten ist) in den KPC eingeführt. In Deutschland gibt es keine gesetzliche Regulation dieser Institution.

Ratio legis der polnischen Regulation war (nach der Begründung des Regierungsprojektes der Ergänzung des KPC) die Gewährleistung der leichten, nicht komplizierten

²¹ Trybunał Konstytucyjny, Urteil vom 13.3.1996 (K 11/95, OTK 1996, Nr. 2, Pos. 7).

²² R. Morek, ADR – w sprawach gospodarczych, Warszawa 2004, S. 40.

²³ E. Gmurzyńska, Mediacje – czy nowa metoda rozstrzygania sporów w systemie sądów powszechnych? Uwagi krytyczne na temat mediacji w systemie amerykańskim, Przegląd Prawniczy UW 2004, Nr. 2, S. 59.

²⁴ S. Pieckowski, Mediacja w sprawach cywilnych, Warszawa 2006, S. 16.

und effektiven Möglichkeiten der Befriedigung der zivilrechtlichen Ansprüche. Durchführung der Lösungen dieses Projektes sollte die Zivilgerichte entlasten und die Kosten der Streitschlichtung verringern²⁵.

Wie schon gesagt wurde, fehlt es in Deutschland dagegen eine umfassende, gesetzliche Regelung der Mediation. Der deutsche Gesetzgeber hat sich nur entschieden, die mediativen Elemente des Zivilverfahrens in §§ 278, 279 ZPO zu regulieren²⁶. Dafür gibt es mehrere Gründe. Zum einen sprechen die „informelle“ Durchführung der Mediation und der Freiwilligkeitsgrundsatz gegen eine gesetzliche Regelung. Zum anderen beruhen die unterschiedlichen Anwendungsbereiche dieser Institution auf heterogenen Grundsätzen: in der Familien- und Wirtschaftsmediation geht es zumindest um eine Anpassung- bzw. Neustrukturierung von Dauerrechtsverhältnissen, die Verbrauchermediation will hingegen primär den Zugang der Verbraucher zum Recht (*access to justice*) verbessern und Gerichtskosten vermeiden²⁷.

Nach dem Vergleich der rechtlichen Regelungen beider Länder wirft sich die entscheidende Frage auf: Funktioniert die Mediation besser ohne oder mit der gesetzlichen Regulation? Im Rahmen dieser Abhandlung wird die polnische Lösung mit der deutschen verglichen, um die Antwort auf diese Frage zu finden.

IV. Rechtsgrundlagen der Mediation. Die mediativen Elemente in dem Gerichtsverfahren in Zivilsachen

Es gibt grundsätzlich drei Grundlagen des Mediationsverfahrens:

- 1) gerichtlicher Beschluss (sowohl in Polen als auch in Deutschland),
- 2) Mediationsvertrag (in Polen) oder Mediationsvereinbarung (in Deutschland),
- 3) die Mediation auf Antrag der Streitpartei (nur in Polen).

1. Die Möglichkeiten der versöhnlichen Streitlösung während des Verfahrens vor dem Zivilgericht

Die erste rechtliche Grundlage der Mediation ist der gerichtliche Beschluss. Sowohl der polnische KPC als auch die deutsche ZPO enthalten aber neben der Mediation viele mediative Elemente, die auch während des Gerichtsverfahrens die versöhnliche Streitschlichtung ermöglichen. Sie spielen eine große Rolle in dem Zivilprozess – sie können ihn doch ganz ändern. Nach dem deutschen Recht darf ohne Anwendung dieser Elemente die mündliche Verhandlung gar nicht stattfinden. Es ist deshalb sehr wichtig, sie ausführlich zu besprechen.

Gemäß § 278 Abs. 1 ZPO soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Das bedeutet, dass das Gericht nicht nur bloß daran denken soll, sondern auch die Initiative vornehmen

²⁵ P. Sobolewski, *Mediacja w sprawach cywilnych*, PPH 2006, Nr. 2, S. 31.

²⁶ § 278 wurde durch das ZPO-RG vom 27.7.2001 eingeführt.

²⁷ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 677.

(aber nicht hinwirken) kann²⁸. Dies gilt während des ganzen zivilrechtlichen Verfahrens²⁹. Diese Vorschrift ist mit dem polnischen **Art. 10 KPC** vergleichbar. Hier geht es aber nur um solche rechtlichen Streitigkeiten, die auf dem Wege des Vergleiches gelöst werden können.

Gemäß § 278 ZPO **hat das Gericht grundsätzlich vier Möglichkeiten** im Hinblick auf die versöhnliche Lösung des Rechtsstreites:

- 1) es kann eine Güterverhandlung selbst durchführen § 278 Abs. 2 S. 1 und 2 ZPO,
- 2) es kann die Parteien für die Güterverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen – § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO,
- 4) in geeigneten Fällen kann es den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen – § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO,
- 5) es kann den Parteien den schriftlichen Vergleichsvorschlag anbieten bzw. den schriftlichen Vergleichsvorschlag der Parteien annehmen – § 278 Abs. 6 S. 1 ZPO.

1.1. Die Anwendung der mediativen Elemente durch den Richter in der Güterverhandlung

In § 278 Abs. 2 S. 1 ZPO wird **die Güterverhandlung als den Regelfall** erklärt. Sie geht grundsätzlich der mündlichen Verhandlung vor. Es ist aber zunächst zu prüfen, ob schon eine außergerichtliche Einigung (vor einer außergerichtlichen Güterstelle, die durch Landesjustizverwaltung gemäß § 15a Abs. 1 EGZPO eingerichtet oder anerkannt wurde)³⁰ erfolglos versucht worden war oder ob die Güterverhandlung erkennbar aussichtslos ist. Wenn diese beiden Umstände verneint werden, entsteht auch ohne Antrag ein Zwang zur Anberaumung eines Gütertermins³¹. Gemäß § 278 Abs. 2 S. 2 ZPO ist das Gericht dabei verpflichtet den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern. Es hat ein zwar pflichtgemäßes, aber weites Ermessen bei der Abwägung der Einigungschancen. Das Gericht muss auch die persönliche Erscheinung anordnen (§ 278 Abs. 3 ZPO) und die erschienene Partei persönlich verhören (§ 278 Abs. 2 S. 3 ZPO). Das dient der Erhöhung der Einigungschancen, wobei es sich deshalb um eine Sollvorschrift, nicht um eine bloße Kannbestimmung handelt³².

Anders als die ZPO vorsieht der polnische KPC **das Versöhnungsverfahren gemäß Art. 184–186**, das schon vor Erhebung der Klage stattfindet. Es wird nur auf Antrag durchgeführt. Dieses Verfahren ist freiwillig und führt zum Vergleichsschluss.

Besonders problematisch sind in den Fällen des § 278 Abs. 2 ZPO die **richterliche Vergleichstätigkeit und die Anwendung der mediativen Elemente durch den Richter**. Es ist sehr schwer für den Richter, guter Vermittler zwischen den Parteien zu sein, weil

²⁸ P. Hartmann, [in:] A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, Zivilprozessordnung, München 2005, S. 1092.

²⁹ *Ibidem*, S. 1092.

³⁰ F. Foerste, [in:] H.-J. Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2007, S. 844.

³¹ P. Hartmann, [in:] A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, S. 1092.

³² *Ibidem*, S. 1093.

es ein gewisser **Rollenkonflikt** für ihn entsteht, wenn er gleichzeitig vergleichsorientierte und entscheidungsorientierte Tätigkeiten aufnehmen muss³³. Diese Funktionen schließen sich einander zwar nicht aus, sind aber besonders problematisch, weil:

- es für viele Richter im Versöhnungsverfahren häufig unmöglich ist, das im Recht angelegte Nullsummenspiel (das „Alles-oder-Nichts-Prinzip richterlicher Entscheidung“) zu vergessen und die Interessenerwägung durchzuführen.
- ein Mediator zur effektiven Ausgestaltung seiner Vermittlungstätigkeit separate Treffen mit den Parteien durchführen („caucussing“) und dabei insbesondere vertrauliche Informationen erhalten kann. Einen Richter können die Parteien dagegen nicht mit solchen Informationen versorgen, weil sie nicht darauf rechnen können, dass das Vermittelte sie bei der Entscheidung außer Betracht bleibt.
- darüber hinaus die zusätzliche Rolle des Streitentscheiders insgesamt dazu führen kann, dass sich die Parteien statt auf die Verhandlung über ihre Interessen mehr auf die Darstellung ihrer Positionen konzentrieren (um eine spätere Entscheidung positiv zu beeinflussen).
- der Richter grundsätzlich darauf achten muss, dass nicht der Eindruck bei einer oder beiden Parteien entsteht, die Ablehnung eines von ihm entwickelten Vergleichsvorschlags hätte nachteilige Folgen auf seine dann fällige Entscheidung. Eine solche Befürchtung der Parteien ist bei einer intensiven Vergleichsbemühung des Richters jedoch nur schwer auszuschließen, auch wenn tatsächlich kein Grund für sie vorliegt³⁴.

1.2. Die Güterverhandlung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter

Vielleicht um genau diesen Rollenkonflikt zu lösen, wurde in die deutsche ZPO § 278 Abs. 5 S. 1 das besondere mediative Element, das **keine Entsprechung im polnischen KPC hat**, eingeführt. Diese Vorschrift ermöglicht dem Gericht **die Verweisung der Streit-sache auf einen beauftragten oder ersuchten Richter**. Beauftragter Richter (§ 361 ZPO) ist nur ein Mitglied der Kammer bzw. des Senats. Der ersuchte Richter (§ 362 ZPO) gehört einem Amtsgericht an, das wegen örtlicher Nähe zum Wohnort einer Partei vorzugswürdig sein mag³⁵. Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Verweisung ein pflichtgemäßes Ermessen, wobei maßgeblicher Gesichtspunkt das Ziel einer gründlichen Beilegung des Rechtsstreits ist³⁶. Die Verweisung erfolgt nur durch einen Beschluss des Prozessgerichts, nicht des verordneten Richters selbst³⁷. Der Einzelrichter (§§ 348, 348a ZPO) kann aber nicht an sich als beauftragten Richter verweisen³⁸.

³³ S. Breidenbach, *Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln 1995, S. 306.

³⁴ *Ibidem*, S. 307–309.

³⁵ F. Foerste, [in:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, S. 846.

³⁶ I. Saenger, [in:] I. Saenger, *Zivilprozessordnung. Handkommentar*, Baden-Baden 2006, S. 513.

³⁷ P. Hartmann, [in:] A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, S. 1094.

³⁸ I. Saenger, [in:] I. Saenger, *op. cit.*, S. 513.

1.3. Außergerichtliche Streitschlichtung

Gemäß § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO werden die früher gezeigten Möglichkeiten des Gerichts zur Erzielung einer Einigung noch erweitert. In geeigneten Fällen kann es den Parteien **eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen**. Diese Regelung eröffnet demnach den Weg für die Anwendung der Mediation während des Gerichtsverfahrens. Sie lässt dem Gericht ziemlich weites Ermessen, das kann muss aber nicht solchen Vorschlag geben. Dazu braucht nur eine Voraussetzung erfüllt werden – der Fall muss zur Mediation (bzw. zur anderen Art der außergerichtlichen Streitlösung, wie z.B. Schlichtung) geeignet sein. Eben diese Geeignetheit soll durch das Gericht sorgfältig geprüft werden. Das erfordert jedenfalls eine Abwägung dahin, dass es die Chancen deutlich höher ansetzen können als die Risiken³⁹. Das Gericht kann dabei auch über den Vorschlagsinhalt entscheiden. Es kann sich auf den wichtigsten Teil des Streites beschränken oder die Streitpunkte einbeziehen, die gar nicht Gegenstand des anhängigen Prozesses sind. Die Beilegung eben dieses Streits muss aber das klar erkennbare Ziel des ganzen Vorschlagsverfahrens sein und bleiben⁴⁰. Gemäß § 278 Abs. 5 S. 3 ZPO muss das Gericht für die Zeit der außergerichtlichen Streitschlichtung das Ruhen des Verfahrens anordnen.

§ 278 Abs. 5 S. 2 ZPO ist dem **Art. 183⁸ KPC** ähnlich. Nach Art. 183⁸ § 1 KPC **werden aber die Parteien durch den gerichtlichen Beschluss an die Mediation gerichtet** (die Mediation wird demnach anders als in Deutschland nicht *vorgeschlagen*) und sie haben deshalb keine Wahlmöglichkeit im Hinblick auf die Vornahme dieses Verfahrens. Dadurch wird in Polen der Freiwilligkeitsgrundsatz gebrochen. Vor der Richtung muss aber, genau wie in Deutschland, die Geeignetheit zur Mediation durch das Gericht geprüft werden. Es muss auch dabei darauf achten, dass gemäß Art. 183⁸ § 1 KPC die Parteien während des ganzen Verfahrens nur einmal an die Mediation gerichtet werden können. Der Art. 183⁸ KPC ist nur bis zum Schluss der ersten Verhandlungssitzung anwendbar – dann darf das Gericht die Parteien an Mediation richten nur wenn sie das einverständlich beantragen. Nach **Art. 202¹ KPC** kann aber das Gericht den Rechtsstreit ohne Zustimmung der beiden Parteien an Mediation richten, wenn sie früher den Mediationsvertrag geschlossen haben und der Beklagte die Einrede vor dem Gericht erhebt.

1.4. Prozessvergleich

Das letzte mediative Element des deutschen Zivilverfahrens ist **der Prozessvergleich gemäß § 278 Abs. 6 ZPO**. Diese Vorschrift stellt die Ergänzung der anderen Regeln der ZPO dar, die des Vergleichs betreffen. Sie gibt dem Gericht die Möglichkeit, das Verfahren auf dem Wege des Prozessvergleiches zu beenden, ohne eine Güterverhandlung oder gar eine mündliche Verhandlung zustandebringen zu brauchen⁴¹. Dazu müssen aber die Streitparteien dem Gericht den schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten

³⁹ P. Hartmann, [in:] A. Baumbach, W. Lauterbach, J. Albers, P. Hartmann, *op. cit.*, S. 1095.

⁴⁰ *Ibidem*, S. 1095.

⁴¹ *Ibidem*, S. 1095.

oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz annehmen. Es muss dann das Zustandekommen und Inhalt des Vergleiches durch einem Beschluss feststellen, der dann einen Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 bildet⁴².

Zu vergleichbaren Folgen im Rahmen des polnischen Zivilprozesses führt die Anwendung des **Art. 223 KPC**. Nach dieser Vorschrift soll der Vorsitzende zu der richtigen Zeit, insbesondere während der ersten Sitzung, nach der einleitenden Klärung der Meinungen der Parteien, auf die Parteien zur Einigung einwirken. Wenn vor dem Gericht der Vergleich abgeschlossen wird, soll dessen wesentliche ins Protokoll der mündlichen Verhandlung aufgenommen werden. Genauso wie in Deutschland bildet dieser Prozessvergleich den Vollstreckungstitel gemäß Art. 777 § 1 Nr. 1 KPC.

1.5. Mündliche Verhandlung

Erst dann, wenn alle durch Art. 278 ZPO angebotenen Möglichkeiten der Einigung zwischen den Streitparteien erfolglos gebraucht werden („wenn eine Partei in der Güterverhandlung nicht erscheint oder die Güterverhandlung erfolglos ist“) soll das Gericht gemäß § 279 Abs. 1 ZPO unverzüglich die mündliche Verhandlung anordnen.

1.6. Schlussbemerkung

Sowohl deutsches als auch polnisches Recht enthalten viele mediative Elemente, die die versöhnliche Streitschlichtung ermöglichen. Der große Vorteil, der sich aus §§ 278, 279 ZPO ergibt, ist die Notwendigkeit der Güterverhandlung, ohne die die mündliche Verhandlung grundsätzlich nicht stattfinden darf. Nach polnischem Recht ist die Anwendung dieser Elemente für das Gericht mehr freiwillig – es wird ihm öfter größerer Ermessensspielraum gelassen. Die Vorschriften des KPC, die die mediativen Elemente betreffen, sind auch unsystematisch in dem Gesetz gegliedert, was zu Schwierigkeiten bei ihrer Anwendung führen kann. Beide Regulationen ermöglichen die Aufnahme der Mediation während des Gerichtsverfahrens. § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO bildet aber eine breitere Norm als Art. 183⁸ KPC. Das deutsche Gesetz ermöglicht den Vorschlag des außgerichtlichen Verfahrens, polnisches spricht nur über Mediation.

2. Die Mediationsvereinbarung/der Mediationsvertrag

Als Grundlage der Mediation kann auch eine Mediationsklausel oder eine Mediationsvereinbarung (in Deutschland) bzw. Mediationsvertrag (in Polen) betrachtet werden. Auf dieser Grundlage wird die Mediation grundsätzlich vor dem Beginn des Gerichtsverfahrens geführt.

Die Betrachtung dieses Problems bedarf der **Begriffsbestimmung**, damit die Institutionen des polnischen und des deutschen Rechts nicht verwechselt werden. **Sowohl in Deutschland als auch in Polen wird der Begriff des Mediationsvertrages verwendet. Es geht dabei aber um zwei verschiedene Institutionen.** In Deutschland werden

⁴² H.-J. Musielak, [in:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, S. 846.

im Hinblick auf die Mediation die Mediationsvereinbarung zwischen den Streitparteien⁴³ und der Mediationsvertrag mit dem Mediator (in bezug auf seine Rechte, Pflichten und sein Honorar) geschlossen⁴⁴. In Polen dagegen schließen die Streitenden untereinander den Mediationsvertrag (der den deutschen Mediationsvereinbarung entspricht) und den gesonderten Vertrag mit dem Mediator (der dem deutschen Mediationsvertrag entspricht)⁴⁵.

Das polnische Gesetz definiert den **Mediationsvertrag** nicht. In der Literatur wird es aber vertreten, dass das konstitutive Element (der Kern) dieses Vertrages die Übereinstimmung der Parteien ist. Sie soll feststellen, dass alle bestehenden oder in der Zukunft zwischen ihnen entstehenden Streitigkeiten auf dem Wege der Mediation gelöst werden⁴⁶. Nach dem deutschen Literatur „ist die **Mediationsvereinbarung** eine vertragliche Abrede zwischen zwei oder mehr Personen („Medianten“) über die Durchführung einer Mediation im Hinblick auf eine bestimmte Konfliktsituation“⁴⁷.

Solche Vereinbarung (Vertrag) kann sowohl in Polen als auch in Deutschland selbständig (als sog. **Mediationsabrede**) oder auf dem Wege einer unselbständigen Vertragsklausel (sog. **Mediationsklausel**) geschlossen werden. Sie kann vor oder nach Entstehung des Konflikts (*ad hoc*) vereinbart werden. In beiden Ländern gibt es auch keinen Formzwang, aus Sicherheitsgründen wird aber Text- bzw. Schriftform geraten⁴⁸.

Art. 183¹ § 3 KPC enthält die *essentialia negotii* des Mediationsvertrages: Mediationsgegenstand und die Person des Mediators oder die Art und Weise seiner Auswahl.

Nach dem deutschem Recht gibt es kein gesetzlich definiertes Leitbild der Mediation. Die Mediationsvereinbarung muss deshalb die Grundregeln enthalten (anders als in Polen, wo die Kernregeln durch das Gesetz gewährleistet sind). Sie sollen betreffen:

- 1) den Verhandlungstypus und den Ablauf des Verfahrens (z.B. Rolle des Mediators und Form seiner Verfahrensleitung, die Mündlichkeit des Verfahrens, die Zulassung von Einzelgesprächen, die Verpflichtung der Parteien zur persönlichen Teilnahme),
- 2) das Verhältnis des Mediationsverfahrens zu Prozessen vor Zivil- oder Schiedsgerichten – z.B.:
 - Ausschluss der Anrufung der staatlichen (Zivil-) Gerichte für Dauer der Mediation – das wird in Polen gesetzlich geregelt (Art. 202¹ KPC),
 - Absprachen zur Sicherung der Vertraulichkeit – insb. die Beweismittelbeschränkungen für ein späteres Gerichtsverfahren – in Polen ist das gesetzlich gewährleistet (Art. 183⁴ KPC, Art. 259¹ KPC),
- 3) den Mediationsgegenstand – Regelungen zum materiellen Recht – z.B.:
 - die Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen zwischen der Parteien über den streitigen Anspruch – kann, muss aber (sowohl in Polen als auch in Deutschland) nicht geregelt werden, weil sie gesetzlich gewährleistet wird (§ 203 BGB, Art. 123 § 1 Nr. 3 KC),

⁴³ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 679.

⁴⁴ *Ibidem*, S. 678; S. Kessen, M. Troja, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 395, 396.

⁴⁵ P. Sobolewski, *op. cit.*, S. 36.

⁴⁶ R. Morek, *Mediacja i arbitraż* (art. 183¹–183⁵, 1154–1217 KPC). Komentarz, Warszawa 2006, S. 44.

⁴⁷ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 679.

⁴⁸ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 46; B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 679.

- die Stundung der streitbefindlichen Regelungen – mangels gesetzlichen Bestimmungen kann sie sowohl in der polnischen als auch in der deutschen Mediationsvereinbarung geregelt werden⁴⁹.

Sowohl nach polnischem als auch nach dem deutschem Recht **ist die rechtliche Natur der Mediationsvereinbarung (des Mediationsvertrages) strittig**. Die polnischen Vertreter gehen grundsätzlich davon aus, dass der Mediationsvertrag als Prozessvertrag zu qualifizieren ist⁵⁰. Die h.M. in Deutschland beurteilt die prozessuale bzw. materielle Rechtsnatur einer vertraglichen Abrede nach ihren jeweiligen Rechtswirkungen. Da die Mediationsvereinbarung teils prozessuale, teils materiellrechtliche Schwerpunkte hat, sind die einzelnen Abreden (Vertragsklauseln) jeweils gesondert zu beurteilen⁵¹.

In der Literatur wird noch die Wirksamkeit dieser Vereinbarung (bzw. dieses Vertrages) problematisiert. Wichtig ist es dabei, dass die Wirksamkeit der Mediationsklausel sowohl in Polen als auch in Deutschland unabhängig von der Wirksamkeit des ganzen Vertrages ist⁵². Für die anderen Wirksamkeitsvoraussetzungen sind die allgemeinen Regeln anwendbar.

Problematisch ist es, ob die Mediationsvereinbarung bzw. der Mediationsvertrag ein Prozesshindernis bildet. Es gibt in Deutschland keine besondere Norm der ZPO, die diese Frage betrifft. Zwar hat das Gericht gemäß § 1032 Abs. 1 ZPO die Klage als unzulässig abzuweisen, sofern der Beklagte vor Beginn der mündlichen Verhandlung das Bestehen der *Schiedsvereinbarung* im Hinblick auf den Streitgegenstand zur Hauptsache rügt. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift erscheint aber nach der teleologischen Auslegung als unzulässig. Sie betrifft doch das Schiedsverfahren und nicht das Mediationsverfahren. Das gleiche gilt, wenn es um den Mediationsvertrag in Polen geht. Hier ist auch die Analogie im Rahmen des Art. 1165 § 1 KPC (der dem § 1032 Abs. 1 ZPO entspricht) unmöglich. Es gibt auch in Polen keine explizite Rechtsnorm, die das Prozesshindernis bildet. In dem Art. 202¹ KPC spricht der Gesetzgeber doch über Richtung an die Mediation und nicht über die Abweisung der Klage als unzulässig.

3. Die Mediation auf Antrag der Streitpartei

Nach polnischem Recht kann auch der Mediationsvertrag auf der Grundlage der Art. 183¹ § 2 S. 2 KPC und Art. 183⁶ § 2 Nr. 4 KPC geschlossen werden. Dies ist dann der Fall, wenn eine Partei den Antrag auf die Durchführung dieses Verfahrens an den Mediator gestellt hat und die andere an die Mediation herantreten ist⁵³.

Es ist davon auszugehen, dass in dieser Situation der Antrag das Angebot auf den Schluss des Mediationsvertrages enthält. Deshalb soll er genug ausführlich sein, damit es durch die Annahme zum Vertragsschluss kommen könnte (Art. 183⁷ KPC, Art. 66 § 1 KC).

⁴⁹ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 679–681.

⁵⁰ R. Kulski, *Umowy procesowe w postępowaniu cywilnym*, Kraków 2006, S. 67, 167.

⁵¹ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 682.

⁵² R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 46; B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 684.

⁵³ T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2006, S. 423.

Sowohl das Angebot als auch die Annahme erfordern keine besondere Form. Der Mediationsvertrag darf demnach auch *per facta concludentia* geschlossen werden (Art. 60 KC), wenn der Antrag eine Klausel enthält, dass der Zugang der Annahme nicht erforderlich ist. In diesem Fall findet die Mediation schon durch ihre Aufnahme statt (Art. 183⁶ § 2 Nr. 4 KPC, Art. 60 und Art. 70 § 1 KC)⁵⁴.

Durch diese Regulation wollte der polnische Gesetzgeber wahrscheinlich die Institution der Mediation popularisieren. Sie erweitert sehr den Weg zur Aufnahme der Mediation. Diese Möglichkeit sollte wegen ihres niedrigen Formalisierungsniveaus vor allem für diese Parteien attraktiv sein, die das Recht nicht so gut kennen.

V. Gegenstandsbereich der Mediation

Es ist nicht möglich, alle zivilrechtlichen Streitfälle auf dem Wege der Mediation zu lösen. Das hängt vom Charakter der Sache ab.

Nach polnischem Recht darf die Mediation nur in solchen Angelegenheiten geführt werden, in denen **die Möglichkeit des Vergleichsschlusses** besteht⁵⁵. Die versöhnliche Lösung des Streites ergibt sich aus dem Dispositionsgrundsatz, der den Parteien ermöglicht, über ihre subjektiven Rechte (die materielle Verfügbarkeit) oder über ihre Prozessrechte (die formelle Verfügbarkeit) zu verfügen⁵⁶. Der Gegenstand dieses Verfahrens kann demnach **beschränkt** werden durch:

- 1) **materielles Recht** – die Streitparteien dürfen den Vergleich nicht schließen, wenn die Sache solche Ansprüche oder Rechte betrifft, über die sie selbst nicht verfügen dürfen (das betrifft vor allem die Eheaufhebung, Ehescheidung, Trennung oder die Festsetzung der Abstammung des Kindes),
- 2) **Prozessrecht** – das Mediationsverfahren darf in den Angelegenheiten nicht geführt werden, in denen die zivilprozessrechtlichen Vorschriften den Vergleichsschluss ausschließen (das sind im polnischen KPC u.a.: Art. 477¹² – Sozialversicherungen oder Art. 56 § 2 – wenn es um Person des Staatsanwalts geht),
- 3) **besondere Vorschriften** – wenn sie die Möglichkeit des Vergleichsschlusses unter besonderen Bedingungen zulassen (z.B.: bei der Aufhebung des Miteigentums soll seine Teilung nach den die Immobilien betreffenden Prinzipien des Grundbuchs erfolgen – Art. 622 § 2 KPC)⁵⁷.

Auch in Deutschland endet die Mediation mit dem Vergleich. Die sowohl durch den materiellrechtlichen als auch durch den prozessrechtlichen Vergleich geregelten Verhältnisse müssen, genauso wie in Polen, **der Dispositionsbefugnis** der Parteien unterliegen⁵⁸. Dieser Befugnis entzogen sind insbesondere:

⁵⁴ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 43.

⁵⁵ G. Ordak, *Lepiej mediować, niż sądzić*, Rzeczpospolita vom 7.12.2005 – Dobra Firma, S. 6; vgl. Art. 10 KPC.

⁵⁶ J. Turek, *Ugoda w procesie cywilnym*, MoP 2005, Nr. 21, S. 1054.

⁵⁷ G. Ordak, *op. cit.*, S. 6.

⁵⁸ Wegen eine doppelte Rolle des prozessvergleiches – J. Kindl, [in:] I. Saenger, *op. cit.*, S. 1434; A. Staudinger, [in:] R. Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden 2007, S. 1006.

- gesetzlicher Unterhaltsanspruch der Verwandten für die Zukunft (§ 1614 BGB)⁵⁹,
- Unterhaltsanspruch für die Zeit nach der Scheidung (§ 1585c BGB)⁶⁰,
- familienrechtliche Statusfestlegungen wie das Bestehen der Ehe⁶¹ oder die Abstammung⁶²,
- der Nachlass eines noch lebenden Dritten (§ 311b Abs. 4 und 5 BGB)⁶³,
- unabdingbare arbeitsrechtliche Ansprüche wie der Mindesturlaub (§ 13 BUrlG) oder der Tariflohn (strittig)⁶⁴.

Ferner schränken die Vorschriften der AktG (§§ 50, 53, 93 Abs. 4, 309 Abs. 3) und des GmbHG (§ 9b Abs. 1) die Verfügungsbefugnis ein⁶⁵.

VI. Die konstitutiven Mediationsmerkmale – Grundsätze des Verfahrens

Die Klassifikation der Mediationsmerkmale erfolgt sowohl in Deutschland als auch in Polen nach unterschiedlichen Kriterien. Inhalt, Sinn und Zweck dieser Grundsätze sind aber vergleichbar. Tiefsinnige Analyse und Vergleich der Literatur der beiden Länder lassen vier konstitutive Mediationsmerkmale nennen:

- 1) Freiwilligkeit
- 2) Parteiautonomie
- 3) Neutralität des Mediators
- 4) Vertraulichkeit⁶⁶.

1. Freiwilligkeit

Die Freiwilligkeit wird oft als das wichtigste Merkmal der Mediation anerkannt, das sie von dem Gerichtsverfahren unterscheidet und gleichzeitig die Grundlage ihres Erfolges ist⁶⁷. Die Freiwilligkeit setzt voraus, dass die Parteien ohne äußeren Zwang bereit sind, das Verfahren durchzuführen. Ohne diese Voraussetzung ist es unmöglich, dass sich alle Beteiligten frei und unbefangen auf das Mediationsverfahren einlassen. Sinn und Zweck dieses Verfahrenskriteriums ist es, zwischen den Parteien möglichst offene Verhandlungsatmosphäre zu schaffen⁶⁸.

Dieser Grundsatz betrifft auch den Mediator. Er sollte auch freiwillig über die Teilnahme an dem konkreten Mediationsverfahren entscheiden können. Gemäß Art. 183² KPC

⁵⁹ A. Staudinger, [in:] R. Schulze, *op. cit.*, S. 1006.

⁶⁰ H. Sprau, [in:] O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2007, S. 1143, 1144.

⁶¹ BGH 15, 190.

⁶² RG 164, 62.

⁶³ A. Staudinger, [in:] R. Schulze, *op. cit.*, S. 1006.

⁶⁴ *Ibidem*, S. 1006.

⁶⁵ H. Sprau, [in:] O. Palandt, *op. cit.*, S. 1143, 1144.

⁶⁶ S. Pieckowski, *op. cit.*, S. 13; J. Beirer, *Mediation in Zivilrechtssachen. Reflexionen über Regierungsvorlage*, Wien 2002, S. 21, 22; P. Bösch, *Gericht und Mediation. Partner oder Konkurrenten?*, Die Schweizer Richterzeitung, Justice 2006, Nr. 2, S. 5; S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 363 ff.

⁶⁷ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 39–40.

⁶⁸ S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 383.

darf aber der ständige Mediator in Polen die Führung der Mediation nur aus einem wichtigen Grund verweigern, wobei er die beiden Streitparteien darüber unverzüglich informieren muss.

Wie schon erwähnt wurde, beschließen die Parteien freiwillig Mediation in Anspruch zu nehmen. Ein Ausstieg ist jederzeit möglich (auch ohne Ursachenangabe)⁶⁹. Sowohl Verweigerung der Teilnahme am Mediationsprozess als auch der Abbruch bringen mit sich keine negativen Konsequenzen. Nur in dem polnischen Zivilprozess kann die Partei gemäß Art. 103 § 2 KPC mit den Prozesskosten belastet werden, wenn sie früher die Mediation einwilligte, und dann sie ohne Entschuldigung verweigerte⁷⁰. Wichtig ist es auch, dass in Polen dieser Grundsatz gebrochen wird. Wie schon gesagt wurde, darf nämlich der Richter nach Art. 183⁸ KPC in bestimmter Lage des Verfahrens die Parteien an die Mediation richten – unabhängig von ihren Willen.

Die Freiwilligkeit bezieht sich auch auf die Möglichkeit, den Vergleich zu schließen und dessen Inhalt zu formulieren⁷¹. Manche deutschen Vertreter betrachten aber dieses Problem im Rahmen des gesonderten **Selbstverantwortlichkeitsprinzips**⁷².

Es gibt keine rechtlichen Gewährleistungen für die Einhaltung dieses Prinzips. Es muss demnach immer durch den Mediator geprüft werden, ob die Parteien tatsächlich freiwillig an dem Verfahren teilnehmen.

Die Freiwilligkeit wird manchmal als Nachteil des Mediationsverfahrens behandelt, vor allem wenn die Streitpartei die Teilnahme an der Mediation verweigert, obwohl sie früher die Mediationsvereinbarung geschlossen hat⁷³. Paradox kann sie aber auch als großer Vorteil gesehen werden – unfreiwillige Mediation macht doch keinen Sinn.

2. Parteiautonomie

Die Mediation legt den größeren Wert auf die Autonomie der Streitparteien als andere Streitbeilegungsmethoden. Sie gibt ihnen das Gefühl der Selbstverantwortlichkeit und gibt die Möglichkeit selbst über die eigenen Angelegenheiten zu entscheiden⁷⁴. Der Mediationsprozess wird durch die Autonomie der Parteien weitgehend beeinflusst – sie:

- bestimmen seinen Beginn – beschließen freiwillig Mediation in Anspruch zu nehmen,
- entscheiden, welche Streitpunkte behandelt werden sollen und welche nicht⁷⁵,
- bestimmen den Mediator,
- vereinbaren mit ihm und nach seiner Anleitung den Verfahrensablauf,
- bringen ihre persönliche Sichtweise und die Beweggründe zum Konflikt ein,

⁶⁹ G. Skrzypczak, *Prawnik a sposoby rozwiązywania sporów*, MoP 2004, Nr. 4, S. 198; R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 40; S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 383.

⁷⁰ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 40.

⁷¹ S. Pieckowski, *op. cit.*, S. 13; vgl. Art. 183¹ § 1 KPC, Art. 183⁶ § 2 KPC und Art. 183¹² KPC; P. Bösch, *op. cit.*, S. 5.

⁷² S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 384.

⁷³ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 40.

⁷⁴ *Ibidem*, S. 40.

⁷⁵ P. Bösch, *op. cit.*, S. 5.

- suchen und erarbeiten selbständig Lösungsmöglichkeiten mit Unterstützung des Mediators,
- vereinbaren gemeinsam eine für sie passende Lösung (den Vergleich) – manchmal wird dieser Aspekt des Verfahrens als gesondertes **Prinzip der Selbstverantwortlichkeit**⁷⁶ behandelt – und
- bestimmen das Ende des Mediationsverfahrens⁷⁷.

Die Parteien haben dadurch die Möglichkeit, das Verfahren zu kontrollieren und die unvorhergesehene und unerwünschte Gerichtsentscheidung zu verweigern.

3. Neutralität des Mediators

Neutralität des Mediators bedeutet Wahrnehmung seiner Rolle als Vermittler zwischen den Parteien. Er begünstigt durch seine Interventionen den Mediationsprozess⁷⁸. Der Mediator verhilft den Parteien zu einer allseitigen Konfliktlösung – er hat **keine Entscheidungskompetenz** in der Sache⁷⁹, was in der polnischen Literatur manchmal als getrenntes Mediationsmerkmal behandelt wird⁸⁰.

Der **Mediator unterstützt nur die Parteien**, indem er:

- das Verfahren strukturiert und seine Einhaltung überwacht,
- die Parteien durch geeignete Fragestellung zur selbständigen Reflexion, Darstellung und Artikulation ihres Problems veranlasst,
- ihre Kompetenz und ihr Selbstwertgefühl stärkt und
- ihnen behilflich ist, unter Respektierung und Einbeziehung ihrer Problemsichtweisen, Befindlichkeiten und Interessenlagen, nach einer zukunftsorientierten von der gemeinsamen Überzeugung getragenen Lösung zu suchen⁸¹.

Die polnische Literatur und auch der KPC (in Art. 183³) sprechen von einem getrennten **Unparteilichkeitsgrundsatz** des Mediators⁸² – in Deutschland wird dieses Merkmal im Rahmen der Neutralität behandelt. Trotz dieses Unterschiedes hat der Mediator in diesen beiden Ländern die gleiche Pflicht – er muss die Unparteilichkeit gewährleisten, indem er keine der Parteien bevorzugt und die Parteien akzeptiert, wie sie sind und sie dort abholt, wo sie sich im Konflikt befinden⁸³.

Es ist sehr schwer die Einhaltung dieses Grundsatzes zu gewährleisten. Unter dem Druck der Europäischen Kommission wurde zwar das Europäische Verfahrensgesetz für Mediatoren (*European Code of Conduct for Mediators*) im Juli 2004 bekanntgegeben. Es hat aber leider nur einen fakultativen und freiwilligen Charakter – es ist demnach nicht verbindlich⁸⁴.

⁷⁶ S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 384.

⁷⁷ J. Beirer, *op. cit.*, S. 21.

⁷⁸ P. Bösch, *op. cit.*, S. 5.

⁷⁹ S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 367.

⁸⁰ G. Skrzypczak, *op. cit.*, S. 198.

⁸¹ J. Beirer, *op. cit.*, S. 21, 22.

⁸² G. Skrzypczak, *op. cit.*, S. 198.

⁸³ J. Beirer, *op. cit.*, S. 22; F. Haft, *op. cit.*, S. 248.

⁸⁴ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 56.

Grundsätzlich soll der Mediator die Parteien sowohl vor als auch während des Verfahrens über die Möglichkeit der Durchbrechung des Neutralitätsgrundsatzes informieren.

Der polnische KPC enthält aber keine Vorschrift, die den Ausschluss von der Ausübung der Funktion des Mediators ermöglicht – wegen der Verwandtschaft oder anderer Beziehungen persönlicher oder wirtschaftlicher Art (anders als bei dem Richter bzw. Schiedsrichter, wo die Institution des Ausschlusses von der Ausübung des Amtes gesetzlich vorgesehen ist: Art. 48–54 KPC, Art. 1174 § 2 KPC und Art. 1176 KPC). Der Gesetzgeber hat aber solche Lücke vorsätzlich gelassen. Er ist davon ausgegangen, dass die stärkeren Garantien der Neutralität des Mediators als Art. 183³ KPC nicht nötig sind. Die Parteien bestimmen doch selbst den Mediator, und wenn es Probleme mit seiner Neutralität gibt, können sie einen anderen wählen⁸⁵.

Die Neutralität ist auch in Deutschland nicht gesetzlich geregelt, sie wird oftmals nur stillschweigend gesetzt⁸⁶. Dieses Problem wird aber oft, so wie in Polen, selbst durch die Streitparteien gelöst, indem sie den Mediator im Hinblick auf seine Neutralität wählen (Auswahlverfahren)⁸⁷. Die deutsche Literatur betont die Tatsache, dass der Mediator vor Einleitung eines Mediationsverfahrens den Fall unter Neutralitätsgesichtspunkten sorgfältig prüfen soll. Erst nachdem diese Neutralitätsprüfung positiv ausgefallen ist, sollte er das eigentliche Verfahren einleiten – anders dürfte er das Verfahren nicht durchführen⁸⁸.

4. Vertraulichkeit

Anders als das Gerichtsverfahren unterliegt das Mediationsverfahren nicht dem Öffentlichkeitsgrundsatz⁸⁹.

Alle Informationen aus dem Mediationsverfahren sind sowohl in Polen als auch in Deutschland vertraulich. Diesem Grundsatz unterliegt jede Etappe dieses Prozesses. Das bedeutet, dass alle aus dem Verfahren herausgehenden Informationen ohne Einwilligung der Partei **durch den Mediator** nicht preisgegeben werden dürfen (weder nach Außen noch für die andere Partei)⁹⁰. Die Geheimhaltung vertraulicher Informationen wird auch **im Verhältnis der Parteien zueinander** gegenseitig erwartet⁹¹.

Das Vertraulichkeitsprinzip betrifft sowohl die erfolgreiche als auch die erfolglose Mediation. Dessen Einhaltung ist aber in dem zweiten Fall viel wichtiger, weil es dann grundsätzlich zum gerichtlichen Verfahren kommt (es entsteht also die Möglichkeit der Durchbrechung dieses Grundsatzes).

Es wird oft vertreten, dass die Vertraulichkeit der wichtigste Grundsatz des Mediationsverfahrens ist. Ohne dieses Prinzip wäre das Ziel der Mediation (die versöhnliche

⁸⁵ *Ibidem*, S. 57–58.

⁸⁶ S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 367.

⁸⁷ *Ibidem*, S. 370.

⁸⁸ *Ibidem*, S. 371.

⁸⁹ P. Sobolewski, *op. cit.*, S. 33; vgl. Art. 183⁴ KPC.

⁹⁰ G. Skrzypczak, *op. cit.*, S. 198; vgl. Art. 183⁴ KPC.

⁹¹ C. Hartmann, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 715.

Streitschlichtung) nicht erreichbar. Der Erfolg der Mediation hängt jedoch entscheidend davon ab, ob die Parteien in der Lage sind, ihre regelungsbedürftigen Interessen und die damit im Zusammenhang stehenden Informationen offen mitzuteilen. Es ist deshalb ein elementares Anliegen der Mediation, die Offenheit störende Faktoren auszuschließen. Die Befürchtung, dass entweder eine der Parteien oder der Mediator Informationen aus der Mediation zum eigenen Zwecken und zum Nachteil der sich öffnenden Partei nutzen könnte, würde Offenheit unmöglich machen. Ohne diesen Grundsatz könnte der Mediator also die Interessen der Streitparteien nicht erkennen, wobei sowohl die Formulierung des Lösungsvorschlages als auch der Erfolg der Mediation unmöglich wären. Mediation ist solches Verfahren, in dem auf die subjektiven Interessen Rücksicht genommen wird. Anders als vor dem Gericht spielen hier die Emotionen, Moral und Gerechtigkeit im Gegensatz zum Recht die größte Rolle. Deshalb ist die Offenheit das Vertrauen so wichtig. Dieses Merkmal ist auch die Grundlage für die Neutralität und Unparteilichkeit des Mediators. Durch den Vertrauensgrundsatz wird gewährleistet, dass die durch den Mediator während des Verfahrens gewonnenen Informationen (auch wenn sie für eine Partei ungünstig sind), niemals gegen den Informanten benutzt werden. Das gibt den Medianten die Sicherheit, dass der Mediator trotz der erlangten Informationen unparteilich und neutral bleibt. Ohne diesen Grundsatz wäre demnach die Existenz der Mediation zwecklos. Es ist deshalb sehr wichtig, die rechtlichen Rahmen für die Einhaltung der Vertraulichkeit zu schaffen.

In Polen ist die Vertraulichkeit im Rahmen des Mediationsverfahrens, im Bezug auf die Person des Mediators, durch Gesetz gewährleistet (Art. 183⁴ KPC, Art. 259¹ KPC). Die Vorschriften des KPC enthalten aber keine Vertraulichkeitspflicht für die Medianten gegenseitig. Diese Pflicht kann aber ihre Quelle in dem (zwischen den Parteien geschlossenen) Mediationsvertrag haben (wenn er überhaupt geschlossen wurde) oder in dem Statut der Mediationsstelle. Es wird auch manchmal Art. 72¹ KC analog angewendet, der die Verhandlung betrifft und die Einhaltung der Vertraulichkeit gewährleistet. Ein Grund dafür ist die Nähe der Mediation zur Verhandlung und ihre Definition (*mediation is assisted negotiation*)⁹².

In Deutschland existieren nur vereinzelt die Bestimmungen, die die Vertraulichkeit wahren helfen. Wenn es um den Mediator geht, sind sie im Berufsrecht verschiedener Grundberufe zu finden. Die Rechtsanwälte und Notare sind gesetzlich zu der Verschwiegenheit verpflichtet (gemäß § 59b Abs. 2 Nr. 5a BRAO und § 43a Abs. 2 BRAO und gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO und § 18 Abs. 1 BNotO). Die Schweigepflicht ergibt sich manchmal aus § 203 Abs. 1 StGB (wie z.B. bei Diplompsychologen), häufig gibt es aber gar keine berufsrechtliche Norm, die sie gewährleisten (z.B. wenn es um Diplompädagogen, manche Sozialberater und – Pädagogen oder Ehe-, Erziehungs-, Jugend- oder Suchtberater geht). Im Verhältnis der Parteien zueinander fehlen zur Gänze die gesetzlichen Bestimmungen zur Wahrung der Vertraulichkeit⁹³. Demnach müssen die Medianten in Deutschland grundsätzlich selbst dafür sorgen, dass der Mediator und

⁹² F. Haft, *op. cit.*, S. 244.

⁹³ C. Hartmann, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 716–718.

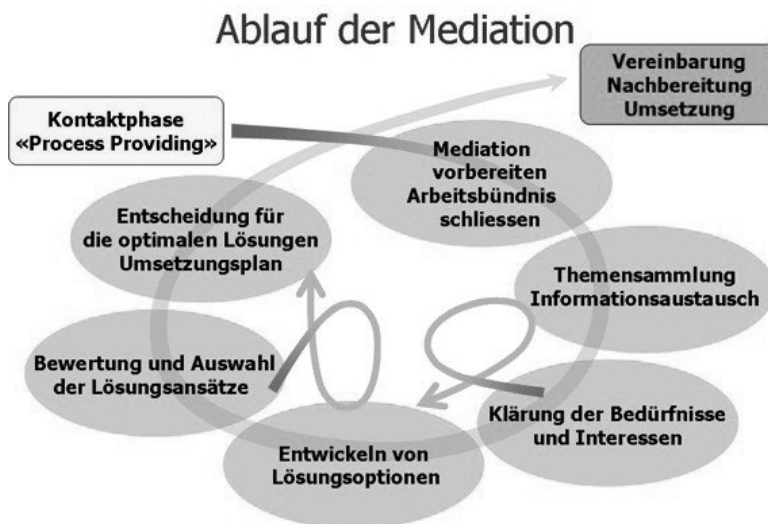
die andere Streitpartei die Vertraulichkeitspflicht erfüllen. Es wird deshalb geboten, solche Regelungen in die Mediationsvereinbarung (wenn es um die Medianten geht) oder in den Mediationsvertrag (wenn es um die Person des Mediators geht) einsetzen⁹⁴.

Sowohl das polnische als auch das deutsche Gesetz enthalten also die Lücken im Hinblick auf die Gewährleistung der Einhaltung des Vertraulichkeitsgrundsatzes. Es wird oft vertreten, dass diese Rechtslage geändert werden sollte. Wenn das Vertraulichkeitsprinzip gesetzlich gewährleistet würde, wäre das Mediationsverfahren wahrscheinlich effektiver. Das würde bestimmt zur Popularisierung der Mediation führen.

VII. Ablauf der Mediation

Das Mediationsverfahren unterliegt keinen gesetzlichen Regeln oder Formzwängen sowohl nach dem deutschen als auch nach dem polnischen Recht. Auch der polnische Gesetzgeber hat sich nicht entschieden, den Mediationsablauf zu regulieren – das wird am besten durch die Praxis bestimmt.

Es gibt so viele Phasen der Mediation, wie der Literatur, die diesen Thema betrifft. Unabhängig von der konkreten Zahl dieser Phasen scheint der Ablauf jedoch bei allen Modellen sehr ähnlich zu sein. Es wird oftmals vertreten, dass die Unterscheidung von sechs Abschnitten der inneren Logik des Mediationsprozesses am besten entspricht⁹⁵. Diese Phasen werden am deutlichsten durch die unterstehende Abbildung illustriert.



Übersicht über den Mediationsprozess⁹⁶

⁹⁴ *Ibidem*, S. 720–722; S. Kracht, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 389.

⁹⁵ P. Bösch, *op. cit.*, S. 6 ff.; M. Bobrowicz, *Mediacje gospodarcze – jak mediować i przekonywać*, Warszawa 2004, S. 18; S. Kessen, M. Troja, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 395 ff.

⁹⁶ P. Bösch, *op. cit.*, S. 6.

Diese Graphik ist aber nicht als fixes Schema zu verstehen. Die einzelnen Phasen lassen sich auch nicht immer strikt auseinander halten. Manche von ihnen werden auch in größeren Mediationen auch mehrmals durchlaufen.

Kontaktphase („Process Providing“)

Manchmal bedarf ein Mediationsverfahren einer längeren Vorbereitungsphase („Process Providing“), vor allem wenn an einem Konflikt mehrere Parteien beteiligt sind. Diese Phase betrifft grundsätzlich die Konfliktdanalyse. Hier werden unter anderen folgende Fragen geklärt:

- Wie war der bisherige Ablauf des Konflikts?
- Eignet sich der Konflikt für eine Mediation?
- Wer soll an der Mediation teilnehmen?
- Worüber soll verhandelt werden?
- Was für Erwartungen haben die Streitparteien an die Mediation?
- Welche Personen sollen die Mediation durchführen?

Phase 1: Vorbereitung der Mediation und Mediationsvertrag

Im Rahmen der Einleitung der Mediation stellen sich die Beteiligten vor. Der Mediator übernimmt dann die Einführung. Er erklärt die organisatorischen und verfahrensrelevanten Fragen wie:

- Verhandlungsmandate,
- Einigung auf Interessenrepräsentation,
- Organisation des Verfahrens (u.a. Ort, Zeit).

Es findet auch die Klärung des Mediationsprozesses statt:

- Ziel der Mediation,
- Rolle und Haltung des Mediators,
- Rolle der Parteien,
- ihre Rechte und Pflichten,
- Verfahrensregeln,
- Einigung über den Einsatz von Gutachtern und Experten.

Dann schließen die Beteiligten den Vertrag mit dem Mediator, in dem Aufgaben und Kosten vereinbart werden.

Phase 2: Themensammlung und Informationsaustausch

In der nächsten Phase wird es geklärt, worum es genau geht. Es wird jede Partei eingeladen, ihre Sicht des Konflikts darzulegen und ihre Position zu formulieren. Damit bekommen die Parteien Gelegenheit, einander zuzuhören und der Mediator hat die Möglichkeit, den Respekt und die Akzeptanz zu schaffen. Es werden derzeit auch die Probleme identifiziert, die relevanten Themen aufgelistet und strukturiert. Der Mediator soll dann die Themen von den Konfliktbeteiligten gewichten lassen.

Phase 3: Klärung der Bedürfnisse und Interessen

Mit Hilfe des Mediators arbeiten die Parteien die Punkte heraus, wo Einigkeit herrscht. Auf dieser gemeinsamen Basis kann dann später eine Lösung aufgebaut werden. Danach

erstellt der Mediator mit den Parteien eine Liste der Konfliktpunkte, die dann im Gespräch geklärt werden. Es geht aber in dieser Phase nicht nur um bloße Klärung, vielmehr lädt der Mediator die Parteien ein, sich nicht nur mit ihren Positionen sondern auch mit ihren künftigen Bedürfnissen und Interessen auseinanderzusetzen.

Phase 4: Entwickeln von Lösungsoptionen

In dieser Phase sollten sich die Parteien von ihren Positionen lösen und sich auf ihre Interessen konzentrieren. Im Zentrum der Mediation steht nicht mehr die Umschreibung der Konfliktpunkte, also die Vergangenheit, sondern vielmehr die Lösung des Konflikts, also die Zukunft.

Aufgrund des Wirkens des Mediators sollten die Parteien im Stande sein, ihre eigenen Interessen zu benennen (*Empowerment*). Sie sollten Verständnis für die Interessen der Gegenpartei entwickelt haben (*Recognition*). In dieser Phase sollten die Parteien mit der Hilfe des Mediators in einer kreativen Atmosphäre gemeinsam eine Vielzahl von Ideen entwickeln, die für das zu lösende Problem hilfreich sein können. Dabei kommen regelmäßig auch ganz neue und für alle Seiten vorteilhafte Optionen heraus.

Im Rahmen dieses Prozesses kann es auch zur Erweiterung des Verhandlungsspielraums kommen (sog. „Kuchenvergrößerung“). „Kuchenvergrößerung“ bedeutet, dass die Verhandlungsmasse vergrößert wird, damit es mehr zum Teilen da ist. Jeder soll etwas bekommen, was ihm wichtig ist, ohne dass dem anderen etwas fehlt. (Beispiel: Zwei Nachbarn, die sich über die Parkplätze des Anderen streiten, bauen eine gemeinsame Tiefgarage).

Phase 5: Bewertung und Auswahl der Lösungsansätze

Die unterschiedlichen Ideen werden in dieser Phase gemeinsam bewertet. Wichtig ist es, dass im Rahmen der Mediation alle möglichen Alternativen und Optionen nicht nur besprochen und bewertet werden, sondern auch auf ihre Realisierbarkeit überprüft werden. Aufgrund der Bewertung werden dann die realisierbaren Vorschläge, mit denen alle leben können und die den Interessen möglichst weitgehend gerecht werden, als Lösungsansätze ausgewählt.

Phase 6: Entscheidung für die optimalen Lösungen/Umsetzungsplan

Die im Rahmen der Problemlösungsphase erarbeiteten Teillösungen werden schließlich zu einer Gesamteinigung zusammengeführt. Der Mediator muss herausfinden, ob tatsächlich alle aktuellen Streitpunkte beseitigt wurden. Die Einigung muss ausgewogen und fair sein. Sie wird dann durch den schriftlichen Vergleich festgehalten.

Nach deutschem Recht gibt es grundsätzlich keinen Formzwang der Abschlussvereinbarung. Sie kann grundsätzlich formfrei geschlossen werden, es sei denn, es wurde Schrift- oder Textform vereinbart (Art. 127 BGB) oder sie enthält formbedürftige Rechtsgeschäfte. Dann bedarf sie der Form, die dem vereinbarten Rechtsgeschäft entsprechen würde (§§ 313, 623, 766 BGB)⁹⁷.

⁹⁷ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 697.

Anders ist es in Polen, wo der Vergleich immer zum Protokoll eingezogen wird (Art. 183¹³ KPC). Er bedarf demnach immer schriftlicher Form. Wenn es erforderlich ist, muss der Vergleich auch in einer besonderen, für das Rechtsgeschäft erforderlichen Form geschlossen werden⁹⁸.

Umsetzung der Mediationsergebnisse/richterliche Kontrolle der Abschlussvereinbarung

Die Einigung im Rahmen der Mediation muss je nach den Umständen auch noch umgesetzt oder vollzogen werden. Soweit es erforderlich ist, ist das Mediationsergebnis noch in behördliche Bewilligungen und Genehmigungen zu überführen. Von entscheidender Bedeutung ist auch die Sicherstellung der vollstreckungsmäßigen Durchsetzbarkeit der in der Abschlussvereinbarung niedergelegten Rechte. Abschlussvereinbarungen sollten daher regelmäßig tituliert werden⁹⁹.

Wie schon gesagt wurde, schließen die Streitparteien in Polen die Übereinstimmung in Form des Vergleiches (Art. 183¹³ KPC), der jeweils zum Protokoll eingezogen wird. Es gibt dabei keinen Unterschied, ob der Vergleich auf Grund der Richtung des Gerichtes oder des Mediationsvertrages stattgefunden hat. Wichtig ist es, dass die Rechtsmacht dieses Vergleiches durch Art. 183¹⁵ KPC mit dem Prozessvergleich gleichgesetzt wird¹⁰⁰. Das bedeutet, dass sie sowohl die gleichen materiellrechtlichen als auch die gleichen prozessrechtlichen Folgen hervorrufen. Die wichtigste Auswirkung betrifft die Titulierung: der vor dem Mediator geschlossene Vergleich bildet den Vollstreckungstitel (Art. 777 § 1 Nr. 2¹ KPC), gleich wie der Prozessvergleich (Art. 777 § 1 Nr. 1 KPC). Nicht alle Folgen dieser Vergleiche sind aber gleich. Der Mediator muss nach dem Einigungsschluss das Protokoll (mit dem darin einbezogenen Mediationsvergleich) unverzüglich im Gericht zusammenvorlegen. Dort findet die rechtliche Kontrolle dieses Vergleiches statt. Das Gericht prüft, ob er: mit Treu und Glauben angefertigt wurde oder ob er den Rechtsgrundsätzen nicht widerspricht, nicht zur Umgehung der Rechte führt, nicht unverständlich ist und keine Widersprüche enthält. Dann genehmigt es den Vergleich oder versieht ihn mit der Vollstreckungsklausel, wenn er vollstreckbar ist. Wenn dieser Vergleich durch das Gericht genehmigt wird, wird er schon ein Vollstreckbarkeitstitel (Art. 776 KPC). Er hat damals die gleiche Rechtskraft wie der Prozessvergleich (nachdem ihm die Vollstreckungsklausel aufgegeben wurde)¹⁰¹.

In Deutschland endet die Mediation mit der Abschlussvereinbarung. Grundsätzlich kann diese Übereinkunft die Form eines rechtlich verbindlichen Vertrages oder einer gemeinsamen Erklärung haben¹⁰². Sie kann aber auch den materiellrechtlichen Vergleich bilden, wenn die Voraussetzungen des § 779 BGB erfüllt sind¹⁰³. Diese Vereinbarung unterliegt grundsätzlich nicht der richterlichen Inhaltskontrolle (abgesehen von der Verbrauchermediation,

⁹⁸ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 89.

⁹⁹ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 697, 698.

¹⁰⁰ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 87.

¹⁰¹ *Ibidem*, S. 88.

¹⁰² S. Kessen, M. Troja, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 417.

¹⁰³ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 694.

vgl. § 310 Abs. 3 BGB)¹⁰⁴. Es gibt aber verschiedene Optionen ihrer Titulierung (um die eventuelle Zwangsvollstreckung zu ermöglichen):

- der Anwaltsvergleich (§ 796a ZPO, vollstreckbar nach § 794 Abs. 1 Nr. 4b ZPO),
- notarielle Urkunde (vollstreckbar nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder
- ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut (§ 1053 Abs. 1 S. 2 ZPO).

Wenn aber die Mediation auf den Vorschlag des Gerichts vorgenommen wurde, sind ihre Folgen mit polnischem Recht vergleichbar. Bei Erfolg kann ein Titel der jeweiligen (durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten) Güterstelle¹⁰⁵ entstehen (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ZPO) oder sonst durch Protokollierung (also Prozessvergleich) erreicht werden (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO)¹⁰⁶. Der auf dem Wege der Mediation geschlossene Vergleich wird demnach in diesem Fall im Hinblick auf seine Folgen dem Prozessvergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ZPO) gleich gestellt. Anders wäre doch die Beendigung des geruhten Prozesses unmöglich.

VIII. Der Mediator

1. Auswahl des Mediators und seine Zustimmung

Die Regelungen, die die Auswahl des Mediators und seine Zustimmung betreffen, dienen vor allem der Verwirklichung der Parteiautonomie und des Freiwilligkeitsgrundsatzes. Die zutreffende Auswahl des Mediators ist für die Führung der Mediation sehr wichtig. „Mediation ist nämlich so gut, wie gut der Mediator ist“¹⁰⁷. Im Hinblick auf die Parteiautonomie bleibt die Auswahl des Mediators grundsätzlich in der Entscheidung der Streitparteien.

Dieser Grundsatz gilt in der Mediation sowohl in Deutschland als auch in Polen. Das polnische Gesetz sieht aber eine Ausnahme vor, die die Mediation von der Richtung des Gerichts betrifft. Gemäß Art. 183⁹ KPC wird der Mediator in diesem Fall durch das Gericht angeordnet, um das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien können aber trotzdem den Mediator selbst wählen, wenn die durch den Richter gewählte Person ihnen nicht gefällt.

Im Hinblick auf den Freiwilligkeitsgrundsatz muss der Mediator in Polen immer der Führung der Mediation zustimmen. Wenn er dies absagt, darf das Mediationsverfahren nicht anfangen¹⁰⁸. Es besteht dabei nur eine Beschränkung: nach dem polnischen Gesetz darf der ständige Mediator die Führung der Mediation nicht verweigern, es sei denn, er hat dafür wichtige Gründe (z.B. Zeitmangel) – Art. 183² § 4 KPC, Art. 183⁶ § 2 Nr. 1 KPC. In Polen können die Gesellschafts- und Berufsorganisationen die Listen der ständigen Mediatoren führen. Die Eintragung auf solche Liste bedarf der Zustimmung und deshalb ist der ständige Mediator in seinem Absagerecht beschränkt. Den Zugang zu diesen Listen ermöglichen die Bezirksgerichte (Art. 183² § 3 KPC).

¹⁰⁴ *Ibidem*, S. 694.

¹⁰⁵ Vgl. § 15a Abs. 6 EGZPO.

¹⁰⁶ I. Saenger, [in:] I. Saenger, *op. cit.*, S. 513, 1435; F. Foerste, [in:] H.-J. Musielak, *op. cit.*, S. 846.

¹⁰⁷ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 53.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 183⁶ § 1 KPC, Art. 183⁶ § 2 Nr. 2 KPC und Art. 183⁶ § 2 Nr. 3 KPC.

Mangels gesetzlichen Regelungen in Deutschland darf man auf Grund der teleologischen Auslegung (im Hinblick auf den Freiwilligkeitsgrundsatz) davon ausgehen, dass die Mediatoren in Deutschland auch der Führung des Verfahrens zustimmen müssen.

2. Die Rechtsstellung und Verantwortlichkeit des Mediators

Es ist problematisch eindeutig zu sagen, was für eine rechtliche Verbindung zwischen den Mediatoren und den Medianten besteht und ob der Mediator für die unerwünschten Folgen seiner Arbeit haften soll. Diese Probleme sind in den Gesetzen ausdrücklich nicht geregelt, deshalb werden sie in der Fachliteratur mehrmals angeschnitten.

In der polnischen Literatur wird es vor allem die Meinung vertreten, dass der Mediator mit jeder Streitpartei durch den Vertrag über die Geschäftsbesorgung (entgeltliche Dienstleistung) gemäß Art. 750 KC verbunden ist. Diese Verabredung ist dem Auftrag ähnlich. Sie muss den Vertraulichkeitsgrundsatz realisieren, was auch gesetzlich geregelt ist (Art. 183⁴ KPC). Deshalb trägt der Mediator gemäß Art. 471 KC die Verantwortlichkeit für den Schaden, der wegen der Nichtbehaltung des Mediationsgeheimnisses entstanden ist. Er ist aber weder für die Erfolgslosigkeit dieses Verfahrens noch für die Nichtbestätigung des Mediationsvergleiches durch das Gericht verantwortlich, es sei denn, er hat die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen (Art. 355 § 2 KC)¹⁰⁹.

In der deutschen Literatur wird es erwähnt, dass die Parteien mit dem Mediator einen gesonderten Dienstvertrag von Geschäftsbesorgungscharakter (§§ 675, 611 BGB) – Mediationsvertrag schließen, der sowohl die Leistungen und Pflichten des Mediators als auch die Honorar- und Haftungsfragen regelt¹¹⁰. Die Konfliktparteien sind Gesamtgläubiger im Hinblick auf die geschuldete Leistung (§ 432 BGB), anders als in Polen, wo solche Verantwortlichkeit gesondert geregelt sein muss¹¹¹. Sie schulden ihrerseits die Vergütung als Gesamtschuldner (§§ 421, 427 BGB). Auch anders als nach dem polnischen Recht kann der Mediationsvertrag ausnahmsweise ein Geschäftsbesorgungsvertrag von Werkvertragscharakter sein, wenn der Schwerpunkt der Mediationstätigkeit in der Erstellung einer Expertise sein soll¹¹². Der Mediator haftet grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln – also gleich wie in Polen – für Vorsatz und (jede) Fahrlässigkeit (§ 276 BGB) nach den Grundsätzen über die positive Vertragsverletzung nach §§ 280, 281 BGB.

Es gibt demnach keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Status und der Verantwortlichkeit des Mediators in Deutschland und in Polen.

3. Die Vergütung des Mediators

Sowohl in Polen als auch in Deutschland soll das Honorar des Mediators in einer Honorarvereinbarung geregelt werden.

¹⁰⁹ P. Sobolewski, *op. cit.*, S. 36.

¹¹⁰ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 685.

¹¹¹ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 63.

¹¹² B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 685, 686.

Die Höhe des Honorars des Mediators wird nach dem deutschen Recht nicht begrenzt¹¹³. Ganz anders ist es in Polen, wo die Maximale Quote der Vergütung des Mediators 1000 zł beträgt, wenn die Mediation nach der Einweisung des Gerichts erfolgt. Diese Lösung wird in der ganzen polnischen Literatur kritisiert. Es wird betont, dass solches Honorar nicht genug ist, vor allem wenn die Sache kompliziert ist. Deshalb schließt diese Regulation den tatsächlichen Zugang zur Mediation für die schweren, komplizierten Konflikte aus¹¹⁴. Niemand wird doch für weniger als 250 € solche anstrengende Arbeit aufnehmen wollen, namentlich wenn er weiß, dass in Deutschland der Mediator ungefähr 80 bis 300 € (!) pro Stunde verdient¹¹⁵.

4. Pflichten des Mediators

Wie schon gesagt wurde, werden die Pflichten des Mediators in Deutschland durch den Mediationsvertrag geregelt, ergänzend gilt die Mediationsvereinbarung¹¹⁶. In Polen werden sie in dem zwischen dem Mediator und den Parteien geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag geregelt. Es ist auch nicht verboten sie in dem Mediationsvertrag zu regeln.

Der Mediator soll die Parteien unterstützen¹¹⁷. Er muss auch die Einhaltung der Grundsätze des Mediationsverfahrens gewährleisten¹¹⁸. Der Mediator soll auch eine spezielle Ausbildung absolviert haben. Es wird aber oft vertreten, dass die Effektivität der Arbeit des Mediators mehr von seinen Anlagen als von seiner Ausbildung abhängt¹¹⁹. Bei seiner Arbeit sind auch psychologisches Verständnis und Sachkenntnis in dem medierten Fachgebiet sehr hilfreich¹²⁰.

5. Die Person des Mediators – Beschränkungen

Der Zugang zum Beruf des Mediators ist sowohl in Polen als auch in Deutschland grundsätzlich nicht beschränkt.

Gemäß Art. 183² § 1 KPC darf in Polen jede natürliche Person, die voll geschäftsfähig ist und alle öffentlichen Rechte nutzt, die Funktion des Mediators ausüben. Voll geschäftsfähig wird man mit dem achtzehnten Lebensjahr. Problematisch ist es aber, was die „Nutzung aller öffentlichen Rechte“ bedeutet. Dieser Begriff wird leider durch die polnische Rechtsordnung nicht definiert. Der KK sieht aber in Art. 40 die Möglichkeit der Bestrafung durch Beschränkung der öffentlichen Rechte vor. Die Möglichkeit, an solche Information zu gelangen, ist aber begrenzt. Das Urteil wird nur manchmal veröffentlicht, wenn das Gericht so entscheidet und die Informationen von dem Staatsstrafregister (*Krajowy*

¹¹³ *Ibidem*, S. 691.

¹¹⁴ R. Morek, *Mediacja i arbitraż...*, S. 64.

¹¹⁵ <http://www.mediationbonn.de/MediationMenu.htm#Kosten>

¹¹⁶ B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 687.

¹¹⁷ Dieser Pflicht wurde schon im Rahmen des Neutralitätsgrundsatzes besprochen.

¹¹⁸ Alle Pflichten des Mediators ergeben sich aus der Grundsätze des Mediationsverfahrens.

¹¹⁹ E. Kowalczyk, *Mediacja i arbitraż jako przykład interwencji*, RPEiS 1999, Nr. 2, S. 191.

¹²⁰ M. Wolfram-Korn, P. Schnarski, *Außergerichtliche Streitschlichtung in Deutschland dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden-Württenbergs*, München 2001, S. 21, 22.

Rejestr Karny) sind vorbehalten. Der potentielle Mediator kann aber selbst den Auszug aus dem Register jederzeit verlangen, der den potentiellen Mediaten die Information gibt, ob er in seinem öffentlichen Rechten nicht beschränkt wurde¹²¹.

Das polnische Gesetz stellt demnach keine Forderungen, die die Ausbildung des Mediators betreffen. Ganz theoretisch darf er sowohl Jurist oder Psychologe als auch Putzfrau sein – es genügt nur, dass die beide Parteien ihn eingewilligt haben. Die einzelne Beschränkung bezieht sich gemäß Art. 183² § 2 KPC auf den Richter, es sei denn, er befindet sich im Ruhestand.

In Deutschland gibt es dagegen keine gesetzlichen Beschränkungen im Hinblick auf die Person des Mediators. Die Mediatorstelle ist zwar nach der minderen Meinung nur für Rechtsanwälte und Notare vorbehalten¹²², praktisch kommen aber die Teilnehmer an den Mediationsausbildungen (also die zukünftigen Mediatoren) aus den unterschiedlichsten Berufsfeldern¹²³. Im Stuttgarter Modellprojekt sind die Mediatoren Anwälte oder Angehörige anderer Berufsgruppen, während das Berliner Modell auf Richter setzt¹²⁴. Anders als in Polen kann also auch der Richter die Funktion des Mediators ausüben. Dabei gehen aber die Meinungen auseinander, ob aktive Richter tatsächlich Mediatoren sein sollten¹²⁵. Wie schon erwähnt wurde, erfüllt der Richter wegen seiner Entscheidungsmacht das wesentliche Kriterium der Definition des Mediators nicht. Es entsteht zwar für ihn ein gewisser Rollenkonflikt, wenn er sowohl die Sache als auch die Güterverhandlung (gemäß § 278 Abs. 2 ZPO) selbst führt. Wenn aber die Güterverhandlung (gemäß § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO) oder das Mediationsverfahren (gemäß § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO) durch einen anderen (d.h. für den Rechtsstreit nicht zuständigen) Richter geführt werden, entsteht dieses Problem nicht mehr, weil er keine Entscheidungsmacht (in der Sache) hat¹²⁶. Es besteht also weder rechtlicher noch tatsächlicher Grund für die Unzulässigkeit der Ausübung des Berufs des Mediators durch den Richter.

Dafür spricht auch die Praxis. Die gerichtliche Mediation und mit ihr auch die Richtermediatoren spielen heutzutage in Deutschland immer größere Rolle. Bei vielen Gerichten werden die Mediationsverfahren durch besonders als Mediatoren geschulte Richter durchgeführt. Sie erteilen weder Rechtsrat noch äußern die rechtliche Bewertungen. Vor allem dürfen sie in der betroffenen Streitsache als entscheidende Richter nicht berufen werden¹²⁷.

IX. Zusammenfassung

In dieser Abhandlung wurden die Ähnlichkeiten und Unterschiede in der Anwendung der Mediation in Deutschland und in Polen gezeigt. Es wurde vor allem erwähnt, dass

¹²¹ P. Wrześniewski, *Mediacja zamiast sądu*, Rzeczpospolita vom 6.12.2005, S. 5.

¹²² B. Heß, D.H. Sharma, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 690.

¹²³ M. Troja, E. Schwitters, S. Kessen, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 1313.

¹²⁴ W. Gottwald, [in:] F. Haft, K.G. von Schlieffen, *op. cit.*, S. 440.

¹²⁵ *Ibidem*, S. 440.

¹²⁶ L. Løer, *Einbindung von Mediation in den Zivilprozess. Möglichkeiten und Auswirkungen richterlichen Mediation*, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2005, Nr. 6, S. 182 ff.

¹²⁷ http://www.kammergericht.de/Inhalt%20Startseite/KG_mediation.htm

diese Institution im Rahmen des Zivilverfahrens nur durch den polnischen Gesetzgeber gesondert geregelt wurde. Die durchgeführte Rechtsvergleichung zeigte, dass die Mediation heutzutage genauso gut mit der rechtlichen Regulation wie ohne das besondere Gesetz funktioniert. Das polnische Gesetz bricht nämlich die Grundsätze dieser Institution nicht (außer Freiwilligkeit) – es versichert doch ihre Anwendung (was im Rahmen der Vertraulichkeit besonders bedeutend ist). Die Vorschriften des KPC unterstützen dadurch die Effektivität und Popularisierung der Mediation. Der Mangel an der besonderen rechtlichen Regulation der Mediation hat dagegen in Deutschland keine negativen Folgen. Diese Institution funktioniert doch in den bereits bestehenden allgemeinen Rechtsrahmen. Ein wesentlicher Nachteil ist aber nicht zu übersehen: die Medianten in Deutschland müssen sich selbst um die Einhaltung der Grundprinzipien dieses Verfahrens bemühen.