

## Verschwiegenheit und Vertraulichkeit in der Mediation

Vortrag Verein „In Mediation“ am 15.03.2018

### 1. Verschwiegenheit und Vertraulichkeit

Die Vertraulichkeit der im Mediationsgespräch geführten Kommunikation wird als wesentlicher Erfolgsfaktor für die erfolgreiche Konfliktlösung angesehen.

§ 1, Abs. 1 MediationsG:

*„Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.“*

Was „die Vertraulichkeit der Mediation“ genau bedeutet, ist gesetzlich nicht geregelt. Nach Art. 7 Abs. 1 der MediationsRL ist die Vertraulichkeit keine Voraussetzung der Mediation. Die Vertraulichkeit steht vielmehr in der Disposition der Parteien. Sogar eine öffentlich durchgeführte Mediation ist vorstellbar, wenn die Parteien einverstanden sind.

Von der Vertraulichkeit zu unterscheiden ist die gesetzlich geregelte Verschwiegenheit, die in § 4 MediationsG erwähnt ist.

## § 4 MediationsG:

*„Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. <sup>2</sup>Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. <sup>3</sup>Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit*

*1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,*

*2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder*

*3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.*

*Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.“*

Von § 4 Abs. 1 MediationsG umfasster Personenkreis sind nur der Mediator und diejenigen Personen, die er in die Mediation einbezogen hat (Co-Mediatoren, Schriftführer, Protokollanten etc.; nachfolgend zusammengefasst nur „Mediator“ genannt). Nicht gemeint sind die Medianden und von ihnen zugezogene Dritte, wie zB ihre Anwälte oder Sachverständige, weil diese keine dem im MediationsG geregelten Verfahren dienende Tätigkeit ausüben (MüKoFamFG/Ulrici, MediationsG, § 4 Rz. 3).

Die Medianden können in den Grenzen des zwingenden Rechts individuelle Regelungen zur Vertraulichkeit bzw. Verschwiegenheit beschließen, die sie jeweils dann bei ihrer Kommunikation berücksichtigen können (vgl. zu allem MüKoFamFG/Ulrici, MediationsG, § 4 Rz. 4).

## **2. Verschwiegenheit des Mediators**

### **a) Grundsatz und Umfang**

Der Mediator darf vorbehaltlich eines Erlaubnistatbestandes, d.h.

(a) in anderen Fällen als gem. Ziff 1 -3 sowie

- (b) ohne Erlaubnis der geschützten Parteien und
- (c) ohne gesetzliche Aussagepflichten

die erlangten Informationen nicht außerhalb des Mediationsgespräches offenbaren. Nicht umfasst davon sind allg. bekannte oder ihm außerhalb der Mediation bekannt gewordene Informationen. Vertraut ihm ein Mediator etwas vertraulich an, darf er es ohne dessen vorherige Zustimmung nicht der anderen Partei mitteilen.

Von der Verschwiegenheit des § 4 MediationsG nicht umfasst ist der Inhalt Mediationsvereinbarung, sofern die Offenlegung für ihren Vollzug oder Vollstreckung erforderlich ist. Er kann aber nach anderen Regelungen der Verschwiegenheit unterliegen.

Der Mediator hat im Zivilprozess ein „Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen“ gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO

*[„...Personen, denen kraft ihres Amtes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist...“].*

Das gilt auch, soweit in weiteren Verfahrensordnungen auf diese Norm Bezug genommen wird (vgl. § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG, §§ 29 Abs. 2, 30 Abs. 1 FamFG, § 118 Abs. 1 S. 1 SGG, § 98 VwGO).

Im Strafprozess haben der Mediator und seine Hilfspersonen - grundsätzlich - vorbehaltlich §§ 52 ff StPO kein Aussageverweigerungsrecht (§ 52 StPO Zeugnisverweigerung wg. Verwandtschaft; § 53 StPO der Berufsheimnisträger; § 55 StPO Aussageverweigerung bei eigener Strafverfolgung). Etwas anderes könnte gelten, wenn der Mediator zusätzlich einer anderen, zur berufsbedingten Verschwiegenheit verpflichtenden Berufsgruppe angehört (s. dazu auch nachfolgend zu § 203 StGB).

Hierüber sowie über den Umfang der ihn treffenden Verschwiegenheitspflicht muss der Mediator die Medianten umfassend und vor der Mediation bzw. vor Preisgabe von Informationen belehren und dies auch ggf. während der laufenden Mediation wiederholen.

## **b) Anwendbarkeit von § 203 StGB?**

Der Mediator unterfällt ansich nicht den in § 203 Abs. 1 und 2 StGB genannten Berufsgruppen. Etwas anderes könnte gelten, wenn er im „Grundberuf“ den dort genannten Berufsgruppen angehört (vgl. Schönke/Schröder, StGB, § 203 Rz. 37). Für den Anwalt ergibt sich die Verschwiegenheitspflicht bereits aus §§ 43a II BRAO, 2 BORA iVm 18 BORA. (§18

BORA: Wird der Rechtsanwalt als Vermittler, Schlichter oder Mediator tätig, so unterliegt er den Regelungen des Berufsrechts.“) Die Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung durch den Anwaltsmediator ist demnach gem. § 203 StGB strafbar.

Fraglich ist, was genau ein „Grundberuf“ ist und ob dieser immer reflexhaft und unabwendbar auf die Mediatorentätigkeit ausstrahlt, auch wenn der Mediator trotz Anwaltszulassung die Mediation ausdrücklich nicht in diesem Kontext ausübt und auch nicht ausüben will und darauf auch die Parteien ausdrücklich hinweist. Soll er trotzdem dem strengeren berufsrechtlichen Haftungsregime des Anwalts unterworfen werden? Auch wenn die Medianden gar nicht wussten, dass „ihr“ Mediator Anwalt ist? Und umgekehrt: ist er gegenüber dem staatlichen Strafverfolgungsanspruch besser gestellt, als der nichtanwaltliche Mediator, auch wenn er den anwaltlichen „Background“ ausdrücklich aus der Mediation ausgeklammert hat und die Parteien damit einverstanden waren?

Daran schließt sich auch die weitere Frage an, ob auch die übrigen berufsrechtlichen Pflichten für den Mediator (mit „zufälliger“ paralleler Anwaltszulassung) gelten. Darf dieser Mediator eigentlich bspw. direkt mit den Parteien kommunizieren oder verletzt er damit das Umgehungsverbot?

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung mit Fragen dieser Richtung noch nicht beschäftigt bzw. es ist noch keine stringente Handhabung und zutreffende dogmatische Einordnung feststellbar.

Im Zweifel müsste sich der nicht anwaltlich auftretende Mediator, der aber im Grundberuf Anwalt ist, wohl vorsorglich auf ein Aussageverweigerungsrecht infolge der eigenen Strafbarkeit gem. § 203 StGB berufen und sich im Prozess dann ggf. über Rechtsmittel zur Erzwingung der Aussage rechtliche Klarheit durch gerichtliche Entscheidung verschaffen, ob er zur Aussage verpflichtet ist oder nicht.

### c) **Offenbarungspflichten**

Wenn den an sich Schweigepflichtigen eine gesetzliche Offenbarungspflicht trifft ergibt sich ggf. auch für den Mediator eine prozessuale Offenbarungspflicht nach dem jeweils geltenden Verfahrensrecht (vgl. Cierniak/Niehaus, MüKo StGB, § 203 Rz. 91).

Es besteht eine generelle Anzeigepflichtung gem. § 138 StGB („Nichtanzeige geplanter Straftaten“), wenn jemand von dem Vorhaben oder der Ausführung eines der dort

genannten Verbrechen Kenntnis erlangt und die Tat durch Anzeige abwenden kann. Diese Verpflichtung besteht auch für den Mediator.

§ 139 StGB befreit bestimmte berufliche Geheimnisträger (wie u.a. den Anwalt), wenn sie sich ernsthaft bemühen, den Klienten von der Tat abzuhalten oder den „Erfolg“ abzuwenden.

Eine Anzeigepflicht für begangene Straftaten gibt es nicht.

### **3. Verschwiegenheit der Parteien**

Wie ausgeführt gibt es keine gesetzliche Regelung zur Verschwiegenheit der Parteien. Da die Öffnung der Parteien und Preisgabe ihrer Motivationen häufig eine wesentliche Bedingung für den Erfolg einer Mediation ist, stellt sich die Frage, wie die Parteien sich davor schützen können, dass die von ihnen preisgegebenen Gedanken etc. sowohl bei erfolgreicher – aber ebenso bei gescheiterter – Mediation von der anderen Partei Dritten offenbart werden. Hier kommt in Betracht, dass die Parteien im Mediationsvertrag oder in der Mediationsdurchführungsvereinbarung aufgrund ihrer Selbstbestimmtheit Regelungen zur Verschwiegenheit treffen. Sie können so den von ihnen gewünschten Grad der Vertraulichkeit der im Mediationsgespräch erlangten Informationen herstellen. Sie können – in den Grenzen des bestehenden Rechts – Vereinbarungen zu Verschwiegenheitspflichten, Beweisverwertungsbeschränkungen, Verwertungsverbote, Auftritt gegenüber Presse und Dritten etc. treffen (MüKo, aaO, Rz. 9; Greger/Unberath/Steffek/Greger, MediationsG, § 1 Rz. 52; Hagel in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 7, § 151 Rz. 25).

Die Parteien können sich auch gegenseitig verpflichten, den Mediator hinsichtlich der Inhalte des Mediationsverfahrens weder als Zeuge zu benennen, noch von ihm etwaige Mitschriften über das Verfahren heraus zu verlangen. Sie können sich auch gegenseitig verpflichten, den Mediator nicht von einem für diesen bestehenden Zeugnisverweigerungsrecht zu befreien (vgl. dazu u.a. auch Dendorfer MDR 2001, 786). Auch aus Sicht des Mediators könnten solche Vereinbarungen der Parteien in der Mediations- oder Mediationsdurchführungsvereinbarung Klarheit und Rechtssicherheit schaffen.

Verweigert sich eine Partei einer solchen Vereinbarung oder können sich die Parteien nicht auf dem Umfang einigen, kann der Mediator den Parteien aufzeigen, was dies für die Erfolgsaussichten der Mediation möglicherweise bedeuten kann. Ggf. kann sich dies auf die

Tiefe des Mediationsverfahrens bis hin zu dessen Abbruch auswirken. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es wohl einen absoluten Schutz nicht gibt.

#### **4. Verschwiegenheit der Parteienanwälte**

Sind die Medianten anwaltlich vertreten, sollte die Verschwiegenheitsvereinbarung auch von den Parteienanwälten unterzeichnet werden.

Der jeweilige Anwalt sollte seinen Mandanten vor Unterzeichnung darauf hinweisen, dass im Falle des Scheiterns der Mediation das während der Mediation erlangte Wissen, das möglicherweise für den eigenen Prozessausgang vorteilhaft verwendet werden könnte, nicht in den Prozess eingebracht werden kann. Fraglich ist, ob dem Anwalt mögliche spätere Haftungsansprüchen seines eigenen Mandanten wegen zB nicht vollständigen Vorbringens aller für den Mandanten positiven Tatsachen, drohen. Hier es empfehlenswert sein, den Mandanten vorab schriftlich über die Bedeutung der Unterzeichnung der Verschwiegenheitsvereinbarung aufzuklären.

Welche Rechtsfolgen sich bei der Verletzung der Verschwiegenheitspflichten ergeben, richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen..

#### **5. Verschwiegenheit weiterer Dritter**

Muss oder möchte ein Mediant für seine Entscheidung über die Unterzeichnung einer Abschlussvereinbarung Dritte (z.B. aus dem Unternehmen oder dem familiären oder beruflichen Umfeld) einbeziehen, könnte in die Verschwiegenheitsregelung aufgenommen werden, dass vor Weitergabe vertraulicher Informationen die Verschwiegenheitsverpflichtung auch von jedem Dritten unterzeichnet werden muss. Des Weiteren könnte auch aufgenommen werden, dass jeder Mediant nach Aufforderung durch die andere Seite Auskunft erteilen muss, an wen er die Information weitergegeben hat. Auch die Aufnahme einer Regelung zur Haftung des Medianten für die Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung der Dritten und/oder die Aufnahme einer Vertragsstraferegelung kann überlegt werden.

## **§ 1 Abs. 1 MediationsG:**

Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. [...] ]...

## **§ 4 MediationsG:**

Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. <sup>2</sup>Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. <sup>3</sup>Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

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

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren.

## **RICHTLINIE 2008/52/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (MediationsRL)**

### Artikel 7: Vertraulichkeit der Mediation

(1) Da die Mediation in einer Weise erfolgen soll, die die Vertraulichkeit wahrt, gewährleisten die Mitgliedstaaten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, dass weder Mediatoren noch in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen gezwungen sind, in Gerichts- oder Schiedsverfahren in Zivil- und Handelssachen Aussagen zu Informationen zu machen, die sich aus einem Mediationsverfahren oder im Zusammenhang mit einem solchen ergeben, es sei denn,

- a) dies ist aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) des betreffenden Mitgliedstaats geboten, um insbesondere den Schutz des Kindeswohls zu gewährleisten oder eine Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder
- b) die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung ist zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich. [...]