



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 24

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Saskia M. M. MacLaughlin

Arbeitsrechtliche Risiken und Probleme beim Einsatz inner- betrieblicher Mediatoren und Konfliktberater im Verhältnis zum Arbeitgeber



Wolfgang Metzner Verlag

Band 24

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von

Dipl.-Psych. Nicole Becker, M. A.

Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.

Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter

Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Saskia M. M. MacLaughlin

**Arbeitsrechtliche Risiken und Probleme
beim Einsatz innerbetrieblicher Media-
toren und Konfliktberater im Verhältnis
zum Arbeitgeber**



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2018/2019



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2021

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
ISBN 978-3-96117-082-1
ISSN 2365-4155

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Inhalt

Vorwort 4

1. Einleitung 6

2. Hauptteil 8

2.1. Innerbetriebliche Konfliktmanagementsysteme in der Praxis –
Unternehmensbeispiele 9

2.1.1. Methodisches Vorgehen 9

2.1.2. Zusammenfassende Darstellung der Inhalte 10

2.1.2.1. Lufthansa Technik AG 10

2.1.2.2. Maritim Hotelgesellschaft mbH 11

2.1.2.3. Hamburger Sparkasse AG 13

2.1.2.4. Siemens AG 14

2.1.2.5. Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft 14

2.1.2.6. Deutsche Bahn AG 15

2.2. Anwendbarkeit des Mediationsgesetzes auf innerbetriebliche
Konfliktmanagementsysteme 16

2.2.1. Anwendung auf innerbetriebliche Mediatoren 16

2.2.1.1. Gesetzliche Voraussetzungen 16

2.2.1.2. Einschränkung aufgrund arbeitgeberseitigem Weisungsrecht 17

2.2.1.3. Fazit 19

2.2.2. Anwendung auf andere Formen der innerbetrieblichen Konflikt-
beilegung 19

2.2.2.1. Begriffsbestimmung: Konfliktberater 19

2.2.2.2. Rechtliche Übertragbarkeit 20

2.2.3. Praxishinweis 23

2.3. Vertragliche Grundlage der Tätigkeit des Mediators und Konflikt-
beraters 24

2.3.1. Reguläre Mitarbeiter 24

2.3.1.1. Originär arbeitsvertragliche Tätigkeit 24

2.3.1.2. Einseitige Übertragung aufgrund Weisungsrechts 24

2.3.1.3. Vertragliche Vereinbarung 25

2.3.1.4. Einschränkung der übertragenen Aufgaben bei bestehendem Betriebsrat	25
2.3.2. Betriebsräte als Mediatoren	28
2.3.2.1. Originäre Betriebsratstätigkeit	28
2.3.2.2. Übertragung als freiwillige zusätzliche Betriebsratsaufgabe	29
2.3.2.3. Vertragliche Übertragung auf einzelne Betriebsratsmitglieder	31
2.3.3. Praxishinweis	31
2.4. Auswahl der Person des Mediators und Konfliktberaters	33
2.4.1. Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators	34
2.4.2. Auswahlrecht der Konfliktparteien	36
2.4.3. Praxishinweis	38
2.5. Arbeitszeit	39
2.5.1. Tätigkeit in Vollzeit	40
2.5.2. Ehrenamt	40
2.5.3. Ausübung der Zusatzfunktion im Rahmen der Arbeitszeit	41
2.5.3.1. Arbeitsvertragliche Arbeitszeit	41
2.5.3.2. Arbeitsschutzrechtliche Gesichtspunkte	41
2.5.3.3. Vergütungsrechtliche Aspekte	42
2.5.4. Praxishinweis	43
2.6. Vergütung	43
2.6.1. Nichtregelung	44
2.6.2. Ausdrückliche vertragliche Regelung	44
2.6.2.1. Bewertung des ausdrücklichen Ehrenamtes	45
2.6.2.2. Anwendung der regulären Vergütung	45
2.6.2.3. Arbeitsvertraglich vereinbarte Überstundenabgeltungsklausel	45
2.6.2.4. Zusatzvergütung je Fall	46
2.6.2.5. Funktionszulage	46
2.6.3. Auswirkung auf variable Vergütungssysteme	47
2.6.3.1. Keine ausdrückliche vertragliche Regelung	48
2.6.3.2. Anteilige Berücksichtigung der Zusatztätigkeit	48
2.6.4. Praxishinweis	49
2.7. Verpflichtung zur Vertraulichkeit	50
2.7.1. Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht und ihre Grenzen	51
2.7.1.1. Grundsatz und gesetzliche Grenzen	51
2.7.1.2. Einschränkung durch interne Vorschriften	52

2.7.2. Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht aufgrund originärer Tätigkeit	52
2.7.3. Vertragliche Erweiterung	53
2.7.4. Praxishinweis	54
2.8. Haftung des innerbetrieblichen Mediators und Konfliktberaters	56
2.8.1. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung	56
2.8.1.1. Pflichten des Mediators	57
2.8.1.2. Pflichten des Konfliktberaters	57
2.8.1.3. Besondere Pflichten aufgrund des Grundberufes	57
2.8.1.4. Schaden	58
2.8.2. Grundsatz der Arbeitnehmerhaftung	59
2.8.3. Praxishinweis	60
2.9. Schutzrechte für Mediatoren und Konfliktberater	61
2.9.1. Besondere Schutzrechte anderer Funktionsträger	62
2.9.1.1. Sonderkündigungsschutz	62
2.9.1.2. Behinderungsverbot	63
2.9.1.3. Benachteiligungsverbot	63
2.9.1.4. Begünstigungsverbot	64
2.9.2. Übertragbarkeit auf innerbetriebliche Mediatoren	64
2.9.2.1. Analoge Anwendung	64
2.9.2.2. Freiwillige vertragliche Vereinbarung	65
2.9.3. Praxishinweis	66
2.10. Datenschutzrecht	67
2.10.1. Grundsatz des Beschäftigtendatenschutzes	68
2.10.2. Pflichten des Mediators und Konfliktberaters	69
2.10.3. Praxishinweis	69
3. Schlussbetrachtung	71
Literaturverzeichnis	73
Abkürzungsverzeichnis	77
Anhang	81
Über die Autorin	92

Vorwort

Dieses Buch basiert auf der überarbeiteten Fassung meiner Masterarbeit im 10. Jahrgang des Master-Studiengangs Mediation und Konfliktmanagement (2018 bis 2019) an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

Die Arbeit widmet sich den arbeitsrechtlichen Fallstricken, welche sich bei der praktischen und rechtlichen Implementierung und Umsetzung innerbetrieblicher Mediation ergeben. Die Mehrzahl juristischer Veröffentlichungen in diesem Bereich befasst sich lediglich mit den Gründen für Konflikte am Arbeitsplatz und den Vorteilen einer Lösung derselben durch Mediation, sei dies durch den Einsatz inner- oder außerbetrieblicher Mediatoren. Der Schwerpunkt der Literatur zur innerbetrieblichen Mediation liegt dabei auf der adäquaten Organisations- und Verfahrensgestaltung, um betriebliche Anerkennung von Mediation und Konfliktlösungsmechanismen zu gewährleisten und damit deren Erfolgsaussichten zu erhöhen, sowie den Vorteilen des Einsatzes innerbetrieblicher statt externer Mediatoren. Unbeachtet bleiben jedoch die damit einhergehenden arbeitsrechtlichen Fragestellungen, die sich beim Einsatz innerbetrieblicher Mediatoren ergeben. Diese Lücke soll durch das vorliegende Buch geschlossen werden.

Zuvorderst gebührt mein Dank den Unternehmensexperten, welche mir Ihre Zeit für die Interviews zur Verfügung gestellt, ihre praktischen Erfahrungen geteilt und dadurch die Arbeit tatkräftig gefördert haben: Nicole Berlik (Hamburger Sparkasse AG), Nils Goltermann M.M. (Deutsche Bahn AG), Anja Gründler (Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft), Christiane Händel (Deutsche Bahn AG), Oliver Lokay (Lufthansa Technik AG), Richard Mayer (Maritim Hotelgesellschaft mbH) und Stefan Moschko (Siemens AG).

Zudem danke ich Dr. Alexander Steinbrecher, der diese Arbeit betreut und mit wertvollen Hinweisen gefördert hat. Mein Dank gilt außerdem den Verantwortlichen des Master-Studiengangs Mediation und Konfliktmanagement Prof. Dr. Ulla Gläßer LL.M., Diplom-Psychologin Kirsten Schroeter, Dr. Felix Wendenburg M.B.A. und Diplom-Psychologin Nicole Becker M.A. für die Aufnahme dieser Masterarbeit in die Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Mann, ohne dessen Unterstützung meine Ausbildung an der Viadrina nicht möglich gewesen wäre, und meinen Eltern und meiner Schwester, die mir wie immer zur Seite standen, diese Arbeit engagiert begleitet und korrigiert haben.

Ich widme diese Masterarbeit meiner Familie.

Saskia M.M. MacLaughlin, LL.M., November 2020

1. Einleitung

Bereits vor Umsetzung der europäischen Mediations-RL und Einführung des MediationsG vom 21.07.2012 in Deutschland war das Interesse der Wirtschaft an alternativen Streitbeilegungsverfahren groß und ist seitdem stetig gewachsen. Dies erkennt man bereits an der Liste der 60 Mitgliedsunternehmen des RTMKM¹, welcher im Mai 2008 erstmals tagte² und dem viele namhafte Vertreter der deutschen Wirtschaft angehören. Darüber hinaus nehmen weitere, nicht näher bezeichnete Unternehmen zur potentiellen Vorbereitung einer Mitgliedschaft am RTMKM teil. Einige dieser Unternehmen setzen auf ein Konfliktmanagementsystem im Zusammenhang mit B2B-Konflikten, bei anderen Unternehmen wurden innerbetriebliche Konfliktmanagementsysteme (nachfolgend „IKMS“) zur Bearbeitung und Lösung innerbetrieblicher Konflikte eingeführt.

Entsprechend groß ist auch die Aufmerksamkeit in der einschlägigen Literatur. Viele Veröffentlichungen befassen sich mit den Gründen für Konflikte am Arbeitsplatz³ und deren Folgen.⁴ Thematisiert werden darüber hinaus vielfach die Vorteile einer Konfliktlösung durch Mediation, sowohl inner- oder außerbetrieblich⁵ sowie der Organisations- und Verfahrensgestaltung im Zusammenhang mit der Einführung eines dauerhaft erfolgreichen IKMS.⁶ Ebenso umfassend diskutiert und bewertet werden die grundsätzlich mit der Implementierung eines IKMS arbeitgeberseitig verbundenen Hoffnungen und Interessen im Hinblick beispielsweise auf eine Änderung der Konfliktkultur oder die Reduktion von Transaktionskosten aufgrund der Vermeidung arbeitsgerichtlicher Verfahren.⁷

¹ <https://www.rtmkm.de/mitglieder-und-aktive-unternehmen/>, Stand 23.08.2020, zuletzt aufgerufen am 23.11.2020.

² <https://www.rtmkm.de/geschichte-und-entwicklung/>, zuletzt aufgerufen am 23.11.2020.

³ Mayer, Konfliktodynamik 2013, 320f.; Sailer, Konfliktodynamik 2013, 244f.; Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 338; Haft/Schlieffen-Ponschab/Dendorfer, § 24 Rn. 3.

⁴ Ponschab/Dendorfer, BB-Beilage 2001, Nr. 2, S. 2.

⁵ Moll-Dendorfer-Ditges/Ponschab, § 82 Rn. 1ff.; Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 338; Sailer, Konfliktodynamik 2013, 247, 250f.; Ponschab/Dendorfer, AnwBl 2000, 651; Ponschab/Dendorfer, BB-Beilage 2001, Nr. 2, S. 4; Klowait, ZKM 2006, 174f.; Haft/Schlieffen-Prütting, § 21 Rn. 36; Haft/Schlieffen-Ponschab/Dendorfer, § 24 Rn. 50–62; Ayad, S. 312, 382; Andrelang, S. 58; Nink, S. 62–73.

⁶ Sehr detailliert hierzu: Proksch, S. 97–126.

⁷ Thiesen, Konfliktodynamik 2012, 18, 20f.; Sailer, Konfliktodynamik 2013, 245; Ponschab/Dendorfer, AnwBl 2000, 652f.; Ponschab/Dendorfer, BB-Beilage 2001, Nr. 2, S. 6; Budde, S. 112; Haft/Schlieffen-Prütting § 21 Rn. 53; Lukas/Dahl-Klowait, Kap. 2 Rn. 88.

Im Gegensatz dazu bleiben die nicht weniger relevanten Bereiche der arbeitsrechtlichen Risiken und Probleme, die sich bei dem Einsatz innerbetrieblicher Mediatoren bzw. Konfliktberater ergeben⁸, wissenschaftlich unberührt. Hiervon ausgehend beschäftigt sich die vorliegende Arbeit vertieft mit diesem Themenbereich.

Ziel dieser Abhandlung ist es, die einzelnen Problemfelder aufzudecken und sich daraus ergebende Fragestellungen aufzugreifen, um sodann rechtlich zulässige Lösungen für das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Mediator bzw. Konfliktberater aufzuzeigen. Zudem setzt sie sich mit der aktuellen Handhabung in Unternehmen, die bereits IKMS einsetzen, auseinander. Die Informationen basieren auf von der Verfasserin geführten Gesprächen mit den jeweils verantwortlichen Personen und veröffentlichten Beiträgen in der Fachliteratur und lassen eine klare Schlußfolgerung zu. Abschließend wird ein Fazit gezogen. Der Arbeit ist als Anhang der Entwurf von Zusatzvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und innerbetrieblichem Mediator und Konfliktberater beigefügt.

⁸ Die sich für die Konfliktparteien sowie die Beteiligung eines bestehenden Kollektivorgans ergebenden arbeitsrechtlichen Frage- und Problemstellungen sind nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

2. Hauptteil

Viele deutsche Unternehmen haben bereits IKMS zur Reduzierung und Lösung von Konflikten am Arbeitsplatz eingeführt. Gleichwohl finden sich in den veröffentlichten Erläuterungen und Beschreibungen der beispielsweise bei E.ON, der DB AG, SAP oder Maritim bestehenden IKMS vorrangig Darstellungen der damit verfolgten Ziele sowie eine teilweise sehr detaillierte Beschreibung der Ausgestaltung und der bisher bestehenden, durchweg positiven Praxiserfahrungen.⁹ Aussagen hinsichtlich der zugrundeliegenden arbeitsrechtlichen Ausgestaltung finden sich nur begrenzt.

Die zunehmende Verrechtlichung der Mediation seit Einführung des MediationsG führt allerdings dazu, dass arbeitsrechtliche Fragestellungen bei der Implementierung eines IKMS, bei welchem die Mediatoren oder Konfliktberater zugleich Arbeitnehmer¹⁰ des Unternehmens sind, eine große praktische Relevanz erlangen; z. Bsp. die rechtssichere Übertragung einer derartigen Tätigkeit.

Zunächst sollen in dieser Arbeit daher die in einigen Unternehmen eingeführten IKMS überblicksartig dargestellt werden. Unter dem Begriff IKMS wird vorliegend jedes innerbetriebliche System zur Lösung der am Arbeitsplatz auftretenden Konflikte verstanden; unabhängig von der Anzahl der Lösungselemente oder der daran beteiligten Mitarbeiter. Im Anschluss erfolgt eine Prüfung, welche Rechte und Pflichten für Mediatoren und Konfliktberater sich aus bereits existierenden gesetzlichen Regelungen ergeben, um im weiteren Verlauf detailliert auf die einzelnen regelungsfähigen und -bedürftigen Fragestellungen einzugehen. Im Rahmen der die rechtlichen Themenbereiche jeweils abschließenden Praxishinweise werden die Folgerungen der Verfasserin sowie die praktische Umsetzung anhand der Unternehmensbeispiele dargestellt.

Eine Differenzierung zwischen Mediatoren und Konfliktberatern erfolgt im Folgenden, soweit sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für ihren Einsatz unterscheiden.

⁹ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 345f., 349; Thiesen, *Konfliktdynamik* 2012, 18f.; Schroeter/Rogmann/Redlich, *Konfliktdynamik* 2012, 147; Ponschab/Dendorfer, *BB-Beilage* 2001, Nr. 2, S. 7f.; Budde, S. 229; Haft/Schlieffen-Ponschab/Dendorfer § 24 Rn. 73, 77; Zartmann, S. 148; Proksch, S. 101.

¹⁰ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die zusätzliche Formulierung der weiblichen Form verzichtet. Es wird deshalb darauf hingewiesen, dass die ausschließliche Verwendung der männlichen Form explizit als geschlechtsunabhängig verstanden werden soll.

2.1. Innerbetriebliche Konfliktmanagementsysteme in der Praxis – Unternehmensbeispiele

Nachfolgend soll zunächst eine kurze Übersicht über die aktuelle Handhabung des IKMS in einzelnen Unternehmen in Bezug auf Konflikte am Arbeitsplatz erfolgen. Diese dienen sodann im weiteren Verlauf an einzelnen Stellen als Praxisbeispiele. Die Informationen stammen aus Gesprächen der Verfasserin mit Mitarbeitern der Unternehmen, die entweder bei der Implementierung des IKMS mitgewirkt haben oder derzeit an dessen weiteren innerbetrieblichen Etablierung beteiligt sind. Der nachfolgende Abschnitt beschreibt zunächst das methodische Vorgehen bei der Vorbereitung und Durchführung der Experteninterviews. Anschließend werden deren Ergebnisse dargestellt.

2.1.1. Methodisches Vorgehen

Ein Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es, die arbeitsrechtlichen Erwägungen im Zusammenhang mit IKMS und die praktische Handhabung in Unternehmen gegenüber zu stellen, um deren Unterschiede und Gemeinsamkeiten aufzeigen zu können. Hierzu wurden von der Verfasserin Experteninterviews durchgeführt. Um einen möglichst großen Kreis an Interviewpartnern zu erhalten, versandte die Verfasserin ein Schreiben¹¹ an den RTMKM und nutzte zudem bestehende Kontakte zu einzelnen Mitgliedsunternehmen des RTMKM, um so über einen anderen Weg auf das Anschreiben aufmerksam zu machen und die Stichprobe zu vergrößern.

Um den unternehmensspezifischen Besonderheiten ausreichend Raum zu geben, wurden leitfadengestützte, nicht-standardisierte Interviews¹² geführt. Diese Vorgehensweise hatte natürlich auch unterschiedlich lange Gespräche zur Folge, welche sich allerdings nicht auf deren Informationsreichtum auswirkten. Seitens der Verfasserin war bei Erstellung des Leitfadens eine Dauer von ca. 1 Stunde anvisiert, die jedoch teilweise unter- oder überschritten wurde. Mit den Ansprechpartnern der in Hamburg ansässigen Unternehmen, die Hamburger Sparkasse AG und Lufthansa Technik AG, führte die Verfasserin persönliche Gespräche. Die weiteren Interviews fanden telefonisch statt.

Die Verfasserin führte während der Interviews Protokoll. Das verschriftlichte Interviewmaterial wurde den Befragten im Nachgang zur Verfügung gestellt und

¹¹ Siehe Anhang: „Anfrage Gespräch Masterarbeit“.

¹² Siehe Anhang: „Leitfaden Experteninterview“.

durch sie freigegeben. Bereits während der Interviews gaben alle Befragten ihr Einverständnis zu einer namentlichen Nennung des Unternehmens und ihrer Person.

2.1.2. Zusammenfassende Darstellung der Inhalte

Neben den Experteninterviews wurden auch Veröffentlichungen zu diesen Unternehmen bei der Auswertung herangezogen. Hierbei zeigt sich, dass die mit der Implementierung verbundenen Vorstellungen und bewerteten Ursachen der Konflikte am Arbeitsplatz und im Arbeitsumfeld in den Unternehmen sehr ähnlich sind, die jeweilige Ausgestaltung der Lösungsverfahren jedoch sehr unternehmensspezifisch und individuell ist. Im Folgenden soll daher als erstes der jeweils vorliegende innerbetriebliche Entwicklungsstand der spezifischen IKMS beschrieben werden. Die Reihenfolge der Darstellung der Unternehmensbeispiele orientiert sich an der zeitlichen Reihenfolge der geführten Interviews. Die Terminierung folgte keinem methodischen Kriterium, sondern orientierte sich an der Verfügbarkeit der Experten.

2.1.2.1. Lufthansa Technik AG¹³

Die LHT AG hatte bereits 2006 damit begonnen, ein mehrstufiges IKMS einzuführen. Nachdem es zunächst eine Betriebsvereinbarung zum Umgang mit zwischenmenschlichen Konflikten gab, besteht diesbezüglich seit Juli 2018 eine Konzernbetriebsvereinbarung bei der LHT AG Gruppe, welche unter anderem den Einsatz von Konfliktlotsen, Konfliktberatern und Mediatoren regelt.¹⁴ Es wurde dabei bewusst die Entscheidung getroffen, vorrangig (freigestellte) Mitglieder der örtlichen Betriebsräte im Bereich Konfliktberatung zusätzlich auszubilden und als innerbetriebliche Konfliktlotsen einzusetzen. Hierdurch erhofft man sich, die bereits von den Mitarbeitern genutzten Ansprechpartner auch offiziell in das IKMS einzubinden und so Synergien zu erzeugen. Ziel war und ist es, dass zumindest ein Konfliktlotse pro Unternehmensstandort tätig ist. Bei Bedarf erfolgen kontinuierlich Schulungen weiterer Konfliktlotsen. Zudem finden fortlaufend und in regelmäßigen Abständen Weiterbildungen und Networkingevents der bereits amtierenden Konfliktlotsen statt. Hierdurch soll den Mitarbeitern ein niedrigschwelliger

¹³ Die nachfolgenden Informationen basieren auf einem persönlichen Gespräch mit Herrn Oliver Lokay, Gruppenleiter Psychosoziale Beratung, Medical Services & Health Management bei der Lufthansa Technik AG und zertifizierter Mediator, am 10.5.2019.

¹⁴ Die aktuelle Konzernbetriebsvereinbarung liegt der Verfasserin vor.

Einstieg in das Beratungsangebot ermöglicht werden. Im Regelfall stehen die Konfliktlotsen einer der Konfliktparteien beratend zur Seite.

Als nächste Stufe in bis dahin noch nicht gelösten Konfliktsituationen steht den Mitarbeitern die Beratung durch Mitarbeiter der betrieblichen Sozialberatung zur Verfügung. Diese sind hauptberuflich und ausschließlich in diesem Bereich tätig. Hierbei wird ein breites Spektrum an Gesprächsmöglichkeiten, von einer Einzelberatung bis zu einem moderierten Gespräch unter Beteiligung aller Konfliktparteien, angeboten.

Sofern die beiden genannten Möglichkeiten nicht zu einer Lösung führen oder der Konflikt bereits derart weit eskaliert ist, dass offensichtlich keine dieser Möglichkeiten in Betracht kommt, kann auf Empfehlung der Sozialberatung eine Mediation auf Kosten des jeweiligen Arbeitgebers durchgeführt werden.

Diese erfolgt entweder durch als Mediatoren ausgebildete interne Experten der betrieblichen psychosozialen Beratung oder durch externe Mediatoren, die einem geprüften Pool angehören.

Die Konzernbetriebsvereinbarung ist für alle Mitarbeiter im Intranet zugänglich. Dort finden sich auch weitere Informationen zum Thema innerbetriebliches Konfliktmanagement sowie eigene Informationen der Konfliktlotsen über ihre Tätigkeit. Eine gesonderte vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Konfliktlotsen besteht nicht.

2.1.2.2. Maritim Hotelgesellschaft mbH¹⁵

Bereits 1999 wurde der seinerzeit wegweisende Beschluss zur Einführung eines IKMS auf Initiative der damaligen Leiterin der Rechtsabteilung der Finanzbau-Maritim-Unternehmensgruppe in enger Zusammenarbeit mit dem damaligen Prokurist im Bereich Personal und späterem Geschäftsführer des Unternehmens getroffen.

Zunächst wurden vier Mitarbeiter im Rahmen des von der EU und dem Land Nordrhein-Westfalen geförderten Modellprojekts „QUAK-Qualifizierung von betrieblichen Konfliktlotsen“ ausgebildet.

¹⁵ Die nachfolgenden Informationen basieren auf einem telefonischen Gespräch mit Herrn Richard Mayer, zertifizierter Mediator, Regionaldirektor bei der Maritim Hotelgesellschaft mbH und deren Vertreter am RTMKM, am 24.6.2019, sowie den folgenden Artikeln: Mayer, Konfliktynamik 2013, 320ff.; Dendorfer, ZKM 2001, 167ff.; Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 342.

Ausgehend von dieser Erfahrung wurde ein internes, auf das Unternehmen zugeschnittenes Schulungskonzept zu den Grundlagen der alternativen Konfliktlösung entwickelt und ein größerer Personenkreis zunächst in den Jahren 2000 und 2001 im Rahmen interner Workshops mit dem Titel „Streit – Konflikt – Problem ohne Streitkultur – Konfliktmanagement – Lösung“¹⁶ geschult. Hierzu gehörten unter anderem alle Hoteldirektoren und ihre Stellvertreter, alle Key-Account-Manager, Personalleiter, Juristen und Referendare der Rechtsabteilung, Mitglieder des Gesamtbetriebsrats sowie die Hauptabteilungsleiter der Hotels.

Dieses Seminarangebot wurde verstetigt und wird weiterhin zweimal jährlich mit aktualisierten Inhalten angeboten.

Im Nachgang zu der ersten Schulungsreihe ließ sich der Unternehmensvertreter am RTMKM aufgrund der großen und durchweg sehr positiven Resonanz im Unternehmen, aber auch aufgrund seines persönlichen Interesses, extern als Mediator ausbilden. Er übt diese Funktion auch weiterhin aus und führt bei Bedarf Mediationen als innerbetrieblicher Mediator durch.

Als nächster Schritt wurde die Entscheidung getroffen, interne Konfliktlotsen in Anlehnung an die Konfliktnavigatoren bei SAP auszubilden.¹⁷ Hierdurch sollte ein niedrigschwelliger und für alle Mitarbeiter erreichbarer Zugang zu Konfliktlösungsmechanismen geschaffen werden. In zwischenzeitlich zwei Staffeln, zuletzt 2017, wurden 8 respektive 9 Mitarbeiter im Rahmen einer internen Schulung zu Konfliktlotsen ausgebildet.

Es ist geplant, auch zukünftig weitere derartige Schulungen anzubieten, um gewährleisten zu können, dass an jedem Unternehmensstandort in Deutschland zumindest ein Konfliktlotse vorhanden ist.

Eine Betriebsvereinbarung über den Einsatz der Konfliktlotsen oder gesonderte vertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Konfliktlotsen bestehen nicht. Jedoch fand eine Verständigung über die Einführung des IKMS zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat statt, welcher das IKMS gutheißt und mitträgt. Unter den als Konfliktlotsen ausgebildeten Mitarbeitern finden sich auch einzelne Betriebsräte.

¹⁶ In der Betitelung der Seminarreihe bestehen minimale Unterschiede in den Aufsätzen von Mayer, *Konflikt* 2013, 322 und Dendorfer, *ZKM* 2001, 169.

¹⁷ Vgl. hierzu die Darstellungen in Briem, *ZKM* 2011, 148f.

2.1.2.3. Hamburger Sparkasse AG¹⁸

Bereits 2016 wurde bei der Haspa die Entscheidung für die Einführung eines IKMS ebenfalls in Anlehnung an die Konfliktnavigatoren bei SAP getroffen. Mit Unterstützung externer Experten wurde eine unternehmensspezifische Ausbildung von Konfliktnavigatoren konzeptioniert und bei der Unternehmensleitung und den Führungskräften vorgestellt. Sodann erfolgte eine Ausschreibung der internen Ausbildung in deren Rahmen letztlich 60 Mitarbeiter im Frühjahr 2017 zu Konfliktnavigatoren ausgebildet wurden. Ziel war und ist es, in Konfliktfällen tatsächliche Hilfe zur Selbsthilfe geben und einen niedrigschwelligen Einstieg in die Konfliktlösung anbieten zu können. Über die Möglichkeit der Unterstützung durch die Konfliktnavigatoren enthält das unternehmenseigene Intranet umfangreiche Informationen.

Die Praxiserfahrung zeigt, dass vielfach ein durch eine der Konfliktparteien angelegtes Gespräch mit einem Konfliktnavigator bereits zu einer eigenverantwortlichen Lösung des Konflikts führen kann. In verhärteten Konstellationen oder bei großen Hierarchieunterschieden zwischen den Konfliktparteien besteht die Möglichkeit, dass die Konfliktnavigatoren die Parteien an weitere Anlaufstellen verweisen oder andere Konfliktlösungsmechanismen aufzeigen.

Eine Betriebsvereinbarung über den Einsatz der Konfliktnavigatoren oder gesonderte vertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Konfliktnavigatoren bestehen nicht. Jedoch fand eine Verständigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat statt, welcher das IKMS gutheißt und mitträgt.

Aufgrund der sehr positiven Erfahrungen seit der Implementierung bestehen grundsätzliche Überlegungen, das IKMS um das explizite Angebot innerbetrieblicher Mediation zu erweitern. Diese Erwägungen werden dadurch begünstigt, dass es bereits einige Mitarbeiter gibt, die als Mediatoren ausgebildet sind und für eine Tätigkeit als innerbetriebliche Mediatoren zur Verfügung stehen.

¹⁸ Die nachfolgenden Informationen basieren auf einem persönlichen Gespräch mit Frau Nicole Berlik, Expertin Personalstrategie bei der Hamburger Sparkasse, verantwortlich für die Konzeptionierung der internen Konfliktnavigatoren und ausgebildete Mediatorin, am 1.7.2019.

2.1.2.4. Siemens AG¹⁹

Bei der Siemens AG sind die Themenbereiche Konfliktberatung, Teambberatung, Einzel- und Gruppencoaching sowie Moderation neben den eher klassischen psycho-sozialen Themen wie Sucht oder private Krisen bei der 1911 gegründeten Sozialberatung platziert und damit dem Gesundheitsmanagement zugeordnet. Die hauptberuflich als innerbetriebliche Sozialberater tätigen Mitarbeiter sind in der Regel speziell in diesem Bereich ausgebildet. Sie unterliegen daher bereits aufgrund ihres Berufes der Schweigepflicht und haben Zeugnisverweigerungsrechte, wie beispielsweise Psychologen oder Sozialarbeiter.

Die Sozialberatung ist bereits aufgrund ihrer mehr als 100-jährigen Historie umfassend im Unternehmen und Konzern etabliert und zudem Gegenstand von Betriebs- und Konzernbetriebsvereinbarungen. Informationen zu den einzelnen Beratungsfeldern und die Kontaktdaten der einzelnen Sozialberater an unterschiedlichen Unternehmensstandorten finden sich im Intranet des Konzerns.

2.1.2.5. Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft²⁰

Als ein weiteres Mitgliedsunternehmen des RTMKM hat sich Ernst & Young 2014 dazu entschlossen, Mitarbeiter zu Mediatoren ausbilden zu lassen und ein IKMS zu etablieren. Seit Anfang 2019 ist der Bereich Konfliktmanagement dem Bereich Teaming und Coaching zugeordnet und wird von hier aus gesteuert. Aktuell sind sieben Mitarbeiter in Deutschland als Mediatoren ausgebildet, die unter Berücksichtigung des Neutralitätsgebots bei entsprechenden Mitarbeiteranfragen eingesetzt werden. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, in eskalierten Konfliktsituationen externe Mediatoren zu beauftragen. Es wird erwogen, zukünftig erneut eine Mediationsausbildung für interessierte Mitarbeiter anzubieten, um den Mediatorenpool zu vergrößern.

Eine gesonderte vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Mediatoren besteht nicht.

¹⁹ Die nachfolgenden Informationen basieren auf einem telefonischen Gespräch mit Herrn Stefan Moschko, Leiter Human Resources Deutschland der Siemens AG, am 2.7.2019.

²⁰ Die nachfolgenden Informationen basieren auf einem telefonischen Gespräch mit Frau Anja Gründler, verantwortlich für High Potential Management, Coaching & Teaming bei Ernst & Young, am 3.7.2019.

2.1.2.6. Deutsche Bahn AG²¹

Die DB AG ist eines der Gründungsmitglieder des RTMKM. Das hiesige IKMS mittels eines internen Mediatorenpools wurde bereits 2008/09 begründet.²² Zwischenzeitlich gehören ca. 170 Mediatoren aus den unterschiedlichen Konzerngesellschaften und Berufsgruppen²³ dem Pool an, von denen ca. 70 Mitarbeiter die Ausbildung zum Mediator unternehmensintern in vier Staffeln seit 2011 und ca. 100 Mitarbeiter bei externen Anbietern absolviert haben. Voraussetzung zur Aufnahme in den Mediatorenpool ist die Zustimmung des direkten Vorgesetzten zu dieser Tätigkeit. Die Mediationen werden in der Regel als Co-Mediation durch zwei Mediatoren unterschiedlichen Geschlechts durchgeführt. Die Fallzahlen seit Einführung des IKMS sind stetig steigend; die Zahl der jährlich durch betriebsinterne Mediatoren im Konzern geleiteten Mediationen bewegt sich im oberen zweistelligen Bereich. Für hoch eskalierte Konflikte, Konflikte unter Beteiligung der gehobenen Führungsebene und betriebsverfassungsrechtliche Konflikte besteht die Möglichkeit, auf einen externen Mediator zurückzugreifen.

Bereits seit Mai 2011 besteht eine Konzernbetriebsvereinbarung über den Einsatz von Mediationen, welche im Januar 2018 im Hinblick auf die rechtlichen Neuerungen durch Einführung des MediationsG und die bis dahin erzielten praktischen Erfahrungen aktualisiert wurde.²⁴ Diese enthält unter anderem deklaratorische Hinweise auf die Grundsätze und Pflichten des MediationsG²⁵ sowie Regelungen hinsichtlich eines Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots für die Beteiligten einer Mediation, des Ausschlusses des Mediators als Zeuge in etwaigen zukünftigen zivil- und arbeitsrechtlichen Gerichtsverfahren und des Datenschutzes. Zudem ist ausdrücklich festgelegt, dass die Mediation während der Arbeitszeit stattfindet. Die Konzernbetriebsvereinbarung ist für alle Mitarbeiter im Intranet zugänglich. Dort finden sich auch weitere Informationen zum Thema innerbetriebliche Mediation und Ausführungen zum Selbstverständnis der Mediatoren. Eine gesonderte vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und innerbetrieblichen Mediatoren besteht nicht.

²¹ Die nachfolgenden Informationen basieren auf einem telefonischen Gespräch mit Frau Christiane Händel, Ombudsstelle Deutsche Bahn AG, und Herrn Nils Goltermann, Syndikusanwalt Deutsche Bahn AG und deren Vertreter am RTMKM, beide zertifizierte Mediatoren, am 10.7.2019; sowie den folgenden Artikeln: Händel, ZKM 2017, 64ff.; Gantz-Rathmann 2009, S. 93ff.

²² Händel, ZKM 2017, 64.

²³ Händel, ZKM 2017, 65.

²⁴ Beide Konzernbetriebsvereinbarungen liegen der Verfasserin vor; vgl. auch Händel, ZKM 2017, 66.

²⁵ Bspw. Vertraulichkeit, Freiwilligkeit, Neutralität und Allparteilichkeit.

2.2. Anwendbarkeit des Mediationsgesetzes auf innerbetriebliche Konflikt-managementsysteme

Die eingangs vorgenommene Betrachtung der aktuellen Situation der IKMS in den genannten Unternehmen zeigt, dass es sehr unterschiedliche und unternehmens-spezifische Vorgehensweisen gibt. Nur teilweise bestehen flankierende Vereinbarungen auf kollektiver Ebene. In einigen Unternehmen wurden lediglich mündliche Absprachen mit vorhandenen Mitarbeitervertretungen bzw. den im Bereich des IKMS eingesetzten Mitarbeitern getroffen.

Fraglich ist an dieser Stelle, ob es zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit möglicherweise entsprechender individualrechtlicher Vereinbarungen bedarf oder ob dies aufgrund der bestehenden Gesetzeslage überflüssig ist. Folgend stellt sich daher die Frage nach dem Anwendungsbereich des MediationsG und der Anwendbarkeit der darin enthaltenen Grundsätze und Pflichten auf innerbetriebliche Sachverhalte. Je umfassender die gesetzlichen Regelungen direkt anwendbar sind, desto geringer sind die zusätzlich vertraglich zwischen Arbeitgeber und dem die entsprechende Funktion begleitenden Arbeitnehmer zu regelnden Aspekte.

Im Folgenden wird daher zunächst dargestellt, inwiefern die Regelungen des MediationsG für innerbetriebliche Mediatoren gelten. Anschließend wird ermittelt, ob diese auch für andere innerbetriebliche, nicht ausdrücklich als Mediatoren tätige Konfliktbearbeiter Anwendung finden. Das Kapitel schließt mit praktischen Hinweisen, die aus den entsprechenden rechtlichen Erwägungen abgeleitet werden.

2.2.1. Anwendung auf innerbetriebliche Mediatoren

2.2.1.1. Gesetzliche Voraussetzungen

Laut der in § 1 Abs. 1 MediationsG enthaltenen Definition ist die Mediation „*ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben*“. Ein Mediator ist gem. § 1 Abs. 2 MediationsG „*eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt*.“ Entsprechend dieser Definitionen für das Verfahren und für die dieses leitende Person²⁶ findet das MediationsG mit den sich

²⁶ Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 1 MediationsG Rn. 1.

daraus ergebenden Rechten und Pflichten für den Mediator Anwendung. Mangels Differenzierung im Gesetzeswortlaut gilt dies unabhängig davon, ob ein externer Mediator beauftragt oder ein interner Mediator auf Basis eines bereits bestehenden Arbeits- oder Dienstvertrages tätig wird.

2.2.1.2. Einschränkung aufgrund arbeitgeberseitigem Weisungsrecht

Die für das Vorliegen einer Mediation erforderliche Unabhängigkeit des Mediators könnte auf Grund seines mit dem Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisses eingeschränkt sein, unterliegt dieser doch dem auch als Direktionsrecht bezeichneten Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Die gesetzliche Voraussetzung seiner Unabhängigkeit ist nicht im Sinne einer freiberuflichen Tätigkeit zu verstehen, sondern „*betrifft in erster Linie die persönliche Unabhängigkeit von den Parteien*“²⁷. Es geht mithin um eine Weisungsfreiheit des Mediators, unabhängig von der Existenz eines arbeitsrechtlichen Vertrages mit dem Arbeitgeber.

Sofern ein Arbeitnehmer zusätzlich zu seiner arbeitsvertraglich originär vereinbarten Tätigkeit innerbetrieblich und einvernehmlich als Mediator tätig wird, handelt es sich arbeitsrechtlich um eine Erweiterung seiner Tätigkeit. Nach § 106 S. 1 GewO unterliegen Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung dem arbeitgeberseitigen Weisungsrecht, sofern Arbeitsvertrag oder kollektivrechtliche Vereinbarung keine anderen Regelungen enthalten. Dies hat zur Folge, dass der als Mediator tätige Arbeitnehmer im Hinblick auch auf diese Tätigkeit grundsätzlich an die Weisungen seines Arbeitgebers gebunden ist. Diese Weisungsgebundenheit ist im Hinblick auf die in § 1 Abs. 2 MediationsG vorausgesetzte Unabhängigkeit als Wesensmerkmal eines Mediators und damit auch des Mediationsverfahrens problematisch.

Am deutlichsten wird dies, wenn der Arbeitgeber als Konfliktpartei an der Mediation teilnimmt. Dies betrifft jedoch nicht nur die Mitglieder der bereits qua Gesetzes zur Vertretung des Arbeitgebers berechtigten Organe, sondern auch die direkten Vorgesetzten des Mediators, da der Arbeitgeber das Direktionsrecht auf andere Personen übertragen kann, die es dann als Vorgesetzte gegenüber den ihnen unterstellten Arbeitnehmern ausüben.²⁸ Die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Weisungsgebundenheit ist jedoch auch im Übrigen problematisch.²⁹

²⁷ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

²⁸ BAG, Urt. v. 10.3.1998 – 1 AZR 658/97, NZA 1998, 1242ff. unter III.1.b).

²⁹ So auch Andrelang, S. 59; Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 3 MediationsG Rn. 16.

So könnten der Arbeitgeber bzw. die weisungsberechtigten Personen den Mediator anweisen, sich aktiv parteiisch zu verhalten und die Interessen einer der Konfliktparteien bevorzugt zu unterstützen oder das Ergebnis des Mediationsverfahrens in eine gewünschte Richtung zu beeinflussen. Ebenso wäre auch eine verdeckte indirekte Belohnung oder Sanktionierung denkbar.

Einer derartigen Weisung, welche die Tätigkeit des innerbetrieblichen Mediators einschränkt oder beeinflusst, hätte der Mediator arbeitsrechtlich gesehen Folge zu leisten. Obwohl das grundsätzlich sehr weit gefasste Weisungsrecht des Arbeitgebers unter anderem durch anderslautende gesetzliche Regelungen eingeschränkt wird, vgl. § 106 S. 1 GewO, kann der Mediator der Weisung nicht mit dem Verweis auf die Definition des MediationsG entgegenreten. Die arbeitgeberseitige Weisung darf vor allem straf- und öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht widersprechen oder gegen arbeitsschutzrechtliche Normen verstoßen.³⁰ Ist dies der Fall, könnte der Arbeitnehmer einer derartigen Weisung rechtmäßig widersprechen und müsste sie nicht einhalten. Bei § 1 Abs. 2 MediationsG handelt es sich jedoch nicht um eine das Weisungsrecht entsprechend einschränkende Schutznorm oder ein Verbotsgesetz, sondern um die Festlegung des Anwendungsbereiches des MediationsG. Eine die Unabhängigkeit einschränkende Weisung hätte damit zur Folge, dass es sich nicht mehr um eine Mediation i.S.d. MediationsG handelt und das Konfliktbearbeitungsverfahren nicht mehr den dort enthaltenen Regelungen unterliegt. Gleichwohl wäre der Mediator aus arbeitsrechtlicher Sicht verpflichtet, sich weisungsgemäß zu verhalten.

Der etwaige Verstoß gegen die im MediationsG formulierte Unabhängigkeit steht damit einer gegenteiligen Weisung des Arbeitgebers nicht entgegen.

Es kann somit festgehalten werden, dass die gesetzliche Voraussetzung der Unabhängigkeit des Mediators von den Konfliktparteien dann offensichtlich arbeitsrechtlich nicht gewährleistet ist, wenn ein Vorgesetzter oder eine gesetzlich oder vertraglich zur Vertretung des Arbeitgebers berufene Person als Konfliktpartei an der Mediation beteiligt ist. Um die auch im Übrigen grundsätzlich bestehenden Eingriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers einzuschränken, empfiehlt es sich, die Weisungsfreiheit für die Ausübung der Tätigkeit als Mediator ausdrücklich festzulegen.³¹

³⁰ *ErfK-Preis*, § 106 GewO Rn. 5.

³¹ Budde, S. 230f.; Nink, S. 180; Andrelang, S. 59.

Gleichwohl lässt sich feststellen, dass auch externe Mediatoren in einer gewissen (wirtschaftlichen) Abhängigkeit zum Arbeitgeber stehen, schließt doch dieser den Dienstvertrag und trägt regelmäßig die Kosten der Mediation.³² Neben der vorstehend angesprochenen vertraglichen Regelung sind daher in jedem Fall auch die Haltung und das Selbstverständnis des Mediators von und gegenüber seiner Rolle und seiner Verantwortung von eklatanter Bedeutung für dessen Unabhängigkeit und Allparteilichkeit und damit letztlich für die Akzeptanz des gesamten IKMS im Unternehmen.

2.2.1.3. Fazit

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass unternehmensinterne Mediatoren den gesetzlichen Regelungen des Mediationsgesetzes unterliegen, sofern sie mit der Beilegung eines bereits bestehenden Konfliktes³³ betraut sind³⁴ und ihre Freiheit von arbeitgeberseitigen Weisungen gewährleistet ist. Eine Differenzierung oder Einschränkung im Vergleich zu externen, nicht als Arbeitnehmer im Unternehmen tätigen Mediatoren besteht nicht.

2.2.2. Anwendung auf andere Formen der innerbetrieblichen Konfliktbeilegung

Sodann stellt sich die Frage, ob das MediationsG auch für Konfliktbearbeiter bzw. -berater Anwendung findet, welche nicht explizit als Mediatoren tätig sind oder sogar ausdrücklich eine andere Bezeichnung tragen.

2.2.2.1. Begriffsbestimmung: Konfliktberater

Einige der deutschen Unternehmen haben sich bei der Einführung des IKMS bewusst für die Etablierung von Mitarbeitern im Bereich der Konfliktbearbeitung entschieden, um einen niedrighschwelligsten Einstieg bei der kollegialen Beratung im Konfliktfall zu ermöglichen. Diese geschulten, aber i.d.R. nicht als Mediatoren ausgebildeten Personen werden zusätzlich zu oder anstelle von innerbetrieblichen Mediatoren eingesetzt.

³² Budde, S. 209; Gantz-Rathmann 2009, S. 96; Haft/Schlieffen-Ponschab/Dendorfer, § 24 Rn. 65f.

³³ Dies ergibt sich aus der Definition des § 1 Abs. 1 MediationsG, die von „ihrem Konflikt“ spricht.

³⁴ Kloweit/Gläßer-Klowait, Teil 3.C Rn. 29; a.A. scheinbar Meyer/Schweitzer, NZA 2013, 546.

So sind beispielsweise bei der LHT AG³⁵ oder bei Maritim³⁶ Konfliktlotsen tätig. Bei der Haspa³⁷ tragen die Mitarbeiter die Bezeichnung Konfliktnavigatoren. Zur Vereinfachung der Lesbarkeit soll im Nachfolgenden einheitlich der Begriff Konfliktberater für diese Gruppe der im Bereich der Konfliktbearbeitung ausgebildeten Mitarbeiter gewählt werden, die nicht als Mediatoren qualifiziert sind. Bei der Bezugnahme auf die Unternehmensbeispiele wird die dort gebräuchliche Begrifflichkeit weiterverwendet.

Diese in der Konfliktberatung tätigen Mitarbeiter haben gemeinsam, dass sie dem von einem Konflikt betroffenen Mitarbeiter als eine der ersten Anlaufstellen zur Verfügung stehen. Ihr Ziel ist es, diesem neutral beizustehen und ihn darin zu unterstützen, – sofern möglich – selbst eine aktive Rolle bei der Konfliktlösung zu übernehmen, d.h. den oder die anderen Konfliktbeteiligten selbst anzusprechen und den Konflikt zu thematisieren. Der Konfliktberater arbeitet damit im Regelfall nur mit einer der Konfliktparteien zusammen. Oft kann durch ein solches Erstgespräch bereits eine Beilegung des Konflikts durch Selbsthilfe erreicht werden. Ist dies jedoch nicht möglich oder hat keinen Erfolg, zeigen die Konfliktberater andere Möglichkeiten der Konfliktlösung oder zusätzliche Maßnahmen auf, unter Umständen unter Einbeziehung Dritter, wie des Vorgesetzten, des Konfliktberaters selbst, des Betriebsrats oder weiterer an dem IKMS beteiligter Personen.³⁸ Ob und wenn ja welches weitere Vorgehen gewählt wird, hängt zunächst allein von der Entscheidung des Ratsuchenden ab.

2.2.2.2. *Rechtliche Übertragbarkeit*

Aus der in der gesetzlichen Definition des § 1 Abs. 1 und 2 MediationsG getroffenen doppelten Verknüpfung zwischen Mediationsverfahren und Mediator folgt, dass es keine „Mediation ohne Mediator“³⁹ und umgekehrt geben kann.⁴⁰ Insofern kann der Standpunkt vertreten werden, dass Konfliktberater, die nicht als Mediatoren qualifiziert und als solche bezeichnet sind, dem Anwendungsbereich des Gesetzes offensichtlich nicht unterfallen. Bei diesen Überlegungen ist jedoch auch zu

³⁵ Vgl. Fn. 13.

³⁶ Informationen aus einem telefonischen Gespräch mit Herrn Richard Mayer, zertifizierter Mediator, Regionaldirektor bei der Maritim Hotelgesellschaft mbH und deren Vertreter am RTMKM, am 24.6.2019.

³⁷ Vgl. Fn. 18.

³⁸ Schroeter/Rogmann/Redlich, *Konflikt*dynamik 2012, 144; Pühl-*Budde*, S. 99f.; Zartmann, S. 135; Proksch, S. 105f.; Troja/Stubbe, ZKM 2006, 122f.

³⁹ Klowait/Gläßer-*Hagel*, Teil 2. § 1 Rn. 4; Risse, *SchiedsVZ* 2012, 245.

⁴⁰ So auch Risse, *SchiedsVZ* 2012, 245.

berücksichtigen, dass der Titel des Mediators auch nach Einführung des MediationsG nicht umfassend gesetzlich geregelt und geschützt ist. Gesetzlich vorausgesetzt ist lediglich eine geeignete Ausbildung und regelmäßige Fortbildung, die dem Mediator theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen vermittelt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation zu führen, § 5 Abs. 1 MediationsG.

Bei der Prüfung der Voraussetzungen kommt es daher auf die begrifflichen Merkmale der Definition an, nicht auf die tatsächliche Bezeichnung des Verfahrens oder der Person, welche dieses leitet.⁴¹

Diese gesetzlichen Merkmale werden deutlicher, wenn man die Doppelung in der gesetzlichen Definition auflöst. Ersetzt man den Begriff des Mediators in § 1 Abs. 1 MediationsG durch die in § 1 Abs. 2 MediationsG enthaltene Legaldefinition und ebenso den in § 1 Abs. 2 MediationsG enthaltenen Begriff der Mediation durch den Terminus „dieses Verfahren“, ergibt sich folgende allgemeine Definition der Mediation:

Es handelt sich um ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe einer oder mehrerer **unabhängiger und neutraler Personen ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch dieses Verfahren führen**, freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben.

Aus der gesetzlichen Definition unter Berücksichtigung der Mediations-RL folgt zudem, dass das Verständnis der den Mediator beauftragenden Parteien von dessen Tätigkeitsumfang maßgeblich ist.⁴² § 1 Abs. 1 MediationsG spricht insoweit von einem Verfahren mit besonderen Merkmalen, welches von den Parteien angestrebt wird. Auch Artikel 3 b Mediations-RL setzt voraus, dass die Person des Mediators von den Parteien ersucht wird, eine Mediation durchzuführen. Entscheidend ist demnach allein, ob die Parteien davon ausgehen, den Konfliktberater zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens zur Konfliktlösung zu beauftragen. Das Selbstbild des Mediators von seiner Tätigkeit hat keine Relevanz.

Nach der von Greger vertretenen Auffassung folgt daraus, dass eine Person, die im Rahmen einer anderweitigen Tätigkeit beauftragt wird und „die Grundsätze,

⁴¹ Vgl. auch Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 1 MediationsG Rn. 11.

⁴² Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 1 MediationsG Rn. 11.

*Instrumente und Techniken der Mediation anwendet*⁴³, nicht als Mediator i.S.d. MediationsG tätig ist. Als Beispiele werden von ihm die Ombudsperson oder der Konfliktmanager benannt. Begründet wird dies neben dem Hinweis auf die entsprechende Beauftragung durch die Parteien damit, dass § 1 MediationsG gemäß der amtlichen Überschrift lediglich eine Begriffsbestimmung beinhaltet, nicht jedoch die Regelung des Anwendungsbereiches.

Dem ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zuzustimmen. Vielmehr wird durch die Legaldefinition nicht nur eine Begriffsbestimmung vorgenommen, sondern auch klar festgelegt, wann und für wen die im Weiteren enthaltenen Regelungen Anwendung finden. In diesen wird insofern auf diese beiden Begriffe abgestellt und deren Vorliegen vorausgesetzt. Es wird hierdurch der Anwendungsbe- reich des MediationsG bestimmt.⁴⁴

Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH, der in einer jüngeren Entscheidung zur Haftung des anwaltlichen Mediators⁴⁵ von einer Tätigkeit der Beklagten als Mediatorin ausgegangen ist, obwohl diese ausdrücklich als Rechtsanwältin in der von ihr betriebenen Schlichtungsstelle und gerade nicht explizit als Mediatorin tätig war. Begründet wurde dies knapp mit dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 MediationsG.

Maßgeblich ist demnach allein, ob die das Verfahren leitende Person von den beteiligten Parteien in Anspruch genommen wird, um diese ohne Wahrnehmung eigener Interessen und Entscheidungskompetenz dabei zu unterstützen, eine den Interessen der Parteien entsprechende Lösung eines bestehenden Konfliktes zu finden. Hervorzuheben ist abschließend, dass das MediationsG in den Begriffsbestimmungen in § 1 MediationsG ausdrücklich den Plural „*Parteien*“ verwendet. Damit wird deutlich, dass zumindest zwei Parteien an einer Mediation teilnehmen müssen.⁴⁶

Überträgt man diesen Maßstab auf Personen, welche innerbetrieblich zur Beratung und Betreuung von Konfliktfällen tätig sind, können auch diese je nach Fallgestal-

⁴³ Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 1 MediationsG Rn. 12.

⁴⁴ Risse, SchiedsVZ 2012, 245; MüKo-Prütting, § 278 ZPO Rn. 66; MüKo-Ulrici, Anhang 1 zu § 278a §§ 1–9 MediationsG Rn. 11; den Gleichlauf zwischen Definition und Anwendungsbereich letztlich auch bejahend: Klowitz/Gläßer-Hagel, Teil 2. § 1 Rn. 4.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 21.9.2017 – IX ZR 34/17, NJW 2017, 3442.

⁴⁶ Klowitz/Gläßer-Hagel, Teil 2. § 1 Rn. 12.

tung die Voraussetzungen der in § 1 Abs. 1 und 2 MediationsG enthaltenen Legaldefinitionen erfüllen und damit vom Anwendungsbereich des MediationsG erfasst werden. Dies ist dann allerdings nicht der Fall, wenn die Tätigkeit des Konfliktberaters lediglich als Anlaufstelle und Ratgeber für eine der betroffenen Parteien ausgestaltet ist, da es hier an der notwendigen zweiten Partei fehlt.

2.2.3. Praxishinweis

Rein rechtlich betrachtet kann der Arbeitgeber aufgrund der ihm zustehenden Rechte in das Mediationsverfahren eingreifen und auf den innerbetrieblichen Mediator einwirken. In der Praxis dürfte hier jedoch eine hohe Hemmschwelle bestehen, da der Arbeitgeber, der das IKMS verbunden mit Kosten implementiert hat, daran interessiert ist, dass dieses von den Mitarbeitern angenommen und erfolgreich etabliert wird. Ausweislich der im Zusammenhang mit der Erstellung dieser Arbeit geführten Gespräche wurde und wird die Weisungsfreiheit der eingesetzten Konfliktberater und Mediatoren in den eingangs genannten Unternehmen uneingeschränkt respektiert und von allen Beteiligten akzeptiert.

Mangels Rechtsprechung zu dieser Fragestellung und im Hinblick auf die uneinheitliche Beantwortung in der Literatur empfiehlt sich eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung, um die Anwendbarkeit der entsprechenden Grundsätze des MediationsG auch für innerbetriebliche Konfliktberater festzuhalten. Zudem würde sich die Prüfung im Einzelfall erübrigen, ob es sich tatsächlich um eine Mediation oder ein anderes Verfahren der Konfliktberatung handelt. Eine derartige Vorgehensweise dürfte zugleich das Vertrauen der Konfliktparteien in das Verfahren stärken, die Akzeptanz des Konfliktberaters erhöhen und etwaige Unsicherheiten der als Konfliktberater tätigen Mitarbeiter reduzieren. Für Mediatoren würde ein aus Transparenzgründen aufgenommener deklaratorischer Hinweis auf die Geltung des MediationsG ausreichen. Im Hinblick auf das auch in Deutschland nach wie vor sehr differenzierte Mediationsverständnis könnten die entsprechenden Regelungen ebenso ausdrücklich in die arbeitsvertragliche Zusatzvereinbarung aufgenommen werden.

Aufgrund der im Arbeitsrecht geltenden Privatautonomie steht eine solche Vorgehensweise den Parteien frei. Je nach Ausgestaltung des IKMS oder der bestehenden Strukturen kann diese Regelung in die mit dem Konfliktberater geschlossene Zusatzvereinbarung oder beispielsweise in eine Betriebsvereinbarung aufgenommen werden.

2.3. Vertragliche Grundlage der Tätigkeit des Mediators und Konfliktberaters

Geht man davon aus, dass der überwiegende Anteil an betriebsinternen Mediatoren und Konfliktberatern weiterhin ihrer arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit nachgeht und die Funktion im Rahmen des IKMS lediglich zusätzlich, somit in Teilzeit übernimmt, stellt sich die Frage nach der vertraglichen Ausgestaltung dieser Tätigkeit und deren Abgrenzung zur originären Tätigkeit. Hierbei gilt es, zwischen regulären Mitarbeitern und Betriebsräten zu differenzieren, die zusätzlich zu ihrer Tätigkeit und dem Ehrenamt als Betriebsrat auch die Funktion des Mediators übernehmen. Nachfolgend sollen die arbeitsrechtlich zulässigen Möglichkeiten der Übertragung dieser Zusatzfähigkeit für diese beiden Mitarbeitergruppen dargestellt werden.

2.3.1. Reguläre Mitarbeiter

2.3.1.1. Originär arbeitsvertragliche Tätigkeit

Grundsätzlich ist der Inhalt des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag festgelegt. Hieraus ergibt sich, welche Tätigkeit des Arbeitnehmers im Austauschverhältnis zu der Vergütungspflicht des Arbeitgebers steht. Sofern der Arbeitnehmer nicht explizit als Mediator oder in der Funktion als Konfliktberater angestellt wurde, folgt die Übernahme einer solchen zusätzlichen Funktion oder Tätigkeit nicht aus dem Arbeitsvertrag. Vielmehr muss diese Funktion entweder einseitig oder einvernehmlich zusätzlich zur bereits bestehenden Tätigkeit übertragen werden.

2.3.1.2. Einseitige Übertragung aufgrund Weisungsrechts

Im Rahmen des gesetzlichen Weisungsrechtes ist der Arbeitgeber zur Übertragung anderer, mit der bereits ausgeübten Tätigkeit vergleichbarer Aufgaben berechtigt. Zudem beinhalten Arbeitsverträge regelmäßig entsprechende Klauseln, welche auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers hinweisen und dieses, soweit arbeitsrechtlich zulässig, erweitern. So kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zusätzliche Aufgaben erteilen oder den Inhalt der Arbeitsaufgabe ändern und dem Arbeitnehmer eine andere, vergleichbare und zumutbare Tätigkeit zuweisen.

In den seltensten Fällen dürfte es sich jedoch bei der Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit um eine mit der originären Tätigkeit vergleichbare Aufgabe handeln, die dem Arbeitnehmer aufgrund bereits bestehender Befähigung und Ausbildung übertragen werden kann. Nur die wenigsten Arbeitnehmer verfügen über eine Ausbildung zum Mediator oder im Bereich Konfliktberatung. Eine solche erfolgt

regelmäßig erst im Rahmen der Einführung eines IKMS im Betrieb, sei dies durch einen externen Anbieter oder durch ein speziell für das Unternehmen und seine Besonderheiten entwickeltes internes Ausbildungsprogramm. Eine Übertragung durch Ausübung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechtes und damit letztlich die einseitige Zuweisung durch den Arbeitgeber kommt damit im Regelfall arbeitsrechtlich nicht in Betracht.

Des Weiteren ist der zeitliche Umfang eines Mediationsprozesses im Vorfeld nicht exakt bestimmbar und ein Mediator ist gem. § 2 Abs. 5 S. 2 MediationsG berechtigt, die Mediation jederzeit zu beenden. Selbst wenn daher der Arbeitgeber die Mediatorentätigkeit in Ausübung seines Weisungsrechts einseitig und vielleicht gegen den Willen des Arbeitnehmers auf diesen überträgt, könnte dieser die Mediation und damit letztlich seine Tätigkeit als Mediator umgehend beenden. Ein derartiges Vorgehen des Arbeitgebers wäre daher wenig zielführend. Förderlich ist vielmehr eine Übernahme der Aufgabe als Mediator oder Konfliktberater aus vornehmlich eigenem Antrieb.

2.3.1.3. Vertragliche Vereinbarung

Die einvernehmliche Erweiterung oder Ergänzung der Tätigkeit durch Übernahme einer Zusatzfunktion steht den Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich jederzeit frei. Ein solches Vorgehen ist in vielen Bereichen im Hinblick auf die Übertragung einer Zusatzfunktion oder -verantwortung üblich.

Hierfür ist allerdings der Abschluss einer entsprechenden Zusatzvereinbarung zum bestehenden Arbeitsvertrag zur Übertragung der Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit erforderlich. Grundsätzlich kann diese mündlich geschlossen werden. Zwar enthalten die meisten Arbeitsverträge eine in der Regel doppelte Schriftformklausel mit Vorrang der Individualabrede, so dass grundsätzlich auch den Arbeitsvertrag ändernde Individualvereinbarungen i.S.d. § 305b BGB mündlich getroffen werden könnten. In der Praxis werden allerdings regelmäßig vom Arbeitgeber vorformulierte und einheitliche Regelungen verwendet. Wird ein IKMS implementiert und mit mehreren Mitarbeitern entsprechende vertragliche Zusatzvereinbarungen getroffen, empfiehlt sich daher – auch aus Beweis- und Dokumentationsgründen – grundsätzlich eine entsprechende schriftliche Vereinbarung.

2.3.1.4. Einschränkung der übertragenen Aufgaben bei bestehendem Betriebsrat

Da kollektivrechtliche Fragestellungen bei der Einführung eines IKMS nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung sind, soll an dieser Stelle nur in der gebotenen Kürze auf die sich bei einem bestehenden Betriebsrat nach einer teilweise

vertretenen Rechtsauffassung ergebenden inhaltlichen Grenzen bei der Übertragung der Mediatorentätigkeit hingewiesen werden.

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird kontrovers diskutiert⁴⁷, ob im Falle eines bestehenden Betriebsrats die Etablierung eines IKMS durch zwingendes Recht ausgeschlossen ist.

Es wird die Auffassung vertreten, dass eine Übertragung der Konfliktlösungsaufgaben im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht der Arbeitnehmer nach §§ 84ff. BetrVG auf außerhalb des Betriebsrats stehende Personen aufgrund des Gesetzesvorbehaltes des § 87 Abs. 1 BetrVG unzulässig ist. Unter Anwendung dieser Auffassung wäre die Implementierung eines IKMS unzulässig, welches Konfliktlösungs- und Konfliktbearbeitungsfunktionen auch für Fälle der Beschwerde i.S.d. §§ 84ff. BetrVG auf andere Personen oder Institutionen als den Betriebsrat überträgt.

Nach § 84 Abs. 1 BetrVG hat jeder Arbeitnehmer das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn er sich vom Arbeitgeber oder von anderen Arbeitnehmern des Betriebs benachteiligt, ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt. Nach § 85 Abs. 1 BetrVG kann er sich hierfür auch an den Betriebsrat wenden.

Das erkennt auch das LAG Hamburg⁴⁸ an, vertritt aber weiter einschränkend die Auffassung, dass die Einrichtung zusätzlicher Stellen oder die Beauftragung zusätzlicher Personen mit der Konfliktlösung neben den gesetzlich hierzu ermächtigten Personen oder Stellen unzulässig ist. Es hat hinsichtlich der Implementierung eines seitens eines Betriebsrats geplanten Konfliktlösungssystems zur Verhinderung von Mobbing, welches die Etablierung einer Schlichtungsstelle durch einzelne Mitarbeiter als Konfliktbeauftragte vorsah, ausdrücklich festgestellt, dass es *„dem Betriebsrat (...) nicht gestattet [ist], diese ihm gesetzlich zugeordneten Aufgaben auf eine andere Institution zu übertragen. Auch ist es nicht gestattet, die Lösung der Konfliktprobleme einem anderen Procedere zu unterstellen, als es die Vorschriften der §§ 82 ff. BetrVG vorsehen.“*⁴⁹ Hierbei handele es sich um eine nach § 75 BetrVG allein dem Betriebsrat übertragene Aufgabe. Demnach könne

⁴⁷ Wolmerath, AiB 1999, 102f.; Zartmann, S. 148f.; Ayad, S. 325f.; Andrelang, S. 201f.; Budde, S. 159f.; Lembke, ZKM 2002, 115; Lembke 2001, Rn. 452.

⁴⁸ LAG Hamburg, Beschl. v. 15.7.1998 – 5 TaBV 4/98, juris.

⁴⁹ LAG Hamburg, Beschl. v. 15.7.1998 – 5 TaBV 4/98, juris Rn. 4.

der Betriebsrat die ihm gesetzlich zustehenden Aufgaben nicht auf andere übertragen.

Diese Entscheidung allerdings ist zuletzt von mehreren Landesarbeitsgerichten mittelbar kritisiert worden.

So vertritt das LAG München⁵⁰ die Auffassung, § 75 Abs. 1 BetrVG enthalte keine einer Betriebsvereinbarung entgegenstehende Gesetzesschranke. Vielmehr werde ein Regelungsspielraum für die Betriebsparteien bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eines Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG begründet.

Diese Auffassung vertreten auch das LAG Düsseldorf⁵¹ und das ArbG Köln⁵² und betonen, dass §§ 82 ff. BetrVG lediglich das Beschwerdeverfahren für einen sehr engen Bereich betreffe.

Dem folgt das LAG Sachsen-Anhalt⁵³ in einer neueren Entscheidung.

In der Literatur stieß der Beschluss des LAG Hamburg auf Zustimmung,⁵⁴ wurde aber auch kritisiert: § 86 S. 1 BetrVG gebe den Betriebsparteien gerade erst die Möglichkeit, Einzelheiten des gesetzlich vorgesehenen Beschwerdeverfahrens durch Betriebsvereinbarung zu regeln und in den Fällen des § 85 Abs. 2 BetrVG eine innerbetriebliche Beschwerdestelle mit einer entsprechenden personellen Besetzung einzurichten.⁵⁵ Zudem gilt es, nach der hier vertretenen Auffassung zu berücksichtigen, dass es sich bei Mobbing um einen sehr speziellen Bereich zwischenmenschlicher Konflikte handelt, bei dem der Arbeitgeber gegenüber dem betroffenen Arbeitnehmer seiner Fürsorgepflicht nachzukommen hat. Eine Verallgemeinerung und Übertragung des Beschlusses des LAG Hamburg auf alle Bereiche der zwischenmenschlichen Konflikte am Arbeitsplatz verbietet sich daher.

Überträgt man diese diskutierten Einschränkungen auf die Einführung eines IKMS, so ist zu berücksichtigen, dass es sich i.d.R. bei IKMS um zusätzliche Systeme

⁵⁰ LAG München, Beschl. v. 27.2.2007 – 8 TaBV 56/06, juris Rn. 50.

⁵¹ LAG Düsseldorf, Beschl. v. 22.7.2004 – 5 TaBV 38/04, juris Rn. 36.

⁵² ArbG Köln, Beschl. v. 21.11.2000 – 12 BV 227/00, juris Rn. 15.

⁵³ LAG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 13.1.2014 – 4 TaBV 27/13, juris Rn. 55.

⁵⁴ So Budde, S. 159f.; Lembke, ZKM 2002, 115; Lembke 2001, Rn. 452.

⁵⁵ Wolmerath, AiB 1999, 102f.; Zartmann, S. 148f.; Ayad, S. 325f.; Andrelang, S. 201f.

handelt, welche die anderen innerbetrieblichen Beschwerdemöglichkeiten der Mitarbeiter ergänzen und nicht ersetzen sollen. Sofern eine Verbindung des IKMS mit dem innerbetrieblichen Beschwerdeverfahren überhaupt vorgesehen ist, würde es sich insofern um eine ergänzende Möglichkeit der Konfliktlösung bzw. um eine Schnittstelle hierzu handeln.⁵⁶ Es bestehen keine rechtlichen Bedenken, dass eine derartige Erweiterung der Rechte der Arbeitnehmer zulässig ist.

2.3.2. Betriebsräte als Mediatoren

Wie bereits erwähnt können grundsätzlich auch als Mitglieder des Betriebsrats tätige Arbeitnehmer nach einer entsprechenden Ausbildung als innerbetriebliche Mediatoren oder Konfliktberater fungieren. Je nach Unternehmenskultur mag sich dies für Konflikte zwischen Arbeitnehmern einer Hierarchieebene geradezu anbieten; sind doch nicht selten die Betriebsratsmitglieder die ersten Ansprechpartner für Mitarbeiter, die sich in einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz wiederfinden.⁵⁷

Diese Erkenntnis hat auch die Einführung des IKMS bei der LHT AG geprägt.⁵⁸ Um einen auch für die Mitarbeiter niedrigschwelligen Einstieg in die Beratung im Konfliktfall zu schaffen, wurde hier gemeinsam mit dem Konzernbetriebsrat bewusst die Entscheidung getroffen, vorrangig (freigestellte) Betriebsratsmitglieder zu Konfliktberatern auszubilden. Weitere Details hierzu wurden zwischenzeitlich in einer Konzernbetriebsvereinbarung geregelt. Dass diese Vorgehensweise zudem einige der sich ansonsten ergebenden arbeitsrechtlichen Fragestellungen automatisch löst, soll nachfolgend an der entsprechenden Stelle aufgezeigt werden.

Doch auf welche Art und Weise erfolgt die Übertragung der Mediatoren- oder Konfliktberater Tätigkeit auf die Betriebsratsmitglieder? Bedarf es hierfür gesonderter Regelungen oder obliegt ihnen diese Tätigkeit bereits kraft Gesetzes?

2.3.2.1. Originäre Betriebsratstätigkeit

Der Betriebsrat fungiert als Vertreter der Arbeitnehmer eines Betriebes gegenüber dem Arbeitgeber und ist deren Mitbestimmungsorgan.⁵⁹ Er übt die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben aus. Im Rahmen dieser Aufgaben vertritt er die Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Im Konfliktfall mag dies auch die

⁵⁶ Budde, S. 159.

⁵⁷ Eyer, AiB 2003, 25; Hermenau, ZKM 2000, 13; Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 346; Lukas/Dahl-Klowait, Kap.2 Rn. 62; Ayad, S. 214, 323; Schwertfeger, S. 53f.

⁵⁸ Vgl. Fn. 13.

⁵⁹ SWK-Masloff, Betriebsrat Rn. 1; Ayad, S. 213; Andrelang, S. 203; Nink, S. 180.

Vertretung einzelner Arbeitnehmer und ihrer Interessen sein, beispielsweise sofern ein Arbeitnehmer den Betriebsrat zur Unterstützung oder Vermittlung bei der Ausübung seines Beschwerderechts nach § 84 Abs. 1 BetrVG hinzuzieht. Im Hinblick auf seine Tätigkeit gilt das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs nach § 2 Abs. 1 BetrVG. Eine neutrale Rolle des Betriebsrats ist gesetzlich nicht vorgesehen. Insofern lässt sich konstatieren, dass die neutrale Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater nicht zu den gesetzlich vorgesehenen, originären Aufgaben eines Betriebsrats gehört. Dies hat zur Folge, dass auch die besonderen Rechte und Pflichten des einzelnen Betriebsratsmitglieds, wie etwa die Geheimhaltungspflicht gem. § 79 BetrVG oder die Berechtigung zur Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG, keine Anwendung finden. Diese Pflichten sind explizit in der Tätigkeit des Betriebsratsmitglieds im Rahmen seines Ehrenamtes begründet.⁶⁰ Sie erstrecken sich auch nicht auf den arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeitsbereich des auch als Betriebsrat tätigen Mitarbeiters.

Entsprechendes gilt für den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, sofern ein solcher gebildet und dessen Zuständigkeit nach §§ 50 bzw. 58 BetrVG begründet ist.

2.3.2.2. Übertragung als freiwillige zusätzliche Betriebsratsaufgabe

Den Betriebsparteien steht es jedoch grundsätzlich frei, einvernehmlich das nach § 87 BetrVG in den aufgeführten sozialen Angelegenheiten erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch Abschluss einer freiwilligen Betriebsvereinbarung zu erweitern. Der sich anschließende und auch in die Regelungen des dritten Abschnitts des Vierten Teils des BetrVG „Soziale Angelegenheiten“ einbezogene § 88 BetrVG nennt ausdrücklich bestimmte Regelungsbeispiele für freiwillige Betriebsvereinbarungen. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine abschließende Aufzählung, sondern lediglich um Beispiele.⁶¹ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm und der Verwendung des Begriffes „insbesondere“. Unter Berücksichtigung des Tarifvorrangs nach § 77 Abs. 3 BetrVG können somit weitere Aufgaben im Bereich der sozialen Angelegenheiten Bestandteil einer freiwilligen Betriebsvereinbarung sein.⁶² Entgegenstehende tarifvertragliche Regelungen, welche den Bereich des innerbetrieblichen Konfliktmanagements betreffen, sind nicht bekannt. Zu dem Bereich der sozialen Angelegenheiten gehört neben

⁶⁰ Nink, S. 181.

⁶¹ *ErfK-Kania*, § 88 BetrVG Rn. 1.

⁶² *Richardi-Richardi*, § 88 Rn. 3f.

dem Bereich der Arbeitsbedingungen im engeren Sinne, „*die das Einzelarbeitsverhältnis bestimmen*“⁶³, auch das gesamte Gebiet der Arbeitsbedingungen im weiteren Sinn,⁶⁴ welche „*die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gegenstand haben*.“⁶⁵ Hierzu zählt der Bereich des Konfliktmanagements, sofern dies Konflikte am Arbeitsplatz betrifft, da hiervon sowohl das Miteinander der Arbeitnehmer im Sinne von Ordnung und Verhalten im Betrieb, aber letztlich auch das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber betroffen ist. Da IKMS regelmäßig keine unmittelbaren Regelungen zu Ordnung und Verhalten der Mitarbeiter im Betrieb enthalten, ist § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht einschlägig.

Erweitern also die Betriebsparteien einvernehmlich den Tätigkeitsbereich des Betriebsrats, resultiert dies auch in einer entsprechenden Erweiterung der Rechte und Pflichten des Betriebsrats. So gilt beispielsweise das Recht auf Freistellung von der Arbeit nach § 37 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich, „*wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist*.“ Das Betriebsratsmitglied ist bei Vorliegen der vorstehend aufgeführten gesetzlichen Voraussetzungen für die zusätzliche Tätigkeit freizustellen.

Um die Unabhängigkeit zu gewährleisten, ist die Übernahme der Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater jedoch nur in Konfliktfällen möglich, in denen der Betriebsrat und damit das Betriebsratsmitglied nicht als Partei beteiligt sind. Dies ist beispielsweise nicht der Fall bei Konflikten zwischen Mitarbeitern und dem Arbeitgeber oder zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber.⁶⁶ Insofern sollte bereits im Rahmen der freiwilligen Betriebsvereinbarung eine ausdrückliche Abgrenzung zwischen den Bereichen der originären Betriebsratstätigkeit und der zusätzlichen Funktion als Mediator bzw. Konfliktberater erfolgen, um dies sowohl gegenüber den Konfliktparteien, aber auch gegenüber dem betreffenden Betriebsratsmitglied klar zu definieren. Dies ist zum einen notwendig, um das Vertrauen der Beteiligten in die Funktion des Mediators oder Konfliktberaters zu festigen,⁶⁷ zum anderen

⁶³ Richardi-Richardi, Vorbemerkung § 87–§ 89 Rn. 4.

⁶⁴ Richardi-Richardi, Vorbemerkung § 87–§ 89 Rn. 3.

⁶⁵ Richardi-Richardi, Vorbemerkung § 87–§ 89 Rn. 5.

⁶⁶ So auch Budde, S. 252f.; Andrelang, S. 204; Nink, S. 182.

⁶⁷ Mark, ZKM 2004, 258; Hermenau, ZKM 2000, 15.

jedoch, um seine Allparteilichkeit und Unabhängigkeit zu garantieren und einen etwaigen Rollenkonflikt auszuschließen.⁶⁸

2.3.2.3. Vertragliche Übertragung auf einzelne Betriebsratsmitglieder

Sofern das IKMS nicht durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung flankiert wird, welche die Tätigkeit als Mediatoren und/oder Konfliktberater auf Betriebsratsmitglieder überträgt und deren Rechte und Pflichten festlegt, sondern diese die entsprechende Tätigkeit wie andere, nicht dem Betriebsrat angehörende Arbeitnehmer übernehmen, gilt das zuvor für reguläre Arbeitnehmer Dargestellte.⁶⁹ Es handelt sich in diesem Fall nicht um die Erweiterung der Betriebsratstätigkeit als solche mit den vorstehend ausgeführten rechtlichen Folgen, sondern lediglich um eine Erweiterung der arbeitsvertraglichen Tätigkeit.

2.3.3. Praxishinweis

Wie bereits eingangs dargestellt, hat sich die LHT AG bewusst und mit viel Erfolg für die Ausbildung und den Einsatz von Betriebsratsmitgliedern als Konfliktlotsen entschieden. Rechtlich ist dies durch den Abschluss einer entsprechenden Konzernbetriebsvereinbarung abgesichert, mit welcher der originäre Tätigkeitsbereich der Betriebsräte um die Funktion als Konfliktlotse ergänzt wird. Die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten erstrecken sich mithin auch auf diese Tätigkeit.

In den anderen untersuchten Unternehmen werden zwar auch Betriebsratsmitglieder als Konfliktberater oder Mediatoren eingesetzt, in diesen Fällen liegt dem allerdings keine kollektivrechtliche Vereinbarung einer Erweiterung der Betriebsratstätigkeit zugrunde. Vielmehr haben die auch als Betriebsrat tätigen Mitarbeiter im Einzelfall wie reguläre Mitarbeiter eine (weitere) innerbetriebliche Zusatzfunktion übernommen.

⁶⁸ Eyer, PM 2014, 121; Schroeter/Rogmann/Redlich, Konfliktodynamik 2012, 144, 146; Eyer, AiB 2003, 24; Ayad, S. 386; Lembke 2001, Rn. 441f.; Nink, S. 182.

⁶⁹ Vgl. Kapitel 2.3.1.

Darüber hinaus lässt sich feststellen, dass lediglich das IKMS der LHT AG⁷⁰ und der DB AG⁷¹ sowie die Sozialberatung bei der Siemens AG⁷² durch entsprechende (Konzern-)Betriebsvereinbarungen flankiert sind. Bei den anderen befragten Unternehmen gibt es entsprechende Verständigungen mit dem Betriebsrat hinsichtlich der Implementierung und Etablierung eines IKMS, jedoch keine entsprechenden formalen Vereinbarungen. In keinem der Unternehmen wurden gesonderte arbeitsvertragliche Vereinbarungen mit dem innerbetrieblichen Mediator oder Konfliktberater getroffen.

Je nach Unternehmenskultur und Rollenverständnis der Betriebsparteien kann die bewusste Einbeziehung von Betriebsratsmitgliedern zur Ausübung der Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater zielführend sein oder zu einer Ablehnung des gesamten IKMS führen, da seitens der Mitarbeiter erhebliche Bedenken an deren Neutralität bestehen können. Bei einer Abwägung der Vor- und Nachteile gilt es auch zu bedenken, dass eine Vielzahl der im Folgenden dargelegten arbeitsrechtlichen Problemstellungen für Betriebsratsmitglieder bereits aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Regelung entfällt,⁷³ wie die Regelung der Freistellung unter Fortzahlung des Gehalts.

Vor Einführung des IKMS bedarf es insofern einer objektiven Bewertung der unternehmensspezifischen Situation der Betriebsparteien und ihres Rollenverständnisses. Wird die Tätigkeit des Konfliktberaters ausschließlich oder jedenfalls vorrangig Betriebsratsmitgliedern übertragen, ist es von eklatanter Wichtigkeit, die Mitarbeiter entsprechend zu informieren. Einerseits sollte gegenüber den Mitarbeitern des Unternehmens kommuniziert werden, dass es sich hierbei um eine Ergänzung der Betriebsrats Tätigkeit handelt, in der das jeweilige Betriebsratsmitglied sich jedoch neutral und allparteilich verhält, d.h. gerade nicht als Interessenvertreter fungiert. Andererseits muss sich das Betriebsratsmitglied selbst dieser Rollendifferenzierung bewusst sein und die Neutralität entsprechend strikt umsetzen.

⁷⁰ Vgl. Fn. 13.

⁷¹ Informationen aus einem telefonischen Gespräch mit Frau Christiane Händel, Ombudsstelle Deutsche Bahn AG, und Herrn Nils Goltermann, Syndikusanwalt Deutsche Bahn AG und deren Vertreter am RTMKM, beide zertifizierte Mediatoren, am 10.7.2019

⁷² Vgl. Fn. 19.

⁷³ Vgl. Budde, S. 252.

Nach der Auffassung der Verfasserin, basierend auf einer bereits mehrjährigen Tätigkeit als Fachanwältin für Arbeitsrecht, dürfte in vielen Unternehmen und Betrieben die bewusste Übertragung der Funktion des Mediators oder Konfliktberaters auf Betriebsratsmitglieder aufgrund deren Selbstverständnisses als Interessenvertreter der Mitarbeiter gegen den Arbeitgeber jedoch keine geeignete Vorgehensweise sein.

2.4. Auswahl der Person des Mediators und Konfliktberaters

Für den Erfolg eines IKMS ist die sorgfältige Auswahl der zukünftig als Mediatoren und Konfliktberater tätigen Personen von herausragender Bedeutung.⁷⁴ In jedem Betrieb und Unternehmen gibt es Personen, die bereits aufgrund ihres Charakters, ihrer Persönlichkeit⁷⁵ und unter Umständen auch ihrer Tätigkeit und Position als Ansprechpartner für andere Mitarbeiter im Konfliktfall fungieren. Eine erfolgreiche Implementierung eines IKMS hängt vor allem von Persönlichkeit, Qualifizierung und Erfahrungen des Mediators und Konfliktberaters und dem Engagement ab, mit welchem diese Aufgabe wahrgenommen wird.

Zu den wesentlichen persönlichen Kompetenzen zählen „*das Verständnis von der eigenen Rolle, die Fähigkeit zur Selbstkritik und Selbstkenntnis, sowie das Bemühen um eine mediatorische Haltung.*“⁷⁶ Eine mediationsaffine Persönlichkeit ist ein geduldiger Zuhörer, kann sich persönlich zurücknehmen und hat ein wertschätzendes Gespür für andere Personen und deren Interessen.⁷⁷ Gleichzeitig muss die Person bereit sein, sich auf die Konflikte anderer Menschen einzulassen und vor den sich ergebenden Problemen und möglicherweise auch ausbrechenden Gefühlen nicht zurückzuschrecken. Dies gilt gleichermaßen für Konfliktberater.

Zugleich muss sich der Mediator oder Konfliktberater seiner Rolle und ihrer Grenzen bewusst sein. Dies erfordert neben den in einer Aus- oder Weiterbildung

⁷⁴ So auch Nink, S. 177.

⁷⁵ Ausführlich zur Frage nach der Persönlichkeit: Becker, ZKM 48ff.

⁷⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 18.

⁷⁷ Von Schlieffen, ZKM 2000, 52.

erlernten theoretischen Kenntnissen von dem Verfahren der Mediation und mediativer Techniken, dem Verständnis des Mediationsprozesses⁷⁸ und praktischen Erfahrungen vor allem Respekt vor der Autonomie der Parteien.⁷⁹

Bei Einführung eines IKMS gilt es, diese Mitarbeiter mit dem Ziel zu motivieren, eine entsprechende Ausbildung zu absolvieren und auch offiziell diese (Zusatz)-Funktion zu übernehmen. Ebenso sollten Mitarbeiter, die bereits über eine entsprechende Eingangsqualifikation verfügen, in den Mediatorenpool aufgenommen werden, wie dies etwa bei der DB AG⁸⁰ der Fall und bei der Haspa⁸¹ geplant ist.

2.4.1. Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators

Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 MediationsG ist ein Mediator „*eine unabhängige und neutrale Person*“. Durch diese beiden gesetzlich normierten Grundprinzipien soll ein faires und gerechtes Mediationsverfahren gewährleistet werden, welches der Mediator frei von Interessenskonflikten und unvoreingenommen durchführen kann.⁸²

Die Unabhängigkeit bezieht sich auf das Verhältnis des Mediators zu den Parteien und ist personenbezogen.⁸³ Darüber hinaus darf er keine persönlichen Interessen an dem Gegenstand der Mediation oder deren Ergebnis haben, sondern muss auch dem Verfahrensgegenstand gegenüber unabhängig sein.⁸⁴

Demgegenüber ist die Neutralität vorrangig verfahrensbezogen zu verstehen.⁸⁵ Der Mediator soll in der Mediation unabhängig allen Parteien zur Seite stehen. Er ist „*insbesondere zu einer unparteilichen Verhandlungsführung und zur Gleichbehandlung der Parteien*“ verpflichtet.⁸⁶ Diese Verpflichtung wird auch in § 2 Abs. 3 S. 1 MediationsG noch einmal ausdrücklich aufgegriffen: „*Der Media-*

⁷⁸ Becker, ZKM 2009, 48.

⁷⁹ Von Schlieffen, ZKM 2000, 52.

⁸⁰ Vgl. Fn. 71.

⁸¹ Vgl. Fn. 18.

⁸² Klowait/Gläßer-Hagel, Teil 2. § 1 Rn. 21.

⁸³ Klowait/Gläßer-Hagel, Teil 2. § 1 Rn. 21.

⁸⁴ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

⁸⁵ Klowait/Gläßer-Hagel, Teil 2. § 1 Rn. 21.

⁸⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

tor ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet“. Aufgrund dieses aktiven Elements, welches über eine neutrale Haltung hinausgeht, wird regelmäßig auch von der Allparteilichkeit des Mediators gesprochen.⁸⁷

Um diese beiden im MediationsG verankerten Grundprinzipien der Mediation auch im einzelnen Konfliktfall zu gewährleisten und die Akzeptanz in der Belegschaft zu erhöhen, ist es darüber hinaus erforderlich, dass der Pool der Mediatoren eine bestimmte Heterogenität, beispielsweise hinsichtlich Tätigkeit, Geschlecht, Alter, Hierarchieebene, Familienstand, Religion, Ausbildung etc. aufweist.⁸⁸ In Konzernen oder größeren Unternehmen stellt eine solche Diversität regelmäßig kein Problem dar.⁸⁹

Bei der Etablierung eines internen Mediatorenpools ist auch die gesetzlich in § 2 Abs. 5 MediationsG vorgesehene Möglichkeit der Parteien und auch des Mediators zu berücksichtigen, die Mediation jederzeit beenden zu können. Für derartige Situationen und auch, um eine konstante Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators zu gewährleisten, sollte eine Vorgehensweise entwickelt werden, um die Beteiligten einerseits über diese ihnen zustehende Möglichkeit in Kenntnis zu setzen, andererseits die Hemmschwelle zu senken, von diesem Recht tatsächlich Gebrauch zu machen. Zudem sollte für die Konfliktparteien und den Mediator eine Möglichkeit eingeräumt werden, die Mediation selbst unter Hinzuziehung eines anderen Mediators fortzusetzen.

Sofern im Rahmen des IKMS die Funktion des Mediators ausschließlich oder vorrangig an Betriebsratsmitglieder übertragen wurde, gelten hier besondere Anforderungen an die Grundprinzipien der Neutralität und Unabhängigkeit. Wie bereits zuvor ausgeführt, dürften diese Voraussetzungen nach Ansicht der Verfasserin nur gewährleistet sein, sofern sich die Konfliktparteien auf einer Hierarchieebene befinden und zu dem nach § 5 BetrVG grundsätzlich von der Zuständigkeit des Betriebsrats erfassten Personenkreis gehören. Zudem ist es erforderlich, dass sich das individuelle Betriebsratsmitglied in der jeweiligen Einzelsituation bewusst vor Augen führt, in welcher Rolle es tätig ist.

Das Vorstehende gilt entsprechend auch für Konfliktberater. Zwar gelten wie ausgeführt das MediationsG und dessen Grundsätze i.d.R. nicht direkt, jedoch ist auch

⁸⁷ BT-Drs. 17/5335, S. 14 und S. 15.

⁸⁸ Gramm 2014, S. 76; Lukas/Dahl-Klowait, Kap.2 Rn. 52.

⁸⁹ Vgl. etwa bei der DB AG Händel, ZKM 2017, 66.

für deren Anerkennung im Unternehmen ein neutrales und allparteiliches Auftreten zwingend erforderlich.

2.4.2. Auswahlrecht der Konfliktparteien

§ 2 Abs. 1 MediationsG konstituiert als Teilbereich des Selbstbestimmungsrechts der Konfliktparteien deren Wahlrecht hinsichtlich der Person des Mediators. Hieraus folgt jedoch im Umkehrschluss nicht, dass es einen Mediatorenpool geben muss, um überhaupt eine Auswahlentscheidung der Parteien zu ermöglichen und diesem gesetzlichen Grundsatz gerecht zu werden. Selbst für den Fall, dass den Parteien nur die Mediation durch einen innerbetrieblichen Mediator möglich wäre, verbliebe dennoch das Wahlrecht, die Mediation unter dieser Bedingung abzulehnen und gänzlich auf deren Durchführung zu verzichten.

Der Auffassung von Greger⁹⁰, der durch eine derartige „dieser Mediator oder keine Mediation“-Vorgabe die Auswahlfreiheit der Konfliktparteien und damit das MediationsG als verletzt ansieht, kann aus den nachfolgend dargestellten Gründen nicht gefolgt werden. Im Hinblick auf die Anordnung einer Mediation an sich stellt der Gesetzesentwurf ausdrücklich klar, dass *„aus Artikel 3 Buchstabe a Mediations-RL folgt, dass es mit dem Prinzip der Freiwilligkeit vereinbar ist, wenn die Mediation von einem Gericht vorgeschlagen, angeordnet oder gesetzlich vorgeschrieben ist. Allerdings sind die Parteien auch in diesen Fällen berechtigt, die Mediation zu beenden, wenn sie zu keiner Vereinbarung gelangen können (vgl. § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG).“*⁹¹

Nichts anderes kann gelten, wenn die Mediation auf ausdrückliches Ersuchen seitens der Konfliktparteien erfolgt, allerdings die Person des Mediators vorgeschlagen oder angeordnet wird.⁹² Auch in diesem Fall ist der Grundsatz der Freiwilligkeit nach der hier vertretenen Auffassung gewahrt. Bereits in der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich festgestellt, dass *„die Wahl der Mediatorin oder des Mediators nicht zwingend eine Initiative der Parteien [erfordert]. Die Parteien können vielmehr einen ihnen unterbreiteten Vorschlag auch konkludent annehmen.“*⁹³ Insofern ist es unproblematisch, wenn eine Vorauswahl oder Empfehlung durch einen Konfliktberater oder eine hierfür eingerichtete Stabsstelle erfolgt oder

⁹⁰ Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 2 MediationsG Rn. 5.

⁹¹ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

⁹² Klowait/Gläßer-Gläßer, Teil 2. § 2 Rn. 59–61; Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 2 MediationsG Rn. 5.

⁹³ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

die Auswahl durch die Parteien anhand einer Auflistung der einem internen Pool angehörenden Mediatoren zu erfolgen hat. Auch hierdurch wird das in dem Wahlrecht zum Ausdruck kommende Grundprinzip der Selbstautonomie und Freiwilligkeit der Parteien nach der hier vertretenen Auffassung nicht verletzt. Durch die Durchführung des Mediationsverfahrens manifestieren die Parteien ihre Zustimmung mit der Wahl bzw. Vorauswahl. Sofern, wie bei innerbetrieblichen IKMS üblich, die Mediation durch den Arbeitgeber finanziert wird, ist hierin eine Bestimmung der seitens des Arbeitgebers fakultativ angebotenen Leistung zu sehen.

Der BGH⁹⁴ hat eine vergleichbare Regelung als Bestandteil der Bedingungen einer Rechtsschutzversicherung ausdrücklich für zulässig erklärt und darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um eine freiwillige Leistungserweiterung seitens des Versicherers handle. Greger⁹⁵ stimmt dieser Entscheidung mit der Begründung zu, dass es sich bei der zusätzlichen Kostenübernahme vorrangig um eine Anreizfunktion handle, die der versicherten Konfliktpartei die Möglichkeit biete, den seitens des Versicherers bestimmten Mediator anzunehmen oder einen anderen zu wählen.

Nicht anders ist auch die Einführung eines IKMS durch einen Arbeitgeber zu bewerten. Dieser eröffnet den Mitarbeitern die Möglichkeit, mit Unterstützung anderer, hierfür besonders ausgebildeter Arbeitnehmer eine Mediation zur Lösung eines Konfliktes durchzuführen. Da die Durchführung dieses Verfahrens freiwillig ist und keine weiteren Folgen an die Nicht-Nutzung dieses Angebotes geknüpft sind, ist es zulässig, den Kreis der zur Verfügung stehenden Mediatoren zu begrenzen oder nur eine Person vorzuschlagen. Hieraus folgt keine Verletzung des gesetzlichen Grundsatzes des MediationsG. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Benennung der Mediatoren in der Praxis durch eine hierfür extra gebildete Position erfolgt, die hierarchisch in der Regel in einem anderen Gefüge steht als die Konfliktparteien.

Die Auswahl der Konfliktberater erfolgt regelmäßig direkt durch den bzw. die von einem Konflikt betroffenen Mitarbeiter, so dass sich die Frage nach den Auswirkungen einer Vorauswahl der Person des Konfliktberaters durch einen Dritten oder den Arbeitgeber in der Praxis nicht stellt. Sofern es nur einen Konfliktberater im Betrieb gibt, gilt das vorstehend Gesagte entsprechend.

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 14.1.2016 – I ZR 98/15, BeckRS 2016, 4378.

⁹⁵ Greger/Unberath/Steffek-Greger, D.IV.4b Rn. 289.

2.4.3. Praxishinweis

Eine zentrale Organisation der Zuordnung hat – gerade bei größeren Mediatorenpools – eine große Bedeutung. Einerseits kann so auch aus Sicht eines unbeteiligten Dritten eine objektive Neutralität der ausgewählten Person sichergestellt werden. Auch kann durch eine zentrale Verteilung über eine Erstanlaufstelle ausgeschlossen werden, dass der die Erstberatung durchführende Mitarbeiter nachfolgend als Mediator in dieser Sache tätig wird.⁹⁶ Zum anderen kann hierdurch die gleichmäßige Verteilung von Konfliktfällen auf die Mediatoren erreicht und damit eine Überforderung einzelner Personen vermieden werden.⁹⁷ Hierdurch wird automatisch ein wesentlicher Beitrag für die fortlaufende Praxis und Qualifizierung der Mediatoren geleistet. Zudem ermöglicht dies eine Erfassung der Fallzahlen und damit Erkenntnisse, ob ggf. eine zukünftige Erweiterung oder Anpassung des IKMS erforderlich ist.

Ein derartiges System bedarf es für die Auswahl der Konfliktberater jedoch nicht. Zum einen ist davon auszugehen, dass der mit einer Konfliktberatung verbundene Zeitaufwand eher gering ist. Zum anderen sollte eine direkte Ansprache durch eine Konfliktpartei möglich sein, um den niedrigschwiligen Einstieg in das IKMS zu gewährleisten. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Konfliktberater im Regelfall nur mit einer Partei arbeitet und diese ihn durch direkte Ansprache ausgewählt und damit als in den eigenen Augen geeignet befunden hat. Es erscheint daher naheliegend, die Namen der Konfliktberater betriebs- oder unternehmensweit auf entsprechend üblichen Wegen bekannt zu machen und so den Konfliktparteien oder einem Ratsuchenden die eigenständige Kontaktaufnahme mit der ihrer Einschätzung nach geeigneten Person zu ermöglichen.

Entsprechend erfolgt bei der DB AG eine Vorauswahl durch die Ombudsstelle als Konflikthanlaufstelle:⁹⁸ Hierbei wird der Mediatorenpool anhand des Kriteriums Ortsnähe bei Konfliktdistanz gefiltert. Im Hinblick auf die Konfliktdistanz werden beispielsweise berufliche Bildung und Tätigkeit sowie Unternehmenszugehörigkeit berücksichtigt, um die Allparteilichkeit und Neutralität des Mediators gewährleisten zu können. Sodann informiert die Ombudsstelle diese Personengruppe über die Möglichkeit einer anstehenden Mediation und fragte die Verfügbarkeit der ein-

⁹⁶ Sailer, *Konfliktdynamik* 2013, 249.

⁹⁷ Sailer, *Konfliktdynamik* 2013, 246.

⁹⁸ Vgl. Fn. 71.

zelen Personen als Mediator ab. Erfolgt eine positive Rückmeldung eines größeren Personenkreises, wird erneut ein Filter angewandt, bei welchem weitere Auswahlkriterien Berücksichtigung finden. Hierzu zählen beispielsweise der zeitliche Abstand zur zuletzt durchgeführten Mediation oder die Notwendigkeit des Nachweises von Mediationsfällen für die Zertifizierung bzw. Rezertifizierung. Die beiden finalen Mediatoren werden sodann über ihre Auswahl informiert und ihre Zustimmung zu der Co-Mediation eingeholt. Den Konfliktparteien werden anschließend die beiden so ausgewählten Co-Mediatoren mitgeteilt. Sie haben die Möglichkeit, diesen Vorschlag abzulehnen, auch wenn dies in der Praxis bisher sehr selten vorgekommen ist. Ähnlich wird dies bei SAP gehandhabt.⁹⁹

Auch bei Ernst & Young¹⁰⁰ wird im Falle einer Mitarbeiteranfrage nach einer Mediation durch den zuständigen Bereich eine Abfrage an die als Mediatoren ausgebildeten Mitarbeiter gesandt und deren Verfügbarkeit abgefragt. Signalisieren mehrere Mitarbeiter ihre Bereitschaft, wird auch hier anhand weiterer Kriterien, wie Sachnähe und Hierarchie, ein Mediator ausgewählt und den Parteien vorgeschlagen. Sie haben die Möglichkeit, diesen Vorschlag abzulehnen, auch wenn dies in der Praxis bisher sehr selten vorgekommen ist.

2.5. Arbeitszeit

Eine weitere arbeitsrechtliche Frage, die sich beim Einsatz innerbetrieblicher Mediatoren und Konfliktberater stellt, ist, ob diese die Zusatzfunktion in Vollzeit oder Teilzeit ausüben. Um die in der Literatur vielfach hervorgehobenen Vorteile des innerbetrieblichen Mediators,¹⁰¹ wie Sachnähe oder Kenntnisse der Unternehmenskultur, weiterhin gewährleisten zu können, erscheint die Ausübung der Tätigkeit in Teilzeit vorzugswürdig. Bei Mediation in Vollzeittätigkeit erhöht sich über einen längeren Zeitraum ausschließlicher Mediationstätigkeit die Distanz zum Unternehmensalltag und Tagesgeschäft, so dass der innerbetriebliche Wissensvorteil im Vergleich zu dem Einsatz eines externen Mediators schwindet. Zudem dürfte

⁹⁹ Briem, ZKM 2011, 147.

¹⁰⁰ Vgl. Fn. 20.

¹⁰¹ Gramm 2014, S. 78; Schroeter/Rogmann/Redlich, Konfliktodynamik 2012, 146; Ponschab/Dendorfer, AnwBl 2000, 652; Klowait, ZKM 2006, 175; Lukas/Dahl-Klowait Kap.2 Rn. 48–50; Zartmann, S. 129f.; Schwertfeger, S. 50f., 55; Nink, S. 178; Gramm 2011, S. 36.

in kleineren und mittleren Unternehmen die Anzahl der Mediationsfälle selten einen Umfang erreichen, um einen oder sogar mehrere interne Mediatoren in Vollzeit beschäftigen zu können. Gleiches gilt für die Tätigkeit eines Konfliktberaters.

Bei der Übertragung der Tätigkeit gibt es unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten in Abhängigkeit von der Arbeitszeit.

2.5.1. Tätigkeit in Vollzeit

Wie eingangs dargestellt, ist es möglich, die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit hauptberuflich auszuüben. In diesem Fall bestünde die arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit ausschließlich in der Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater und wird im Rahmen des betrieblichen Vergütungssystems mit Einzelvertrag geregelt. Dies ist gerade in großen Unternehmen oder Konzernen denkbar. Die in dieser Abhandlung aufgeworfenen arbeitsrechtlichen Fragestellungen bestehen in diesem Fall nicht.

2.5.2. Ehrenamt

Bei einer Übertragung in Teilzeit kann die Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater ausschließlich im Rahmen eines Ehrenamtes ausgeübt werden, vergleichbar mit der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied.¹⁰² Gem. § 37 Abs. 1 BetrVG üben die Betriebsratsmitglieder ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt aus. Hierdurch soll die Unabhängigkeit des Betriebsratsmitglieds gewahrt und dessen Begünstigung ausgeschlossen werden.¹⁰³ Um ein Betriebsratsmitglied auch nicht zu benachteiligen, ist es von der beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgeltes zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebes zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben erforderlich ist, § 37 Abs. 2 BetrVG. Die Betriebsratstätigkeit wird damit letztlich wie Arbeitstätigkeit des entsprechenden Mitglieds vergütet. Eine zeitliche Beschränkung hierfür sieht das Gesetz nicht vor. Maßstab ist allein die Erforderlichkeit der Tätigkeit.

Den Arbeitsvertragsparteien steht es frei, die Übernahme der Mediatoren- oder Konfliktberaterfunktion mit einer entsprechenden Vereinbarung als Ehrenamt auszugestalten, wie es das Gesetz auch für Betriebsratsmitglieder vorsieht.

¹⁰² Gramm 2014, S. 78; Gramm 2011, S. 33.

¹⁰³ Richardi-Thüsing, § 37 BetrVG Rn. 7.

2.5.3. Ausübung der Zusatzfunktion im Rahmen der Arbeitszeit

Sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Übernahme der Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater ausdrücklich als zusätzliche Funktion vereinbaren, handelt es sich bei der für die Wahrnehmung dieser Tätigkeit aufgewendeten Zeit um Arbeitszeit.

2.5.3.1. Arbeitsvertragliche Arbeitszeit

Lage und Dauer der individuellen Arbeitszeit eines Arbeitnehmers ergeben sich aus dem Arbeitsvertrag. Enthält der Arbeitsvertrag oder eine geltende Betriebsvereinbarung keine detaillierten Regelungen, gilt das Betriebsübliche als vereinbart.¹⁰⁴ Darüber hinaus wirkt auch in diesem Bereich das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, solange der Kernbereich der Tätigkeit nicht betroffen ist. Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien die zusätzliche Übernahme der Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater, empfiehlt es sich, auch zu regeln, in welchem Umfang diese Tätigkeit ausgeübt werden soll. Hier bietet sich zunächst eine prozentuale Berechnung im Hinblick auf den Anteil an der Gesamtarbeitszeit an. Regelmäßig wird jedoch gerade bei Einführung eines IKMS nicht bekannt sein, in welchem zeitlichen Umfang die Mitarbeiter von dem neuen Angebot Gebrauch machen werden. Dieser Umstand lässt die Vereinbarung eines maximalen zeitlichen Anteils im Verhältnis zur Gesamtarbeitszeit als sinnvoll erscheinen. Ob eine Reduzierung der für die originäre Tätigkeit verbleibenden Arbeitszeit zeitgleich auch zu einer Reduktion der übertragenen Aufgaben führt, dürfte gerade bei Mitarbeitern mit hoch qualifizierten Tätigkeiten oder Führungskräften fraglich sein. In diesen Fällen ist vielmehr davon auszugehen, dass die Übernahme der Zusatzfunktion – unabhängig von einer möglicherweise anders lautenden vertraglichen Vereinbarung – zu einer entsprechenden Erhöhung der Arbeitszeit und Ableistung von Überstunden oder zumindest einer Verdichtung der Tätigkeit führen kann.

2.5.3.2. Arbeitsschutzrechtliche Gesichtspunkte

Neben der arbeitsvertraglich festgelegten Arbeitszeit gilt es, die entsprechenden Vorgaben im arbeitsschutzrechtlichen Sinne nach dem ArbZG zu beachten, welche die maximale Arbeitszeit und verpflichtenden Mindestruhepausen für Arbeitnehmer festlegen. Geht man von der in § 2 Abs. 1 ArbZG enthaltenen Legaldefinition aus, wird lediglich zwischen der für die Arbeitstätigkeit und Ruhepausen aufge-

¹⁰⁴ ErfK-Wank, § 2 ArbZG Rn. 11; BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 10 AZR 325/12, NZA-RR 2014, 519.

wandten Zeit differenziert. Bei der Berechnung ist damit sowohl die für die originäre als auch die zusätzliche Tätigkeit als Mediator tatsächlich aufgewandte Zeit zu berücksichtigen.

Nach § 3 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden nur dann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn innerhalb eines Ausgleichszeitraums von sechs Kalendermonaten bzw. 24 Wochen der Durchschnitt bei höchstens acht Stunden liegt. Auch die in § 4 ArbZG vorgesehenen Ruhepausen und die in § 5 ArbZG geregelten Ruhezeiten gilt es zu beachten.

Es handelt sich hierbei gem. § 22 ArbZG um mit einem Bußgeld bis zu € 15.000 zulasten des Arbeitgebers bewehrte Regelungen. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nach § 23 ArbZG begründet deren Verletzung sogar eine Straftat. Insofern hat der Arbeitgeber ein gehobenes Interesse daran, dass der betreffende Arbeitnehmer einen Nachweis über die Einhaltung der Vorgaben führt.

In diesem Zusammenhang ist auch die jüngste Entscheidung des EuGH¹⁰⁵ zur Arbeitszeiterfassung zu sehen, wonach Arbeitgeber verpflichtet sind, ein System einzurichten und vorzuhalten, mit dem die von den Arbeitnehmern individuell geleistete tägliche Arbeitszeit erfasst wird. Diese Vorgaben des EuGH müssen für die Zukunft auch vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt werden.

Eine Überprüfung der jeweils aktuellen Rechtslage sollte seitens der Arbeitgeber auch im Hinblick auf die Übertragung der Zusatzfunktion des innerbetrieblichen Mediators gewährleistet werden.

Auch wenn die Arbeitsvertragsparteien sich dazu entscheiden, die Zusatzfunktion in Anlehnung an die Betriebsrattätigkeit als Ehrenamt auszugestalten, sind die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes entsprechend zu berücksichtigen.¹⁰⁶

2.5.3.3. Vergütungsrechtliche Aspekte

Die Qualifikation der verwandten Zeit als Arbeitszeit hat auch vergütungsrechtliche Auswirkungen, die im nachfolgenden Kapitel betrachtet werden sollen.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 14.5.2019 – C-55/18, NJW 2019, 1861ff.

¹⁰⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 18.1.2017 – 7 AZR 224/15, NZA 2017, 791–795 im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Regelung des § 5 Abs. 1 ArbZG hinsichtlich Ruhezeiten bei Betriebsrattätigkeit.

2.5.4. Praxishinweis

Die von der Verfasserin geführten Unternehmensgespräche haben gezeigt, dass umfassende Einigkeit hinsichtlich der Bewertung des Tätigkeitsumfangs als Mediator und Konfliktberater als Arbeitszeit besteht. Dies ist bei der DB AG in den geltenden kollektivrechtlichen Vereinbarungen festgelegt,¹⁰⁷ in den anderen Unternehmen wird dies ohne entsprechende Vereinbarung in der Praxis so gelebt. Gleichwohl wurde auch deutlich, dass die Übernahme der Zusatzfunktion in Abhängigkeit von der originären Tätigkeit zu Überstunden und damit einer Mehrbelastung der Funktionsträger führen kann. In jedem Fall sollten die jeweiligen Vorgesetzten über die Tätigkeit und den individuellen Einsatz als Mediatoren informiert und deren Zustimmung zur Freistellung für die Mediationseinsätze eingeholt werden.

Ausgehend von den vorstehenden Darstellungen ist es zu empfehlen, im Rahmen der Zusatzvereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien auch arbeitszeitliche Regelungen aufzunehmen. Dies ist wichtig, um für den als Mediator oder Konfliktberater tätigen Mitarbeiter zu gewährleisten, dass er sowohl seine arbeitsvertragliche Tätigkeit als auch die übernommene Zusatzfunktion in geforderter Quantität und Qualität leisten kann. Hierbei sollte zum einen die Aufteilung der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeit zwischen der originären und der zusätzlichen Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater festgelegt werden. Zum anderen sollte der Mediator oder Konfliktberater im Hinblick auf die gesetzliche bzw. vertragliche Verschwiegenheitspflicht verpflichtet werden, die für die Mediation bzw. Konfliktberatung aufgewandte Arbeitszeit anonymisiert zu erfassen.

2.6. Vergütung

Ein weiteres arbeitsrechtliches Thema beim Einsatz innerbetrieblicher Mediatoren ist deren Vergütung. Externe Mediatoren werden in der Regel dem Auftraggeber ihre Tätigkeit nach Aufwand bei einem vereinbarten Stundenhonorar oder einer Pauschale in Rechnung stellen. Innerbetriebliche Mediatoren verrichten diese Tätigkeit, wie zuvor festgestellt, während ihrer Arbeitszeit, so dass hierfür regelmäßig eine Vergütungspflicht seitens des Arbeitgebers besteht. Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann dies unterschiedliche Konsequenzen haben.

¹⁰⁷ Vgl. Fn. 24.

2.6.1. Nichtregelung

Für den Fall, dass die Parteien keine Vereinbarung hinsichtlich der Vergütung treffen, findet § 612 BGB Anwendung. Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Davon ausgehend, dass ein Arbeitsvertrag mit einer Entgeltregelung für die originäre Tätigkeit des Mitarbeiters mit dem Arbeitgeber besteht, gilt es zu prüfen, ob eine grundsätzlich vergütungspflichtige Dienstleistung – hier die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit – von der arbeitsvertraglich für die Hauptleistung vereinbarten Vergütung bereits mitumfasst ist.¹⁰⁸

Unproblematisch handelt es sich bei dieser Zusatzleistung um eine Dienstleistung im Sinne des Gesetzes, da sie eine über die arbeitsvertraglich originär vereinbarte Tätigkeit hinausgehende Sonderleistung darstellt.

Maßgeblich ist, ob nach der objektiven Gesamtsituation für diese Dienstleistung eine Vergütungserwartung besteht,¹⁰⁹ was „unter Berücksichtigung der Verkehrs-sitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen“¹¹⁰ ist. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich in der Regel nicht um eine Tätigkeit im Rahmen des originären Aufgabenbereiches des Arbeitnehmers handelt. Da die Übernahme regelmäßig mit einer zusätzlichen Aus- oder Weiterbildung verbunden ist, kann durchaus von einer Zusatzqualifikation gesprochen werden. Sofern diese nachträglich übernommen wurde und keine anderslautende Vereinbarung vorliegt, ist diese Tätigkeit nach dem Verständnis der Parteien zwar nicht ausdrücklich durch die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung abgegolten. Die übliche Vergütung gilt jedoch nach § 612 BGB als stillschweigend vereinbart. Dies hat zur Folge, dass die für die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit aufgewandte Arbeitszeit auf Basis der arbeitsvertraglich für die originäre Tätigkeit vereinbarten Vergütung zu bezahlen ist.

2.6.2. Ausdrückliche vertragliche Regelung

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Vergütung für die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit zu treffen, wobei unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

¹⁰⁸ BAG, Urt. v. 11.10.2000 – 5 AZR 122/99, NZA 2001, 459; ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 2.

¹⁰⁹ ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 11.

¹¹⁰ ErfK-Preis, § 612 BGB Rn. 18.

2.6.2.1. Bewertung des ausdrücklichen Ehrenamtes

Wie zuvor ausgeführt, kann die Tätigkeit in Anlehnung an die für den Betriebsrat gesetzlich in § 37 Abs. 1, 2 BetrVG vorgesehene Regelung als Ehrenamt ausgestaltet werden, für die eine Freistellung bei Fortzahlung der regulären Vergütung erfolgt.

2.6.2.2. Anwendung der regulären Vergütung

In Betracht kommt die ausdrückliche Erstreckung der regulären Vergütung auch auf die für eine Mediation oder Konfliktberatung aufgewandte Zeit.

Dies ist sowohl für den Fall möglich, in dem die für die originäre Tätigkeit aufgewandte Arbeitszeit entsprechend reduziert und der Zeitaufwand für die Mediatoren- bzw. Konfliktberater Tätigkeit inkludiert wird, es mithin nicht zu einer Erhöhung der Arbeitszeit kommt. Hier würde der Mitarbeiter seine bisherige Vergütung weiter ausgezahlt erhalten.

Ebenso kann bei Ableistung von Überstunden aufgrund der Mediatoren- oder Konfliktberater Tätigkeit ausdrücklich eine Berechnung der Überstundenvergütung pro Stunde auf Basis des regulären Gehalts vereinbart werden.

2.6.2.3. Arbeitsvertraglich vereinbarte Überstundenabgeltungsklausel

Schwierigkeiten können sich im Hinblick auf eine arbeitsvertraglich vereinbarte Überstundenabgeltungsklausel ergeben.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung¹¹¹ kann eine pauschale Abgeltung von Überstunden durch die gewährte Vergütung rechtlich wirksam arbeitsvertraglich vereinbart werden. Hierfür muss das abgeleitete Überstundenkontingent klar und transparent quantifiziert sein und die im Gehalt inkludierte Höchstzahl an Überstunden nicht außer Verhältnis stehen. Ist dies nicht der Fall, ist die Überstundenabgeltungsklausel unwirksam. Es besteht ein Anspruch auf Vergütung der geleisteten Überstunden auf Basis der regulären Vergütung.

Besonderheiten gelten für Arbeitnehmer, deren Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung liegt. Diese haben – anders als vorstehend ausgeführt – auch dann keinen Anspruch auf Vergütung der Überstunden, wenn die Klausel, mit der die Überstunden pauschal abgegolten

¹¹¹ Ausführlicher Rechtsprechungsüberblick bei: Hümmerich/Reufels-Schiefer, § 1 Arbeitsverträge Rn. 3599ff.

sind, intransparent und somit unwirksam ist. Es besteht in diesem Fall kein Anspruch auf Vergütung der geleisteten Überstunden, da nach Auffassung des BAG¹¹² oberhalb dieser Vergütungsgrenze der Arbeitnehmer nicht die für § 612 Abs. 1 BGB erforderliche Vergütungserwartung hat. Vielmehr müssen Arbeitnehmer mit einem entsprechend hohen Gehalt davon ausgehen, dass hierfür auch ein deutlich erhöhter Arbeitseinsatz zu leisten ist.

Ist eine Überstundenabgeltungsklausel rechtlich wirksam vereinbart, bestehen keine arbeitsrechtlichen Bedenken, diese ausdrücklich auch auf die Tätigkeit als Mediator auszuweiten oder eine solche erst ausdrücklich für die Mediationstätigkeit zu begründen. Ohne eine entsprechende Regelung dürfte sich eine bestehende Abgeltungsklausel nicht automatisch auf die Zusatztätigkeit erstrecken, da diese nur für die zunächst arbeitsvertraglich festgelegte Tätigkeit vereinbart und auf diese Bezug genommen wurde.

2.6.2.4. Zusatzvergütung je Fall

In Betracht kommt zudem die Vereinbarung einer Zusatzvergütung für jedes übernommene oder abgeschlossene Mediationsverfahren bzw. jede Konfliktberatung. Gerade in größeren Unternehmen mit großem Mediatoren- oder Konfliktberaterpool ist bei Übernahme der Funktion als Mediator oder Konfliktberater nicht absehbar, ob und wenn ja in welchem Umfang es überhaupt zu einer Ausübung dieser Tätigkeit kommen wird. Die Vereinbarung einer Zusatzvergütung nur für den tatsächlichen Fall der Wahrnehmung der Tätigkeit ermöglicht eine Anpassung an die tatsächlichen Gegebenheiten und den im Einzelfall anfallenden Aufwand und die notwendige Arbeitszeit. Zudem können die Arbeitsvertragsparteien hierdurch eine Vergütung in anderer Höhe als für die originäre Tätigkeit vereinbaren.

2.6.2.5. Funktionszulage

Eine weitere Option ist die Vereinbarung einer kontinuierlichen Zusatzvergütung pauschal für die Bereitschaft zur Übernahme der Tätigkeit ab dem Zeitpunkt der Aufnahme in den internen Mediatoren- oder Konfliktberaterpool vergleichbar einer Funktionszulage bei Übernahme bestimmter zusätzlicher Verantwortungen im Zusammenhang mit der arbeitsvertraglichen Tätigkeit. Vor allem im tarifvertraglich regulierten Bereich werden Funktionszulagen für gesonderte, herausgehobene

¹¹² Grundsatzentscheidung des BAG, Urt. v. 17.8.2011 – 5 AZR 406/10, NJW 2012, 552–555.

Tätigkeiten gewährt, „die den Tätigkeitsmerkmalen der nächsthöheren Vergütungsgruppe noch nicht (...) [entsprechen], mit der Grundvergütung der innegehabten Vergütungsgruppe jedoch aus Sicht der Tarifvertragsparteien nicht angemessen bezahlt“¹¹³ sind. Darüber hinaus würde auch der durch die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit zusätzlich zu erwartende Aufwand der Vor- und Nachbereitung vorab pauschal berücksichtigt, einschließlich der mit Bereitschaft vergleichbaren Zeit vor und nach der tatsächlichen Ausübung der Funktion.

2.6.3. Auswirkung auf variable Vergütungssysteme

Die Arbeitsvertragsparteien sollten etwaige Auswirkungen berücksichtigen, welche die Übernahme der Mediations- oder Konfliktberatertätigkeit auf einen möglicherweise bestehenden variablen Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers hat. Gerade bei Arbeitnehmern aus mittleren und höheren Hierarchieebenen sowie in bestimmten Unternehmensbereichen wird die variable Vergütung regelmäßig von Zielvorgaben abhängig sein, die in direktem oder zumindest mittelbarem Zusammenhang mit der für die originäre Tätigkeit aufgewandten Zeit stehen. So sind in vielen Beratungsunternehmen oder Unternehmen mit Kundenprojekten die gearbeiteten Stunden relevant, die gegenüber dem Kunden abgerechnet werden können, sog. billables. Diese sind zu unterscheiden von der Zeit, die für administrative oder aus Sicht des Arbeitgebers nicht bonusrelevante Tätigkeiten verwandt wird, sog. non-billables. Oftmals werden auch besondere Projekte, die nicht notwendigerweise mit einem höheren Umsatz für den Arbeitgeber im Zusammenhang stehen, aber prestigeträchtig sind, öffentlichkeitswirksam genutzt werden können oder deren Erfüllung aus anderen Gründen im Interesse des Arbeitgebers steht, als bis zu einem bestimmten Umfang berücksichtigungsfähig deklariert.

Wird die für die originäre Tätigkeit aufgebrauchte und bei der Berechnung der variablen Vergütung zu berücksichtigende Arbeitszeit reduziert und eine zusätzliche Funktion übertragen, kann dies zu einer Reduzierung der variablen Vergütung führen. Ob dies der Fall ist, hängt maßgeblich von der vertraglichen Regelung ab. Es handelt sich insofern um eine Änderungsvereinbarung hinsichtlich der Art der Tätigkeit, die nicht mehr erfolgsbezogen ausgestaltet ist.

¹¹³ BAG, Urt. v. 18.5.2011 – 10 AZR 206/10, NZA 2011,1289–1292, Rn. 37.

2.6.3.1. Keine ausdrückliche vertragliche Regelung

Treffen die Parteien in einem solchen Fall keine ausdrückliche zusätzliche Vereinbarung, wonach die für die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit aufgewandte Zeit für die erfolgsabhängige Vergütung berücksichtigt wird, fällt ein entsprechender Anteil der variablen Vergütung weg. Dies hat zur Folge, dass beispielsweise bei einem Anteil der Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit von 10 % an der Gesamttätigkeit die Erwartung für die variable Vergütung entsprechend zu kürzen ist. Der Mitarbeiter hat mithin einen maximalen Anspruch auf 90 % der variablen Vergütung, es sei denn, er erfüllt die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit durch Ableistung von Überstunden und erreicht trotz Übernahme dieser Funktion die vorgegebenen Schwellenwerte für die Berechnung der variablen Vergütung.

2.6.3.2. Anteilige Berücksichtigung der Zusatzfähigkeit

Abgesehen von der Frage der vergütungsrechtlichen Bewertung der Tätigkeit ist das Interesse des Arbeitgebers zu berücksichtigen, das IKMS und damit auch die Tätigkeit der Mediatoren und Konfliktberater zu fördern. Sicherlich kann davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmer, die sich als Mediatoren und Konfliktberater ausbilden lassen und in dieser Funktion tätig werden, auch ein eigenes Interesse an dieser Zusatzfähigkeit haben. Gleichwohl sollten sie nicht vor die finanzielle Wahl gestellt werden, auf einen möglicherweise größeren Bonus zugunsten der zusätzlichen Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater zu verzichten. Auch die in § 5 Abs. 5 S. 2 MediationsG gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des Mediators, die Mediation jederzeit zu beenden, mithin auch die Übernahme der Tätigkeit bereits vorab abzulehnen, wird dem nicht ausreichend gerecht. Insofern erscheint es angebracht, die Relevanz der Mediatorentätigkeit bei der Zielvereinbarung zu berücksichtigen.¹¹⁴

Dies kann einerseits dadurch geschehen, dass die für die Mediatoren- oder Konfliktberatertätigkeit aufgewandte Zeit ausdrücklich als relevant für die Berechnung bewertet wird. Hierdurch wird die Berücksichtigung der tatsächlich angefallenen Zeit gewährleistet.

Andererseits könnten die für die Erreichung der vollen variablen Vergütung notwendigen Ziele unter Berücksichtigung der voraussichtlich für die Mediation bzw. Konfliktberatung erforderlichen Zeit nach unten korrigiert werden. Nachteil dieser Vorgehensweise ist die Einbeziehung einer Variablen, da die tatsächlich für die

¹¹⁴ Dendorfer/Krebs, Konfliktodynamik 2012, 218.

Zusatzfunktion aufgewandte Arbeitszeit erst im Nachgang korrekt festgestellt werden kann.

Gleiches gilt für den Konfliktberater. Diesem steht im Übrigen nicht das gesetzliche Recht des Mediators zur jederzeitigen Beendigung der Beratung zu. Er hat demnach nicht die Möglichkeit, durch Ablehnung der Beratung dafür zu sorgen, dass er seine Arbeitszeit umfassend für die bonusrelevante, originäre Tätigkeit verwenden kann.

Es sollte sichergestellt sein, dass durch eine entsprechende Regelung keine Besserstellung des Mediators oder Konfliktberaters bei Übernahme der Tätigkeit erfolgt, um zu keinem Zeitpunkt den Vorwurf der Parteilichkeit zugunsten des Arbeitgebers aufkommen zu lassen.

2.6.4. Praxishinweis

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es vielfältige Regelungsbereiche und -möglichkeiten im Zusammenhang mit der Vergütung für die Tätigkeit als Mediator und Konfliktberater gibt. Um Auseinandersetzungen zu vermeiden und Transparenz zu schaffen, erscheint es sicherer, mit dem als Mediator bzw. Konfliktberater tätigen Mitarbeiter ausdrücklich zu vereinbaren, in welchem Umfang diese Tätigkeit zusätzlich vergütet wird oder von der regulären Vergütung bereits umfasst ist.

Eine pauschale Abgeltung der gesamten Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater, ohne dass eine zeitliche Beschränkung vorliegt, dürfte im Hinblick auf die vorstehend ausgeführte Rechtsprechung zur Überstundenabgeltung in den meisten Fällen zu beanstanden und nicht zulässig sein.

Beim Grundtyp der Vereinbarung eines Zusatzentgeltes für etwaige zusätzlich zur regulär vereinbarten Arbeitszeit geleisteten Arbeitsstunden für die Mediations- bzw. Konfliktberatertätigkeit ergeben sich keine besonderen arbeitsrechtlichen Gestaltungsanforderungen.

Gleiches gilt bei einer Reduzierung der Arbeitszeit für die originäre Tätigkeit und Ergänzung um diesen Anteil der Arbeitszeit für die Mediations- oder Konfliktberatertätigkeit bei gleichbleibendem Arbeitsentgelt. Entscheidend ist allein, dass die Vereinbarung eine klare und transparente Regelung enthält.

Vorzugswürdig erscheint nach Auffassung der Verfasserin die Vereinbarung einer anteiligen, maximalen Arbeitszeit für die Übernahme der Zusatzfunktion. Hierdurch findet eine Reduktion der für die originäre Tätigkeit aufgewandten Arbeitszeit lediglich in dem tatsächlich erforderlichen Umfang statt. Der Vorteil einer derartigen Regelung besteht darin, dass der Umfang beider Tätigkeitsbereiche definiert, planbar und die Vergütung klar regelbar ist.

Auch in der Praxis sollte darauf geachtet werden, dass eine überobligatorische Belastung des Funktionsträgers vermieden wird. Da die reguläre Vergütung entsprechend weiterzuzahlen ist, ergeben sich auch für die Gehaltsabrechnung keine besonderen Schwierigkeiten.

Gleiches gilt für eine Regelung, mit welcher die Auswirkungen der Übernahme der Mediatoren- oder Konfliktberater Tätigkeit auf ein bestehendes variables Vergütungssystem festgelegt werden. Maßgeblich ist hier vor allem eine transparente, angemessene und in das betriebliche Vergütungssystem passende Vergütung der Tätigkeit des Mediators oder Konfliktberaters, um die innerbetriebliche Anerkennung des IKMS und damit dessen Erfolg nicht zu gefährden. Vorzugswürdig erscheint eine anteilige Berücksichtigung der für die Zusatzfunktion aufgewandten Zeit, um sowohl eine Benachteiligung auszuschließen als auch den Anreiz zur Ablehnung einer Mediation gering zu halten. Ein eventueller Nachteil besteht allerdings darin, dass ein Mediator aus Gründen eines Vergütungsvorteils das Mediationsverfahren unnötig ausdehnen könnte.

2.7. Verpflichtung zur Vertraulichkeit

Die Nichtöffentlichkeit der Mediation ist eines der wesentlichen Abgrenzungsmerkmale gegenüber einem gerichtlichen Verfahren.¹¹⁵ Insofern ist die Verpflichtung des Mediators zur Verschwiegenheit eines der Kernstücke der gesetzlichen Regelungen des MediationsG. *„Um die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens zu gewährleisten, (...) [wurde] eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht für (...) Mediatoren (...) eingeführt. Daraus folgt für diese zugleich ein Zeugnisverweigerungsrecht in der ZPO und allen auf sie verweisenden Verfahrensordnungen.“*¹¹⁶

¹¹⁵ Risse, SchiedsVZ 2012, 250.

¹¹⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 11.

Aufgrund der bestehenden Verweisungsnormen¹¹⁷ und mangels anderweitiger Regelung im ArbGG gilt das in § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO geregelte Zeugnisverweigerungsrecht für Mediatoren auch für alle Instanzen des arbeitsgerichtlichen Urteils- und Beschlussverfahrens.

2.7.1. Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht und ihre Grenzen

2.7.1.1. Grundsatz und gesetzliche Grenzen

Die in § 4 S. 1 MediationsG normierte Verschwiegenheitspflicht des Mediators besteht umfassend, unterliegt jedoch ausdrücklich dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Regelungen. Einer bestehenden gesetzlichen Offenbarungspflicht kann der Mediator nicht seine Verschwiegenheitspflicht entgegenhalten.

In Betracht kommt hier beispielsweise die Pflicht zur Anzeige bestimmter geplanter schwerer Katalogstraftaten, vgl. § 138 StGB.¹¹⁸ Die Kenntnis anderer Straftaten verpflichtet den Mediator nicht zu deren Offenlegung, vielmehr gilt seine Verschwiegenheitspflicht uneingeschränkt.¹¹⁹ Ebenso führen etwaige bestehende arbeitsvertragliche Kommunikationspflichten gegenüber Vorgesetzten oder anderen Vertretern des Arbeitgebers nicht zu einer Einschränkung der Vertraulichkeitsverpflichtung. Der Arbeitgeber kann mithin den Mediator nicht anweisen, ihm die entsprechenden Informationen aus dem Mediationsverfahren offen zu legen. Dem stünde die gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung des Mediators entgegen.

Allerdings sind in § 4 S. 3 MediationsG explizit weitere strenge Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht aufgeführt.

Dies betrifft zum einen die Inhalte der Abschlussvereinbarung einer Mediation, deren Offenlegung zur Umsetzung oder Vollstreckung erforderlich ist, § 4 S. 2 Nr. 1 MediationsG. Zu denken ist hier im innerbetrieblichen Zusammenhang beispielsweise an eine zukünftige Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen mehreren Mitarbeitern. Hierbei handelt es sich um Informationen, von denen der Arbeitgeber oder Dritte im Ergebnis Kenntnis haben müssen, um deren Umsetzung zu ermöglichen und dazu beizutragen, dass die von den Konfliktparteien gefundene Lösung ihrerseits erfolgreich sein kann.

¹¹⁷ §§ 46 Abs. 2, 64 Abs. 6, 72 Abs. 5, 80 Abs. 2, 87 Abs. 2, 92 Abs. 2 ArbGG verweist auf die entsprechende Anwendung der ZPO.

¹¹⁸ Kloweit/Gläßer-Goltermann, § 4 MediationsG Rn. 33.

¹¹⁹ Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 4 MediationsG Rn. 16.

Zudem sind offenkundige Tatsachen oder solche, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen, von der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht ausgenommen, § 4 S. 2 Nr. 3 MediationsG, sowie solche, die aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) der Offenlegung bedürfen, § 4 S. 2 Nr. 2 MediationsG. Die hier beispielhaft genannten Fallgruppen verdeutlichen, dass dies Gesichtspunkte betrifft, deren Offenbarung zur Aufrechterhaltung der Grundwerte der staatlichen Rechtsordnung erforderlich ist.¹²⁰

2.7.1.2. Einschränkung durch interne Vorschriften

Doch wie steht es mit anderen arbeitgeberseitig implementierten Systemen, welche zusätzliche Offenbarungspflichten der Arbeitnehmer begründen? Vielfach bestehen auch in deutschen Unternehmen innerbetriebliche Meldesysteme, in deren Rahmen Arbeitnehmer bei Verdacht oder Kenntnis von Straftaten oder Verstößen gegen interne Ethik- und/oder Compliance-Richtlinien den Arbeitgeber hierüber informieren können und sollen. Durch die Etablierung eines derartigen internen Systems werden die Treuepflichten der Arbeitnehmer dahingehend konkretisiert, dass sie dieses auch nutzen müssen. Es wird letztlich eine Aufdeckungsobliegenheit begründet. Da es sich hierbei nicht um eine gesetzliche Offenbarungspflicht handelt, wird die Verschwiegenheitspflicht des Mediators hiervon jedoch nicht eingeschränkt.

2.7.2. Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht aufgrund originärer Tätigkeit

Des Weiteren unterliegen Angehörige bestimmter Berufsgruppen besonderen Verschwiegenheitspflichten und verfügen über erweiterte Zeugnisverweigerungsrechte. So haben beispielsweise Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Psychologen oder Psychotherapeuten als sog. Berufsheimnisträger ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht¹²¹ im Hinblick auf die Informationen, die ihnen in Ausübung dieser Eigenschaft anvertraut oder bekannt geworden sind.

Hier stellt sich die Frage, ob diese Privilegierung auch für die Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater gilt. Für Rechtsanwälte ergibt sich dies ausdrücklich aus § 18 BORA.¹²² Für die anderen vorstehend genannten Berufsgruppen fehlt eine

¹²⁰ Klowitz/Gläßer-Goltermann, § 4 MediationsG Rn. 38f.; Greger/Unberath/Steffek-Greger, § 4 MediationsG Rn. 15.

¹²¹ Gem. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

¹²² Eckardt/Dendorfer, MDR 2001, 788.

derartige gesetzliche Übertragung auf eine zusätzlich ausgeübte Tätigkeit. Es ist insofern davon auszugehen, dass das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht dieser Berufsträger bei der Tätigkeit als Mediator oder Konfliktberater keine Anwendung findet.¹²³

Die erweiterte Verschwiegenheitspflicht für Betriebsratsmitglieder gilt in den Fällen, in denen die Betriebsrats Tätigkeit einvernehmlich um die Mediatoren- oder Konfliktberater Tätigkeit durch eine freiwillige Betriebsvereinbarung erweitert wurde. Die betreffenden Betriebsratsmitglieder werden hierdurch in ihrer Zusatzfunktion von der nach § 120 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG strafbewehrten Geheimhaltungspflicht des § 79 Abs. 1 BetrVG erfasst. Andererseits sind hiervon nur besondere Sachverhalte erfasst. So verbietet die Geheimhaltungspflicht die Offenlegung und Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die wegen der Zugehörigkeit zum Betriebsrat bekannt geworden und vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind. Über die Verweisung des § 99 Abs. 1 S. 3 BetrVG gilt diese Pflicht auch im Hinblick auf persönliche Verhältnisse und Angelegenheiten von Arbeitnehmern, die dem Betriebsrat im Rahmen der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG bekannt geworden sind. Insofern sind Betriebsräte, welche im Rahmen einer Erweiterung dieser Tätigkeit als Mediator tätig sind, sowohl nach dem MediationsG als auch nach den besonderen betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen zur Verschwiegenheit verpflichtet.

2.7.3. Vertragliche Erweiterung

Aufgrund der auch im Arbeitsrecht geltenden Vertragsautonomie können Arbeitgeber und Mitarbeiter einvernehmlich zusätzliche Regelungen treffen. So können sie beispielsweise vereinbaren, dass die Verschwiegenheitspflicht für die als Mediator oder Konfliktberater tätigen Mitarbeiter erweitert wird.

Lediglich die Begründung eines Zeugnisverweigerungsrechtes für einen etwaigen Strafprozess ist vertraglich nicht möglich, da der Gesetzgeber hier durch eine ausdrückliche Regelung eine bewusste Beschränkung auf bestimmte Berufsgruppen getroffen hat¹²⁴. In allen nicht von § 53 StPO erfassten Fällen wird ein Über-

¹²³ So auch Eckardt/Dendorfer, MDR 2001, 788.

¹²⁴ BT-Drs. 17/5335, S. 17; Budde, S. 218.

wiegen des staatlichen Interesses an einer wirksamen Strafverfolgung angenommen. Es ist nicht zulässig, dieses Zeugnisverweigerungsrecht vertraglich auf andere Personen auszudehnen.

Es steht dem Arbeitgeber aber frei, sich beispielsweise ausdrücklich zu verpflichten, den Mediator oder Konfliktberater in einem etwaigen arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht als Zeugen oder Sachverständigen zu benennen.¹²⁵ Nach der h.M. ist eine entsprechende Vereinbarung als Prozessvertrag grundsätzlich zulässig und begründet ein seitens des Gerichts zu berücksichtigendes Beweiserhebungsverbot.¹²⁶ Dem Gericht ist es in diesem Fall verwehrt, den Mediator oder Konfliktberater als Zeugen zu vernehmen.

Dies gilt jedoch nur für das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren oder einen Zivilprozess, da hier weiterhin der Beibringungsgrundsatz besteht. Den Parteien obliegt insofern die Benennung und Beschaffung der Beweismittel. Im Gegensatz zu allen anderen Beweismitteln kann der Zeugenbeweis durch das Gericht nicht von Amts wegen eingeholt werden.¹²⁷

Anders ist dies im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren. Gem. § 83 Abs. 1 S. 1 ArbGG ermittelt das Arbeitsgericht den Sachverhalt von Amts wegen und ist nicht an die Beweisangebote und -anträge der Parteien gebunden. Es könnte daher den Mediator oder Konfliktberater von sich aus als Zeugen laden.

2.7.4. Praxishinweis

Die Gewährleistung der Vertraulichkeit ist ein wesentliches Erfolgskriterium für eine Mediation¹²⁸ und Konfliktberatung und damit auch für das gesamte IKMS. Es empfiehlt sich, eine Verschwiegenheitspflicht entweder deklaratorisch oder für alle nicht dem MediationsG unterliegenden Konfliktberater konstitutiv vertraglich festzuhalten. Hierbei sollte auch klar geregelt sein, dass diese nicht durch Auskunftspflicht oder Kommunikationspflichten gegenüber Vorgesetzten – sei es des Mediators bzw. Konfliktberaters oder der Konfliktparteien – oder anderen Vertretern des Arbeitgebers wie beispielsweise der Personalabteilung eingeschränkt wird.¹²⁹

¹²⁵ Budde, S. 198; Pühl-Pühl, S. 17; Lembke 2001, Rn. 189, 295.

¹²⁶ Eckhard/Dendorfer, MDR 2001, 787, 790; Nink, S. 238; Töben, RNotZ 2013, 327f. m.w.N.; MüKo-Prütting, § 286 ZPO Rn. 164, Wagner, NJW 2001, 1399.

¹²⁷ Vgl. §§ 142 Abs. 1 S. 1, 144 Abs. 1 S. 1, 273 Abs. 2, 448 ZPO.

¹²⁸ BT-Drs. 17/5335, S. 13.

¹²⁹ Sailer, Konfliktodynamik 2013, 247; Budde, S. 216; Andrelang, S. 59.

Es besteht auch die Möglichkeit, explizit arbeitsrechtliche Konsequenzen an die Verletzung der Vertraulichkeitspflicht durch den Mediator oder Konfliktberater zu knüpfen, um die Bedeutung dieses Grundsatzes hervorzuheben.

Zudem sollte eine Regelung aufgenommen werden, wonach der Arbeitgeber auf das Zeugnis des Mediators oder Konfliktberaters im Falle eines nachfolgenden Gerichtsverfahrens verzichtet. Hierdurch würden die in diesem Gerichtsverfahren zulässigen Beweismittel sofern möglich entsprechend eingeschränkt.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass dem Arbeitgeber selbst bei entsprechender Vereinbarung eine Umgehung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht des Mediators bzw. der ggf. vertraglich vereinbarten Verschwiegenheitspflicht des Konfliktberaters dergestalt möglich wäre, dass er eine der Konfliktparteien als Zeugen benennt. Diese Erwägung sollte bei dem Mediatorvertrag durch den Mediator berücksichtigt und auch auf die Vereinbarung entsprechender Verschwiegenheitspflichten der Konfliktparteien geachtet werden. Im Hinblick auf die Neuerungen des Datenschutzrechts und die sich daraus ergebenden Pflichten zur Löschung bzw. Zerstörung personenbezogener Daten scheint eine Aufforderung des Arbeitgebers zur Herausgabe von im Rahmen der Mediation entstandenen Unterlagen und Dokumenten als eher wenig erfolgversprechend.¹³⁰ Gleichwohl sollte aus Gründen der Rechtssicherheit eine entsprechende Regelung in die vertragliche Vereinbarung aufgenommen werden, um ein solches Ansinnen rechtswirksam zu verhindern.

Auch in den Unternehmen, mit welchen im Rahmen der Erstellung dieser Abhandlung Gespräche geführt wurden, legt man auf die Vertraulichkeit im Rahmen des IKMS sehr viel Wert. Sowohl bei der Siemens AG¹³¹ als auch bei der LHT AG¹³² werden Personen, welche bereits aufgrund ihrer Ausgangsberufe und originären Tätigkeit über besondere Verschwiegenheitspflichten und Zeugnisverweigerungsrechte verfügen, als Mediatoren eingesetzt, beispielsweise Psychologen und Sozialarbeiter. Die in allen Unternehmen eingesetzten Mediatoren unterliegen der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht des MediationsG. Für die Konfliktberater wurden keine gesonderten Regelungen zur Vertraulichkeit getroffen.¹³³

¹³⁰ Hierauf wird in dieser Arbeit an späterer Stelle gesondert eingegangen (Kapitel 2.10.).

¹³¹ Vgl. Fn. 19.

¹³² Vgl. Fn. 13.

¹³³ Vgl. Fn. 18, 36.

2.8. Haftung des innerbetrieblichen Mediators und Konfliktberaters

Vielfach wurde und wird die Haftung des Mediators vor und seit Einführung des MediationsG in der Fachliteratur diskutiert.

Generell stellt sich die Frage, ob die rechtliche Situation aufgrund des innerbetrieblichen Sachverhalts und die in diesem Zusammenhang geltenden haftungsrechtlichen Besonderheiten differenziert zu bewerten ist und was speziell für den Konfliktberater gilt. Zudem ist zu bedenken, dass es sich vielfach um nicht-justiziable Konflikte handelt, bei deren Lösung der Mediator oder Konfliktberater die Konfliktparteien unterstützt.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen sich auf den Bereich beschränken, der nach Auffassung der Verfasserin im innerbetrieblichen Zusammenhang tatsächlich schadens- und damit haftungsträchtig ist.¹³⁴ Vor dem Hintergrund der nach Auffassung der Verfasserin mangelnden Praxisrelevanz wird auf Ausführungen zur deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB verzichtet.

2.8.1. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

Grundsätzlich kennt das Zivilrecht den allgemeinen Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch eine schuldhafte Pflichtverletzung entsteht, §§ 280 ff. BGB. Erforderlich zur Begründung dieses Anspruches ist die vorsätzliche oder fahrlässige¹³⁵ Verletzung einer Pflicht, welche einen ersatzfähigen Schaden kausal verursacht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt auch eine Haftung des innerbetrieblichen Mediators oder Konfliktberaters in Betracht. Darüber hinaus können sich besondere Haftungstatbestände aus spezialgesetzlichen Regelungen ergeben. Das MediationsG begründet jedoch keine derartigen spezialgesetzlichen Haftungstatbestände, sondern konkretisiert lediglich die Pflichten und Obliegenheiten des Mediators, deren Verletzung zum Gegenstand der allgemeinen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche werden kann.¹³⁶

Fraglich ist, welche besonderen Pflichten dem innerbetrieblichen Mediator und Konfliktberater obliegen, deren Verletzung zu einem quantifizierbaren Schaden und damit einer potentiellen Haftung dieser Personen führen kann.

¹³⁴ Für eine umfassende Übersicht über die Pflichten des Mediators und seine Haftung: vgl. Jost, ZKM 2011, 168ff. m.w.N.

¹³⁵ § 276 BGB.

¹³⁶ Vgl. Gläßer, ZKM 2018, 81; Jost, ZKM 2011, 168.

2.8.1.1. Pflichten des Mediators

Die dem Mediator obliegenden Pflichten ergeben sich zunächst aus dem MediationsG, wie beispielsweise die Verschwiegenheitspflicht. Dieses gewährt dem Mediator grundsätzlich sehr weite Handlungsspielräume, die zu Unklarheiten im Zusammenhang mit der Haftungsfrage führen können.¹³⁷

Darüber hinaus können zusätzliche Pflichten einerseits durch die zwischen dem Mediator und dem Arbeitgeber geschlossene arbeitsvertragliche Zusatzvereinbarung entstehen. In dieser können auch Pflichten des Mediators zugunsten der Konfliktparteien vereinbart werden; ein sog. Vertrag zugunsten Dritter.

Andererseits ergeben sich ggf. auch weitere Pflichten des Mediators aus dem zwischen dem Mediator und den Konfliktparteien geschlossenen Mediatorvertrag.

2.8.1.2. Pflichten des Konfliktberaters

Da die durch das MediationsG begründeten Pflichten nicht für den innerbetrieblichen Konfliktberater gelten, ergeben sich die im Rahmen des allgemeinen Schadensersatzanspruchs relevanten Handlungspflichten aus der entsprechenden vertraglichen Vereinbarung. Insofern sind dessen potentielle Haftungsmöglichkeiten abhängig von den bestehenden vertraglichen Vereinbarungen und können deutlich geringer sein als die des Mediators.

2.8.1.3. Besondere Pflichten aufgrund des Grundberufes

Unter Umständen kommt eine Haftungserweiterung aufgrund entsprechender, sich aus dem Grundberuf des Mediators oder Konfliktberaters ergebenden Pflichten in Betracht. Dies betrifft Personen, welche besonderen Berufspflichten unterliegen, wie Psychologen, Sozialberater oder Unternehmensjuristen bzw. Syndikusrechtsanwälte. So gelten beispielsweise für den Syndikusrechtsanwalt die anwaltlichen Grundpflichten und das Standesrecht entsprechend auch für die innerbetrieblich ausgeübte juristische Tätigkeit.¹³⁸ Diese Personengruppe hat gegenüber Personengruppen, die keinen derart gesetzlich gesondert geregelten Grundberuf ausüben, demnach bei einem Einsatz als Mediator deutlich erweiterte Pflichten, die haftungsrelevant sein können.

Jedoch wird ein innerbetrieblicher Mediator anders als ein externer Mediator in der Regel nicht primär unter Berücksichtigung seines Grundberufes durch die Parteien oder den Arbeitgeber ausgewählt. Zudem spielt sich der zu klärende Konflikt im

¹³⁷ Jost, ZKM 2011, 168; Gläßer, ZKM 2018, 83.

¹³⁸ Sailer, Konfliktodynamik 2013, 249.

innerbetrieblichen Arbeitsumfeld ab. Des Weiteren dürfte es sich regelmäßig um die Klärung zwischenmenschlicher Konflikte handeln, welche noch nicht die rechtliche Phase erreicht haben oder nicht justiziable sind. Derartige Konflikte können im Regelfall nicht durch gerichtliche Entscheidungsverfahren gelöst werden. Der Pflichtenkreis des innerbetrieblichen Mediators wird bereits durch diese Umstände eingeschränkt. Insofern lässt sich durchaus die Auffassung vertreten, dass die besonderen Haftungstatbestände aufgrund des Grundberufes keine Anwendung auf die innerbetriebliche Mediatoren- oder Konfliktberater Tätigkeit finden. Auf eine entsprechend bewusste und ausdrückliche Rollentrennung¹³⁹ sollte zur Vermeidung weitergehender Haftung geachtet und dies gegenüber allen Beteiligten kommuniziert werden.

2.8.1.4. Schaden

Eine Haftung kommt nur dann in Betracht, wenn eine schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegt, die einen kausal auf der Pflichtverletzung beruhenden Schaden verursacht. Der Mediator muss die ihm obliegende Pflicht fahrlässig oder vorsätzlich verletzt haben, § 276 BGB. Fraglich ist jedoch, welche Pflichtverletzung seitens des Mediators tatsächlich zu einem nachweisbaren Schaden bei einer der Konfliktparteien führen kann.

Offensichtlich dürften dies Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht seitens des Mediators sein, die zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen gegenüber einer oder mehreren Konfliktparteien führen. Zu denken sei hier an die Weitergabe von Informationen über einen kündigungsrelevanten Sachverhalt an den Arbeitgeber, welche eine Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers nach sich zieht. Hier kommt die bewusste und damit vorsätzliche Weitergabe der Informationen in Betracht oder auch die fahrlässige Verursachung eines Schadens, beispielsweise indem versehentlich Unterlagen verloren gehen oder via E-Mail an einen falschen Empfängerkreis versandt werden und so in den Besitz anderer gelangen.

Denkbar wäre zudem der Ablauf gesetzlicher Fristen, die nicht dispositiv sind. Gerade im Arbeitsrecht gibt es eine Vielzahl an festen, unverzichtbaren Fristen, z.B. arbeits- oder tarifvertragliche Ausschlussfristen oder die kündigungsschutzrechtliche Klagefrist gem. § 4 KSchG. Wahrt ein Arbeitnehmer diese zwingenden Fristen nicht, ist es ihm allein aufgrund deren Verfristung verwehrt, seine Rechte geltend zu machen.

¹³⁹ Jost, ZKM 2011, 172.

Diese Fristen gelten jedoch zum einen im Regelfall für Ansprüche von Arbeitnehmern gegenüber dem Arbeitgeber und umgekehrt, nicht jedoch zwischen Arbeitnehmern. Bei nicht justiziablen, zwischenmenschlichen Konflikten, welche regelmäßig Gegenstand einer innerbetrieblichen Mediation oder Konfliktberatung sein dürften, sind derartige Fristen nicht relevant. Selbst wenn das Verfahren einen grundsätzlich justiziablen Konflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern betrifft, ist zu bedenken, dass dieser sich regelmäßig in einem vorrechtlichen Stadium befindet und somit noch keine Fristen zu beachten sind.¹⁴⁰

Zum anderen kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein nicht-anwaltlicher Mediator diese Fristen lediglich aufgrund des innerbetrieblichen Kontextes kennt. Eine Hinweispflicht im Hinblick auf die gesetzlichen Fristen und die rechtlichen Folgen der Nichtwahrung bzw. die Möglichkeit der rechtlichen Beratung kann insofern nach der hier vertretenen Auffassung nicht bestehen.¹⁴¹

Fälle, in denen ein ersatzfähiger Schaden aufgrund einer Verletzung der gesetzlich normierten Hinweispflichten entsteht, sind nicht ersichtlich.

Sofern vertraglich eine Verschwiegenheitspflicht des Konfliktberaters begründet wurde, gilt das Vorstehende entsprechend.

2.8.2. Grundsatz der Arbeitnehmerhaftung

Im innerbetrieblichen Zusammenhang wurden durch höchstrichterliche Rechtsprechung unterschiedliche Haftungsprivilegierungen für Schäden entwickelt, welche durch einen Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner arbeitsvertraglichen und damit betrieblich veranlassten Tätigkeit entstehen. So findet im Falle von Arbeitsunfällen, welche Personenschäden zur Folge haben, das SGB VII als Recht der gesetzlichen Unfallversicherung Anwendung. Im Übrigen finden die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches Anwendung, sofern dem Arbeitgeber oder anderen Arbeitnehmern ein Schaden durch den Arbeitnehmer entsteht.¹⁴² Weitere Besonderheiten gelten bei der Verletzung von Rechtsgütern externer Personen durch Arbeitnehmer.

Im Rahmen von innerbetrieblichen Mediationsverfahren oder Konfliktberatungen kommt allenfalls die Schädigung anderer Arbeitnehmer durch eine Pflichtverlet-

¹⁴⁰ Zartmann, S.132.

¹⁴¹ A.A. Budde, S. 227.

¹⁴² SWK-Pascal M. Ludwig, Arbeitnehmerhaftung Rn. 1.

zung des Mediators oder Konfliktberaters in Betracht. Da Personen- und Sachschäden eher ungewöhnlich und fernliegend sind, dürften vorrangig Vermögensschäden praxisrelevant sein.

Die in den vorstehend genannten Fällen geltenden Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches sehen ein sog. dreistufiges Haftungsmodell in Abhängigkeit von dem Verschuldensgrad vor, welcher dem Arbeitnehmer zur Last gelegt wird.¹⁴³ Entsteht der Schaden aufgrund leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers, entfällt die Haftung desselben vollständig. Bei Verursachung durch mittlere oder normale Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer anteilig. Handelt er hingegen grob fahrlässig oder sogar vorsätzlich, entfällt die Privilegierung und der Arbeitnehmer haftet umfassend.

Da es sich bei der Tätigkeit als innerbetrieblicher Mediator und Konfliktberater ebenfalls um eine arbeitsvertraglich vereinbarte und damit betrieblich veranlasste Tätigkeit handelt, finden die vorstehend dargestellten Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches auch Anwendung, wenn es im Rahmen der Ausübung dieser Tätigkeit zu einer Schädigung eines anderen Arbeitnehmers kommt.

2.8.3. Praxishinweis

Die mögliche Haftung eines innerbetrieblichen Mediators oder Konfliktberaters hängt wesentlich von den vertraglichen Vereinbarungen ab, die sowohl zwischen Arbeitgeber und dem diese Tätigkeit ausübenden Arbeitnehmer als auch zwischen dem entsprechenden Arbeitnehmer und den Konfliktparteien bestehen. Je klarer und bestimmbarer die Pflichten des Mediators oder Konfliktberaters beschrieben sind, desto abgrenzbarer ist dessen Haftung.¹⁴⁴ Empfehlenswert erscheint an dieser Stelle auch eine einvernehmliche Aufstellung der Informationen aus dem Mediationsverfahren bzw. der Konfliktberatung, welche von allen Beteiligten als offenkundig oder nicht geheimhaltungsbedürftig qualifiziert werden. Diese kann als Anlage zum Mediatorenvertrag zwischen Mediator und Parteien genommen werden und steht im Zweifelsfall als Richtlinie zur Verfügung.

¹⁴³ SWK-Pascal M. Ludwig, Arbeitnehmerhaftung Rn. 6; Hümmerich/Reufels-Borgmann, § 1 Arbeitsverträge Rn. 2782ff.

¹⁴⁴ So auch Klowitz/Gläßer-Gläßer, § 2 MediationsG Rn. 38.

Obwohl es diesbezüglich nur sehr wenige gerichtliche Entscheidungen gibt, empfiehlt sich die Aufnahme klarstellender Ausführungen aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz sowie zur Vorbeugung potentieller rechtlicher Streitigkeiten.

2.9. Schutzrechte für Mediatoren und Konfliktberater

In der Literatur wird vielfach diskutiert, ob Arbeitnehmern, welche als innerbetriebliche Mediatoren oder Konfliktberater tätig sind, besondere Schutzrechte gegenüber etwaigen Durchgriffen des Arbeitgebers zustehen oder vertraglich eingeräumt werden sollten.¹⁴⁵ Gesetzlich sind derartige Regelungen für Mediatoren nicht ausdrücklich normiert. Dies mag vorwiegend dem Umstand geschuldet sein, dass das MediationsG umfassend alle Bereiche der Mediation betrifft. Bei der innerbetrieblichen Mediation handelt es sich lediglich um einen nicht gesondert geregelten Teilbereich. Auch für Konfliktberater existieren keine besonderen Schutzrechte.

Gleichwohl gibt es im Arbeitsrecht vielfältige andere Beispiele, in denen Arbeitnehmern, die eine bestimmte innerbetriebliche Zusatzfunktion übernehmen, besondere Schutzrechte gesetzlich eingeräumt werden, beispielsweise Betriebsräten oder Schwerbehindertenvertretern. Fraglich ist, ob diese Regelungen für die als innerbetriebliche Mediatoren oder Konfliktberater tätigen Arbeitnehmer Anwendung finden. Sofern dies nicht der Fall ist, bestünde die Möglichkeit, entsprechende Regelungen ausdrücklich vertraglich vorzusehen.

Im Folgenden sollen daher zunächst die besonderen Funktionsträgern zustehenden arbeitsrechtlichen Sonderrechte dargestellt werden. Im Anschluss wird die Frage beantwortet, ob diese Regelungen möglicherweise analog auch auf innerbetriebliche Mediatoren oder Konfliktberater Anwendung finden oder mangels Analogie ausdrücklich übertragen werden müssen.

¹⁴⁵ Dendorfer/Krebs, *Konfliktdynamik* 2012, 218; Meyer/Schweitzer, *NZA* 2013, 547; Budde, S. 231; Haft/Schlieffen-Ponschab/Dendorfer, § 24 Rn. 66; Zartmann, S. 132; Troja/Stubbe, *ZKM* 2006, 122f.; Nink, S. 180.

2.9.1. Besondere Schutzrechte anderer Funktionsträger

In den arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen sind für einige der Funktionsträger besondere Schutzrechte vorgesehen, die von einem Sonderkündigungsschutz bis zum Verbot reichen, die Mitarbeiter in ihrer Funktion zu behindern oder sie aufgrund derselben zu benachteiligen oder zu begünstigen.

2.9.1.1. Sonderkündigungsschutz

Bedeutsamstes Schutzrecht dürfte der in § 15 KSchG begründete besondere Kündigungsschutz für betriebsverfassungsrechtliche Mandatsträger sein. Hierdurch soll bereits die Etablierung eines Betriebsrats vor potentiellen Eingriffen des Arbeitgebers geschützt und die Unabhängigkeit bei der Ausübung des Amtes gewährleistet werden.¹⁴⁶ Demnach ist der Ausspruch einer ordentlichen arbeitgeberseitigen Kündigung grds. für den geschützten Personenkreis für den Zeitraum ihrer aktiven Tätigkeit ausgeschlossen. Auch eine außerordentliche Kündigung des näher bezeichneten Personenkreises ist während dieses Zeitraums eingeschränkt und nur dann zulässig, wenn die Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG vorliegt oder diese durch gerichtliche Entscheidung ersetzt wurde. Zudem ist eine Nachwirkung dieses Kündigungsschutzes gesetzlich dergestalt vorgesehen, dass die ordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit sowie eines Mitgliedes des Wahlvorstandes oder Wahlbewerbers innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig ist. Das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats bzw. deren gerichtliche Ersetzung besteht während dieses Zeitraums nicht mehr. Diese „*Nachwirkung dient einer „Abkühlung“ evtl. während der betriebsverfassungsrechtlichen Tätigkeit aufgetretener Spannungen mit dem Arbeitgeber.*“¹⁴⁷

Auch für Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen gilt aufgrund des in § 179 Abs. 3 S. 1 SGB IX enthaltenen Verweises auf die Rechtsstellung des Betriebsrats das zuvor Gesagte ohne Einschränkung.

Ebenso genießt der betriebliche Datenschutzbeauftragte einen gesetzlichen Sonderkündigungsschutz mit einer einjährigen Nachwirkungszeit, § 38 Abs. 2 BDSG i.V.m. § 6 Abs. 4 BDSG.

¹⁴⁶ ErfK-Kiel, § 15 KSchG Rn. 1.

¹⁴⁷ ErfK-Kiel, § 15 KSchG Rn. 31.

Ein entsprechender Sonderkündigungsschutz gilt ebenso für den Immissionschutzbeauftragten gem. § 58 Abs. 2 BImSchG.

Neben dem Sonderkündigungsschutz gibt es die weiteren, nachfolgenden Schutzbestimmungen.

2.9.1.2. Behinderungsverbot

Betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger, mithin unter anderem Mitglieder des Betriebsrats, dürfen nach § 78 S. 1 BetrVG in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden. Dies umfasst jedes Tun oder Unterlassen durch einen anderen, welches zu einer objektiven Beeinträchtigung führt. Weder ist Vorsatz erforderlich, noch dass die Behinderung durch den Arbeitgeber erfolgt.¹⁴⁸ Gem. § 179 Abs. 2 1. Alt. SGB IX gilt ein entsprechendes Behinderungsverbot auch für die Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen.

2.9.1.3. Benachteiligungsverbot

Für Betriebsratsmitglieder gilt gem. § 78 S. 2 BetrVG ein durch § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG auch strafrechtlich flankiertes Benachteiligungsverbot, welches jegliche Schlechterstellung aufgrund der Amtstätigkeit verbietet, die nicht objektiv gerechtfertigt ist.¹⁴⁹ Ein Verstoß hat gem. § 134 BGB die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zur Folge und kann Schadensersatzansprüche des benachteiligten Betriebsratsmitglieds nach sich ziehen.¹⁵⁰

Eine besondere Ausprägung erfährt das Benachteiligungsverbot durch die Regelungen in § 37 Abs. 4, 5 BetrVG, welche einen Entgelt- und Tätigkeitsschutz der Amtsträger beinhaltet. Demnach darf das Arbeitsentgelt von Betriebsräten oder andere arbeitgeberseitige Zuwendungen für einen Zeitraum von bis zu einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung. Für den gleichen Zeitraum dürfen Betriebsräte nur mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die gleichwertig zu den Tätigkeiten vergleichbarer Arbeitnehmer sind, es sei denn, es stehen zwingende betriebliche Notwendigkeiten entgegen.

¹⁴⁸ ErfK-Kania, § 78 BetrVG Rn. 2, 4.

¹⁴⁹ ErfK-Kania, § 78 BetrVG Rn. 7.

¹⁵⁰ ErfK-Kania, § 78 BetrVG Rn. 8.

Für die Vertrauenspersonen gilt nach § 179 Abs. 2 2. Alt. SGB IX ebenfalls ein entsprechendes Benachteiligungsverbot, welches ausdrücklich auch für die berufliche Entwicklung gilt.

Ebenso unterliegen andere Funktionsträger einem gesetzlichen Benachteiligungsverbot, wie die Fachkraft für Arbeitssicherheit gem. § 8 Abs. 1 S. 2 ASiG oder der Immissionsschutzbeauftragte gem. § 58 Abs. 1 BImSchG.¹⁵¹

2.9.1.4. Begünstigungsverbot

Auch wenn dies in der Praxis deutlich seltener vorkommen dürfte, gilt für Betriebsräte und Vertrauenspersonen der Schwerbehinderten auch ein ausdrückliches Begünstigungsverbot, §§ 78 S. 2 BetrVG, 179 Abs. 2 3. Alt. SGB IX. Entsprechend den Rechtsfolgen beim Benachteiligungsverbot ist auch eine begünstigende Vereinbarung nach § 134 BGB nichtig.

2.9.2. Übertragbarkeit auf innerbetriebliche Mediatoren

Die gesetzlich normierten besonderen Schutzrechte von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertreter dienen der Sicherung des individualrechtlichen Status dieser Personen¹⁵² sowie der Gewährleistung der ungestörten Ausübung der Tätigkeit der Interessenvertretung. Lassen sich diese Erwägungen auch auf innerbetriebliche Mediatoren oder Konfliktberater übertragen?

2.9.2.1. Analoge Anwendung

In Betracht kommt zunächst eine analoge Anwendung der vorstehend beschriebenen Schutzrechte. Von einer Analogie spricht man dann, wenn man eine Gesetzesnorm, die für einen festgeschriebenen Tatbestand eine gesetzliche Regelung enthält oder an diesen bestimmte Rechtsfolgen knüpft, auf einen planwidrig nicht geregelten Tatbestand entsprechend überträgt, da die Tatbestände inhaltlich vergleichbar und daher auch rechtlich gleich zu bewerten sind.¹⁵³

Dies ist vorliegend weder für Mediatoren noch für Konfliktberater der Fall. Bereits die Ausgangssituation ist eine andere und nicht vergleichbar. Auf Initiative einer ausreichenden Zahl an Mitarbeitern kann ein Betriebsrat letztlich gegen den Willen

¹⁵¹ Meyer/Schweitzer, NZA 2013, 546.

¹⁵² SWK-Masloff, Betriebsrat Rn. 65.

¹⁵³ Schoch/Schneider/Bier-Meissner/Steinbeiß-Winkelmann, § 173 VwGO Rn. 54.

eines Arbeitgebers begründet werden. Zudem werden die einzelnen Mitglieder des Betriebsrats von den Mitarbeitern gewählt. Demgegenüber wird ein Mitarbeiter nur dann die Funktion eines innerbetrieblichen Mediators oder Konfliktberaters übernehmen, wenn ein IKMS etabliert wurde und eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber getroffen wird. Der Arbeitgeber hat mithin Einfluss auf die Auswahl der Personen, welche diese Tätigkeit ausüben.

Der Betriebsrat ist das Organ der Interessenvertretung der Mitarbeiter. Hieraus ergibt sich regelmäßig eine Parteilichkeit gegen den Arbeitgeber. Demgegenüber beschränkt sich die Funktion eines Mediators auf die neutrale und unabhängige Vermittlung in einem Mediationsverfahren. Zudem haben sowohl die betriebsverfassungsrechtlichen Mandatsträger als auch die Schwerbehindertenvertretung oder der innerbetriebliche Datenschutzbeauftragte die primäre Verpflichtung, die Einhaltung der Gesetze durch den Arbeitgeber zu überwachen und notwendigenfalls Maßnahmen gegen dessen gesetzeswidrige Handlungen zu ergreifen. Vergleichbare Pflichten obliegen weder dem Mediator noch dem Konfliktberater.

Auch kann nicht von einer planwidrigen Regelungslücke des MediationsG ausgegangen werden. Das MediationsG regelt umfangreich die Pflichten und die besonderen Rechte der Mediatoren. Die die Amtsausübung der betriebsverfassungsrechtlichen Vertreter und anderen Funktionsträger schützenden Normen sind seit langem spezialgesetzlich etabliert. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, keine vergleichbaren Regelungen zugunsten der Mediatoren in das MediationsG aufzunehmen.

2.9.2.2. Freiwillige vertragliche Vereinbarung

Den Arbeitsvertragsparteien steht es jedoch frei, vergleichbare Schutzregelungen vertraglich zu vereinbaren. Im Hinblick auf die unterschiedliche Stellung im Vergleich zu den betriebsverfassungsrechtlichen Amtsträgern und der Vertrauensperson der Schwerbehinderten verbleibt jedoch die Frage, ob derartige Regelungen wirklich notwendig sind. Gerade die Begründung eines Sonderkündigungsschutzes geht sehr weit und erscheint im Hinblick auf die Inhalte der Tätigkeit nicht erforderlich.

Im Übrigen dürften Sanktionen des Arbeitgebers aufgrund der Mediatoren- oder Konfliktberater Tätigkeit bereits gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßen¹⁵⁴ und damit nichtig sein.

Ein Arbeitgeber, der einerseits ein IKMS implementiert und einen Arbeitnehmer ausdrücklich als Mediator oder Konfliktberater mit entsprechenden Pflichten und Rechten einsetzt und diesen andererseits für adäquates und rechtmäßiges Verhalten im Rahmen der Ausübung genau dieser Tätigkeit sanktioniert, handelt widersprüchlich. Ihm kann daher eine unzulässige Rechtsausübung vorgeworfen werden.

Darüber hinaus gilt in einem solchen Fall auch das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Demnach darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht benachteiligen, wenn dieser in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.¹⁵⁵ Dieser Schutz greift, solange der Mediator oder Konfliktberater die ihm übertragene Funktion ordnungsgemäß und in zulässiger Weise ausübt.

Argumentieren lässt sich hinsichtlich einer Ausdehnung des Benachteiligungs- und Begünstigungsverbots auf Mediatoren und Konfliktberater auch, dass derartige Regelungen eine starke Aussagekraft für die Gesamtheit des Unternehmens und die bewusste Entscheidung des Arbeitgebers für das IKMS haben. Sie verdeutlichen, dass der Arbeitgeber sich ausdrücklich von jedweder Einflussnahme auf die Mediatoren und Konfliktberater frei macht und diese in ihrer unabhängigen Rolle stärkt. Zugleich wird offensichtlich, dass der Mediator oder Konfliktberater kein eigenes Interesse an einem bestimmten Ausgang des Konfliktes hat.

2.9.3. Praxishinweis

Es empfiehlt sich durchaus, entsprechende Regelungen, v.a. hinsichtlich eines Verbots der Benachteiligung und Begünstigung der betreffenden Personen, in die vertragliche Zusatzvereinbarung aufzunehmen. Da es sich hierbei um individuelle Vereinbarungen handelt, welche regelmäßig nicht veröffentlicht werden und sich damit der Kenntnis der übrigen Arbeitnehmer entziehen, sollte ein entsprechender Hinweis im Rahmen der üblichen Veröffentlichungswege des Unternehmens, bei-

¹⁵⁴ Dendorfer/Krebs, Konfliktodynamik 2012, 218.

¹⁵⁵ Vgl. Budde, S. 201f.

spielsweise im jeweiligen Intranet, platziert werden. Hierdurch wird die Unterstützung des Arbeitgebers für das IKMS und dessen Funktionsträger für alle Mitarbeiter offengelegt und deren Unabhängigkeit verdeutlicht.

Sofern ein Arbeitgeber die Entscheidung trifft, innerbetrieblichen Mediatoren oder Konfliktberatern einen Sonderkündigungsschutz einzuräumen, ist hierbei auch ausdrücklich dessen Beginn und Ende zu regeln. Gerade in Unternehmen mit größeren Mediatorenpools und im Hinblick auf die Möglichkeit, ein Ersuchen auf Übernahme eines Mediationsverfahrens abzulehnen, würde der an die bloße abstrakte Vereinbarung der Übernahme der Funktion gebundene Sonderkündigungsschutz sehr weit reichen.¹⁵⁶ Der Sonderkündigungsschutz sollte daher an die tatsächliche Durchführung eines Mediationsverfahrens geknüpft werden. Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dass ein derartiger Schutz zu weit geht und im Hinblick auf die Stellung und Tätigkeit des Mediators und Konfliktberaters nicht erforderlich ist.

Lediglich die Konzernbetriebsvereinbarung der DB AG¹⁵⁷ enthält eine Regelung zum Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot für Mediatoren.

Bei der LHT AG ergeben sich die Sonderrechte der Konfliktlotsen aufgrund deren Stellung als Betriebsratsmitglied. Für die anderen Funktionsträger im Rahmen des IKMS wurden keine besonderen Schutzrechte begründet.¹⁵⁸

In den anderen Unternehmen wurden den innerbetrieblichen Mediatoren oder Konfliktberatern keine besonderen Schutzrechte eingeräumt.¹⁵⁹

2.10. Datenschutzrecht

Seit Mai 2018 gilt die DS-GVO als unmittelbar anzuwendendes Recht auch in Deutschland. In diesem Zusammenhang wurde das nationale Datenschutzrecht angepasst und das BDSG geändert. Im Hinblick auf die Neuerungen im Bereich des Datenschutzrechtes ergeben sich weitere Verpflichtungen des Arbeitgebers, aber auch der Mediatoren und Konfliktberater selbst im Rahmen eines IKMS. Diese

¹⁵⁶ Vgl. auch Meyer/Schweitzer, NZA 2013, 547.

¹⁵⁷ Vgl. Fn. 24.

¹⁵⁸ Vgl. Fn. 13.

¹⁵⁹ Vgl. Fn. 18, 20, 36.

sind nicht mit denjenigen eines externen und selbständigen Mediators vergleichbar.¹⁶⁰

2.10.1. Grundsatz des Beschäftigtendatenschutzes

Nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur unter engen Voraussetzungen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden. Zulässig ist die Verarbeitung u.a. dann, wenn dies für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Diese Rechtsgrundlage ist auch für die Erhebung persönlicher Daten im Rahmen eines innerbetrieblichen Mediationsverfahrens oder einer Konfliktberatung einschlägig. Der zu behandelnde Konflikt betrifft das Verhältnis des Arbeitnehmers zu anderen Mitarbeitern oder dem Arbeitgeber und ergibt sich somit unmittelbar aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis. Die Konfliktlösung betrifft die grundsätzliche Durchführung des Arbeitsverhältnisses.

In Mediationen oder Konfliktberatungen werden Daten mit Personenbezug i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO verarbeitet, wobei der Begriff der Verarbeitung sehr weit zu verstehen ist und letztlich sämtliche Nutzungsformen umfasst, vgl. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.¹⁶¹ Die in Art. 5 Abs. 1 DS-GVO festgelegten Grundsätze der DS-GVO für die Verarbeitung personenbezogener Daten sind zu wahren. Hierzu gehören zum Beispiel der Grundsatz der Speicherbegrenzung auf die für die Verarbeitungszwecke erforderliche Dauer und der Grundsatz der Datenminimierung. Verstöße gegen die sich aus der DS-GVO ergebenden Verpflichtungen können mit erheblichen Geldbußen für den Arbeitgeber bewehrt werden, Art. 83 Abs. 6 DS-GVO.

Um die Einhaltung der Grundsätze der DS-GVO als Arbeitgeber sicherzustellen und dies ggf. gegenüber den zuständigen Aufsichtsbehörden nachweisen zu können, empfiehlt es sich auch nach der neuen Rechtslage, alle Arbeitnehmer auf das Datengeheimnis zu verpflichten.

¹⁶⁰ Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Pflichten in einem Mediationsbüro: Bertolino, ZKM 2019, 58ff.

¹⁶¹ Dendorfer-Ditges/Schmidt-Gorbach, Konfliktodynamik 2018, 219.

2.10.2. Pflichten des Mediators und Konfliktberaters

Die vorliegend dargestellten datenschutzrechtlichen Vorgaben gelten auch für die Tätigkeit der innerbetrieblichen Mediatoren und Konfliktberater. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass im Rahmen der von diesen begleiteten Verfahren personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO verarbeitet werden. Sofern Arbeitnehmer bereits eine entsprechende Verpflichtung auf das Datengeheimnis gegenüber ihrem Arbeitgeber abgegeben haben, ist davon auszugehen, dass sich diese bei einer Erweiterung um die Funktion des Mediators oder Konfliktberaters bzw. einer entsprechenden partiellen Änderung der Tätigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis auch auf diese erstreckt.

Im Hinblick auf den Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1c DS-GVO) dürfen nur für den vorgesehenen Zweck angemessene, erhebliche und notwendige persönliche Daten erhoben, dann aber nur so lange gespeichert werden, wie es für die Verarbeitungssachverhalte erforderlich ist. Sobald sie für die Mediation oder Konfliktberatung nicht mehr benötigt werden, sind damit die Unterlagen, Protokolle oder andere Aufzeichnungen des Verfahrens zu löschen bzw. zu vernichten.

2.10.3. Praxishinweis

Sowohl für den Arbeitgeber als auch den als Mediator oder Konfliktberater tätigen Mitarbeiter ist es von erheblichem Interesse, dass dieser sich rechtmäßig verhält und dies nicht nur aufgrund der potentiellen erheblichen Bußgelder bei einem Verstoß, sondern auch aufgrund des besonderen Augenmerks, welches die Öffentlichkeit auf den Datenschutz v.a. im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten richtet. Der die Zusatzfunktion ausübende Mitarbeiter sollte daher ausdrücklich in schriftlicher Form darauf hingewiesen werden, dass lediglich die notwendigen Daten zu erheben und die sich in seinem Besitz befindlichen Daten nach Beendigung des Verfahrens umgehend zu löschen bzw. zu vernichten sind.

Die Vernichtung der Unterlagen nach Abschluss der Mediation trägt auch zur Sicherung der Vertraulichkeit bei, da eine potentielle Weitergabe der enthaltenen Informationen dadurch unmöglich wird.¹⁶²

Die anonymisierte Erfassung von Fallzahlen, beispielsweise aufgegliedert nach Konfliktarten, Geschlecht der Konfliktparteien oder Abteilungen zur Erstellung

¹⁶² So Budde, S. 213.

von Statistiken, ist von den vorstehend genannten Einschränkungen nicht betroffen. Insofern bestehen auch keine rechtlichen Bedenken, die Statistiken beispielsweise der Unternehmensführung oder anderen mit der Implementierung und Umsetzung des IKMS befassten Unternehmensbereichen zur Verfügung zu stellen.

Die Konzernbetriebsvereinbarung der DB AG¹⁶³ enthält eine entsprechende Verpflichtung zur Datenvernichtung. In den anderen Unternehmen¹⁶⁴ wurden keine gesonderten Vereinbarungen in Bezug auf das IKMS getroffen.

¹⁶³ Vgl. Fn. 24.

¹⁶⁴ Vgl. Fn. 13, 18, 20, 36.

3. Schlussbetrachtung

Prof. Dr. Dendorfer-Ditges hat bereits 2012 konstatiert, dass „*die Beschäftigung mit möglichen arbeitsrechtlichen Einflüssen auf den Einsatz innerbetrieblicher Mediation unabdingbar [ist], damit die Mediation sich im „Lichte des Arbeitsrechts“ und nicht in dessen Schatten entwickeln kann.*“¹⁶⁵ Auch die vorstehenden Ausführungen verdeutlichen, dass es eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Fragestellungen gibt, welche den Einsatz innerbetrieblicher Mediatoren und Konfliktberater im Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber betreffen. Gleichwohl hat es in den letzten Jahren trotz des enormen Interesses der Öffentlichkeit an der Etablierung innerbetrieblicher Konfliktlösungssysteme kaum detaillierte wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit dieser speziellen Thematik in Deutschland gegeben.

Die im Zusammenhang mit der Erstellung dieser Abhandlung geführten Unternehmensgespräche und die Untersuchung der einschlägigen Literatur zu Unternehmensbeispielen zeigen, dass Mediation und Konfliktmanagement im innerbetrieblichen Arbeitsalltag vielerorts angekommen sind.

Allerdings lässt sich nicht eine bestimmte Vorgehensweise, sondern eine unternehmensspezifische Vielfalt im Hinblick auf die Elemente der Konfliktlösung bzw. die implementierten Konfliktlösungssysteme feststellen.¹⁶⁶ In den Unternehmen wurde vielfach ein sehr pragmatischer, ja offener Ansatz bei deren Einführung gewählt.¹⁶⁷ Viele der in dieser Arbeit aufgeworfenen arbeitsrechtlichen Probleme wurden nicht oder nur ansatzweise geregelt.

Generell wird das implementierte IKMS von den Unternehmen in der Praxis als sehr erfolgreiches und von den Arbeitnehmern akzeptiertes und genutztes Konfliktlösungsinstrument im Arbeitsalltag bewertet. Zudem kann durchaus positiv konstatiert werden, dass scheinbar bereits durch die Einführung eines entsprechenden Systems oder von Teilelementen ein geändertes Konfliktverhalten bei der Belegschaft erreicht wurde.

Gerade deshalb empfiehlt sich aber aus Gründen der Rechts- und Verfahrenssicherheit, die sich bei der Einführung eines IKMS ergebenden arbeitsrechtlichen

¹⁶⁵ Dendorfer/Krebs, *Konfliktdynamik* 2012, 221; a.A. Budde, S. 275 nach der die Einführung von IKMS „*nur im Schatten des Arbeitsrechts ihren Platz finden*“ kann.

¹⁶⁶ So auch Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 344 im Hinblick auf die dort diskutierten Beispiele.

¹⁶⁷ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 352.

Fragestellungen entsprechend vertraglich aufzuarbeiten und zu berücksichtigen. Da das MediationsG keine Anwendung auf Konfliktberater findet, besteht für diese ein größerer vertraglicher Regelungsbedarf. Darüber hinaus sind die zukünftigen Entwicklungen der Rechtsprechung und Gesetzgebung in den betreffenden Rechtsgebieten zu berücksichtigen, um sicherzustellen, dass notwendige Änderungen der getroffenen Vereinbarungen erfolgen.

Der sich an den Darstellungen dieser Abhandlung orientierende Entwurf entsprechender vertraglicher Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer-Mediator¹⁶⁸ bzw. Arbeitnehmer-Konfliktberater¹⁶⁹ und Arbeitgeber lässt das Licht des aktuellen Arbeitsrechts auf diese Fragestellungen scheinen und stellt nach Auffassung der Verfasserin eine rechtssichere Lösung dar.

¹⁶⁸ Anhang 1.

¹⁶⁹ Anhang 2.

Literaturverzeichnis

- Andrelang, Christian: *Mediation im Arbeitsrecht: Verfahrenskompetenzen und Mediabilitätskriterien*, Berlin 2003.
- Ayad, Patrick: *Friede im Betrieb?: Alternative Konfliktbehandlungen für Rechtskonflikte am Arbeitsplatz*, Frankfurt/Main 2006.
- Becker, Nicole: *Zur Frage nach der Persönlichkeit von Mediatorinnen und Mediatoren*, ZKM 2009, 48–51.
- Bertolino, Camilla: *Datenschutz im Mediationsbüro*, ZKM 2019, 58–62.
- Briem, Jürgen: *Professionelles Konfliktmanagement für innerbetriebliche Konflikte – Einführung eines Konfliktmanagementsystems bei SAP AG*, ZKM 2011, 146–149.
- Budde, Andrea: *Mediation und Arbeitsrecht. Rahmenbedingungen für die Implementierung von Mediation im Betrieb*, Originalausgabe, Berlin 2003.
- Dendorfer, Renate/Krebs, Thomas: *Arbeitsrecht und Mediation – Synergien oder Komplikationen für die innerbetriebliche Mediation?*, *Konfliktdynamik* 2012, 212–222.
- Dendorfer, Renate: *Ja gerne – Ein Slogan wird zur Unternehmensphilosophie. Konfliktmanagement im Unternehmen*, ZKM 2001, 167–172.
- Dendorfer-Ditges, Renate/Schmidt-Gorbach, Wolfgang: *Datenschutz 2018 – Neuerungen und Herausforderungen für Mediatorinnen und Mediatoren*, *Konfliktdynamik* 2018, 318–325.
- Duve, Christian/Eidenmüller, Horst/Hacke, Andreas: *Mediation in der Wirtschaft. Wege zum professionellen Konfliktmanagement*, 2. Aufl., Köln 2011.
- Eckardt, Bernd/Dendorfer, Renate: *Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht – Schutz durch Prozessvertrag*, *MDR* 2001, 786–792.
- Eyer, Eckhard: *Arbeitsrechtliche Konflikte – eine Herausforderung für Mediatoren*, *Perspektive Mediation – Beiträge zur Konfliktkultur* 2014, S. 120–123.
- Eyer, Eckhard: *Wirtschaftsmediation . eine Aufgabe für Betriebsräte? Teil 1: Individualrechtliche Aspekte*, *AiB* 2003, 20–25.
- Gantz-Rathmann, Birgit: *Einführung innerbetrieblicher Mediation am Beispiel der Deutschen Bahn AG*, in: Jousen, Jacob/Unberath, Hannes (Hrsg.): *Mediation im Arbeitsrecht – Tagung vom 25./26. April 2009*, Tagungsband S. 93–96 (zitiert: Gantz-Rathmann 2009, S.).
- Gläßer, Ulla: *Die Haftung des Mediators – Damoklesschwert oder Chimäre?*, ZKM 2018, 81–86.

- Gramm, Helmuth: Innerbetriebliche Mediatoren und Mediatorenpools – nicht nur eine Konfliktbearbeitungsinstanz. In: Gläßer, Ulla/Kirchhoff, Lars/Wendenburg, Felix (Hrsg.): *Konfliktmanagement in der Wirtschaft*. 1. Aufl., Baden-Baden 2014, S. 73–92 (zitiert: Gramm 2014, S.).
- Gramm, Helmuth: Innerbetriebliche Mediatoren und Mediatorenpools. In: *Price-waterhouseCoopers/Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder): Konfliktmanagement – Von den Elementen zum System*, 2011, S. 34–44 (zitiert: Gramm 2011, S.).
- Greger, Reinhard/Unberath, Hannes/Steffek, Felix (Hrsg.): *Recht der alternativen Konfliktlösung. Mediationsgesetz, Verbraucherstreitbeilegungsgesetz: Kommentar*, 2. Aufl. 2016 (zitiert: Greger/Unberath/Steffek-Bearbeiter, § MediationsG Rn.).
- Grobys, Marcel/Panzer-Heemeier, Andrea (Hrsg.): *StichwortKommentar Arbeitsrecht. Alphabetische Gesamtdarstellung*, 3. Aufl., Baden-Baden 2017 (zitiert: SWK-Bearbeiter, Stichwort Rn.).
- Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina (Hrsg.): *Handbuch Mediation – Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*, 2. Aufl., München 2008 (zitiert: Haft/Schlieffen-Bearbeiter § Rn.).
- Händel, Christiane: *Qualitätssicherung und -förderung im unternehmensinternen Mediatorenpool*, ZKM 2017, 64–67.
- Hermenau, Christina: *Die Anwendung von Mediation in der Interessenwahrnehmung von Beschäftigten*, ZKM 2000, 12–15.
- Hümmerich, Klaus/Reufels, Martin (Hrsg.): *Gestaltung von Arbeitsverträgen und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände, Kommentierte Klauseln und Musterverträge*, 4. Aufl., Köln 2019 (zitiert: Hümmerich/Reufels-Bearbeiter, Kap. Rn.).
- Jost, Fritz: *Das Mediationsgesetz und die Haftungsfrage*, ZKM 2011, 168–172.
- Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla (Hrsg.): *Mediationsgesetz. Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zitiert: Klowait/Gläßer-Bearbeiter, Teil Rn.).
- Klowait, Jürgen: *Mediation im Konzern – Ein Pilotprojekt im E.ON Konzern*, ZKM 2006, 172–176.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. 5. Aufl., München 2016 (zitiert: MüKo-Bearbeiter, § ZPO Rn.).
- Lembke, Mark: *Innerbetriebliche Streitigkeiten – Mediation im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nach §§ 84 bis 86 BetrVG*, ZKM 2002, 111–116.
- Lembke, Mark: *Mediation im Arbeitsrecht: Grundlagen, Techniken und Chancen*, Heidelberg 2001.

- Lukas, Roland/Dahl, Holger (Hrsg.): *Konfliktlösung im Arbeitsleben – Leitfaden für die Praxis*, 1. Aufl., Köln 2013 (zitiert: Lukas/Dahl-Bearbeiter, Kap. Rn.).
- Mark, Henriette: *Mediation und Betriebsräte – Betriebsräte als Mediatoren*, in: ZKM 2004, S. 255–258.
- Mayer, Richard: *Innerbetriebliches Konfliktmanagement bei der Maritim Hotelgesellschaft mbH, Rückschau – Resultate – Ausblick*, *Konfliktdynamik* 2013, 320–325.
- Meyer, Michael/Schweitzer, Peter: *Sonderkündigungsschutz für betriebsinterne Arbeitnehmer (Inhouse) – MediatorInnen*, *NZA* 2013, 545–549.
- Moll, Wilhelm (Hrsg.): *Münchener Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht*, 4. überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2017 (zitiert: Moll-Bearbeiter, § Rn.).
- Müller-Glöge Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Aufl., München 2019 (zitiert: ErfK-Bearbeiter, § Gesetz Rn.).
- Nink, Regina: *Mediation im Arbeitsrecht. Möglichkeiten, Anwendungsbereiche, Umsetzung*, Frankfurt a.M. 2016.
- Ponschab, Reiner/Dendorfer, Renate: *Mediation im Unternehmen – Vortrag im Rahmen der Veranstaltung des 51. Deutschen Anwaltstages 2000 in Berlin*, *AnwBl* 2000, 650–654.
- Ponschab, Reiner/Dendorfer, Renate: *Mediation in der Arbeitswelt – eine ökonomisch sinnvolle Perspektive*, *BB-Beilage* 2001, Nr. 2, S. 1–9 (zu *BB* 2001, Heft 16).
- Proksch, Stephan: *Konfliktmanagement im Unternehmen: Mediation und andere Methoden für Konflikt- und Kooperationsmanagement am Arbeitsplatz*, 2. Aufl., Berlin 2014.
- Pühl, Harald (Hrsg.): *Mediation in Organisationen – Neue Wege des Konfliktmanagements: Grundlagen und Praxis*, Berlin 2006 (zitiert: Pühl-Bearbeiter, S.).
- Richardi, Reinhard (Hrsg.): *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar*. 16. Aufl., München 2018 (zitiert: Richardi-Bearbeiter, § Rn.).
- Risse, Jörg: *Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung*, *SchiedsVZ* 2012, S. 244–254.
- Sailer, Selma: *Betriebsinterne Mediation unter Mitarbeitern – ist das möglich? Und ist der Unternehmensjurist als Mediator dabei ein Vorteil oder ein Nachteil?*, *Konfliktdynamik* 2013, 244–251.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.): *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Stand: 36. Ergänzungslieferung, München Februar 2019 (zitiert: Schoch/Schneider/Bier-Bearbeiter, § Rn.).

- Schroeter, Kirsten/Rogmann, Jens/Redlich, Alexander: Interne Konfliktberatung in Organisationen. Informelle Konfliktkompetenz stärken, Konfliktodynamik 2012, 142–151.
- Schwertfeger, Elke: Mediation durch innerbetriebliche Mediatoren: Werden deren Erwartungen, an die Umsetzung von innerbetrieblicher Mediation, in der Realität erfüllt?, Wunsch und Wirklichkeit, Möglichkeiten und Grenzen aus der Sicht innerbetrieblicher Mediatoren, 2007 (veröffentlicht unter: https://www.zweisicht.de/fileadmin/downloads/artikel/schwertfeger_ma.pdf, zuletzt abgerufen am 26.11.2020).
- Thiesen, Ute: db fairness@work – von der Mobbingberatung zum Konfliktmanagement in der Deutschen Bank, Konfliktodynamik 2012, 16–21.
- Töben, Jan: Mediationsklauseln, RNotZ 2013, 321–345.
- Troja, Markus/Stubbe, Christian: Lehrmodul 5: Konfliktmanagementsysteme, ZKM 2006, 121–125.
- Von Schlieffen, Katharina Gräfin: Anforderungen an einen Mediator, ZKM 2000, 52–54.
- Wagner, Gerhard: Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, 1398–1400.
- Wolmerath, Martin: Betriebsvereinbarung Mobbing, Anmerkung zu LAG Hamburg, Beschl.v.15.7.1998 – 5 TaBV 4/98, AiB 1999, 101–103.
- Zartmann, Sylvie: Mediation im Arbeitsrecht, Köln 2003.

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AnwBl	Anwaltsblatt
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz

B

B2B	Business-to-Business
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.v.	Beschluss vom
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise

C

ca.	circa
-----	-------

D

DB AG	Deutsche Bahn AG
-------	------------------

DS-GVO Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG
(Datenschutz-Grundverordnung)

E

E.ON E.ON SE
ErfK Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
Ernst & Young Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
EU Europäische Union
EuGH Europäischer Gerichtshof

F

f. folgende
ff. fortfolgende

G

gem. gemäß
GewO Gewerbeordnung
GmbH Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds. Grundsätzlich

H

h.M. herrschende Meinung
Haspa Hamburger Sparkasse AG
Hrsg. Herausgeber

I

i.d.R. in der Regel
i.S.d. im Sinne des/der

i.V.m. IKMS	in Verbindung mit Innerbetriebliches Konfliktmanagementsystem
K	
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
L	
LAG LHT AG	Landesarbeitsgericht Lufthansa Technik AG
M	
m.w.N. Maritim MDR MediationsG Mediations-RL	mit weiteren Nachweisen Maritim Hotelgesellschaft mbH Monatsschrift für Deutsches Recht Mediationsgesetz Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (Mediationsrichtlinie)
MiLoG MüKo	Mindestlohngesetz Münchener Kommentar zum BGB
N	
NJW Nr. NZA NZA-RR	Neue Juristische Wochenschrift Nummer Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs- Report Arbeitsrecht
P	
PM	Perspektive Mediation
R	
Rn.	Randnummer

RNotZ Rheinische Notar-Zeitschrift
RTMKM Round Table Mediation und Konfliktmanagement der
deutschen Wirtschaft

S

S. Seite
SAP SAP SE
SchiedsVZ Zeitschrift für Schiedsverfahren
SGB Sozialgesetzbuch
SWK Stichwort Kommentar Arbeitsrecht

U

Urt. Urteil

V

v. vom
vgl. vergleiche

Z

ZKM Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO Zivilprozessordnung

Anhang

1. Zusatzvereinbarung zur Übernahme der Tätigkeit als Mediator

Zusatzvereinbarung zur Übernahme der Tätigkeit als Mediator
zwischen

[Bezeichnung und Anschrift des Arbeitgebers]
(nachfolgend die „Gesellschaft“ genannt)

und

[Name und Anschrift des Arbeitnehmers]
(nachfolgend der „Mitarbeiter“ genannt)
(Mitarbeiter und Gesellschaft nachfolgend die „Parteien“ genannt)

Präambel

Der Mitarbeiter ist auf Grundlage eines Arbeitsvertrages vom [Datum der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages] mit Beginn des Arbeitsverhältnisses am [Datum des Vertragsbeginns] (nachfolgend der „Arbeitsvertrag“ genannt) bei der Gesellschaft beschäftigt. Die Parteien vereinbaren, dass der Mitarbeiter mit Wirkung ab dem [Anfangsdatum der Tätigkeit als Mediator] zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben innerbetrieblich¹⁷⁰ die Funktion eines Mediators ausübt. Für die Übernahme dieser Tätigkeit treffen die Parteien die nachfolgenden Regelungen, die selbständig neben dem Arbeitsvertrag stehen und diesen in diesem Zusammenhang ergänzen.

§ 1 Tätigkeit

Der Mitarbeiter übernimmt zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben innerbetrieblich¹⁷¹ die Funktion eines Mediators. In Ausübung dieser Tätigkeit hat der Mitarbeiter die Bestimmungen des MediationsG zu beachten und zu wahren.

Mit der Beendigung des Arbeitsvertrages endet automatisch auch die Tätigkeit nach dieser Zusatzvereinbarung.

¹⁷⁰ Im Falle eines konzern- oder unternehmensweiten Einsatzes müsste diese Formulierung entsprechend angepasst werden.

¹⁷¹ Im Falle eines konzern- oder unternehmensweiten Einsatzes müsste diese Formulierung entsprechend angepasst werden.

§ 2 Weisungsfreiheit

Der Mitarbeiter unterliegt in seiner Tätigkeit als Mediator keinen Weisungen der Gesellschaft hinsichtlich des Inhalts, der Art und Weise der Tätigkeitsausführung.

§ 3 Arbeitszeit

Der Mitarbeiter ist bis zu [Prozentzahl] % seiner Arbeitszeit von seiner originären Tätigkeit zur Erbringung der mit dieser Vereinbarung geregelten Mediatorentätigkeit freigestellt. Hierbei handelt es sich um arbeitsvertragliche Arbeitszeit.

Der Mitarbeiter erfasst die hierfür aufgewandten Zeiten entsprechend der bei der Gesellschaft geltenden Zeiterfassungsregelungen, jedoch ohne Angabe von weiteren Daten, außer dem Verweis auf die Mediatorentätigkeit.

Sofern sich im Verlauf der Tätigkeit zeigt, dass der vorstehend vereinbarte Umfang nicht ausreichend ist, werden die Parteien die Situation gemeinsam bewerten und gegebenenfalls eine Anpassung vornehmen.

§ 4 Vergütung

Da es sich bei der Tätigkeit als Mediator um arbeitsvertragliche Arbeitszeit handelt, ist diese bis zu dem in § 3 Abs. 1 vereinbarten Umfang mit der Zahlung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Grundvergütung abgegolten.

[Option 1] Kommt es aufgrund der Tätigkeit als Mediator zur Ableistung von Überstunden, gelten die im Arbeitsvertrag für Überstunden vorgesehenen Regelungen entsprechend.

[Option 2] Kommt es aufgrund der Tätigkeit als Mediator zur Ableistung von Überstunden, werden diese auf Basis der im Arbeitsvertrag vereinbarten Grundvergütung zusätzlich vergütet.

[Option 3] Kommt es aufgrund der Tätigkeit als Mediator zur Ableistung von Überstunden, sind diese mit Zahlung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Vergütung abgegolten, soweit sie 10 % der in § 3 Abs. 1 vereinbarten Arbeitszeit nicht übersteigen. Darüber hinaus gehende Überstunden werden auf Basis der im Arbeitsvertrag vereinbarten Grundvergütung zusätzlich vergütet.

Bei der Berechnung der variablen Vergütung werden Stunden für Tätigkeiten als Mediator bis zu dem in § 3 Abs. 1 vereinbarten Umfang berücksichtigt, wenn diese entsprechend der bei der Gesellschaft geltenden Zeiterfassungsregelungen erfasst werden. Hierdurch wird dem Mitarbeiter bei entsprechender Zielerreichung trotz Ausübung der Tätigkeit als Mediator ermöglicht, die ungekürzte variable Vergütung zu erhalten.

§ 5 Verschwiegenheitspflicht

Der Mitarbeiter unterliegt in seiner Tätigkeit als Mediator der Verschwiegenheitspflicht nach § 4 MediationsG. Der Mitarbeiter wird Unterlagen aller Art, welche im Zusammenhang mit und in Ausübung seiner Tätigkeit als Mediator erstellt wurden oder in seinen Besitz gelangt sind, sorgfältig aufbewahren und diese nur für die vorgesehenen Zwecke verwenden. Nach Beendigung oder Abschluss der Mediation hat der Mitarbeiter die Unterlagen vollständig zu vernichten.

Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur außerordentlichen Kündigung haben.

Die Gesellschaft verpflichtet sich, den Mitarbeiter im Rahmen eines etwaigen Gerichtsverfahrens in seiner Eigenschaft als Mediator weder als Zeugen noch als Sachverständigen für Tatsachen zu benennen, welche diesem in Ausübung seiner Tätigkeit als Mediator offenbart worden sind.¹⁷² Die Gesellschaft verpflichtet sich zudem, keine Unterlagen von dem Mitarbeiter heraus zu verlangen, welche im Zusammenhang mit und in Ausübung der Tätigkeit des Mitarbeiters als Mediator erstellt wurden oder in dessen Besitz gelangt sind.

Ein entgegen dieser Verpflichtung eingeführter Sachvortrag und gestellte Beweisangebote sind unzulässig.¹⁷³

§ 6 Schutzbestimmungen¹⁷⁴

Der Mitarbeiter darf in der Ausübung seiner Tätigkeit als Mediator nicht gestört oder behindert werden. Er darf wegen dieser Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für seine berufliche Entwicklung.

§ 7 Sonderkündigungsschutz¹⁷⁵

Die Kündigung des Mitarbeiters ist beginnend mit der Eröffnung bzw. Einführung in die Mediation während der Dauer des Mediationsverfahrens und ein Jahr danach unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die die Gesellschaft zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.

¹⁷² In Anlehnung an den Formulierungsvorschlag bei Lembke 2001, Rn. 296.

¹⁷³ In Anlehnung an den Formulierungsvorschlag bei Töben, RNotZ 2013, 328.

¹⁷⁴ Formulierung angelehnt an § 78 BetrVG.

¹⁷⁵ Zeitliche Begrenzung entsprechend dem Gesetzesvorschlag bei Meyer/Schweitzer, NZA 2013, 548, Formulierung angelehnt an § 15 Abs. 1 KSchG. Die Verfasserin hält die Begründung eines Sonderkündigungsschutzes für sehr weitgehend und nicht erforderlich.

§ 8 Schlussbestimmungen

Mit Ausnahme der durch diese Zusatzvereinbarung ausdrücklich revidierten und geänderten Bestimmungen bleiben die sonstigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages unberührt.

Änderungen oder Ergänzungen dieser Zusatzvereinbarung, die nicht durch eine individuelle Vereinbarung der Parteien erfolgen, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für den Verzicht auf dieses Schriftformerfordernis. § 305 b BGB bleibt unberührt.

Der Mitarbeiter bestätigt, am heutigen Tage eine von der Gesellschaft unterzeichnete Ausfertigung dieser Zusatzvereinbarung erhalten zu haben.

Bei Unwirksamkeit einzelner Abreden dieser Zusatzvereinbarung bleibt die Wirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen unberührt. Unwirksame Abreden sind durch solche zu ersetzen, die in rechtlich zulässiger Weise dem mit der jeweils unwirksamen Abrede verfolgten wirtschaftlichen Zweck möglichst nahe kommen.

Die Gesellschaft, vertreten durch:

Der Mitarbeiter:

(Ort, Datum)

(Ort, Datum)

[Name, Funktion des
Vertretungsberechtigten]

[Name des Mitarbeiters]

2. Zusatzvereinbarung zur Übernahme der Tätigkeit als Konfliktberater

Zusatzvereinbarung zur Übernahme der Tätigkeit als Konfliktberater
zwischen

[Bezeichnung und Anschrift des Arbeitgebers]
(nachfolgend die „Gesellschaft“ genannt)

und

[Name und Anschrift des Arbeitnehmers]
(nachfolgend der „Mitarbeiter“ genannt)
(Mitarbeiter und Gesellschaft nachfolgend die „Parteien“ genannt)

Präambel

Der Mitarbeiter ist auf Grundlage eines Arbeitsvertrages vom [Datum der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages] mit Beginn des Arbeitsverhältnisses am [Datum des Vertragsbeginns] (nachfolgend der „Arbeitsvertrag“ genannt) bei der Gesellschaft beschäftigt. Die Parteien vereinbaren, dass der Mitarbeiter mit Wirkung ab dem [Anfangsdatum der Tätigkeit als Konfliktberater] zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben innerbetrieblich¹⁷⁶ die Funktion eines Konfliktberaters ausübt. Für die Übernahme dieser Tätigkeit treffen die Parteien die nachfolgenden Regelungen, die selbständig neben dem Arbeitsvertrag stehen und diesen in diesem Zusammenhang ergänzen.

§ 1 Tätigkeit und Aufgaben

Der Mitarbeiter übernimmt zusätzlich zu seinen bisherigen Aufgaben innerbetrieblich¹⁷⁷ die Funktion eines Konfliktberaters.

Der Mitarbeiter hat in diesem Zusammenhang folgende Aufgaben:¹⁷⁸

¹⁷⁶ Im Falle eines konzern- oder unternehmensweiten Einsatzes müsste diese Formulierung entsprechend angepasst werden.

¹⁷⁷ Im Falle eines konzern- oder unternehmensweiten Einsatzes müsste diese Formulierung entsprechend angepasst werden.

¹⁷⁸ In Anlehnung an den Formulierungsvorschlag bei Budde, S. 290 „Dienstvereinbarung über den Einsatz von Konfliktlotsen bei der Stadtverwaltung Kerpen“. Die Formulierung ist entsprechend der tatsächlichen Aufgaben im unternehmensspezifischen Zusammenhang anzupassen.

Einzelne oder mehrere Mitarbeiter können sich bei bestehenden Konflikten oder Problemsituation im innerbetrieblichen¹⁷⁹ Zusammenhang an den Mitarbeiter wenden. Der Mitarbeiter wird nur auf entsprechende Anfrage eines anderen Arbeitnehmers, nicht jedoch pro-aktiv tätig.

Der Mitarbeiter bewertet auf Basis der ihm zur Verfügung gestellten Informationen den bestehenden Konflikt oder die Problemsituation hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise.

Der Mitarbeiter bietet, sofern er dies für im Rahmen seiner Ressourcen und Kompetenzen als möglich erachtet, Beratung und Begleitung an.

Sofern die Konflikt- bzw. Problemdiagnose des Mitarbeiters zu dem Ergebnis führt, dass eine weitergehende Unterstützung durch andere Stellen des Konfliktmanagementsystems angemessen und zielführend ist, kann er den oder die Beteiligten entsprechend weiterverweisen.

Mit der Beendigung des Arbeitsvertrages endet automatisch auch die Tätigkeit nach dieser Zusatzvereinbarung.

§ 2 Pflichten¹⁸⁰

Die Regelungen des MediationsG gelten für die Ausübung der Tätigkeit als Konfliktberater entsprechend. In Ausübung der Tätigkeit als Konfliktberater hat der Mitarbeiter mithin unter anderem die folgenden Bestimmungen zu beachten und zu wahren:

Der Mitarbeiter vergewissert sich, dass der oder die Beratung suchenden Mitarbeiter den Ablauf der Konfliktberatung kennen und verstanden haben.

Der Mitarbeiter verhält sich in Ausübung seiner Tätigkeit als Konfliktberater unabhängig und neutral.

Der Mitarbeiter hat dem oder den Beratung suchenden Mitarbeitern alle Umstände offenzulegen, die seine Neutralität oder Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten.

Der Mitarbeiter kann die Konfliktberatung beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass diese nicht mehr zielführend ist.

¹⁷⁹ Im Falle eines konzern- oder unternehmensweiten Einsatzes müsste diese Formulierung entsprechend angepasst werden.

¹⁸⁰ Formulierung angelehnt an das MediationsG.

§ 3 Weisungsfreiheit

Der Mitarbeiter unterliegt in seiner Tätigkeit als Konfliktberater keinen Weisungen der Gesellschaft hinsichtlich des Inhalts, der Art und Weise der Tätigkeitsausführung.

§ 4 Arbeitszeit

Der Mitarbeiter ist bis zu [Prozentzahl] % seiner Arbeitszeit von seiner originären Tätigkeit zur Erbringung der mit dieser Vereinbarung geregelten Tätigkeit als Konfliktberater freigestellt. Hierbei handelt es sich um arbeitsvertragliche Arbeitszeit. Der Mitarbeiter erfasst die hierfür aufgewandten Zeiten entsprechend der bei der Gesellschaft geltenden Zeiterfassungsregelungen, jedoch ohne Angabe von weiteren Daten außer dem Verweis auf die Konfliktberatung.

Sofern sich im Verlauf der Tätigkeit zeigt, dass der vorstehend vereinbarte Umfang nicht ausreichend ist, werden die Parteien die Situation gemeinsam bewerten und gegebenenfalls eine Anpassung vornehmen.

§ 5 Vergütung

Da es sich bei der Tätigkeit als Konfliktberater um arbeitsvertragliche Arbeitszeit handelt, ist diese bis zu dem in § 4 Abs. 1 vereinbarten Umfang mit der Zahlung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Grundvergütung abgegolten.

[Option 1] Kommt es aufgrund der Tätigkeit als Konfliktberater zur Ableistung von Überstunden, gelten die im Arbeitsvertrag für Überstunden vorgesehenen Regelungen entsprechend.

[Option 2] Kommt es aufgrund der Tätigkeit als Konfliktberater zur Ableistung von Überstunden, werden diese auf Basis der im Arbeitsvertrag vereinbarten Grundvergütung zusätzlich vergütet.

[Option 3] Kommt es aufgrund der Tätigkeit als Konfliktberater zur Ableistung von Überstunden, sind diese mit Zahlung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Vergütung abgegolten, soweit sie 10 % der in § 3 Abs. 1 vereinbarten Arbeitszeit nicht übersteigen. Darüber hinaus gehende Überstunden werden auf Basis der im Arbeitsvertrag vereinbarten Grundvergütung zusätzlich vergütet.

Bei der Berechnung der variablen Vergütung werden Stunden für Tätigkeiten als Konfliktberater bis zu dem in § 4 Abs. 1 vereinbarten Umfang berücksichtigt, wenn diese entsprechend der bei der Gesellschaft geltenden Zeiterfassungsregelungen erfasst werden. Hierdurch wird dem Mitarbeiter bei entsprechender Zielerreichung trotz Ausübung der Tätigkeit als Konfliktberater ermöglicht, die ungekürzte variable Vergütung zu erhalten.

§ 6 Verschwiegenheitspflicht

Der Mitarbeiter ist zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Die Verschwiegenheitspflicht nach § 4 MediationsG gilt entsprechend. Der Mitarbeiter wird Unterlagen aller Art, welche im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Konfliktberater erstellt wurden oder in seinen Besitz gelangt sind, sorgfältig aufbewahren und diese nur für die vorgesehenen Zwecke verwenden. Nach Beendigung oder Abschluss der Konfliktberatung hat der Mitarbeiter die Unterlagen vollständig zu vernichten.

Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung kann arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur außerordentlichen Kündigung haben.

Die Gesellschaft verpflichtet sich, den Mitarbeiter im Rahmen eines etwaigen Gerichtsverfahrens in seiner Eigenschaft als Konfliktberater weder als Zeugen noch als Sachverständigen für Tatsachen zu benennen, welche diesem erst während der Konfliktberatung in seiner Tätigkeit als Konfliktberater offenbart worden sind.¹⁸¹

Entgegen dieser Verpflichtung eingeführter Sachvortrag und gestellte Beweisanträge sind unzulässig.¹⁸²

§ 7 Schutzbestimmungen¹⁸³

Der Mitarbeiter darf in der Ausübung seiner Tätigkeit als Konfliktberater nicht gestört oder behindert werden. Er darf wegen dieser Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für seine berufliche Entwicklung.

¹⁸¹ In Anlehnung an den Formulierungsvorschlag bei Lembke 2001, Rn. 296.

¹⁸² In Anlehnung an den Formulierungsvorschlag bei Töben, RNotZ 2013, 328.

¹⁸³ Formulierung angelehnt an § 78 BetrVG.

§ 8 Sonderkündigungsschutz¹⁸⁴

Die Kündigung des Mitarbeiters ist beginnend mit der erstmaligen Übernahme einer Konfliktberatung, während der Dauer derselben und ein Jahr danach unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die die Gesellschaft zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen.

§ 9 Schlussbestimmungen

Mit Ausnahme der durch diese Zusatzvereinbarung ausdrücklich revidierten und geänderten Bestimmungen bleiben die sonstigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages unberührt.

Änderungen oder Ergänzungen dieser Zusatzvereinbarung, die nicht durch eine individuelle Vereinbarung der Parteien erfolgen, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für den Verzicht auf dieses Schriftformerfordernis. § 305 b BGB bleibt unberührt.

Der Mitarbeiter bestätigt, am heutigen Tage eine von der Gesellschaft unterzeichnete Ausfertigung dieser Zusatzvereinbarung erhalten zu haben.

Bei Unwirksamkeit einzelner Abreden dieser Zusatzvereinbarung bleibt die Wirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen unberührt. Unwirksame Abreden sind durch solche zu ersetzen, die in rechtlich zulässiger Weise dem mit der jeweils unwirksamen Abrede verfolgten wirtschaftlichen Zweck möglichst nahe kommen.

Die Gesellschaft, vertreten durch:

Der Mitarbeiter:

(Ort, Datum)

(Ort, Datum)

[Name, Funktion des
Vertretungsberechtigten]

[Name des Mitarbeiters]

¹⁸⁴ Zeitliche Begrenzung entsprechend dem Gesetzesvorschlag bei Meyer/Schweitzer, NZA 2013, 548, Formulierung angelehnt an § 15 Abs. 1 KSchG. Die Verfasserin hält die Begründung eines Sonderkündigungsschutzes für sehr weitgehend und nicht erforderlich.

3. Anfrage Gespräch Masterarbeit

Hamburg, den 30. April 2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich bin Studentin des Masterstudiengangs Mediation und Konfliktmanagement der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), seit mehreren Jahren als Fachanwältin für Arbeitsrecht in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Hamburg tätig und möchte mich in meiner anstehenden Masterarbeit den arbeitsrechtlichen Fallstricken widmen, die sich im Hinblick auf den Einsatz innerbetrieblicher Mediatoren oder Konfliktmanager ergeben. Meine Masterarbeit soll keine umfassenden empirischen Bezüge enthalten. Mein Ziel ist jedoch eine Arbeit, welche gerade für Unternehmen, die ein Interesse an der Implementierung eines unternehmensinternen Konfliktmanagementsystems haben, von praktischer Relevanz ist. Ich halte daher Bezüge zu bereits bestehenden Systemen und den damit verbundenen Erfahrungen für sehr wichtig.

Vor diesem Hintergrund würde ich mich sehr über die Möglichkeit freuen, mit Ihnen über die Umsetzung des unternehmensinternen Konfliktmanagementsystems in Ihrem Unternehmen in den kommenden Wochen sprechen zu können.

Mit freundlichen Grüßen

Saskia MacLaughlin

4. Leitfaden Experteninterview

1.1. Einleitung

- Dank für die Teilnahmebereitschaft
- Vorstellung zu meiner Person und Inhalt der Masterarbeit

1.2. Unternehmensspezifika:

- Wie sieht das IKMS in Ihrem Unternehmen aus?
- Wie ist die Historie dazu bzw. warum hat man sich dazu entschieden, ein IKMS einzuführen?
- Gibt es vertragliche Regelungen zwischen den in besonderer Funktion tätigen Mitarbeitern und dem Unternehmen? Wie sehen diese aus? Warum bzw. warum nicht?
- Gibt es Betriebsvereinbarungen/Regelungsabreden zum IKMS? Warum bzw. warum nicht?
- Wie erfolgt die Auswahl der Personen, die als Mediatoren oder Konfliktberater in Ihrem Unternehmen ausgebildet/eingesetzt werden?
- Wie erfolgt die Festlegung, welcher Mediator oder Konfliktberater in welchem Fall zum Einsatz kommt?
- Wie wird es mit der Arbeitszeit gehandhabt?
- Wie wird die Vertraulichkeit sichergestellt?
- Wurden den betreffenden Mitarbeitern besondere Rechte eingeräumt?
- Gab es Änderungen aufgrund der neuen Datenschutzregelungen?
- Wie sind die bisherigen Erfahrungen?
- Gibt es noch etwas, was Sie erwähnenswert finden, was wir bisher nicht besprochen haben?

1.3. Abschluss:

- Vorstellung weiteres Vorgehen, v.a. hinsichtlich Freigabe der Inhalte
- Wunsch nach Anonymität abklären, Datenschutz und Vertraulichkeit
- Nochmal Dank für die Teilnahmebereitschaft

Über die Autorin

Saskia M.M. MacLaughlin ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und seit 2012 als Rechtsanwältin bei DLA Piper in Hamburg tätig. Im Rahmen ihrer Tätigkeit hat sie umfangreiche Erfahrungen bei der rechtlichen Lösung innerbetrieblicher Konflikte gesammelt.

Um diese auch auf einer anderen Ebene einer Lösung zuführen zu können, hat sie an der Europa-Universität Viadrina den Master-Studiengang Mediation und Konfliktmanagement erfolgreich absolviert und ist zertifizierte Mediatorin.