



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 41

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Kai Hager

Rechtsbegrenzung arbeitgeber- seitig angeordneter Mediation



Wolfgang Metzner Verlag

Band 41

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von
Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.
Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter
Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Kai Hager

**Rechtsbegrenzung arbeitgeberseitig
angeordneter Mediation**



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2018/2020



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2022

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 978-3-96117-126-2
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
Danksagung	6
Überblick	7
Abstract	9
1. Einleitung und Gang der Arbeit	10
2. Bestehen und Reichweite eines arbeitgeberseitigen Weisungsrechts auf Anordnung der Teilnahme „an“ und der Mitwirkung „in“ Mediationsverfahrens auch gegen den Willen des Arbeitnehmers	14
2.1. Recht auf Anordnung eines Mediationsverfahrens durch MediatG?	15
2.2. Recht auf Anordnung eines Mediationsverfahrens kraft arbeitsrechtlichen Weisungsrechts?	15
2.2.1. § 106 S. 1 GewO regelt „Leistungsinhaltsbestimmung“	19
2.2.1.1. Teilnahme keine geschuldete Arbeitsleistung im Sinne einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht	19
2.2.1.2. Mediationsklauseln	20
2.2.2. Recht auf Anordnung aus bestehenden allgemeinen Nebenpflichten des Arbeitnehmers gem. § 106 S. 1 GewO?	21
2.2.3. Anordnungsrecht über § 106 S. 2 GewO wegen Verletzung von Nebenpflichtverhalten	24
2.2.3.1. Tatbestandsmerkmale Ordnung und Verhalten in § 106 S. 2 GewO	25
2.2.3.2. Anordnung muss Verhaltenspflicht betreffen	25
2.2.4. Sachverhaltsseitige Ausgangslage der Anweisung und des Verhaltens	26
2.2.5. Zwischenergebnis: Bereits Anordnung von Konfliktgesprächen nur bezogen auf leistungssichernde Nebenpflichten in Form von Verhaltenspflichten zulässig	29
2.3. Mediation als Sonderform eines anweisungsfähigen Konfliktgespräches bei leistungssichernden Nebenleistungspflichten in Form von Verhaltenspflichten	30
2.3.1. Anordnungsfähigkeit Personalgespräch und Versuch dialogisierender Einbindung	30
2.3.2. Mediation als Unterfall von Personalgesprächen in Bezug auf deren Intention	34
2.3.3. Schranken des § 106 GewO in Bezug auf die Art und Weise der Anordnungen (Anordnungstiefe)	37
2.3.3.1. Passivität keine ausreichende Pflichterfüllung der Gesprächsteilnahme nach § 106 S. 2 GewO	38

- 2.3.3.2. Nach § 106 S.2 GewO aktive Teilnahme in dialogisierendem geschuldet **39**
- 2.3.3.3. Aktive Mitwirkungspflicht umfasst nicht proaktives Einbringen **45**
- 2.4. Inhaltliche Reichweite des Weisungsrechts „im Gespräch selbst“ **46**
 - 2.4.1. Zulässigkeit von Interventionen im Konfliktgespräch/Interventionsverständnis in der Mediation **47**
 - 2.4.2. Der Mediator und „bewusstes Schweigen“ als Intervention **48**
 - 2.4.3. Intervention durch besondere Kommunikationsprinzipien der Mediation **49**
 - 2.4.4. Vertiefendes Konfliktverständnis als Intervention **52**
- 2.5. Weisungsrecht beschränkende Wirkung des billigen Ermessen und der Grundrechtseinwirkung **53**
 - 2.5.1. Negative Meinungsfreiheit keine Interventionsbegrenzung **55**
 - 2.5.2. Seelenleben und Gefühlswelt der Mitwirkungspflicht und Interventionen entzogen **56**
 - 2.5.2.1. Abgrenzung aktive Mitwirkungspflicht und Pflicht zur Informationsbeibringung **56**
 - 2.5.2.2. Umfang der geschuldeten Gesprächsbeteiligung als Aspekt der aktiven Mitwirkungspflicht **56**
 - 2.5.2.2.1. Aspekte des Dialogs **57**
 - 2.5.2.2.2. Aspekte des passiven Zuhörens **58**
 - 2.5.2.2.3. Aspekte des aktiven Zuhörens **60**
 - 2.5.2.2.4. Fragepflicht des Arbeitnehmers als Bestandteil aktiver Mitwirkungspflicht? **63**
 - 2.5.2.3. Zusammenfassung Reichweite Pflicht aktiver Gesprächsbeteiligung **63**
 - 2.5.3. Der Mitteilungspflicht des Seelenlebens und Gefühlswelt entgegenstehendes Persönlichkeitsrecht **66**
 - 2.5.4. Keine Selbstoffenbarung in Bezug auf Gefühlswelt und Seelenlage aufgrund prozessrechtlicher Erwägungen **68**
 - 2.5.4.1. Grundsatz des nemo tenetur **68**
 - 2.5.4.2. Erwägung des Rechtsgedankens aus § 138 ZPO, Tatsachenmitteilungen **69**
- 2.6. Zusammenfassung Reichweite Weisungsrecht in Bezug auf arbeitgeberseitige dialogisierende Konfliktgespräche **70**
- 2.7. Zusammenfassung Reichweite Weisungsrecht in Bezug auf ein Mediationsverfahren **72**
- 3. Freiwilligkeit der Teilnahme als zwingende Verfahrensvoraussetzung nach dem Mediationsgesetz (MediatG) **75**
 - 3.1. Begriff und Vorliegen von Freiwilligkeit **75**
 - 3.2. Regelungsgehalt der §§ 1, 2 MediatG in Bezug auf Freiwilligkeit und Verfahrensabschnitte **75**
 - 3.2.1. Enge Auffassung: Freiwilligkeit ab Verfahrensbeginn notwendig **75**

- 3.2.2. Erweiternde Auffassung: Freiwilligkeit bereits durch Beendigungsmöglichkeit gewahrt **79**
- 3.2.3. Weite Auffassung: Freiwilligkeit bezieht sich nur auf Abschlussvereinbarung **80**
- 3.2.4. Vermittelnder eigener Ansatz durch Abstellen auf Beginn der Mediation im engeren Sinne, Phase 3 **81**
- 4. Gesamtergebnis **84**
- 5. Schluss/Fazit **85**
- Literaturverzeichnis **87**
- Abkürzungsverzeichnis **92**
- Über den Autor **93**

Vorwort

Bei der vorliegenden Veröffentlichung handelt es sich um eine um rund 15 Seiten erweiterte Fassung meiner Master-Thesis im Master-Studiengang Mediation und Konfliktmanagement (2018–2020) an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder). Literatur und Rechtsprechung sind auf den Stand Februar 2022 angepasst worden.

Eine Erweiterung in Form der Vertiefung erfolgte im Bereich der Bestimmung der aktiven Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers im Rahmen der Gesprächsform des Dialogisierens und ihrer denkbaren Umfänglichkeit aus mediationswissenschaftlicher und arbeitsrechtlicher Sicht. Reicht passives Zuhören, Verstehen oder ist aktives Zuhören gar eine Pflicht des arbeitnehmerseitigen Fragestellens zur Fortführung und Erweiterung des arbeitgeberseitig Dargelegten geboten, um eine arbeitsrechtliche geschuldete aktive Gesprächsbeteiligung konstatieren zu können?

Als praktizierender (Syndicus-)Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt Arbeitsrecht und mehr als 20 Jahren Berufserfahrung in der strategischen und operativen Führung von Personalabteilungen und als Senior HR-Consultant haben mich die angetroffenen Verhandlungssituationen, Konfliktsachen, Konfliktaustragungen, wie die (häufig unzureichenden) Konfliktannäherungen sowie Lösungsansätze mehr und mehr zu einem Fürsprecher von Konfliktbearbeitungs- und Lösungsansätzen werden lassen, die vor, neben oder statt des (formalen) Rechtsweges stehen können. Mediation und Konfliktmanagement sind weder „das Mittel der Wahl“ noch in jedem Falle (als vorgeschalteter) Versuch tauglich. Wer jedoch den Menschen (oft genug im Zentrum des Konfliktes stehend) hierbei mehr Raum, Gehör, mehr Mitsprache und mehr Lösungskompetenz zugestehen möchte (oder von ihnen erwartet) kommt an einer intellektuellen und in der Folge strategisch-operativen Beschäftigung mit der Thematik (freiwilliger) Mediation nicht (mehr) vorbei.

Mediation bedeutet Mut zu haben, mindestens auf der Seite der Befürworter in Unternehmen; und zudem auf Seiten der Verantwortlichen, neben Unternehmensleitung den Personalverantwortlichen, anwaltlichen Berater und – last but not least – gerade auch den Betriebsräten.

Mediation bedeutet aber auch, Mut zu machen – denjenigen, die sich in herausfordernden Situationen oder gar Konflikten befinden und nach Veränderung, Lösungen suchen ...

Ob nachfolgende Werbeslogans von Unternehmen neben ihren Produkten auch intern die Etablierung von Mediationsverfahren und Konfliktmanagement(systemen) innerbetrieblich im Blick hatten

„Respekt, wer’s selber macht ...“

(Toom Baumarkt GmbH)

„Es gibt viel zu tun, packen wir’s an“

(u.a. ESSO Deutschland GmbH)

„Morgen kann kommen. Wir machen den Weg frei...“

(Bundesverband der Dt. Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V. (BVR))

entzieht sich der Kenntnis des Autors; zu wünschen ist es ihnen.

Besonders erfreut hat mich die Rückmeldung des Erstgutachters und Anwalts Dr. Rouven Bodenheimer, dass diese Arbeit – eingereicht zur Erlangung des Grades M.A. – auch alle Anforderungen zur Erlangung eines Master of Law (LL.M.) erfülle.

Mögen Fragestellung, Gang und Ergebnis der Arbeit nicht nur für meine MitstreiterInnen im Department Human Resources von Nutzen sein, sondern gerade auch meinen verehrten KollegInnen aus der juristischen Fakultät als rechtlich fundierte Facharbeit von Interesse.

Kai Hager, März 2022

Danksagung

Mein großer Dank geht an die *wissenschaftliche Leitung* des Studiengangs, namentlich an Frau Prof. Dr. Ulla Gläßer, Frau Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter, Frau Dipl.-Psych. Nicole Becker und Herrn Dr. Felix Wendenburg, für Lehrreiches, für die erfahrene und mir weitergegebene Begeisterung in Bezug auf das Fachgebiet Mediation und Konfliktmanagement sowie die Aufnahme dieser Masterarbeit in die Viadrina-Schriftenreihe.

Ganz besonders danken möchte ich Herrn Dr. jur. Rouven Bodenheimer, welcher meine Arbeit betreut und mit seinen wertvollen Ratschlägen erst „rund gemacht“ hat. Sowie meinem Zweitgutachter, Dr. Markus Troja, für die Erkenntnis, dass man nie fertig ist dazulernen und zu verbessern; auch seine Anmerkungen im Zweitgutachten gaben der hier nun vorliegenden überarbeiteten Fassung einen weiteren wichtigen Feinschliff.

Meiner Mama, Dagmar Ute Renate Hager, danke ich von Herzen, denn sie hat, neben allem, was Mütter richtig machen können, mich auch immer bestärkt, meinen Weg zu gehen.

Und meinem Bruder Kim Hager sowie meiner Freundin, Frau Magistra Artium Stephanie Nuß, möchte ich von Herzen danken, dass sie nicht nur mit mir feiern, sondern gerade auch in herausfordernden Situationen für mich da sind, empathisch wie intellektuell; und mir gleichzeitig den Spiegel vorhalten, wo Selbstreflektion nicht immer den Weg findet.

Überblick

Die Arbeit widmet sich der vor allem auch fachpraktischen (juristischen) Fragestellung in Unternehmen und zugleich bei den beauftragten Mediatoren, inwieweit Mediationen konform zu den Voraussetzungen des deutschen Mediationsgesetzes in einem Arbeitsverhältnis auch gegen den Willen des Arbeitnehmers angeordnet und inhaltlich bestimmt werden können. Dabei unterteilt sich der Untersuchungsgegenstand in vier große Aspekte.

- Dem Auffinden eines einschlägigen Weisungsrechts im Arbeitsrecht an sich (des „Ob“), Konfliktgespräche anordnen zu können.
- Den sich aus der gefundenen Rechtsgrundlage ergebenden arbeitsrechtlichen Limitierungen in Bezug auf die inhaltliche Durchführung von Konfliktgesprächen und der Mediation als (s)einer Sonderform (des „Inwieweit“).
- Der Verortung und inhaltlich-umfänglichen Bestimmung des sich aus dem u.a. zur Qualitätssicherung von Mediation ergangenen deutschen Mediationsgesetz ergebenden rechtlichen und mediationswissenschaftlichen Postulats der „Freiwilligkeit“ als einer zwingenden (Definitions-) Voraussetzung für Mediation i.S.d. MediatG.
- Die Eruierung des insoweit nur zulässigen Mediationsstiles konform zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts bei angeordneten Mediationen.

Wenn (wie häufig) im Arbeitsverhältnis Teilnahme an Mediation, gleich aus welchen Gründen nicht freiwillig, unter erheblichen Vorbehalten oder gar nur angeordnet stattfindet, und dann oft genug zu einem Konflikt zweiter Ordnung heranwächst (Konflikt ob der Teilnahme(tiefe)), dann ist es umso wichtiger und zielführender, eine planvolle und sensitive Herangehensweise bei der Einführung, zumal systemischen Einführung von Mediation(sverfahren) in Unternehmen und deren Bewerbung, zu wählen. Diesem Umstand und damit zur Meidung/Reduzierung der in der Arbeit herausgearbeiteten Problemfelder bei nur angeordneter Mediation (pro forma Teilnahme, offene Weigerung, Ausstrahlungseffekte) widmet sich die Arbeit in einem umfangreicheren Fazit als ihrem (auch thematischen) Abschluss.

„Dabei bewegt sich die Thematik in einem Bereich, der sowohl von Wissenschaft als auch der Praxis als erheblich eingestuft worden ist. (...) Der Abgleich zum gesetzgeberischen Mediationsrahmen in der Form des Mediationsgesetzes verleiht der Thematik eine absolute Aktualität und betritt Neuland ...“

„Der Verfasser arbeitet die rechtlichen Grundlagen für das arbeitgeberseitige Weisungsrecht gelungen, überzeugt und vollständig heraus... (...) (Eine) ... äußerst gelungene Arbeit ...“

(Auszug Gutachten Prof. Dr. iur. Roven Bodenheimer, 2020)

„Absolut lesenswert und überzeugend ist schließlich auch das Fazit, in dem der Autor das Thema in einen größeren Zusammenhang stellt ...“

(Auszug Gutachten Dr. Markus Troja, 2020)

Abstract

The German Labour Law entitles the employer on a large scale to give directives and includes the right to direct the employee to take part in an appraisal interview, if he sees a conflict resulting from behavioural issues on the part of the employee. Legally, the employer is therefore allowed to direct a conversation in which the employee is expected to have an active part working on a mutual solution to the existing conflict.

The concept of mediation, according to the German Mediation Law, §§ 1, 2, is designed for conflict parties to voluntarily engage in constructive conversations. Therefore, if the employer wants to order an employee to participate in a mediation against the employees` will he needs a legal ground which is not explicitly provided neither by the German Mediation Law itself nor by German Labour Law.

Investigating the legal basis of the employer`s right to order the participation in appraisal interviews or a mediation will be the core of this thesis. Accordingly, it will be examined whether a mediation is in terms of definition, strategic approach, layout and content comparable with the concept of a “dialogistic conversation” laid out in § 106 GewO.

A major point for discussion is the basal concept of full voluntary participation in any mediation, as defined in the German Mediation Law (Mediationsgesetz). Therefore, the question essentially is whether this voluntariness is a conceptual precondition of any mediation – or if a difference has to be made between the mediation as such and the procedural path in general.

Consequently, it needs to be explored if or in how far the employer has the right to order the participation in such a voluntary mediation. This thesis will also look at the ongoing academic and practical dispute about “opt in” and “opt out”-concepts and will argue in favour of an in-between-solution.

The right to order participation exists in a limited fashion. It can only be exercised in conflicts concerning the employee`s performance when, in addition, there is a question of misbehaviour on the side of the employee.

Following the well-known five-phase model of mediation, the employers` right – in that case mentioned above – will apply throughout and including completion of phase 5. In case the mediation shall be in order with the German Mediation Law the right to order ends with passing end of phase 2.

1. Einleitung und Gang der Arbeit

Unternehmen sind mehr und mehr in Bezug auf Konflikte am Arbeitsplatz bestrebt, nach kooperativen, nachhaltigen Lösungen zu suchen, Investieren zudem häufig ganz erheblich Personal-Ressourcen und Geld in die Implementierung und Umsetzung unternehmensinterner Konfliktmanagementsysteme (KMS)¹. *Gleich ob als singuläre Verfahrenswahl oder als Verfahrensoption in einem KMS, häufig genug – und in KMS zentral – wird durch den Arbeitgeber² versucht, (gerade) das Verfahren der Mediation anzubieten – und zu wählen.* Nicht zuletzt auch vor diesem Hintergrund der sich abzeichnenden vermehrten Konflikt-Awareness, arbeitgeberseitig bestehenden Umsetzungswilligkeit und den damit verbundenen (allseitigen) Erwartungen, stellt sich die Frage, ob – und wenn ja, inwieweit – Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern schon allein über das gesetzliche Weisungsrecht des § 106 GewO die Durchführung eines Mediationsverfahrens, und zwar explizit eines im Sinne des Mediationsgesetzes (MediatG³), verlangen können, wenn diese (gleich aus welchen, auch nachvollziehbaren Gründen) eine Teilnahme verweigern. Diese im (rechts)wissenschaftlichen Kontext wie auch gerade im Fachpraktischen, dort insbesondere für Unternehmer als Arbeitgeber, Personalmanager im strategisch-operativen Bereich, Rechtsanwälte in der Beratung, Betriebsräte und Mediatoren einerseits und Arbeitnehmer andererseits, so erhebliche Thematik und deren wissenschaftliche Durchdringung wird selbst in neueren Beiträgen nicht entsprechend bearbeitet; ja häufig gar nicht erst erkannt oder erwähnt. So stellt Jannsen⁴ in ihrem Aufsatz „Willkommen – Widerstand gegen innerbetriebliche Mediation nicht einmal die Frage, ob Freiwilligkeit der Teilnahme ein zu berücksichtigender Aspekt im arbeitsrechtlichen Kontext sein könnte; erst recht beantwortet sie diese Frage nicht, obwohl Freiwilligkeit auch nach den Regelungen des MediatG selbst zwingend ist. Andere sehen den Aspekt der Freiwilligkeit (auch als) für das Arbeitsrecht bedeutsam an, verorten dessen Berücksichtigung aber (bewusst) nicht bei der Frage der Teilnahme- und/oder inhaltlichen Mitwirkungspflicht in Bezug auf angeordnete Mediationen nach MediatG, sondern als Gewährleistung(spflicht) eines (jederzeiti-

¹ PwV/EUV-Studie 2016, S. 48f, 59.

² Mit der Verwendung ausschließlich der männlichen bzw. neutralen Form ist keine Herabsetzung der anderen Geschlechter intendiert, sondern dies geschieht allein aus Gründen der besseren Lesbarkeit.

³ Mediationsgesetz vom 21.07.2012, zuletzt geändert durch VO am 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474); nachfolgend unjuristisch auch „MediatG“ abgekürzt.

⁴ Jannsen in: Willkommen – Widerstand, ZKM 2019 S. 49ff (53); dieselbe in: Mediation und Leitungsverantwortung, ZKM 2018, 184ff (188, Fazit unter 4.).

gen) Beendigungsrechts einer (auch gerade angeordneten) Mediation⁵. Die Vertreter dieser Auffassung geben der Thematik damit strukturell und inhaltlich eine andere Richtung als es einen ganz erheblichen Unterschied macht, ob ich einen Raum erst gar nicht betreten muss, passiv bleiben kann, in meiner gewohnten Umgebung, meinem alltäglichen Setting oder aber aus einem bereits gebildeten – und in Gang befindlichem Gespräch(sraum) – aktiv wieder ausscheren und mich zurück in ein Außen begeben muss.

Da sich die nationalen rechtlichen Vorgaben in Bezug auf das Arbeitsrecht ebenso erheblich unterscheiden wie im Sinne der Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie⁶ in nationales Recht, war angesichts des vorgegebenen Umfangs der Arbeit eine Einschränkung auf das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Recht vorzunehmen. Dabei wird unter rechtlichen, wie zum Teil auch mediationswissenschaftlichen⁷ Aspekten⁸ allein jene – noch immer ganz vorherrschende – (Rechts-)Konstellation⁹ untersucht, bei der dem Arbeitgeber gerade (noch) keine arbeitsvertraglichen Mediationsklauseln oder kollektivrechtlichen Regelungen aufgrund Tarifvertrages oder Betriebsvereinbarung zur Seite stehen, sondern er allein auf sein Weisungs- und Direktionsrecht¹⁰ zurückgeworfen ist, wenn er die Durchführung einseitig anordnen möchte.

Der Arbeitgeber darf nach deutschem Arbeitsrecht in (aus seiner Sicht bestehenden) verhaltensbezogenen Konfliktlagen mit Arbeitnehmern diesen gegenüber grundsätzlich Personalgespräche einseitig, auch gegen deren Willen, anordnen und nach seinen Vorgaben mit ihnen durchführen. Gilt dies aber auch für die Anordnung auf

⁵ Greger in: Greger/Unberath, MediatG § 1, Rn 255; In diesem Sinne auch Gläßer in: Klowait/Gläßer, MediatG, S. 202, Rn 102; Risse, Wirtschaftsmediation, § 3, Rn 77. eingehend dazu später unter 3.2.2. mit weiteren Literaturhinweisen.

⁶ EU-Richtlinie 2008/52/EG vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

⁷ Zur Mediationswissenschaft als Wissenschaft siehe Kirchhoff/Schroeter ZKM 2005, 56ff (59).

⁸ Dem vorgegebenen Umfang und damit auch Gang und der Schwerpunktbildung der Arbeit im Arbeitsrecht geschuldet führt das zu einigen Dilemmata. Dies, als nämlich „unbestimmte“ (Rechts)Begriffe vor allem rechtlich untersucht und einer Wertung und in Bezug auf ihre Auswirkungen unterzogen werden, die vor allem der arbeitsrechtlichen Fragestellung zu (Er-)Klärungen verhelfen sucht aber damit im Bereich des Mediationswissenschaft Unschärfen zurücklassen muss. So sind die Begriffe Konfliktgespräch und Dialog je für sich geeignet ganze Abhandlungen zu füllen; und dabei im arbeitsrechtlichen Kontext zu anderen Ansätzen und Lösungen zu führen als etwa in den Kommunikationswissenschaften oder der Psychologie. Erst recht muss dies konstatiert werden, wenn man diese Begriffe (auch) mediationswissenschaftlich und ergo querschnittswissenschaftlich untersucht; oder wie hier nur einbindet. Dieser insoweit im hier gewählten juristischen Rahmen unauflösbaren Umstände unterschiedlicher Tiefung mögen sich die Leser und Leserinnen bitte bewusst sein.

⁹ Siehe nur Rabe/Wode, Mediation, S. 4.

¹⁰ Nachfolgend, da für den Gang der Arbeit die weitergehende Unterscheidung unerheblich ist, einheitlich nur „Weisungsrecht“ genannt.

Durchführung eines Mediationsverfahrens, und zwar über das formale Teilnehmen „an“ dem Verfahren hinaus für ein aktives Mitwirken „in“ den jeweiligen Phasen der Mediation selbst? Inwieweit sind Personalgespräch und Mediation(sverfahren)¹¹ also inhaltlich und rechtlich vergleichbar? Und wenn eine solche Anordnung zulässig ist, inwieweit kann es sich dann bei einem angeordneten Mediationsverfahren formal und inhaltlich noch um eines konform zum MediatG handeln, wenn dort nach §§ 1, 2 dieses einem Freiwilligkeitspostulat unterliegt?

Die Untersuchung setzt bei der Bestimmung der Grundlagen und Grenzen des Weisungsrechts in Bezug auf verhaltensbezogene Konfliktgespräche an und stellt sie in Bezug zu den Voraussetzungen des MediatG. Soweit schon arbeitsvertraglich kein Weisungsrecht in Bezug auf Konfliktgespräche besteht, wirkt sich dies auch im Rahmen des MediatG aus. Denn da das MediatG keinen Teil des Arbeitsrechts darstellt, kann es selbst die Grenzziehung dort nicht aktiv bestimmen; höchstens mittelbar ein bereits bestehendes arbeitsrechtliches Weisungsrecht rechtfertigen helfen. Daher ist eingangs zwar zu prüfen, ob es eine Anspruchsgrundlage rechtfertigt, *die Voraussetzungen* des MediatG kommen jedoch erst zum Tragen bei der Frage, ob es sich bei unterstellter Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers auch um ein Mediationsverfahren im Sinne des MediatG handelt.

Die Arbeit setzt sich daher schwerpunktmäßig mit den Grundlagen und Grenzen des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts nach § 106 GewO, 315 BGB auseinander. Nur soweit dieses in Bezug auf Konfliktgespräche reicht, ist eine Anordnung auf Teilnahme „an“ und Mitwirkung „in“ einem Mediationsverfahren arbeitsrechtlich überhaupt rechtsverbindlich möglich. Dabei werden auch Intention, Inhalt und Struktur des dialogisierenden Personalgesprächs betreffend Umsetzungen im Verhaltensbereich untersucht. Vertiefend ist betreffend des Weisungsrechts dabei schon auf der Ebene des Personalkonfliktgesprächs, noch losgelöst von dem Mediationsverfahren, auch zwischen der Anordnung eines Personalgesprächs an sich (dem „Ob“) mit dem Versuch, einen Dialog zu ermöglichen und dem Weisungsrecht innerhalb des Gesprächs (dem „Wie“) zu unterscheiden, von dem Arbeitnehmer eine bestimmte Art der Beteiligung und Stellungnahme einfordern zu können (aktive Mitwirkung). Von dem als zulässig festgestellten dialogisierenden Personal-Konfliktgespräch aus wird der Bogen zu Intention, Inhalt und Struktur des Mediationsverfahrens nach MediatG geschlagen, um den Grad zu bestimmen, der im Rahmen eines Mediationsverfahrens aus arbeitsrechtlicher Sicht aufgrund einer Schnittmenge beider angeordnet werden könnte.

Des Weiteren beschäftigt sich die Arbeit mit den unterschiedlichen Auffassungen

¹¹ Soweit nicht abweichend kenntlich gemacht, ist damit stets ein Mediationsverfahren im Sinne des MediatG gemeint.

der (notwendigen) Reichweite und damit verbundenen Auswirkungen von Freiwilligkeit auf das Mediationsverfahren im Sinne des MediatG und geht dabei der Frage nach, ob dabei auch zwischen einem Mediationsverfahren im weiteren Sinne und dem der Mediation im engeren Sinne zu unterscheiden ist¹².

Da die Arbeit der Erlangung des Abschlusses Master of Arts (M.A.) dient, sind die vor allem rechtlichen Darstellungen und Erwägungen bewusst mit solchen aus der Mediationswissenschaft heraus kombiniert worden und folgt die Arbeit daher nicht einem rein juristischen Aufbau. Beide Bereiche konnten dem vorgegebenen Umfang der Arbeit entsprechend nur eingeschränkt – zur Erlangung eines Überblicks über die Thematik – behandelt werden.

¹² Die Arbeit bezieht sich durchgängig damit nur auf Mediation(verfahren) gemäß MediatG.

2. Bestehen und Reichweite eines arbeitgeberseitigen Weisungsrechts auf Anordnung der Teilnahme „an“ und der Mitwirkung „in“ Mediationsverfahrens auch gegen den Willen des Arbeitnehmers

Nach deutscher Rechtslage kann ein Arbeitgeber eine Handlung (Tun, Duldung, Unterlassung) nur dann von seinem Arbeitnehmer einfordern bzw. ihm gegenüber anordnen, wenn ihm ein entsprechendes Recht zusteht. Ein umgekehrt denkbarer Grundsatz, dass ein Arbeitnehmer stets Folge zu leisten habe, es sei denn, ihm stehe ausnahmsweise ein Verweigerungsrecht zur Seite, steht in eklatantem Widerspruch zu dem, das gesamte deutsche Arbeitsrecht überspannenden Schutzgedanken des Arbeitsrechts als einem Arbeitnehmerschutzrecht¹³ und findet auch im gesetzten Recht an keiner Stelle eine Stütze. Wegen der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber gewährt das Arbeitsrecht dem Arbeitnehmer einen besonderen Schutz.

Auch wenn der Arbeitgeber eine Mediation/ein Mediationsverfahren rechtsverbindlich gegen den Willen eines sich verweigernden Arbeitnehmers anordnen will, bedarf es daher einer bestehenden Rechtsgrundlage. Diese kann sich u.a.¹⁴ aus vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen ergeben.

Da im Arbeitsvertrag die Leistungspflichten faktisch nur rahmenmäßig umschrieben werden können, gibt das Gesetz über § 106 GewO dem Arbeitgeber ein sog. Weisungs- und Direktionsrechts an die Hand, unter anderem über § 106 S. 1 GewO den Inhalt der geschuldeten Leistungen zu bestimmen und über § 106 S. 2 das Verhalten und die Ordnung der Arbeitnehmer im Betrieb. Weitere Gesetze und der Arbeitsvertrag können dieses Recht konkretisieren, erweitern oder aber begrenzen. Es stellt sich einerseits sehr weitreichend dar, unterliegt andererseits jedoch erheblichen Beschränkungen.

Daher ist das Weisungsrecht des § 106 GewO nicht für sich allein, sondern stets in Zusammenschau mit der übrigen Rechts- und Gesetzeslage zu betrachten¹⁵.

Als konkretisierende Rechtsgrundlage für die vorliegende Fragestellung Anordnungsfähigkeit von Mediationsverfahren kommt zunächst das Mediationsgesetz (MediatG) selbst in Betracht.

¹³ LAG Köln 29.8.2019 – 6 Sa 148/19, Rn 50, zit. nach iuris; Dörner/Luczak, Hdb ArbR, Kap. 1, Rn 23/24.

¹⁴ Denkbar daneben auch in einseitigen Zugeständnissen etc.

¹⁵ Siehe hierzu ErfKom ArbR, 320/106/Rn 1–11.

2.1. Recht auf Anordnung eines Mediationsverfahrens durch MediatG?

Das MediatG definiert spezialgesetzlich unter anderem, was unter einem Mediationsverfahren bzw. einer Mediation zu verstehen ist und regelt ein entsprechendes Mediationsverfahren auch direkt. Es postuliert in § 1 Abs. I und § 2 Abs. II unter anderem, dass die Parteien freiwillig eine einvernehmliche Lösung ihres Konfliktes anstreben und sich der Mediator über die Freiwilligkeit der Teilnahme zu vergewissern habe.

Die sich in Bezug auf das Postulat der Freiwilligkeit in §§ 1, 2 MediatG stellende Frage, ob und inwieweit dies einer Anweisung entgegenstehen kann, ist jedoch erst nach der Reichweitenprüfung im Arbeitsrecht zu erörtern. Denn da das MediatG keinen Teil des Arbeitsrechts darstellt, kann es selbst die Grenzziehung dort nicht aktiv bestimmen; höchstens mittelbar ein bereits bestehendes Weisungsrecht rechtfertigen helfen. Daher ist hier zwar zu prüfen, ob es eine Anspruchsgrundlage rechtfertigt. Die *Voraussetzungen* des MediatG für ein Mediationsverfahren kommen jedoch erst zum Tragen bei der Frage, ob es sich bei unterstellter arbeitsrechtlicher Anordnungsbefugnis auch um ein Mediationsverfahren im Sinne des MediatG handeln kann, das der Arbeitgeber einseitig gegen den Willen des Arbeitgebers anordnen möchte; siehe hierzu unten, S. 61 ff.

Im vorliegenden Prüfungsabschnitt wird systematisch zunächst nur die Grundlage und mögliche Reichweite des Weisungsrechts *allein aus arbeitsrechtlicher Sicht* betrachtet.

Das MediatG verhält sich zwar auch zu Voraussetzungen, Inhalten und Verfahrensgrundsätzen der Mediation, es ergibt sich aus ihm selbst jedoch keine Rechtsgrundlage gerichtet auf ein Weisungsrecht für eine Institution oder (juristische) Person; und also auch nicht für den Arbeitgeber.

Soweit sich andere Gesetze, etwa § 135 FamFG¹⁶, mit Anordnungen im Zusammenhang mit Mediation (Informationsgespräche) wenigstens am Rande beschäftigen, sind diese für das Arbeitsrecht schon rechtlich nicht einschlägig, siehe für das FamFG dort § 1, und daher bei der Bestimmung eines „Weisungsrechts des Arbeitgebers qua Gesetz“ selbst ebenfalls ohne Relevanz.

2.2. Recht auf Anordnung eines Mediationsverfahrens kraft arbeitsrechtlichen Weisungsrechts?

Im deutschen Arbeitsrecht existieren, soweit gesetzliche Regelungen als Anspruchs-

¹⁶ „Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ i.d.F. vom 12.12.2019.

grundlage in Betracht gezogen werden, keine weiteren Normen, die sich explizit mit Mediation oder ihrer Anordnung befassen. In Betracht kommen damit nur arbeitsrechtliche Rechtsgrundlagen, die sich mit einem Recht des Arbeitgebers befassen, Anordnungen, auch Anweisungen¹⁷ genannt, treffen zu können. Diese müssten den Arbeitgeber dabei berechtigen, in einer Art und Weise und umfänglich tätig zu werden, dass davon auch die Anordnung und Durchführung eines Mediationsverfahrens gedeckt ist.

Einer Mediation am nächsten käme im Arbeitsrecht das Personalgespräch bei Konflikten. Soweit der Arbeitgeber solche einseitig anordnen und dabei auch Inhalt, Art der Durchführung sowie die Mitwirkung des Arbeitnehmers im Gespräch bestimmen darf, könnte ein solches Weisungsrecht auch Mediationsverfahren umfassen, soweit beide rechtlich und faktisch vergleichbar wären. Daher ist bei der Prüfung der Anordnungsfähigkeit beim Personalgespräch anzusetzen und hier der Bogen zur Vergleichbarkeit mit Mediationsverfahren zu ziehen.

Dem Arbeitgeber könnte ein solches Anweisungsrecht dem Grunde und dem Umfang nach aus §§ 106 GewO, 611a BGB i.V.m. Arbeitsvertrag zustehen.¹⁸

Generell ablehnende Entscheidung LAG Nürnberg aus 2013

Die in der vorstehenden Fußnote zitierte Gerichtsentscheidung des LAG Nürnberg v. 27.08.2013 ist dabei, soweit ersichtlich, die einzige zumindest obergerichtliche, welche sich explizit dahingehend verhält, eine verpflichtende Teilnahme an einem Mediationsverfahren im Arbeitsrecht für insgesamt nicht vom Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt und damit als unwirksam anzusehen.¹⁹

Das LAG Nürnberg hatte hier in einem thematisch weiter angelegten Rechtsstreit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Beschlussverfahren²⁰ zu entscheiden:

¹⁷ Beide Begriffe werden nachfolgend inhaltsgleich im losen Wechsel verwendet.

¹⁸ Ein solches generell in Bezug auf Mediation ablehnend Kleinmann/Meyer-Renkes/Fündling, Der Kündigungsschutzprozess, § 7 Mediation, unter C., Rn 989: „Im Unterschied zu Personalgespräch ist die Teilnahme an einem Mediationsverfahren freiwillig ...“; LAG Nürnberg 27.8.2013 – 5 TaBV 22/12, Rn 21, zit. nach iuris; wohl auch BAG 19.7.2016 – 2 AZR 637/15, Rn (AG müsse ggf. anbieten.“).

¹⁹ In diese Richtung tendierend, wenn auch nicht explizit herausstellend dieser Entscheidung des LAG aus 2013 nachfolgende Entscheidungen aus 2015/2016, so LAG Hamm v. 16.10.2015 – 17 Sa 696/15, BeckRS 2015, 73265, Rn 78, auch das BAG als dortige Revisionsinstanz (BAG v. 19.7.2016 – 2 AZR 637/15, NZA 2017, 116 Rn 36).

²⁰ Verfahren in kollektivrechtlichen Angelegenheiten, dies sind vor allem, wie vorliegend betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, werden nicht im Urteilsverfahren mit Urteil sondern mit gleicher Bindungswirkung in einem sog. Beschlussverfahren mit Beschluss entschieden; siehe §§ 2a und 80 ff ArbGG.

Der wesentliche Unterschied zum Urteilsverfahren besteht darin, dass im Beschlussverfah-

- Ob die arbeitgeberseitig einseitig angeordnete Teilnahme von Arbeitnehmern an einer Mediation ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates auslöse.
- Ob dann die Zeit der Teilnahme an einem vom Arbeitgeber veranlassten Mediationsverfahren für die teilnehmenden Arbeitnehmer Arbeitszeit darstelle und daher deren konkrete Lage ebenfalls der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliege (i.S.v. § 87 Abs. 1 Nrn. 2 u. 3 BetrVG).

In tatsächlicher und vor allem rechtlicher Würdigung der arbeitsrechtlichen Streitigkeit hatte sich das LAG Nürnberg dabei rechtslogisch auch gerade mit der Frage zu befassen, ob und wenn ja, inwieweit ein Mediationsverfahren durch den Arbeitgeber einseitig gegenüber einem Arbeitnehmer überhaupt rechtswirksam – und damit rechtsbeachtlich angewiesen werden kann.

Schon damit ist zugleich evident, dass die durch das LAG Nürnberg im Beschluss niedergelegten Erwägungen nicht lediglich en passant, nebenbei, etwa in Form eines „obiter dictum“ erfolgen durften und erfolgten; und zu werten sind. Vielmehr mussten und stellen diese Ausführungen den Beschluss gerade tragende und damit „urteils“-relevante Aspekte dar.

Das LAG Nürnberg stellt heraus, dass es in seiner Betrachtung und der konkreten Entscheidung die Mediation im Ganzen als das Gesamtverfahren im Blick hatte und nicht (lediglich) das Abschlussgespräch allein als ein Minus zum Gesamtverfahren „Mediation“.²¹

Dies wird umso deutlicher, als das LAG diese Erwägungen bzw. Ausführungen zudem in einem Leitsatz dem Beschluss vorangestellt hat. Und es befassen sich hier auch noch gleich zwei der drei Leitsätze explizit damit. So heißt es in Leitsatz Nr. 2:

„Die Teilnahme an einem Mediationsverfahren unterliegt nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 Satz 1 u. 2 GewO.“

In Leitsatz Nr. 3 heißt es ferner:

„Ordnet ein Arbeitgeber die Teilnahme an einem Mediationsverfahren für bestimmte Arbeitnehmer verpflichtend an, so ergibt sich allein aus der Gesetzeswidrigkeit einer solchen Anordnung kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.“

Unter einem „Leitsatz“ ist zunächst die (nichtamtliche) Zusammenfassung der Kernaussagen eines Urteils/Beschlusses zu verstehen.

ren nach § 83 ArbGG der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, während im Urteilsverfahren die Dispositionsmaxime greift.

²¹ LAG Nürnberg, aaO, S. 2 unter Ziffer I. der Gründe.

Der Leitsatz ist dabei jedoch sogar, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, als ein amtlicher Bestandteil einer Entscheidung anzusehen, wenn er, wie hier, als eine vom Spruchkörper, hier der beschließenden 5. Kammer am LAG Nürnberg selbst stammende richterliche Zusammenfassung seiner Entscheidung zuzuordnen ist; wofür in casu zudem spricht, dass die vorliegenden Leitsätze auch gerade nicht mit dem Zusatz „nicht amtlich“ versehen sind.²²

Das Gericht entschied damit ausdrücklich nicht allein über das bei den am Prozess Beteiligten (nur noch) im Zentrum ihres Klärungsbedürfnisses stehende Anordnen eines Abschlussgespräches, sondern die Anordnungsfähigkeit qua Arbeits- und Direktionsrechts eines Mediationsverfahrens an sich und in toto.

Das LAG Nürnberg kommt unter Verweis auf § 1 Mediationsgesetz in seiner Entscheidung ausdrücklich zu dem Schluss, dass der Widerspruch zwischen dem Grundsatz der Freiwilligkeit und dem sich aus dem Direktionsrecht ergebenden (faktischen) Zwang auf die betreffenden Arbeitnehmer dahingehend aufzulösen ist, dass nachdem einer Mediation das Element der Freiwilligkeit immanent sei (vgl. § 1 Abs. 1 MediationsG), dies bereits „... ausschließe, dass ein Arbeitgeber durch Ausübung seines Weisungsrechts Arbeitnehmer zur Teilnahme an einer Mediation verpflichten kann.“²³

So eindeutig und rechtlich (vermeintlich) klar die Entscheidung des LAG Nürnberg auch ausfällt, fraglich ist doch unter anderem, ob der Rückgriff allein auf das Element der Freiwilligkeit in § 1 MediationsG ausreichend tragend sein kann, ein Weisungsrecht so insgesamt zu verneinen. Ob es nicht insbesondere zu kurz greifen könnte, wenn und weil das Mediationsverfahren nach Mediationsgesetz unterschiedliche Phasen aufweist in denen Freiwilligkeit eine mehr oder weniger signifikante Rolle spielen könnte, und ein Vergleich mit anweisungsfähigen Personalgesprächen²⁴ ebenfalls eine detailliertere Auseinandersetzung und letztlich abgestufte Ergebnisfindung erfordern dürfte, was im weiteren Gang der Arbeit herauszuarbeiten und zu entscheiden sein wird.

²² Wie hier BGH, Urteil vom 21. November 1991 – I ZR 190/89 Rdnr. 41.

²³ LAG Nürnberg, aaO, S. 8 am Ende; in diese Richtung auch LAG Hamm v. 16.10.2015 – 17 Sa 696/15, BeckRS 2015, 73265, Rn 78, das ausdrücklich zwischen dem arbeitgeberseitigen Angebot zur Durchführung eines Mediationsverfahrens und der Anordnung eines solchen Verfahrens unterschied, wobei es die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer arbeitgeberseitigen Weisung zur Teilnahme an einer Mediation explizit offen ließ. In diese Richtung auch das BAG als hiesige Revisionsinstanz (BAG v. 19.7.2016 – 2 AZR 637/15, NZA 2017, 116 Rn 36), das dort deziert feststellte, dass „*ein an die Konfliktparteien gerichtetes Angebot auf Durchführung einer Mediation (...) jedenfalls nicht ohne Weiteres den Grundsatz der Freiwilligkeit verletzt.*“

²⁴ Siehe zunächst nur schon BAG v. 23.09.2009 – 2 AZR 606/08, NZA 2009, 1012, Rn 17, 23.

2.2.1. § 106 S. 1 GewO regelt „Leistungsinhaltsbestimmung“

In § 611a BGB ist als Arbeitnehmer legal definiert, wer kraft Arbeitsvertrages zu *weisungsgebundener, fremdbestimmter* Arbeit verpflichtet ist. Der Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers korrespondiert zu deren Umsetzung ein sog. Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers²⁵, welches das gesamte Arbeitsrecht kennzeichnet, das gesamte Arbeitnehmerschutzrecht prägt und mit dem dieser massiv²⁶ in die Handlungsfreiheit der Arbeitnehmer eingreifen darf. Es ist in § 106 GewO legal definiert und umfasst in § 106 S. 1 GewO das Recht, neben Ort und Zeit vor allem *den Inhalt der Arbeitsleistung* nach billigem Ermessen näher zu bestimmen.

Der gegenüber § 106 GewO weit neuere § 611a BGB setzt das Weisungsrecht des § 106 GewO bereits voraus, definiert es jedoch nicht und dient schon nach der Gesetzesbegründung allein der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes und seiner Abgrenzung zu anderen Dienstleistungsverhältnissen.²⁷ Rechtsgrundlage, Inhalt, Reichweite und Schranken ergeben sich daher (nach wie vor) aus § 106 GewO.²⁸ Die vertragliche Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers ist es dabei gem. § 611a BGB, die *vertraglich geschuldete Arbeit* zu leisten.

Das Weisungsrecht bezieht sich dabei in erster Linie auf den Inhalt der Arbeitsleistung dergestalt, dass der Arbeitgeber Anordnungen in Bezug auf die *Art der Tätigkeit* (was) und die *konkrete Ausübung der Tätigkeit* (wie) treffen kann.²⁹

Ob und inwieweit die Teilnahme an Personalgesprächen – und in der Folge Mediationsverfahren – Teil einer geschuldeten Tätigkeit sein kann, ist zu klären.

2.2.1.1. Teilnahme keine geschuldete Arbeitsleistung im Sinne einer Haupt- oder Nebenleistungspflicht

Stellt das Weisungsrecht nach § 106 GewO auch einen immanenten und wesentlichen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses dar³⁰, ist seine Reichweite doch nicht grenzenlos. Die Begrenzung kann dabei unter anderem sowohl den Anwendungsbereich betreffen (das „Was“) als auch die Anordnungstiefe (Regelungstiefe, Art der Umsetzung).

So dient es neben der Wahrnehmung der explizit gesetzlich oder im Arbeitsvertrag geregelten Arbeitgeberrechte (z.B. Anordnung von Schichtarbeit) nur der *Kon-*

²⁵ Nachfolgend einheitlich „Weisungsrecht“ genannt.

²⁶ LAG Köln 29.8.2019 – 6 Sa 148/19, Rn 50, zit. nach iuris.

²⁷ Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611a BGB, Rn 5–7; BT-Drs. 18/9232, S. 4, 32.

²⁸ Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 106 GewO, Rn 1, 2.

²⁹ Henssler/Willemsen/Kalb, § 106 GewO, Rn 15.

³⁰ BT-Drs. 14/8796, 24; BAG 12.4.2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (100), Rn 29: „Direktionsrecht“ als Wesensmerkmal eines jeden Arbeitsverhältnisses“.

kretisierung des vertraglich vereinbarten *Tätigkeitsinhalts*, umfasst aber nicht das Recht zu einer Änderung des Vertragsinhalts.³¹ Es kann sich zudem, wie das BAG ausführt, „... auf eine nicht abschließend aufzählbare, je nach den Umständen näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten beziehen, deren Erfüllung unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen (leistungssichernde Neben- oder Verhaltenspflichten).“³²

Der Umfang der Arbeitspflicht selbst ist dabei nur durch Gesetz oder Vertrag gestaltbar.³³ Dies hat zur Folge, dass die Reichweite des Weisungsrechts dabei vor allem durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) des Arbeitsvertrages ermittelt wird. Insoweit erfährt es durch den Arbeitsvertrag bereits eine wesentliche Einschränkung, wenn und soweit die Arbeitsbedingungen bereits individualvertraglich festgelegt sind.

Ist, wie regelmäßig, im Arbeitsvertrag eine Tätigkeit/ein Berufsbild konkret bezeichnet, so schuldet der Arbeitnehmer diese(s) einschließlich der nach der Verkehrsanschauung vom Berufsbild/der Tätigkeit mitumfassten Arbeiten³⁴ und typischen Nebenarbeiten³⁵, es sei denn, es ist im Vertrag explizit ein Mehr („sowie zudem ...“) oder ein Weniger („ausgenommen hiervon ...“) ergänzend festgelegt.

Auch wenn § 611a Abs. II BGB bestimmt, dass Gegenstand des Arbeitsvertrages „Dienste jeder Art“ sein können, ist realiter nicht damit zu rechnen, dass ein Teil einer *Hauptleistungspflicht* eines Arbeitnehmers arbeitsvertraglich auch dahingehend festgelegt würde – oder auch nur nach der Verkehrsanschauung als *geschuldete Nebenarbeit* anzusehen ist, (auch) „an Mediationsverfahren *als Konfliktpartei* teilzunehmen“.

Einzig bei dem denkbaren Ausnahmefall des „angestellten Mediators“ wäre die Teilnahme Hauptleistungspflicht. Sie wäre zudem hier bei auf ihn bezogen auftretenden Konflikten für ihn eine Nebenleistungspflicht, da eine Weigerung die Reputation als Mediator und des Verfahrens Mediation gefährden könnte.

Für alle sonstigen Arbeitnehmer ist dies abzulehnen.

2.2.1.2. *Mediationsklauseln*

Damit ist nicht zu verwechseln die Frage, ob wirksam Mediationsklauseln in Arbeits-

³¹ BAG 16.10.2013 – 10 AZR 9/13, NZA 2014, 264 (266), Rn 24.

³² BAG 2.11.2016 – 10 AZR 596/15, NZA 2017, 183 (185), Rn 26; BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 17ff; zit. nach iuris.

³³ BAG 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

³⁴ Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 611a BGB, Rn 441; Künzl in: KassHdbArbR, v. 2.1, Rn 7.

³⁵ Henssler/Willemsen/Kalb ArbR, § 611a BGB, Rn 450.

verträgen, Betriebsvereinbarungen bzw. Tarifverträgen vereinbart werden können, mit der Intention, darin eine Teilnahmepflicht zu regeln.

Da auch im Arbeitsrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt³⁶ und das bereits gesetzlich bestehende Weisungsrecht in § 106 BGB als dispositives Recht z.B. arbeitsvertraglich erweiterbar ist³⁷, wäre denkbar, dass sich ein Weisungsrecht direkt aus einer (wirksamen) entsprechenden Vertragsklausel, allgemein Mediationsklauseln genannt, ergibt.

Selbst wenn man solche Klauseln vereinbarte, ergäbe sich eine Teilnahmepflicht dabei jedoch nicht als Hauptleistungspflicht „Arbeitsleistung“ bzw. damit zusammenhängende „Nebenleistungspflicht“, sondern allein als vertraglich vereinbarte „Nebenpflicht bei Konflikten“. Die Mediationsklauseln mögen weitere relevante Fragen aufwerfen, etwa im Rahmen der AGB-Prüfung oder in Bezug auf eine Vorverlagerbarkeit von Freiwilligkeit auf den Vertragsschluss, wenn der Arbeitnehmer später dann doch seine Weigerung erklärt. Sie stellen jedoch nach wie vor die absolute Ausnahme im deutschen Arbeitsrecht dar³⁸ und müssen aufgrund des vorgegebenen Umfangs der Arbeit als Gegenstand der Untersuchung entfallen³⁹.

Ein *Recht auf Anordnung eines Mediationsverfahrens*, und gleichgültig, welcher Sachverhalt dem Konflikt(anteil) zugrunde läge, kann der Arbeitgeber *folglich nicht* schon unter dem Gesichtspunkt *geschuldeter Arbeitsleistung*, gleich ob als Teil einer Hauptleistungspflicht oder aus einer diese unterstützenden Nebenleistungspflicht auf Seiten des Arbeitnehmers über § 106 S. 1 GewO herleiten.

Fraglich bleibt, ob sich ein solches Weisungsrecht unter anderen Aspekten ergeben kann.

2.2.2. Recht auf Anordnung aus bestehenden allgemeinen Nebenpflichten des Arbeitnehmers gem. § 106 S. 1 GewO?

Das Weisungsrecht gemäß § 106 GewO bezieht sich neben der vorliegend bereits als Anspruchsgrundlage herausgeprüften Leistungsinhaltsbestimmung auch auf sogenannte *allgemeine Nebenpflichten* des Arbeitnehmers. Ergeben sich allgemeine Nebenpflichten von Vertragsparteien bereits aus §§ 241 Abs. II, 242 BGB, so werden diese im Rahmen von Arbeits(vertrags)verhältnissen aufgrund der dort anzutreffenden besonderen persönlichen Bindungen und Abhängigkeiten zwischen Arbeitgeber

³⁶ Temming in: Preis/Temming, Arbeitsrecht, § 1, Rn 23; Brox/Rüthers/Hennsler Arbeitsrecht, auch zu den Grenzen, S. 7, Rn 13ff.

³⁷ ErfKomArbR, 320/§ 106 BGB, Rn 17 mit Verweis auf BAG 14.01.2009, NZA 2009, 984.

³⁸ Bereits genannt: Siehe nur Rabe/Wode, Mediation, S. 4.

³⁹ Tochtermann, Mediationsklauseln, ZKM 2008, 57ff und Mediationsklauseln in AGB, ZKM 2008 S. 89ff.

und Arbeitnehmer betreffend ihren Inhalt noch weitergehend geprägt. So wird dem Arbeitgeber *eine allgemeine Fürsorgepflicht* für den seinem (mehr oder weniger noch immer alleinigen) Machtbereich und seinen Anordnungen ausgesetzten Arbeitnehmer auferlegt, der eine allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers korrespondiert, welche *neben* dessen Pflicht zur Arbeitsleistung tritt.⁴⁰

Es ist zu prüfen, ob sich eine Anordnung betreffend eines Mediationsverfahrens hierauf stützen ließe.

Das BAG konkretisiert die *Treuepflicht* des Arbeitnehmers dahingehend, dass sich dieser „... auf Grund seines Arbeitsvertrags für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebs einsetzen und alles unterlassen müsse, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich ist.“⁴¹

Unterlegte man einen solchen Pflichtenumfang, wäre in dem Mediationsverfahren zur Beilegung eines Konfliktes sicherlich eine Maßnahme zu sehen, die dem „Gedeihen“ des Betriebes nützen kann und wäre kehreseitig in der Weigerung, diese zu unterstützen, etwas dem Betrieb (und Arbeitgeber) Abträgliches zu sehen. Der Arbeitgeber könnte eine Teilnahme daher anordnen.

Jedoch ist eine solche Definition des BAG als viel zu weitgehend anzusehen, da auch die allgemeinen Nebenpflichten nicht komplett „im freien Raum stehen“⁴².

Allerdings reicht die Treuepflicht des Arbeitnehmers *zumindest so weit*, dass sie ihn zur *Rücksichtnahme* auf die Interessen des Vertragspartners und zum Schutz und zur Förderung der Durchführung *des Vertragszwecks* verpflichten. Der etwas überkommene Begriff der Treuepflicht wird daher teilweise auch durch den der Rücksichtnahmepflicht ersetzt⁴³.

Aber auch aus einer solchen Nebenpflicht, zumal dem Aspekt der „*Vertragstreue*“ entlehnt, kann eine direkte Anspruchsgrundlage des Arbeitgebers auf Verpflichtung zur Teilnahme an einem Mediationsverfahren *für sich genommen* nicht hergeleitet werden. Denn auch das Weisungsrechts im Sinne des § 106 GewO steht, wie soeben erwähnt, nicht „im freien Raum“ und *kann daher nicht per se und jedweden Interessenlagen des Arbeitgebers* zum Durchbruch verhelfen, die dieser verspürt angehen und in (s)eine Richtung lenken zu wollen. Allein, dass der Arbeitgeber die Durchführung eines Mediationsverfahrens „möchte“ oder für „sinnvoll hält“, *reicht*

⁴⁰ H.M., siehe statt vieler MünchArbR/Reichold, § 47, Rn 4; ErfKomArbR, 230/§ 611 BGB, Rn 707–709.

⁴¹ BAG 16.8.1990, NZA 1991, 141; BAG 17.10.1969 – 3 AZR 442/68, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treuepflicht m. Anm. Canaris.

⁴² ErfKomArbR, 230/§ 611, Rn 707–709; ebenfalls kritisch BAG 24.3.2010, NZA 2010, 693.

⁴³ Rücksichtnahmepflicht und Treuepflicht gleichsetzend Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch Teil II A 2; Kunz/Henssler/Brand, Praxis des Arbeitsrechts, § 21 Nr. 69, Rn 1049 sprechen (noch moderner) von „Loyalitätspflichten“, ohne dass sie dabei die Reichweite noch weiter verändern; BAG 01.06.2017, 6 AZR 720/15, Rz 48 „Rücksichtnahmepflicht“.

damit ebenso wenig aus wie eine gesteigerte Bewertung objektiv ex ante oder ex post als „sinnvoll“.⁴⁴

Das Weisungsrecht muss vielmehr *im Zusammenhang und so ausgeübt werden*, dass mindestens erkennbar wird, dass seine Wahrnehmung und Zielrichtung in direkter Linie, wenn auch ggf. nur mittelbar *der Erfüllung* des Arbeitsvertrages (*Vertragszweck*) bzw. der Umsetzung, der in ihm beinhalteten vertraglichen Rechte (*Art und Weise der Vertragsumsetzung zur Erreichung des Vertragszweckes*), dient. Es ist nicht ersichtlich, dass die Anordnung eines Mediationsverfahrens dem Vertragszweck auf Arbeitgeberseite, der darauf gerichtet ist *Arbeiten durch Dritte, hier den Arbeitnehmer erledigt zu bekommen*, in direkter Linie dient oder fördert.

Es mag sein, dass ein gestörter Arbeitsablauf, Unstimmigkeiten in der Belegschaft oder zwischen Vorgesetzten und nachgeordneten Arbeitnehmern die Wertschöpfung oder auch den Arbeitsvertragszweck auf Arbeitgeberseite massiv negativ beeinflussen.

Auch ist sehr gut denkbar, dass die (Anordnung einer) Mediation hier Abhilfe leisten kann (und ggf. auch sollte). Aber weder die Anordnung noch der mit der *Mediation verfolgte Zweck*, gerichtet auf eine aktiv(ierende) Kommunikation und Konfliktbearbeitung⁴⁵ bzw. Konfliktlösung⁴⁶, sind Teil eines vom Arbeitgeber im Arbeitsvertrag niedergelegten und damit für den Arbeitnehmer bindenden Vertragszwecks. Es geht in concreto vielmehr um die aktive Beseitigung einer Störung. Störungen bzw. deren Beseitigung sind nicht Teil des Vertragsgegenstandes um deren willen der Arbeitgeber zahlt bzw. der Arbeitnehmer zur Leistung angestellt wurde. Auch schuldet er nicht die *aktive* Beseitigung als Vertragszweck. Sie stellen damit gerade keine „geschuldeten Zusammenhangstätigkeiten“⁴⁷ dar.

Allein aus einer arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten arbeitgeberseitigen Interessen des Arbeitnehmers, die, so das BAG: „... jedenfalls die *Unterlassung* von Störungen des Betriebsfriedens oder Betriebsablaufs ...“⁴⁸ verlangt, *kann nicht im Umkehrschluss auf eine Verpflichtung zur Unterstützung* bei der (nachträglichen) *Beseitigung der Störungen*, etwa durch Teilnahme an einem Mediationsverfahren im Ganzen, geschlossen werden. Auch das BAG hat in ebendieser Entscheidung nicht auf eine entgegenwirkende *aktive Pflicht* des Arbeitnehmers, gerichtet auf eine Abhilfe(unterstützung), rekurriert, sondern im Gegenteil

⁴⁴ Blick des verständigen Dritten aus der Warte des Arbeitgebers zum Zeitpunkt der Entscheidung, oder nachträglich ...

⁴⁵ Weniger auf eine Konfliktlösung als Qualitätsmerkmal abstellend als auf Entwicklungschancen z.B. Montada/Kals, *Mediation*, S. 199ff, 86ff, 244.

⁴⁶ Hlawaty, *Diagnostik*, ZKM 2015, 56 (58 unter 2.) „Konfliktlösungsverfahren“.

⁴⁷ ErfKom ArbR, 320/§ 106 GewO, Rn 23 m.w.N.

⁴⁸ BAG 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332 (1332).

darauf hingewiesen, dass etwaige Verstöße zu einer Abmahnung, ggf. Kündigung führen können⁴⁹. Es hat also auf reine Maßnahmen mit Sanktionscharakter verwiesen, zu denen das Mediationsverfahren nicht zu zählen ist, ohne auf eine aktive Wiederherstellungspflicht abzustellen.

Die (Unterstützung bei der) Beseitigung *einer Störung* ist nicht Teil der Treuepflicht, sondern Teil einer zu vereinbarenden, arbeitsvertraglichen Nebenleistungspflicht, *da sie der (Wiedererreichung) der Umsetzung der Hauptleistungspflichten dient*. Da eine Nebenleistungspflicht schon nach der Verkehrsanschauung nicht als *geschuldete Nebenarbeit* anzusehen ist, (*auch*) „an Mediationen als *Konfliktpartei teilzunehmen*“, setzte der Rückgriff auf eine solche Nebenleistungspflicht deren explizite Regelung im Arbeitsvertrag (z.B. durch Hereinnahme einer Mediationsklausel) voraus. Soweit der Arbeitgeber, wie noch immer regelmäßig, deren vertragliche Vereinbarung aber gerade unterlässt⁵⁰, kann nicht über den Umweg der „Treuepflicht“ ein Versäumnis bei der Vertragsabfassung durch die „Hintertüre“ annulliert und in ihr Gegenteil verkehrt werden, sie *sei ja bereits immanenter Vertragsbestandteil*. Dies umso weniger als der Arbeitgeber, als der gemeinhin wirtschaftlich Mächtigere, ganz üblicherweise Arbeitsverträge einseitig bedarfsgerecht entwirft und vorgibt. Das im Ausgangspunkt sehr weit gefasste Weisungsrecht findet in den *bestehenden* (Inhalt und Umfang der Arbeitsleistung) bzw. *bewusst nicht* mit hineingenommenen Regelungen (Mediationsklauseln ...) des Arbeitsvertrages eine seiner erheblichen Begrenzungen⁵¹ und gilt gerade die Tätigkeitsbeschreibung dabei als wesentliche Anwendungsbegrenzung⁵².

Ein Weisungsrecht gerichtet auf Teilnahme an einem konfliktbezogenen Personalgespräch und damit erst recht an einem Mediationsverfahren, *hier unter dem Gesichtspunkt einer Störungsbeseitigung und damit Unterstützung einer Vertragszweckerfüllung*, ergibt sich damit in Ermangelung rechtswirksam vereinbarter ergänzender Nebenleistungspflichten *nicht aus § 106 S. 1 GewO*.

2.2.3. Anordnungsrecht über § 106 S. 2 GewO wegen Verletzung von Nebenpflichtverhalten

Es bleibt zu prüfen, ob sich aus § 106 S. 2 GewO – *insoweit jedoch nur noch eingeschränkt* auf Sachverhalte und hieraus resultierend Konflikt(anteile), welche sich

⁴⁹ BAG 1.6.2017 – 6 AZR 720/15, NZA 2017, 1332.

⁵⁰ Zu sich hieraus ergebenden weiteren Fragestellungen, z.B. deren zulässige Inhalte als AGB-Problematik durch § 305c I, II BGB: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 1, Rn 19; BGH vom 14.01.2016, I ZR 98/15 unter Rn 27,28, zit. nach iuris.

⁵¹ ErfKom ArbR, 320/§ 106 GewO, Rn 5.

⁵² Hromadka, NZA 2012, 233 (234); ErfKom ArbR, 320/§ 106 GewO, Rn 8.

unter dessen unbestimmte *Tatbestandsmerkmale der Ordnung und/oder das Verhalten* der Arbeitnehmer im Betrieb⁵³ subsumieren lassen – ein einseitiges Recht des Arbeitgebers auf Anordnung eines Mediationsverfahrens ergeben kann.

Auch das Weisungsrecht nach Satz 2 des § 106 GewO kann schon grundsätzlich nur dort und insoweit bestehen, wo den Arbeitnehmer zur *Sicherung des Vertragszweckes, also zur Umsetzung der Leistungsschuld* (Inhalt, Art und Weise der Vornahme, Ort, Zeit) bestimmte Pflichten in Bezug auf ein Verhalten oder die Ordnung im Betrieb treffen⁵⁴, deren Erfüllung, so das BAG: „... unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen ...“.⁵⁵ Das BAG spricht daher hier von sog. leistungssichernden *Verhaltenspflichten*.⁵⁶ Um diese abzurufen bzw. (wieder-)herstellen zu können, ist dem Arbeitgeber ein entsprechendes Weisungsrecht zugestanden.

2.2.3.1. Tatbestandsmerkmale Ordnung und Verhalten in § 106 S. 2 GewO

Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob die Anweisung eines Mediationsverfahrens eher dem Tatbestandsmerkmal der „Ordnung“ oder dem des „Verhaltens“ des Arbeitnehmers zuzuordnen ist. Denn zumeist werden beide Begriffe für den Bereich des Individualarbeitsrechts ohne weitere Unterscheidung gleichbedeutend – auch hinsichtlich ihres Regelungsinhaltes – gehandhabt⁵⁷. Soweit vereinzelt davon gesprochen wird, dass die Verhaltenspflichten in einer allgemeinen Pflicht münden, sich innerhalb des Betriebs „ordnungsgemäß“ zu verhalten⁵⁸, führt auch dies letztlich wieder zu einer Zusammenführung und Vermengung der beiden Begrifflichkeiten.

Für den Fortgang der Arbeit wird daher von einer Einheitlichkeit beider ausgegangen und nur von „Verhalten“ gesprochen.

2.2.3.2. Anordnung muss Verhaltenspflicht betreffen

Die Anordnung im Rahmen des Weisungsrechts nach § 106 S. 2 GewO kann nur betreffend einer *Verhaltenspflicht* ergehen.

Es müsste zunächst eine *Verhaltenspflicht* des Arbeitnehmers bestehen, sich in einer bestimmten Art und Weise (nicht) zu verhalten. Wie weiter unten detailliert dargelegt werden wird, münden Verletzungen solcher Nebenpflichten regelmäßig in

⁵³ ErfKom ArbR, 320/§ 106 GewO, Rn 2 mit Verweis auf Hromadka, DB 1995, 2601 (2604); Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 106 GewO, Rn 1.

⁵⁴ Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, ArbR, § 241 BGB, Rn 3ff.

⁵⁵ BAG 23.6.2009, AP Nr. 3 zu § 106 GewO m.w.N.

⁵⁶ BAG 23.6.2009, AP Nr. 3 zu § 106 GewO m.w.N.

⁵⁷ Kunz/Henssler/Brand, Praxis des Arbeitsrechts, § 21, Rn 195 „... Regelwerke, mit denen er die soziale Ordnung der Arbeitnehmer im Betrieb und deren Verhalten regeln will ...“.

⁵⁸ Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 61a BGB, Grundsätze, Rn 506.

eine Vornahme-Pflicht, den Arbeitgeber bei der Behebung der damit eingetretenen Störungs-Situation zu unterstützen. Sie sind damit gerade selbst keine Erfolgspflichten.

Art der verletzen Nebenpflichten und Ausmaß der Störung beeinflussen dabei gemäß §§ 106 S. 2 GewO i.V.m. § 315 BGB⁵⁹ das Maß der sich daraus erst ergebenden Mitwirkungspflichten; etwa auf Teilnahme „an“ und Mitwirkung „in“ einem Mediationsverfahren.

Es kommt damit zunächst eigentlich auf die Ursache des Konfliktes an, das Verhalten, aufgrund dessen der Arbeitgeber eine Mediation möchte, und erst zum Schluss der Prüfung des Weisungsrechts auch auf Intention oder Auswirkung der Anordnung (in Bezug auf die Mediation).

Vorliegend interessiert jedoch das Weisungsrecht (allein) in Bezug auf die Anweisung eines Mediationsverfahrens, sodass von diesem Umstand ausgehend es angezeigt erscheint, hier die Intention der Maßnahme (Mediation) bei der Betrachtung vor die Klammer zu ziehen. Damit ist vorrangig zu klären, ob sich aus § 106 S. 2 GewO erstens eine Einschränkung von Pflichten ergibt, deren Verletzung/Durchsetzung zweitens Gegenstand eines Mediationsverfahrens sein könnten. Es geht damit um die doppelte Einschränkung berücksichtigungsfähiger Verhaltenspflichten. Einmal die Einschränkung über den Sinn und Zweck von Mediation selbst und andererseits über die grundsätzliche Anordnungsreichweite des § 106 S. 2 GewO.

2.2.4. Sachverhaltsseitige Ausgangslage der Anweisung und des Verhaltens

Der arbeitgeberseitigen Inaussichtnahme auf Anordnung eines Mediationsverfahrens liegt im Arbeitsverhältnis regelmäßig ein konflikthafte (bisheriges) Tun, Dulden (etwa in Form des Hinnehmens) oder Unterlassen auf Seiten (auch) des Arbeitnehmers zugrunde, welches aus Sicht des Arbeitgebers zu einem Sachverhalt führte, den dieser für die Zukunft abgestellt/geändert wissen möchte, sich aber (bislang) hierzu mit dem Arbeitnehmer nicht einigen konnte. Eine einseitige Anweisung (gerichtet auf ein zukünftiges Verhalten) bzw. eine Entscheidung, welche nicht das Verhalten selbst, aber dessen Auswirkungen ändert, etwa im Sinne einer Versetzung, kann oder will der Arbeitgeber (bislang) nicht vornehmen. An einer einvernehmlichen zielführenden gemeinsamen Bearbeitung – und bestens dann der Beilegung des von seiner Warte aus für ihn unbefriedigenden und ihn beeinträchtigenden (Verhaltens-)Sachverhaltes – ist ihm dabei gerade gelegen. Der aus seiner Sicht betreffende Arbeitnehmer ist jedoch bislang nicht gewillt, dieses zu ändern

⁵⁹ Siehe zur Beschränkung über § 315 BGB nur jüngst BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16; BAG 2.11.2016 – 10 AZR 596/15, NZA 2017, 183 (186), Rn 36; zit. je nach iuris; BAG 13.3.2007 – 9 AZR 433/06, DB 2007, 1985, Rn 81; Preis/Temming, ArbR, § 58 V.3, Rn 2679 mwN.

(vorzunehmen, hinzunehmen oder zu unterlassen). Damit beruht die bestehende Sachlage auf Verhaltensweisen (auch) des Arbeitnehmers mit dem Ergebnis, dass sie mindestens von einer Seite auch als Konflikt im Sinne Glasls empfunden wird.⁶⁰

Sinn und Zweck einer Mediation ist es nach ihrem angenommenen Wortursprung, in Konflikten zu vermitteln⁶¹. § 1 Abs. 1 MediatG beschreibt Mediation dabei als ein Verfahren, bei dem die Konfliktparteien eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

Schließt man von der Intention der inaussichtgenommenen Maßnahme „Mediation“, auf den zugrundeliegenden Umstand ihrer Anordnung, hier die verhaltensbezogene Konfliktsituation, so ist durchgehend anzunehmen, dass es sich dabei stets um verhaltensbezogene Sachverhalte handelt, *die der Arbeitgeber mit seiner Anordnung auf Teilnahme an einer Mediation dort einer Regelung zuführen möchte*. Denn nur was dem Einfluss des Verhaltens unterliegt, kann der Arbeitnehmer selbst (versuchen zu) beeinflussen.

Soweit der Arbeitgeber damit über Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, ins Gespräch kommen will, mag die Mediation ein grundsätzlich hierfür geeignetes Verfahren sein. Mediation schließt per se dabei keine bestimmten Lebenssachverhalte, in denen Verhalten eine Rolle spielt, aus⁶². Sie kann daher auch das gesamte Spektrum arbeitsrechtlicher Sachverhalte einschließlich solcher umfassen, welche eigentlich allein das Bestehen/Nichtbestehen von Rechtslagen und damit Rechtsfragen betreffen.⁶³ Denn jeder Entscheidung selbst liegt wiederum ein Verhaltensanteil zugrunde, der bewusste/unbewusste Abwägungen beinhaltet, ob, inwieweit, wann und warum eine „arbeitsrechtliche“ Fragestellung virulent wird und in welcher (Verfahrens-)Art diese gelöst werden soll. Zum Beispiel (außer)gerichtlich rechtlich oder weniger rechtsfokussiert (und eher auf auch andere Aspekte neben dem Recht abstellend) etwa in einem Mediationsverfahren.

So besehen ist festzustellen, dass über die Erwägung, ein Mediationsverfahren im Arbeitsrecht anzuordnen alle denkbaren Verhaltensweisen des Arbeitnehmers betroffen sein können.

Soweit diese Verhaltensweisen zur Sicherung des Vertragszweckes, also zur

⁶⁰ Glasl, Handbuch für Führungskräfte, S. 14 f.

⁶¹ Duss-von Werdt, Einführung, S. 12f, auch zum Wortursprung; Link, Regina, Mediation im Arbeitsrecht, 2016 S. 20.

⁶² Zu faktischen Einschränkungen, etwa im Familienrecht bei häuslicher Gewalt siehe Paul/Weber in: Klowait/Gläßer, MediatG, S. 712, Rn 43f.

⁶³ Lukas in: Klowait/Gläßer, MediatG, S. 636 Rn 5 m.w.N.; Nink, Mediation im Arbeitsrecht, S. 85/86; Sieg, Interne Schlichtung, S. 1329 (1349); vereinzelt a.A.: siehe Prütting, in: Jousseen/Unberath, Reichweite und Grenzen, S. 105f.

Umsetzung der Leistungsschuld (Inhalt, Art und Weise der Vornahme, Ort, Zeit) bestimmte Pflichten betreffen, welche „... unumgänglich (sind), um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen ...“⁶⁴, kann vom Grundsatz her jede *leistungssichernde Verhaltenspflicht*⁶⁵ des Arbeitnehmers durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers konkretisiert oder *kritisiert* und mit der Intention einer Änderung „angesprochen“ werden.

Es ist damit festzustellen, dass abstrakt alle im Rahmen des Weisungsrechts nach § 106 S. 2 GewO einforderbaren Verhaltensweisen bzw. regelbaren *verhaltensbeeinflussten Konfliktsachverhalte* (oder Anteile hieraus) wie sie im Arbeitsverhältnis vorkommen können grundsätzlich auch *Gegenstand eines Mediationsverfahrens sein könnten*, da sowohl das Mediationsverfahren als auch § 106 S. 2 GewO von der Zielrichtung her (auch) Verhaltensaspekte und deren Regelung in konflikträchtigen Angelegenheiten umfassen.

Damit ist *jedoch bislang nur geklärt*, dass im Grundsatz jegliches nach § 106 S. 2 GewO erfasste Arbeitnehmerverhalten auch *geeignet sein kann*, theoretisch Gegenstand einer Mediation zu sein; noch *nicht aber die einseitige Anordnungsfähigkeit*.

Soweit, wie regelmäßig und vorliegend der Untersuchung zugrunde gelegt, der Arbeitgeber trotz bestehender Möglichkeiten, aufgrund des dispositiven Charakters des § 106 S. 2 GewO⁶⁶, sein Weisungs- und Gestaltungsrecht, etwa durch die arbeitsvertragliche Hereinnahme sog. Mediationsklauseln, gerade *nicht erweitert hat*, ist er bei der Frage der Zulässigkeit und Reichweite der Anordnung auf Teilnahme an einem Mediationsverfahren *auf die allgemeine bestehende Rechts- und Gesetzeslage beschränkt*. Dies mit der Folge, dass nach wie vor allein auf die seitens des BAG umschriebene, bereits oben dargelegte Grenzziehung abzustellen ist: Nur solches *Arbeitsverhalten* kann Gegenstand von arbeitnehmerseitigen Pflichten nach § 106 S. 2 GewO sein und um dessen Abruf bzw. (Wieder)Herstellung willen das Weisungsrecht dort spiegelbildlich gewährt wird, *welches zu erfüllen unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen ...*⁶⁷, *mithin die sog. leistungssichernden Verhaltenspflichten*.⁶⁸

Hierunter ist, an einem vereinfachten Fall veranschaulicht, Folgendes zu verstehen:

Weigert sich z.B. der Arbeitnehmer, zukünftig in Nachtschicht zu arbeiten, mag das zu einer Störung des Betriebsablaufes führen und einen Konflikt ergeben. Die

⁶⁴ BAG 23.6.2009, AP Nr. 3 zu § 106 GewO m.w.N.

⁶⁵ BAG 23.6.2009, AP Nr. 3 zu § 106 GewO m.w.N.

⁶⁶ BAG 16.10.2007 – 9 AZR 239/07, NZA 2008, 289 (291); dadurch auch Mediationsklauseln vereinbar (so u.a. Henssler/Willemsen, ArbR, § 106 GewO, Rn 9).

⁶⁷ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08 –, Rn 17; zit nach iuris.

⁶⁸ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08 –, Rn 17; zit nach iuris.

Störung mag zudem genau in dem Bereich auftreten, den der Arbeitnehmer arbeitsinhaltlich mit abdecken soll, etwa das Schweißen von Karosserieteilen als seiner Hauptleistungspflicht „Schweißer“. Entscheidend ist dabei, ob der Arbeitnehmer vertraglich Schichtarbeit und damit ggf. auch Nachtschicht, schuldet. Wenn ja, stellt sich Schichtarbeit zumindest als eine Nebenleistungspflicht für ihn dar, das Schweißen auch in Schichtbetrieb zu unterstützen. Mit der Weigerung verstößt er gegen diese Nebenleistungspflicht. Für diesen Konfliktsachverhalt kann der Arbeitgeber u.a. ein Personalgespräch anordnen.

Anders liegt es im Anschauungsfall, wenn der Arbeitnehmer vertraglich nur werktägliche Arbeit von z.B. 09:00 bis 17:00 Uhr schuldet. Auch hier handelt es sich dann um dieselbe verhaltensbezogene Weigerung und damit Störung. Aber seine Nebenpflicht geht nur dahin, alles zu unterlassen, was ein Arbeiten von 09:00 bis 17:00 erschweren/vereiteln könnte. Die eingetretene Störung *ist nicht Ausfluss einer Pflichtverletzung*, und daher muss der Arbeitnehmer diese *auch nicht beseitigen helfen*. Ein Personalgespräch hierzu kann der Arbeitgeber gerade nicht *anordnen*, weder unter dem Gesichtspunkt der Weigerung noch der fehlenden Unterstützung, die Störung (wieder) abzustellen.

Die Anordnung von Verhalten *außerhalb* dieser leistungssichernden Verhaltenspflichten – und damit auch die Anordnung von Gesprächen anlässlich damit im Zusammenhang stehender Konfliktlagen hierüber – ist damit dem Arbeitgeber rechtlich per se schon entzogen⁶⁹, was damit insofern auch die Anordnung eines Mediationsverfahrens beinhaltet.

2.2.5. Zwischenergebnis: Bereits Anordnung von Konfliktgesprächen nur bezogen auf leistungssichernde Nebenpflichten in Form von Verhaltenspflichten zulässig

Damit kommen, als ein Zwischenergebnis festzuhalten, *überhaupt nur* leistungssichernde *Verhaltenspflichten* – bzw. (vermeintlicher) Klärungsbedarf hierüber – im Arbeitsverhältnis *als rechtfertigende Grundlage* einer einseitigen Anordnung *zur Teilnahme „an“* einem (Konflikt-)Gespräch und insbesondere einem solchen mit dem Inhalt über Mediationsverfahren (zu sprechen) (Gesprächsanlass bzw. Gesprächsziel) *in Betracht*.

Weiterhin ist zu klären, ob ein Weisungsrecht für diesen bereits sehr eingeschränkten Anwendungsbereich leistungssichernder Verhaltenspflichten auch dahingehend besteht, überhaupt auch *ein Mediationsverfahren an sich anzuordnen*.

⁶⁹ BAG 16.10.2013 – 10 AZR 9/13, NZA 2014, 264 (266), Rz 24; BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 24, 25, zit. nach iuris; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 106 GewO, Rn 5; Hartmann, DB 2013, 1416 (1416).

2.3. Mediation als Sonderform eines anweisungsfähigen Konfliktgesprächs bei leistungssichernden Nebenleistungspflichten in Form von Verhaltenspflichten

Die Anweisung eines Mediationsverfahrens müsste eine nach § 106 S. 2 GewO zulässige Maßnahme-Art darstellen, und auch in ihrer Reichweite von der Vorschrift gedeckt sein⁷⁰. Hierbei ist zunächst zu klären, was unter „Anweisung“ im Rahmen von § 106 S. 2 GewO strukturell wie inhaltlich zu verstehen ist.

Hierauf aufbauend ist zudem zu prüfen, ob entsprechend solche Anweisungen inhaltlich und verfahrenstechnisch mit der Anordnung auf (aktive) Teilnahme „an“ und Mitwirkung „in“ einem Mediationsverfahren vergleichbar sein können, mit der Folge, dass dies vom Weisungsrecht nach § 106 S. 2 GewO ebenfalls gedeckt ist.

2.3.1. Anordnungsfähigkeit Personalgespräch und Versuch dialogisierender Einbindung

Arbeitgeberseitige Weisungen unterliegen im Arbeitsrecht regelmäßig keinem Formzwang mit der Konsequenz, dass dem Arbeitgeber somit auch die Möglichkeit zur Verfügung steht, *sie mündlich* zu erteilen. Das beinhaltet nach Auffassung des BAG auch gerade die Berechtigung, den Arbeitnehmer zur *Teilnahme an Gesprächen* zu verpflichten, in denen der Arbeitgeber Weisungen in einem der oben genannten Bereiche vorbereiten, erteilen oder ihre Nichterfüllung beanstanden will.⁷¹

Auch wenn keine Verpflichtung besteht, „zu jedweden Gespräch mit dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen“, gilt diese Einschränkung – und damit korrespondierend ein Verweigerungsrecht⁷² des Arbeitnehmers – im Grundsatz jedoch nur für solche Gesprächsanordnungen, die sich gerade außerhalb des Regelungsumfanges des § 106 Satz 1, 2 GewO befinden.⁷³ „Gespräche“ über das *Verhalten betreffend der leistungssichernden Verhaltenspflichten*⁷⁴, wie bereits oben eingehend dargelegt, sind damit im Rahmen des § 106 S. 2 GewO zwanglos *rechtlich verbindlich möglich einseitig anzuordnen*.

Dabei ist der Arbeitgeber auch gerade nicht auf sog. einseitige Anweisungen, Klarstellungen oder Monologe beschränkt. Das Weisungsrecht umfasst nach alle-

⁷⁰ Ein Weisungsrecht ablehnend, ohne jede arbeitsrechtliche Begründung Greger in: Greger/Unberath, *MediatG*, D, S. 334, Rn 312 („nur Informationsgespräch“; dies relativierend in dort, § 1 Rn 34 („anordnungsfähig, soweit sanktionsloser Ausstieg ermöglicht ist“)).

⁷¹ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 17; zit nach iuris.

⁷² BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1185; BAG 14.9.2017 – 5 AS 7/17, NZA 2017, 1452.

⁷³ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 24; zit nach iuris.

⁷⁴ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 17ff; zit nach iuris.

meiner Auffassung in der juristischen Literatur und Rechtsprechung⁷⁵ gerade auch die Berechtigung, Arbeitnehmer „zur Teilnahme“ an „Gesprächen“ (Personalgesprächen) zu verpflichten, in denen der Arbeitgeber Weisungen in einem der von § 106 GewO umfassten Bereiche nicht nur erteilen oder beanstanden, sondern gerade solche auch (einvernehmlich) „vorbereiten“ will.⁷⁶ Dies umfasst dabei nicht nur Gespräche über die technische Abwicklung bestimmter Vorgänge, sondern es kann auch gerade um solche Gespräche gehen, bei denen grundsätzliche Fragen des Arbeitsverhältnisses besprochen werden sollen.⁷⁷

Da Mediation im Sinne des MediatG gerade auch auf die parteiseitige Erarbeitung und Abstimmung von Lösungsoptionen ausgelegt ist, wie sich u.a. aus § 1 Abs. I (eigenverantwortliche einvernehmliche Beilegung), § 2 Abs. III S. 2 (Förderung der Kommunikation) ergibt, sprächen schon solche Intentionen des Arbeitgebers durchaus für das Verfahren einer Mediation.

Es entspricht zudem dem modernen (Selbst-)Verständnis in der Arbeitswelt, dass sich Arbeitnehmer nicht als bloße Befehlsempfänger und Adressaten von Pflichten angesehen wissen wollen. Wo es sinnvoll erscheint, erwarten sie vielmehr durchaus, in eine Entscheidungsfindung als wissens- und willensgesteuertes Wesen ((pro-)aktiv) miteinbezogen zu werden; mindestens, dass Entscheidungen über ein reines Mitteilen hinausgehend ihnen dargelegt und ein Auseinandersetzen mit der Entscheidung praktiziert wird. Damit ist nicht per se ein Infragestellen gemeint, aber ein „Nachvollziehen können“. Auch die Anforderungen an den Arbeitnehmer gehen spiegelbildlich in diese Richtung, als von ihm die Übernahme von (Entscheidungs-)Verantwortung⁷⁸ proaktiver Gestaltung, mindestens aber in der modernen Arbeitswelt ein „Sich-Einbringen“ erwartet wird.⁷⁹ Neben bereits aufgabenbezogenen Notwendigkeiten aufgrund einer komplexer und arbeitsteiliger werdenden Arbeitswelt dürften hierfür vor allem auch entsprechende (arbeits-)psychologische Erkenntnisse ausschlaggebend sein.⁸⁰ Dass etwa nach der Maslow'schen Bedürfnispyramide⁸¹ die Motivation des Menschen personalwirtschaftlich für den Arbeit-

⁷⁵ Siehe nur zuletzt LAG Hamm 28.1.2016 – 18 Sa 1140/15, Rn 35; LAG Hamm 16.10.2015 – 7 Sa 696/15, Rn 86; Kleinmann/Meyer-Renkes/Fündling, Der Kündigungsschutzprozess, § 7 Mediation, Rn 989; Henkel/Göhler, AuA 2014, 703 (703); Hunold, AuA 2015, 216, (217); Kunz in: Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, ArbR, § 27, Rn 47 m.w.N.

⁷⁶ LAG Hamm v. 28.1.2016 – 18 Sa 1140/15, Rn 45 unter Verweis auch auf BAG, BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 17ff; zit nach iuris; Hartmann, DB 2013, 1416 (1417).

⁷⁷ Kunz in: Kunz/Henssler/Brand/Nebeling, ArbR, § 27, Rn 47.

⁷⁸ Ulrich, Arbeitspsychologie, S. 204, spricht von deren großer Wirkung als „Satisfier“ und „Motivator“ für den Arbeitnehmer.

⁷⁹ Siehe dazu auch Bröckermann, Personalwirtschaft, S. 240–242.

⁸⁰ Ulrich, Arbeitspsychologie, S. 46.

⁸¹ Maslow, Motivation und Persönlichkeit, S. 74f.

geber von hoher Bedeutung⁸² ist und auch gerade durch ein Bedürfnis nach Wertschätzung gespeist wird. Kompetenz, Unabhängigkeit, das Streben nach Erfolg und Anerkennung stellen solche arbeitnehmerseitigen Bedürfnisse ebenso dar wie eine Bestätigung nach außen im Sinne von Status, Einfluss und Beachtung.⁸³

Auch diese Aspekte ließen sich insbesondere in einem Mediationsverfahren berücksichtigen, und ist ein solches gerade auch darauf angelegt, die Motivationen und Bedürfnisse der Parteien zu ergründen. Nicht nur jene, die zum Konflikt hingeführt haben, sondern gerade auch jene, die für dessen Beilegung, bestenfalls dessen Lösung relevant sein können. In dem Grundsatz, jeden in seiner Einzigartigkeit als Mensch wahrzunehmen und – ebenso wie seine vertretenen Positionen – anzuerkennen, wird in einem Mediationsverfahren auch der Wunsch nach Bestätigung und Anerkennung erlebbar. Die Erkenntnisse auch der Maslow'schen Bedürfnispyramide fließen in solche(n) Mediationsverfahren mit ein.

In Umsetzung dieser Annahmen kommt es im Arbeitsrecht/Bereich Human Resources mehr und mehr zu einer Abkehr von einer eindimensionalen Gesprächshaltung im Sinne eines „Wir teilen Ihnen mit/Sie müssen verstehen“, welches vor allem auf der Betonung des Machtprinzips fußt, hin zu einer Gesprächsbegegnung, die als Haltung darauf ausgerichtet ist, „Ich möchte Ihnen darlegen, Ich möchte nachvollziehen, warum Sie ...“ zu verstehen.

Einem modernen Verständnis von Personalführung folgend, können sich Anordnungen zur Teilnahme an Personalgesprächen daher nicht mehr allein in der arbeitgeberseitigen Mitteilung und damit spiegelbildlich arbeitnehmerseitigen Entgegennahme einseitiger, bereits getroffenen Entscheidungen durch verbale Mitteilung, ggf. begleitet durch einen arbeitgeberseitigen Monolog, erschöpfen. Der Arbeitgeber muss vielmehr autorisiert sein, die *Teilnahme zu einem dialogisierenden Gespräch anzuordnen*.⁸⁴, um damit beiderseits *die Chance zu eröffnen*, auch im Anschluss an eine solche Gesprächsanordnung im Gespräch selbst dann in einen Dialog einzusteigen; mithin in ein *Konfliktgespräch* im echten Sinne.

Damit ist, soweit sich die Rechtsprechung *zur Anordnung von „Gesprächen“* oder dem „Personalgespräch“ verhält, *darunter auch gerade das dialogisierende, „echte“ (Konflikt)-Gespräch mit zu verstehen*, und davon auszugehen, dass der Arbeitgeber dabei *auffordernd den Versuch unternehmen darf*, den Arbeitnehmer gesprächs(-ablauf-)technisch und gesprächsinhaltlich *zu motivieren*, ihn bei (s)einer Konfliktlösung (als eine Form von Entscheidungsfindung) *zu unterstützen*.

⁸² Siehe hierzu Bröckermann, Personalwirtschaft, S. 249–258.

⁸³ Ulrich, Arbeitspsychologie, S. 45.

⁸⁴ Zur Zulässigkeit der Anordnung siehe nur BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 17; zit nach iuris; zu den damit verbundenen Führungsstilen und Gesprächsstrukturen sowie Inhalten Bröckermann, S. 276, 279ff.

Solche Ansätze des Verstehenwollens entsprechen dabei jenen, die (grundsätzlich auch) Mediation verfolgt, indem sie durch Stärkung eigenverantwortlicher Kommunikation zu einem besseren gegenseitigen Verstehen⁸⁵ beizutragen sucht und dabei den Konflikt aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchtet.⁸⁶ Mediation im Geltungsbereich des MediatG fußt dabei vorherrschend auf einer dialogisierenden Gesprächsform⁸⁷ und zielt neben der aktiven Förderung der Kommunikation gerade auch auf das Heben eines gemeinsamen Konfliktverständnisses und Erarbeitung gemeinsamer Lösungsoptionen ab, was die gegenteilige Herangehensweise zur ein-dimensionalen Machtausübung bedeutet.

Wenn man als eine der wesentlichen theoretischen Grundlagen der Mediation westlicher Prägung neben ggf. dem Transformationsansatz den des Harvard-Konzeptes als einem Modell sachlicher Verhandlungsführung akzeptiert⁸⁸, zielt Mediation in Umsetzung dieses Konzeptes darauf, in der Verhandlung die Interessen der Beteiligten und nicht die Positionen in den Vordergrund zu rücken. Damit geht einher, verfahrensseitig in der Mediation verstärkt die hinter den Positionen liegenden Beweggründe, Bedürfnisse und Erwartungen zu heben; das „Warum“.⁸⁹ Dies kann nur gelingen, wenn die Konfliktparteien bis zum intendierten Abschluss des Gespräches in Form der Beilegung des Konfliktes zumindest zuhören, verstehen, nachvollziehen, was ein intensives Aufeinander-Eingehen im Gespräch bedingt⁹⁰.

*Mediation enthält damit nicht nur dialogische Elemente, sondern baut insgesamt auf den direkten gegenseitigen Austausch (im Gespräch) über alle konflikt(-lösungs-)relevanten Aspekte und ist verfahrensseitig auch auf das Dialogisieren ausgerichtet*⁹¹. Dabei wird die Kommunikation durch einen Mediator unterstützt bzw. gefördert, § 2 Abs. III S. 2 MediatG, was aber gerade nicht ausschließt, dass der Versuch, das Gespräch in Gang zu bringen und dialogisierend zu gestalten, nicht gerade auch von einer der Konfliktparteien unternommen werden kann, als Ausdruck der Eigenverantwortlichkeit in § 1 Abs. I MediatG; etwa in Person des Arbeitgebers.

Beide Arten dialogisierender Konfliktgesprächsführung, das der Mediation wie das Konfliktgespräch im üblichen Kontext des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitgeber bzw. Repräsentanten der Personalabteilung im Rahmen von § 106 GewO (Personalgespräch), *weisen insoweit keine relevanten Unterscheidungen auf*, als es

⁸⁵ Montada/Kals, Mediation, S. 17.

⁸⁶ Montada/Kals, Mediation, S. 17.

⁸⁷ Siehe auch Treczek in: Treczek/Berning, Mediation, S. 53, Rn 36.

⁸⁸ Hehn in Haft/Schlieffen, Hdb der Mediation, S. 190, Rn 47 m.w.N.

⁸⁹ Schwatz in: Treczek, Mediation, S. 151, Rn 5.

⁹⁰ Siehe auch Treczek in: Treczek/Berning, Mediation, S. 52, Rn 34.

⁹¹ Siehe hierzu eingehend weiter unten S. 56–65.

um den *Aspekt des Versuches* einer dialogisierenden Gesprächsführung *zwischen den Konfliktparteien selbst geht*.

Die Anordnung eines Mediationsverfahrens begegnet daher *noch keinen* Bedenken, *soweit* es (auch dort) um den *Aspekt des Versuches* einer dialogisierenden Gesprächsführung *zwischen den Konfliktparteien selbst geht*, da dies insoweit auch üblichen Personalkonfliktgesprächen entspricht.

Damit ist arbeitsrechtlich jedoch noch nicht geklärt, wieweit die Pflicht des Arbeitnehmers geht, sich inhaltlich überhaupt „in“ ein Gespräch(sversuch) einzubringen, etwa bestimmten Strukturen und Fragetechniken zu unterwerfen, und wie weit eine denkbare Mitwirkungspflicht reicht. Ob also der Arbeitnehmer *in* diesem Gespräch(sversuch) dabei nur eine rein physische Anwesenheit schuldet, um einem Versuch des Gespräches zur Verfügung zu stehen. Oder kann von ihm weisungsmäßig verlangt werden, in einem solchen Personalgespräch mitzuwirken, schuldet er z.B. auch eine entsprechend aktive Teilnahme dergestalt, sich nicht nur antwortend zu äußern, sondern darüber hinaus aktiv, gar von sich aus proaktiv einzubringen, wie es im Mediationsverfahren als hilfreich angesehen wird, um so die arbeitgeberseitige Intention eines dialogisierenden Gespräches zu ermöglichen und zu fördern.

2.3.2. Mediation als Unterfall von Personalgesprächen in Bezug auf deren Intention

Soweit der Rechtsauffassung gefolgt wird, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, den Versuch zu unternehmen, mit dem Arbeitnehmer in ein wirkliches Personalgespräch im Sinne eines dialogisierenden Austausches⁹² über aus seiner Sicht konfliktrichtige verhaltensbezogene Sachverhalte einzusteigen, mit dem Ziel den Konflikt zu thematisieren, zu bearbeiten und bestens im Einvernehmen zu lösen, entspricht ein solches Ansinnen durchaus Verfahrensinhalten und der Intention dessen, was unter anderem schon gesetzlich nach den §§ 1, 2 MediatG gerade auch einer Mediation zugeschrieben wird.

So definiert der Bundesverband Mediation (BMEV) auf seiner Homepage: „Mediation ist eine außergerichtliche Form der Konfliktbearbeitung. Ihr Ziel ist es, in einem Konflikt *eine für alle Seiten vorteilhafte Regelung* zu finden.“⁹³

Noch allgemeiner formuliert der Bundesverband Mediation (BMEV): „Mediation ist ein Verfahren zur außergerichtlichen, konstruktiven *Bearbeitung von Kon-*

⁹² Siehe zu den damit verbundenen Führungsstilen und Gesprächsstrukturen – sowie Inhalten Bröckermann, S. 276, 279ff.

⁹³ <https://www.bmwa-deutschland.de/index.php/de/was+ist+mediation.html>; letzter Zugriff: 23.05.2022.

flikten (...). In der Wirtschaft wird Mediation eingesetzt bei Konflikten: im Betrieb, auf der Managementebene ...“⁹⁴

Nimmt man allein schon die Aussagen zweier der Spitzenverbände der deutschen Mediationsszene zur Grundlage, so lässt sich Mediation *betreffend der ihr hier zugrundeliegenden Intention* zwanglos als ein Unterfall eines Personalgesprächs im Rahmen von § 106 S. 2 GewO verstehen, insofern es auch dort um den entsprechenden Versuch einer Konfliktbeilegung gehen kann.

Sonderfall eines über konkrete Konfliktlösung hinausreichenden Mediationsverständnisses

Allerdings ist dabei nicht jede Motivationslage (Intention), mit der ein Mediationsverfahren durchgeführt werden kann, als auch vom Arbeitsrecht gedeckt anzusehen. Dabei begegnet aus rein arbeitsrechtlicher Sicht ein eher „evaluierender“ oder „strategischer“ Mediationsstil neben dem des *facilitativen Ansatzes*⁹⁵ keinen Bedenken. Vertreter eines *sog. „transformative approach“* sehen in der Mediation allerdings weit mehr als ein Konfliktlösungsverfahren. Sie verfolgen mit ihr *gesellschaftsphilosophisch* auch die Wegbereitung von einem konfrontativen zu einem kooperativen Dialog mit dem expliziten Ziel, auch der *Förderung eines friedlichen Miteinanders und letztlich der Umgestaltung der gesamten Gesellschaft zu dienen*.⁹⁶ Vertreter einer *psychologisch fundierten Mediation intendieren*, dass Mediation, so etwa Montada/Kals: „... auch immer über die Lösung des behandelten *Einzelfalles hinaus sieht*, und (...) dadurch die Entwicklungsgelegenheit für die Beteiligten und für deren Beziehung zueinander (bietet).“⁹⁷ Sie schreiben diesem Mediationsstil zudem einen „*erweiterten und dabei detaillierten Zielkatalog*“ zu.⁹⁸

Das BAG formuliert allerdings: „Der Arbeitgeber ist durch den Arbeitsvertrag nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen.“⁹⁹

Es begegnet dabei nach diesseitiger Rechtsauffassung noch keinen Bedenken, wenn und soweit es sich um *rein nachgelagerte Motive* des Arbeitgebers handelt, welche also nicht im Vordergrund stehend – oder gar statt einer Intention auf (Wieder-)Herstellung einer Verhaltenspflicht nach § 106 S. 2 GewO den Anlass und Begründung für eine Gesprächsanordnung/Anordnung eines Mediationsverfahrens darstellen. Denn auch, etwa konfessionsgeleiteten Arbeitgebern über den Anwendungsbereich des Art. 137 der Weimarer Reichsverfassung hinausreichend, oder weltli-

⁹⁴ <https://www.bmev.de/mediation/was-ist-meditation.html>; letzter Zugriff am: 23.05.2022.

⁹⁵ Siehe hierzu etwa Hagel in: Klowait/Gläßer, *MediatG*, § 1, Rn 11; Gottwald in: Haft/Schlieffen, *Hdb Mediation*, S. 968, Rn 14.

⁹⁶ In dieser Weise z.B. Bush/Folger, *Promise of Mediation* S. 3; u. KD 2015 274ff (276, 281).

⁹⁷ Montada/Kals, *Mediation*, S. 6.

⁹⁸ Montada/Kals, *Mediation*, S. 34, 35.

⁹⁹ BAG 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080 (1082).

chen Arbeitgebern wie Greenpeace e.V., der Umweltstiftung WWF Deutschland, wird zu unterstellen sein, gesellschaftspolitische Motive (mit) zu verfolgen, ohne dass in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung erkennbar solche nachgeordneten Motivlagen überhaupt thematisiert werden.

Dies umfasst *ebenso die nachgelagerte Motivlage des vom Arbeitgeber (dahingehend) ausgesuchten Mediators*, dessen Handeln, dessen Mediationsstil (und darin ggf. zum Ausdruck kommende Motivlage) er sich als Auftraggeber arbeitsrechtlich zurechnen lassen muss. Soweit der Mediator eine Mediation fachinhaltlich auf die Bearbeitung und Lösung des konkreten Konfliktes ausrichtet und den Parteien dabei insbesondere auch überlässt, inwieweit sie einen Konflikt(anteil) bearbeiten und in welcher Art und Weise, in welchem Umfang sie ihn lösen wollen, spricht arbeitsrechtlich nichts gegen eine nachgelagerte Motivlage, die eine Verbesserung der Beziehung der Konfliktparteien über die Beilegung des Konfliktes hinaus anstrebt. Zumal in Bezug auf den Ansatz von Montada/Kals dort insoweit von einer „Entwicklungs*gelegenheit*“ die Rede ist, was im Grundsatz auch Anlass und Ziel eines üblichen Konfliktgespräches sein dürfte.

Andererseits ist der Arbeitgeber gehindert, einen Sachverhalt, in dem es zwar um eine Verhaltenspflicht des Arbeitnehmers geht, ein *Konflikt jedoch noch von keiner Seite angenommen* wird, etwa im Rahmen einer rein positiv konnotierten Personalentwicklungsthematik ein Mediationsverfahren anzuordnen, obwohl ein dahingehendes Weisungsrecht für ein Personalentwicklungsgespräch zu bejahen ist. Denn das Mediationsgesetz gibt über § 1 S. 1 MediatG einen engen Mediationsbegriff vor, indem es formuliert: „... über die Beilegung ihres Konflikts ...“ und schließt damit *sog. präventive Mediationsanliegen* aus.¹⁰⁰ Will der Arbeitgeber solche Personalgespräche führen, mag es sich um Coaching oder Moderation handeln, die jedoch nicht dem MediatG unterfallen und daher nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind.

Kann Mediation auch in vielen Varianten umgesetzt werden, etwa als sog. Pendel- bzw. Shuttlemediation¹⁰¹ oder verschriftlicht online¹⁰², so ist doch wegen des Aspektes der Unmittelbarkeit und Authentizität, der Relevanz akustischer, visueller und sonstiger Signale direkter Begegnung sowie des Instruments/Anliegens der Ermöglichung eines Perspektivwechsels¹⁰³ die Mediation in dialogisierender Gesprächsform zumindest im Geltungsbereich des MediatG faktisch die vorherrschende¹⁰⁴

¹⁰⁰ Siehe auch Greger, Unter falscher Flagge ZKM 2015, 172 (174) zu Deal-Mediation.

¹⁰¹ Zulässig gem. § 2 Abs. III S. 3 MediatG bei allseitigem Einverständnis.

¹⁰² Zur Zulässigkeit verschiedener Kommunikationsformen in der Mediation Greger, Unter falscher Flagge ZKM 2015, 165ff (172f).

¹⁰³ Trenczek in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 53, Rn 36.

¹⁰⁴ Siehe auch Trenczek in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 53, Rn 36.

Durchführungsvariante. Auch insoweit entspricht sie anordnungsfähigen Personalgesprächen.

Auch umgekehrt spricht der Umstand nicht gegen eine Vergleichbarkeit mit Mediation, dass in Personalgesprächen auf Arbeitgeberseite nicht immer die entsprechende Konfliktpartei selbst das Gespräch führt/an diesem teilnimmt, sondern (s)ein Vertreter. Denn auch die Mediation kennt solche Konstellationen, und es sind nach Greger¹⁰⁵ solche „Stellvertreter-Mediationen“ nach dem MediatG unproblematisch zulässig.

Als ein weiteres Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass damit Mediation als ein Unterfall eines Personalgesprächs in Form eines Konfliktgesprächs nach § 106 S. 2 GewO auch insoweit gesehen werden kann, soweit es um die mit ihr gesetzestechisch verfolgte Intention geht, gemäß §§ 1, 2 MediatG, die auf dialogisierenden Gesprächen *basierende Bearbeitung und Beilegung* des Konfliktes zu versuchen. Eine Anweisung auf Teilnahme an einem Mediationsverfahren würde auch *insoweit* hinsichtlich weiterer Intentionen keinen Bedenken begegnen, soweit sich diese im Rahmen der §§ 1, 2 MediatG halten.

2.3.3. Schranken des § 106 GewO in Bezug auf die Art und Weise der Anordnungen (Anordnungstiefe)

Allerdings bleibt zu beachten, dass das Weisungsrecht des § 106 GewO weiteren Beschränkungen neben der oben geklärten Frage seines Anwendungsumfanges unterliegt; hier aufgrund § 315 BGB.

Es ist nämlich *nicht jede Form der Anordnung* von verhaltensbezogenen (Personal-)Gesprächen in auch „*inhaltlicher*“ *Hinsicht* gedeckt, was damit auch für die Frage der Anordnung/Durchführung eines Mediationsverfahrens zu untersuchen ist.

Den Oberbegriff soll hier der Begriff „Gesprächsinhalt“ bilden und dabei die „Art und Weise“, in der auf den zugrundeliegenden Sachverhalt eingegangen werden soll (etwa Gesprächstechniken, Hilfsmittel), als auch den Umfang, in dem inhaltlich zu dem Sachverhalt, gleich von welchem Gesprächspartner ausgehend Stellung bezogen werden soll, umfassen.

Soweit dabei solcherart umrissene Gesprächsinhalte ganz oder teilweise als unzulässig zu betrachten sein würden, ergäbe sich daraus zugleich und soweit die Unzulässigkeit der einseitigen Anordnung hieran.

In Bezug auf das eingeforderte Mediationsverhalten ergeben sich für das Weisungsrecht dabei konkreter noch die Fragestellungen, ob der Arbeitnehmer arbeitsrechtlich verpflichtet ist, *selbst* Inhalte *beizusteuern* (etwa Sachverhalte, Konflikt-

¹⁰⁵ Greger, Unter falscher Flagge, ZKM 2015, 165ff (172).

anteile, Positionen, Interessen, Bedürfnisse, Ängste, Erwartungen ...), und *ob er dabei nur auf Fragen (erschöpfend) antworten muss*. Zu klären ist dabei auch, ob er sich *dem Verfahren* zudem auch *aktiv teilnehmend* stellen muss, etwa Perspektivenwechsel, Loops of Understanding bedienen und *bestimmte Fragetechniken*¹⁰⁶ im Gespräch hinnehmen – oder sich gar proaktiv in der Mediation beteiligen muss. Muss er sich dabei in ein Verfahrenskorsett begeben, welches direkt auf Konflikterhellung, Konfliktverständnis und Konfliktbeilegung auf und durch beide Seiten angelegt und ausgerichtet ist.

Ob sich dies alles noch als Teil eines nach § 106 S. 2 GewO zulässigen Gesprächs(verlaufes) darstellt, hängt unter anderem davon ab, was noch als „übliches, zu erwartendes Personalgespräch“ in einem Arbeitsverhältnis bei Konfliktlagen nach § 106 S. 2 anzusehen ist.

Inwieweit dabei eine (*pro-*)aktive Teilnahme gefordert werden kann, lässt sich nur aus der Bestimmung einer bestehenden Nebenpflicht auf Störungsbeseitigung und ihrer Reichweite eruieren.

Es fragt sich also, ob aus der arbeitnehmerseitig verhaltensveranlassten Störung durch Tun, Dulden oder Unterlassen (s)einer Verhaltenspflicht mehr folgt, als nur die reine Verpflichtung zur Umsetzung einer Handlungsanweisung, zukünftig etwas „*anders zu tun*“.

Zu prüfen ist also zusammenfassend gesagt, *ob der Arbeitgeber hinsichtlich eines im Grundsatz bestehenden Weisungsrechts der Anordnung „zu“ Gesprächen auch ein solches „in“ den Gesprächen besitzt; und wie weitgehend dieses* auch die Aspekte des Mediationsverfahrens abdeckt, um feststellen zu können, ob dementsprechend auch ein Mediationsverfahren über § 106 S. 2 GewO angeordnet und inhaltlich durch den Arbeitgeber vom Arbeitnehmer ein bestimmtes Mitwirken im obigen Sinne verlangt werden kann.

2.3.3.1. Passivität keine ausreichende Pflichterfüllung der Gesprächsteilnahme nach § 106 S. 2 GewO

Würde der Arbeitnehmer allein der Anordnung auf Teilnahme dahingehend nachkommen, sich zum Gespräch in Person „einzufinden“ und dem Arbeitgeber zwar die Gelegenheit geben, zu ihm zu sprechen, ihm aber nicht einmal zuhören, etwa indem er schlicht das akustisch-physisch „Vernommene“ an sich abprallen lässt, indem er salopp formuliert „die Ohren auf Durchzug stellt“, verhindert dieses Verhalten bereits die gedankliche Aufnahme und damit Umsetzbarkeit einer arbeitgeberseitigen

¹⁰⁶ Siehe Kessen/Troja in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, zu den Fragetechniken (S. 307f), deren Zielrichtungen (S. 307f) und Relevanz durch die Phasen hindurch (S. 303, Rn 29); Geier in: Trenczek, Mediation, S. 179, Rn 18.

verbalen Anweisung nach § 106 S. 2 GewO. Ein solches Verweigerungsverhalten würde dabei nicht nur einen Dialog¹⁰⁷ verhindern. Es wäre vor allem gerade darauf angelegt, den Arbeitgeber daran zu hindern, selbst auch nur eine einseitige klare Anweisung wirkungsvoll kundzutun. Die Pflichtwidrigkeit und damit Vorwerfbarkeit des Verhaltens läge hier, neben dem Versuch¹⁰⁸ der Zugangsvereitelung einer arbeitsrechtlich nach § 106 S. 2 GewO zulässigen Anweisung, vor allem im Ignorieren der Anweisungs*mitteilung*, was ohne Weiteres als „treuwidrig“¹⁰⁹ abmahnfähig wäre, wenn die zugrundeliegende Anweisung selbst, also der Grund für das angeordnete Gespräch, rechtmäßig ist.

Allein die physische Anwesenheit kann daher nicht ausreichen, einem weisungsgerechten Personalgespräch pflichtentsprechend Folge zu leisten.

2.3.3.2. Nach § 106 S. 2 GewO aktive Teilnahme in dialogisierendem geschuldet

Selbst wenn der Arbeitnehmer zuhört, sich in Bezug auf zulässige Fragen des Arbeitgebers, etwa zur weiteren Sachverhaltserhellung äußert, dabei aber nur insoweit antwortet bzw. Stellung bezieht, als es formal besehen die Fragestellung zumindest erfordert, um als beantwortet, wenn auch nicht als „hinreichend“ oder „erschöpfend“ beantwortet gelten zu können, so *reicht auch dies noch nicht* aus. Die in arbeitsrechtlicher Hinsicht bestehende Grenze zwischen Vereitelung eines zulässigen Personalgesprächs im Sinne eines abmahnfähigen Verhaltens und der zumindest rechtlich ausreichenden Erfüllung der Nebenpflicht „Gesprächsteilnahme“, wäre dadurch noch nicht überwunden.

Im Rahmen eines verhaltensbezogenen Personalgesprächs sollen Konflikte (oder Anteile hieraus) nicht nur aufgezeigt und durch den Arbeitnehmer über das Vehikel der Verhaltensanweisung „zur Kenntnis“ genommen werden. Vielmehr geht es regelmäßig im Unterschied zu einer bloß einseitigen Anordnungs-Mitteilung darum, dialogisierend den sachverhaltlichen Hintergrund noch einmal einzubeziehen und die mit dem Konflikt(-anteil) verbundenen Auswirkungen sowie sich daraus ergebenden Folgerungen und (angedachten) Maßnahmen zu erörtern. Denn dies gerade entspricht einer wertschätzenden und zukunftsgerichteten Personalpolitik der Unternehmen. Personalpolitisch wird in Bezug auf Verhaltensweisen der Fokus eher auf die Veränderung(-sfähigkeit) des Arbeitnehmers als auf die Ursache der

¹⁰⁷ Siehe hierzu unten en Detail S. 56–65.

¹⁰⁸ BAG 26.03.2015 – 2 AZR 483/14, Zugang anzunehmen nach Treu und Glauben bei Vereitelung.

¹⁰⁹ BAG 26.03.2015 – 2 AZR 483/14, Zugang anzunehmen nach Treu und Glauben bei Vereitelung.

Störung gelegt. Damit geht ein Bemühen um Offenheit und Transparenz einher¹¹⁰, und werden solcherart konzipierte Personalgespräche auch als überaus wichtiger Aspekt im Bereich der modernen Mitarbeiterführung¹¹¹ und Personalentwicklung gewertet. Eine solche Gesprächskonzeption auf Seiten des Arbeitgebers berücksichtigt darüber hinaus gerade auch den Umstand, dass das Arbeitsverhältnis weit mehr umfasst als den im Wesentlichen nur synallagmatischen Austausch von Arbeitskraft gegen Gehalt. Der Arbeitgeber ist hier insoweit, und nur dann ist auch der Begriff „Personalgespräch“ zutreffend, gerade *bemüht, statt einer rein einseitigen Anordnung*, in ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer einzutreten. Er ist seinerseits damit bereit, „ein Mehr“ zu leisten als das bloße Erfordernis einer reinen Mitteilung einer (bereits abschließend entschiedenen) Anordnung.

Ein solches Verständnis vom Sinn und Zweck sowie der dialogisierenden Struktur eines Personalgesprächs wird auch von dem arbeitsrechtlichen Verständnis des Arbeitsverhältnisses gedeckt und entspreche damit zugleich auch dem Mediationsansatz als einer offenen Verhandlung, in der die Parteien selbstbestimmt, eigenverantwortlich und gemeinsam eine bedürfnis- und interessenbasierte Lösung eines Konfliktes anstreben¹¹². Aufgrund des personenrechtlichen Einschlages, der Arbeitnehmer schuldet die Arbeitsleistung (und Erfüllung der weiteren (Neben-(Leistungs-)Pflichten) in Person, der Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer kraft dessen Personseins zu besonderer Fürsorge verpflichtet, wird eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers auf Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers bejaht¹¹³. Diese spezielle Nebenpflicht auf Rücksichtnahme¹¹⁴ wird zwischenzeitlich auch aus § 241 Abs. II BGB direkt hergeleitet.

Zwar kann, wie oben dargelegt, sich aus dieser *nicht für alle denkbaren Interessenslagen* des Arbeitgebers eine wechselseitige Verpflichtung des Arbeitnehmers auf aktive Unterstützung der Interessen des Arbeitgebers, hier gerichtet auf einen Gesprächsbedarf, ergeben. Und selbst soweit eine solche Pflicht auch darauf gerichtet angenommen würde, *eine Förderung des Unternehmenszwecks zu unterstützen*¹¹⁵, ist in der (Wieder-)Herstellung des, durch den Arbeitnehmer (vermeintlich) gestörten Betriebsfriedens, *kein Unternehmenszweck* zu sehen und könnte eine Mediation nicht allein mit diesem Ziel angeordnet werden.

¹¹⁰ Siehe dazu Bröckermann, Personalwirtschaft, S. 10, 177.

¹¹¹ Bröckermann, Personalwirtschaft, S. 243f.

¹¹² Ade/Alexander, Mediation und Recht, S. 20, Rn 40; Nink, Mediation im Arbeitsrecht, S. 39; Haft in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, S. 70, Rn 1.

¹¹³ Dörner/Luczak, Hdb ArbR, S. 524, Rn 416.

¹¹⁴ Früher auch als sog. „Treuepflichten“ bezeichnet, Palandt, BGB, § 611 BGB, Rn 39, heute keine eigenständige Regelung mehr darstellend, Dörner/Luczak, Hdb ArbR, S. 514, Rn 354.

¹¹⁵ BVerVG 04.6.1985 EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 24; Dörner/Luczak, Hdb ArbR, S. 537, Rn 514–519.

*Allerdings umfasst diese Rücksichtnahmepflicht auch, auf das Mitarbeiterverhalten zurückzuführende drohende oder eingetretene Schäden bzw. Störungen beseitigen zu helfen.*¹¹⁶

Damit ist eine Verpflichtung dahingehend anzunehmen, *zwar nicht unter leistungssichernden Aspekten* einem solchen dialogisierenden Personalgespräch beiwohnen zu müssen, aber doch dann und soweit, *als diesem ein Konflikt(anteil) zugrunde liegt*, der mindestens aus der subjektiven Sicht des Arbeitgebers, objektiv ex ante nachvollziehbar, *für diesen auf einen verhaltensbezogenen Umstand zurückzuführen ist*, den der von der Gesprächsanordnung *betroffene Arbeitnehmer verhaltensseitig beeinflusst hat und verhaltensseitig nun ändern kann*. Somit geht es nicht um eine *leistungssichernde Verhaltenspflicht*¹¹⁷ des Arbeitnehmers, *sondern seine Pflicht, eine von ihm verhaltensbezogen mitverursachte Störung* im Unternehmen als Ausfluss des ihn treffenden Rücksichtnahmegebotes wieder mit *beseitigen zu helfen*. In Bezug auf das Mediationsverfahren wäre eine Anordnung damit schon nur denkbar, wenn dies zur Beilegung einer Störung dienen soll, nicht aber (ausschließlich) aus dem Gesichtspunkt heraus erfolgt, die Mediation allgemein für eine Verbesserung des Betriebsklimas oder Verbesserung eines (Leistungs-)Verhaltens über das nach § 243 I BGB geschuldete Maß in Form „mittlerer Art und Güte“ hinaus zu nutzen.

Diese Rücksichtnahmepflicht ist damit erst – und nur Kehrseite – eines ihm arbeitsrechtlich vorwerfbaren Verhaltens, sei es in Form des Tuns, Duldens oder Unterlassens, welches der Arbeitgeber zu Recht monieren und insoweit also auf Abhilfe drängen darf.

Sonderfall verhaltensunabhängige Störungen

Soweit ausnahmsweise *Störungen auch losgelöst von Verhalten denkbar* sind, etwa der Leistungsabfall aufgrund körperlicher unabänderlicher Disposition, kann sich hieraus keine Abhilfepflicht des Arbeitnehmers ergeben, da allein das arbeitsvertragliche Synallagma betroffen ist. Hier ist der Arbeitgeber auf das Vertragsänderungsrecht, etwa in Form der Versetzung, (Änderungs-)Kündigung etc. verwiesen. Der Arbeitgeber kann dabei zwar verpflichtet sein, zuvor als milderes Mittel dem Arbeitnehmer ein Klärungs-Gespräch, etwa auch in Form eines Mediationsverfahrens¹¹⁸, *anzubieten*, was unternommen werden kann, um die verhaltensunabhängige Störung durch andere Abhilfemaßnahmen verhaltensgetragen, etwa durch die einvernehmliche Anpassung des Arbeitsvertrages, eine Versetzung etc. zu beseitigen. Der

¹¹⁶ Dörner/Luczak, Hdb ArbR, S. 524, Rn 509, 416.

¹¹⁷ BAG 23.6.2009, AP Nr. 3 zu § 106 GewO m.w.N.

¹¹⁸ LAG Hamm 16.10.2015 – 17 Sa 696/15, Rn 84 und 91; zit. nach iuris; Dendorfer/Krebs, Arbeitsrecht und Mediation, KD 2013, 212 (213).

wesentliche Unterschied besteht allerdings – auch für ein etwaiges Mediationsverfahren – hier darin, dass *in dem* „Anbieten müssen“ *auf Arbeitgeberseite* *kehrseitig gerade keine Teilnahmepflicht* des Arbeitnehmers in diesen Sachlagen enthalten ist. Denn ein Anspruch des Arbeitgebers auf „Gespräche“ hierüber steht ihm grundsätzlich nicht zu, da die Änderung von Vertragsinhalten dem Weisungsrecht des § 106 GewO und damit auch dem Recht auf Anweisung eines Klärungs-Gespräches und also eine Mediationsanordnung entzogen ist.¹¹⁹

Das dialogisierende Personalgespräch (eingehend zum Dialog, dialogischer Haltung, aktives Zuhören S. 68–79 ist daher *im konfliktbezogenen Verhaltensbereich* aus Sicht des Arbeitgebers auch das Mittel der Wahl, wenn Grund und Änderung des Verhaltens zum Zwecke der Verständnissicherung und Nachhaltigkeit gemeinsam erörtert und kraft einvernehmlicher Regelung der bestehende Konflikt beigelegt werden soll. Die dialogische Haltung ermöglicht es, in den gestaltenden Denkprozess vor unwillkürlich auftretenden Annahmen, Vorstellungen, Gefühlen, Handlungen und Theorien einzugreifen und im Gespräch zu einer gemeinsamen, fundierteren, weil wirklichkeitsnäheren Orientierung im Prozess von Wahrnehmung, Analyse und Lösungssuche zu gelangen.

Der hier geprüften arbeitnehmerseitigen Rücksichtnahmepflicht wohnt dabei nicht *nur ein passiver Verhaltensanteil* inne, alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegensteht, sondern gerade auch *ein aktives Element*. So werden als Unterfälle der *allgemeinen* Rücksichtnahmepflichten u.a. genannt, „vor Schäden zu warnen“¹²⁰, Störungen beseitigen zu helfen¹²¹, bei Stellenvakanzan Arbeiten im zumutbaren Maße mit zu übernehmen.¹²² Auch wenn diese Fälle nur die *allgemeine* Pflicht zur *Rücksichtnahme* und nicht die *explizite* Pflicht betreffen, *eigenes Fehl-Verhalten aus Rücksichtnahme zu ändern*, so wird doch ersichtlich, dass Rücksicht auch (pro-)aktives Handeln umfasst und damit eine weitere Überschneidung mit dem (Pro-)Aktivität voraussetzenden Mediationsverfahren bedeutet.

Aufgrund der oben dargelegten Besonderheiten des Arbeitsrechts und der sich hieraus ergebenden Nebenpflichten folgt für diesen Prüfungsschritt, mit dem LAG Hamm, dieses insoweit wörtlich zitierend: „Der Arbeitgeber kann erwarten, *dass sich der Arbeitnehmer einem Personalgespräch persönlich stellt und aktiv mitwirkt*“.¹²³ Und weiter: „Einem solchen Termin kann er sich nicht ohne Gefahr für

¹¹⁹ BAG 16.10.2013 – 10 AZR 9/13, NZA 2014, 264 (266), Rz 24; BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 17ff, zit. nach iuris.

¹²⁰ BAG, 28.08.2008 – 2 AZR 15/07, NZA 2009, 193.

¹²¹ Dörner/Luczak, Hdb ArbR, S. 524, Rn 509, 416.

¹²² LAG NJW 1973, 293.

¹²³ LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, Rn 28; zit. nach iuris.

Nachteile für sein Arbeitsverhältnis verschließen. Er kann auch *nicht einfach jede Mitwirkung bei einem solchen Personalgespräch verweigern*, ohne Gefahr zu laufen, (...) wegen vertragswidrigen Verhaltens abgemahnt zu werden.“¹²⁴

Der Arbeitnehmer schuldet daher kehrseitig zu seiner verletzten Verhaltenspflicht juristisch eine aktive Unterstützung des Arbeitgebers bei Wiederherstellung eines insoweit konfliktfreien Zustandes, was auch das aktive Einbringen in den Gesprächsdialog umfasst. Dabei ist noch nicht geklärt, mit welchem Grad geschuldeter Aktivität ein Einbringen (arbeitsrechtlich) verbunden ist: Etwa nur in Form eines verständnisbestätigenden Nickens in Richtung Arbeitgeber, einem aktiven, das eigene Verständnis sichernden Nachfragen oder gar einer das Gespräch voranbringenden eigenen neuen Fragestellung oder gar Aussage ...?¹²⁵

Nicht zuletzt schon an dieser Stelle steht auch diese Untersuchung vor dem grundsätzlichen Dilemma¹²⁶, dass umgangssprachlich, (arbeits-) rechtlich und mediationswissenschaftlich, um nur einige Bereiche zu benennen, Begriffe wie „aktives Einbringen“, „Dialog“, „Aktives Zuhören“ unterschiedlich gedeutet, unterschiedlich in Reichweite und in Bezug auf ihre Relevanz gesehen – und betreffend ihrer dort verorteten Relevanz bewertet werden werden.

So bedeutet „Dialog“¹²⁷ nach Böhm „... soviel wie freier Sinnfluss ... der unter, durch oder zwischen den Menschen hindurch fließt ...“ bzw. bedeute es „... untereinander geteilter Sinn ...“¹²⁸.

Damit wird insbesondere auch das emotional Verbindende betont.

Andererseits definiert Trenczek „Dialog“ unter Berufung auf Habermas: „Ziel (des Dialoges) ist die Gestaltung eines kooperativen Diskurses, welcher die Abkopplung von System und Lebenswelt“ überwindet und sich an einer „idealen“ Sprechsituation orientiert ...“.

Das auch emotional Verbindende, das durch ein Mehr/oder ein Weniger an Empathie, empathischer Schwingung den Gang, die Tiefe, die Erkenntnis in/durch einen Dialog beeinflussen kann, und damit mit zu seinen (möglichen) Merkmalen gehören könnte, wird hier nicht mit aufgenommen. Dies als nur ein Beispiel der unterschiedlichen Deutungen; hier des Dialoges.

¹²⁴ LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, hier Rn 27; zit. nach iuris; siehe auch Kleinmann/Meyer-Renkes/Fündling, Der Kündigungsschutzprozess, § 7 Mediation, Rn 989.

¹²⁵ Siehe hierzu die Ausführungen im weiteren Gang der Arbeit ab Seite 56–79.

¹²⁶ Siehe zudem oben I. „Einleitung und Gang der Arbeit“ sowie dort Fußnote 8.

¹²⁷ Böhm, Der Dialog, S. 33.

¹²⁸ Böhm, Der Dialog, S. 33.

Teilweise werden die Begriffe (zurecht), etwa der „Dialog“, einfach vorausgesetzt¹²⁹.

Der Natur des gewählten Ansatzes gemäß hat sich eine arbeitsrechtliche Untersuchung dabei vor allem derjenigen Deutungstiefen zu bedienen, die aus arbeitsrechtlicher Sicht bezogen auf den jeweiligen (ggf. unbestimmten Rechts-)Begriff mindestens/noch „relevant“ sind; je verbindlicher die Deutungshoheit anerkannt ist, umso erheblicher ist sie im arbeitsrechtlichen Untersuchungskontext anzusehen. So ist bezogen auf den hier gerade zugrundeliegenden arbeitsrechtlichen Prüfungspunkt insbesondere ergangene Rechtsprechung maßgeblich und damit die oben zitierte Rechtsauffassung des LAG Hamm, dieses insoweit erneut wörtlich zitierend: „Der Arbeitgeber kann erwarten, dass sich der Arbeitnehmer einem Personalgespräch persönlich stellt und aktiv mitwirkt“.¹³⁰

Es kommt damit im arbeitsrechtlichen Kontext für sich genommen noch nicht auch auf Deutungen im mediationswissenschaftlichen Kontext an.

Wenn und weil die vorliegende Untersuchung jedoch gerade auch an späterer Stelle noch die Fragestellung umfasst, ob im Rahmen eines Konfliktgespräches gerade auch eine Mediation im Sinne des MediatG arbeitgeberseitig – und damit im Rahmen des Arbeitsrechts! – eingefordert werden kann, sind mindestens auch die Deutungen aus dem mediationswissenschaftlichen Bereich zu berücksichtigen; und bei entgegenstehenden Definitionen, Reichweiten oder Verortungen das Dilemma der Deutungshoheit erneut noch einmal (den umfangslimitierenden formalen Vorgaben gemäß) zumindest anzusprechen und eine dementsprechend notwendigerweise kurz (und damit weniger fundiert) ausfallende Deutungsentscheidung zu treffen. Dass Mediation als Querschnittswissenschaft anzusehen ist und sich daher Definitionen dort ggf. aus unterschiedlichen Fachrichtungen speisen und eine Mehrzahl an Deutungen zulassen/akzeptieren (müssen), macht das Unterfangen weder einfach noch gar lösbar, wenn dann auch noch das Arbeitsrecht mit eigenen Deutungen oder bewusst unterlassenen Konkretisierungen (und damit ggf.

Ablehnung bereits bestehender bekannter Definitionen aus anderen Wissenschaften, ja anderen Rechtsbereichen als dem Arbeitsrecht) hinzutritt.

Demgemäß erfolgt eine Befassung mit den aufgezeigten Dilemmata daher eingehender unter B.I.4.b, S. 63ff.

In Ermangelung einer eigenen Definition im Arbeitsrecht von „Dialog“, „Gespräch“ ist im Arbeitsrecht daher an dieser Stelle der Prüfung (noch) auf den lediglich allgemeinen Sprachgebrauch zur Konkretisierung zurückzugreifen.

¹²⁹ Troja, Die dunkle Seite der Macht. In: ZKM 2019, 137ff (139, 140) in Bezug auf „Dialog“; Ballreich/Glasl, Konfliktmanagement, S. 189–191, 160 in Bezug auf „Dialog“.

¹³⁰ LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, Rn 28; zit. nach iuris.

Jedenfalls umfasst nach dem üblichen Sprachgebrauch die „Mitwirkung in einem Gespräch“, dass auf gestellte Fragen geantwortet wird, und zwar in Abgrenzung zur Verweigerungshaltung im Gespräch in so ausreichender Tiefe, dass die Frage als beantwortet anzusehen ist. Dabei ist nach diesseitiger Auffassung keine erschöpfende Beantwortung geschuldet, sondern nur insoweit, als klar wird, dass sie sich auf die Frage inhaltlich bezieht und ein Dialog in Gang bleibt. Aktive Beteiligung ist in diesem Zusammenhang dahingehend zu verstehen, dass der Arbeitnehmer die Beantwortung von Fragen durch eigene Wissens- und Willensanstrengungen fördert. Das bedeutet, sie also nicht nur in Teilstücken zu beantworten und es dem Arbeitgeber zu überlassen, zu prüfen, ob damit eine hinreichende (wenn auch gerade nicht geschuldet erschöpfende, tiefgreifendste) Beantwortung der gesamten Frage vorliegt und also von der Warte des Arbeitnehmers aus, objektiv besehen, insgesamt als „hinreichend“ beantwortet angesehen werden kann.

2.3.3.3. Aktive Mitwirkungspflicht umfasst nicht proaktives Einbringen

Von der Pflicht zur aktiven *Mitwirkung* ist jedoch nicht mehr umfasst, dass der Arbeitnehmer sich auch mit eigenen Fragen und Mitteilungen, gar Ideen *proaktiv* mit einbringen muss.

Der Arbeitnehmer schuldet, wie dargelegt, *nicht aus einer Leistungspflicht* sondern einer missachteten Verhaltenspflicht heraus die Teilnahme an und aktive Mitwirkung in einem Konfliktgespräch, gerichtet auch auf Konfliktherhellung und Lösungsfindung des konkreten Konfliktes. Der Arbeitnehmer selbst schuldet daher und dabei aber gerade weder *den Erfolg* seiner Beteiligung im Gespräch noch den der Lösungssuche oder einer dauerhaften Lösung. Er *darf das Gespräch nur nicht hintertreiben oder gar vereiteln, sondern muss es mit in Gang halten*. Er bringt damit nicht das Gespräch proaktiv voran, unterstützt aber immer noch in Beantwortung aller arbeitgeberseitigen Fragen das Gespräch bis dahin und dessen Fortgang, da auf jede Antwort des Arbeitnehmers der Arbeitgeber weitere Fragen aufbauen oder in neue Richtungen fragen kann. Ein Dialog ist so also nicht gehindert.

Seine „Pflicht“ erschöpft sich darin, die ursächlichen Pflichten, welche zu dem Gespräch führen, (*wieder*) *zu erfüllen*. Ändert/Erfüllt er diese nicht, etwa in dem er sich weigert, an einem Personalgespräch oder einer Mediation überhaupt teilzunehmen, kann der Arbeitgeber entsprechend der Fallgestaltung verschiedene arbeitsrechtliche Konsequenzen wegen der Pflichtverletzung ziehen, etwa eine Versetzung, eine Abmahnung, oder eine Kündigung aussprechen. Eine weitergehende Verpflichtung *auf „proaktive“ Mitwirkung* dort in einem Personalgespräch oder einer Mediation wäre zu weitgehend. Dies *würde das nun abverlangte Verhalten im Gespräch*

in Richtung einer Leistungsnebenpflicht drängen, die wiederum § 106 S. 1 GewO unterfiele, und also dazu bestimmt sein müsste, die Erfüllung der Hauptleistungspflicht (Arbeit) zu unterstützen, was gerade nicht der Fall ist und auch nicht durch eine Mediationsklausel etwa vereinbart wurde

Eine proaktive Mitwirkung ist in Abgrenzung zu einer eher (re-)aktiven Mitwirkung also arbeitnehmerseitig nicht geschuldet, und dies kann der Arbeitgeber daher nicht rechtswirksam verlangen und anordnen.

Als ein weiteres Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Zielsetzung, Verfahrenskonzeption und -ausrichtung eines Mediationsverfahrens nach §§ 1, 2, MediatG, dass die Konfliktparteien sich *aktiv* mit einbringen sollen, um im Sinne des MediatG eine entsprechende mediative, eigenverantwortliche und selbstbestimmte Konfliktbearbeitung und Konfliktbeilegung zu ermöglichen, insoweit nicht gegen eine hierauf gerichtete Anordnungsfähigkeit spricht.

Soweit der Arbeitnehmer damit auch eine wirkungsfähige Gesprächsteilnahme im Sinne einer sich den Themen stellenden auch gerade *aktiven Mitwirkung arbeitsrechtlich* im Rahmen des Weisungsrechts nach § 106 GewO *schuldet*, geht dies sogar erheblich über *die Regelungsinhalte eines Mediationsverfahrens* nach MediatG hinaus. Auch wenn es die proaktive Beteiligung der Konfliktparteien zu einem *ihrer wesentlichen Verfahrensmerkmale erhebt und damit nicht nur erfordert, sondern diese* Beteiligung sogar einfordert, so geschieht *dies gerade nicht verpflichtend*, sondern steht den Parteien völlig frei, dem, bis zu welchem Grad und wann auch immer, nachzukommen, wie sich schon aus dem Charakter des Verfahrens als einem freiwilligen ergibt; siehe § 2 Abs. II i.V.m. § 1 Abs. I MediatG.

Auch von daher begegnet *die Anordnung auf Teilnahme „an“* einem Mediationsverfahren unter dem Gesichtspunkt erforderlicher aktiver dialogisierender Teilnahme keinen Bedenken aus arbeitsrechtlicher Sicht.

2.4. Inhaltliche Reichweite des Weisungsrechts „im Gespräch selbst“

Es ist weitergehend zu prüfen, inwieweit die der Mediation bzw. dem Mediationsverfahren zugeordneten und damit der arbeitgeberseitigen Entscheidung bei der Bewertung ihrer Rechtmäßigkeit nach § 106 S. 2 GewO zuzurechnenden Intentionen, Charakteristika und Verfahrensansätze sowie verwendeter Techniken aller Art noch dem entsprechen, oder aber über dasjenige hinausgehen, was arbeitsrechtlich noch unter dieser arbeitnehmerseitigen aktiven Mitwirkungspflicht bzw. dem Wesen eines anordnungsfähigen Personalgesprächs nach § 106 S. 2 GewO zu verstehen ist.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an Aspekte wie die (Selbst-)Of-

fenbarung bzw. Erkundung der mit dem Konflikt zusammenhängenden Gefühlswelt und Seelenlage zur Erlangung eines vertieften (auch eigenen) Konfliktverständnisses¹³¹, das *Hinnehmen bestimmter Interventionen*, etwa Kommunikationstechniken wie das Beantworten spezifischer systemischer Fragen, etwa der Wunder-Frage¹³² oder von sog. Verschlimmerungsfragen¹³³ etc. in der Mediation.

2.4.1. Zulässigkeit von Interventionen im Konfliktgespräch/Interventionsverständnis in der Mediation

Eine Intervention greift im Gegensatz zur reinen „Beratung“ im engen Sinne direkt in das Geschehen ein, gerichtet darauf, unerwünschte Phänomene zu beseitigen oder gar nicht erst entstehen zu lassen¹³⁴. Sie geht damit über einen reinen Problemlösungsansatz hinaus und setzt bei den *Handlungsproblemen* an. In diesem Verständnis ist auch Mediation als ein Interventionsverfahren¹³⁵ zu verstehen und fraglich, inwieweit solche Interventionen im Mediationsverfahren vom Arbeitnehmer hinzunehmen sind, vor allem, wenn diesen in Intention oder Auswirkung ein Mehr zuzuordnen ist als die reine Unterstützung bei der Problemlösung an sich; etwa heilende Aspekte in sich trägt.

Auch wenn Mediation westlicher Prägung in Abgrenzung etwa zum Feld der heilberuflichen Berufe, der psychologischen bzw. medizinischen Diagnostik und Therapie grundsätzlich keine in diesem Sinne „*heilenden*“ *Interventionen* enthalten darf, so ist jedoch zu konstatieren, dass sie durchaus Vorgehensweisen des Mediators enthalten kann, die eine *intendierte* „therapeutische“ Wirkung haben können. Fraglich ist, worauf sich diese beziehen sollen. Bernhardt/Winogard verwenden dabei den Begriff der „prozesstherapeutischen“ Intervention und subsumieren unter diesen „therapeutische“ Eingriffe des Mediators, welche ausschließlich dem (Fort-)Gang des Verhandlungsgespräches in der Mediation dienen. Sie *umfassen dabei alle Bemühungen, die der Kommunikation, dem Problemlösungsverhalten und des Konfliktmanagements*, dem Erkunden, Verstehen, Verändern sollen dienen,

¹³¹ Kessen/Troja in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, S. 306 Rn 37–38; Trenczek in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 44, Rn 18.

¹³² Siehe zur Intention Troja in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 133, Rn 31 unter Verweis auf Shazer.

¹³³ Kessen/Troja in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, S. 308 Rn 41.

¹³⁴ In diesem Sinne: <https://www.spektrum.de/lexikon/psychologie/intervention/7396>; letzter Online-Zugriff: 23.05.2022.

¹³⁵ So auch Robert, Mediation versus Moderation ZKM 2004, 4 (4); Rosner, Siegfried/Winheller Mediation und Verhandlungsführung S. 408; Jochens/Vogel Mediative Führungskompetenz ZKM 2017, 23 (32).

und sich dabei als konstruktive Prozessschritte darstellen.¹³⁶ Genannt wird etwa die Behebung dysfunktionaler Kommunikations- und Interaktionsmuster¹³⁷. Folgt man diesem Interventionsverständnis und *schließt im Gegenzuge mit Bernhardt/Winograd alle darüber hinausreichenden therapeutischen Ambitionen als vom Mandat einer Mediation ausgeschlossen aus*, dann kann bei der vorliegenden *Untersuchung somit allein auf* solche (therapeutische) Interventionen abgestellt werden, *die einer regelkonformen Mediation zugeschrieben werden könnten und damit ausschließlich verhandlungsbezogene Ambitionen betreffen*.

2.4.2. Der Mediator und „bewusstes Schweigen“ als Intervention

Bezogen auf das zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer stattfindende Konfliktgespräch, welches dieser (nun) in einem Mediationsverfahren (fort-)führen möchte, stellt bereits der hinzugezogene Mediator selbst, als Dritter im Konfliktgespräch, eine Intervention dar. Dies gilt erst recht bezogen auf seine gesamte kommunikative Arbeit mit dem Konfliktsystem, welche sich als Abfolge von Interventionen darstellt. Dabei setzt sich (s)eine Intervention aus der Intention des Mediators selbst und seinem daraus folgenden Verhalten zusammen – gleich, ob es bewusst oder nur unbewusst zu Wirkungen beim Konfliktsystem führt. Geht man mit Watzlawick¹³⁸ dabei davon aus, dass der Mensch „nicht nicht kommunizieren kann“, dann wird auch in Bezug auf den Mediator dieser „nicht nicht intervenieren“ können, sobald er kommuniziert. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass selbst Schweigen Mitteilungscharakter¹³⁹ hat, und im Rahmen mediativer Techniken gerade auch das „bewusste Schweigen“ als Gesprächstechnik verwendet wird.¹⁴⁰

Allerdings sprechen weder die „Intervention Mediator“ noch die Intervention des „Schweigens“ für sich genommen gegen ein Mediationsverfahren als Konfliktgespräch im Rahmen von § 106 GewO.

Das „bewusste Schweigen“, mag es auch als eine „Gesprächstechnik der Mediation“¹⁴¹ oder „Nichtverbale Taktik“¹⁴² bezeichnet werden, weist keine Ausschließlichkeit auf, nur in Mediationsverfahren angewendet zu werden. Es ist vielmehr Teil

¹³⁶ Bernhardt/Winograd in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, S. 893 Rn 71 unter Verweis auf Kressel, *The process of divorce* (1985) S. 268.

¹³⁷ Bernhardt/Winograd in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, S. 895, Rn 80.

¹³⁸ Zitiert nach Rabe/Wode, *Mediation, Grundlagen, Methoden* S. 173, 79 unter Verweis auch auf Watzlawick in: Watzlawick/Beavin/Jackson (1974), S. 51.

¹³⁹ Zitiert nach Rabe/Wode, *Mediation, Grundlagen, Methoden* S. 173, 79 unter Verweis auch auf Watzlawick in: Watzlawick/Beavin/Jackson (1974), S. 51.

¹⁴⁰ Rabe/Wode, *Mediation, Grundlagen, Methoden*, S. 173.

¹⁴¹ Rabe/Wode, *Mediation, Grundlagen, Methoden*, S. 173.

¹⁴² Bierbrauer in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation, S. 449, Rn 46.

der üblichen Kommunikation, gleich ob im privaten Leben oder in der Öffentlichkeit. Damit ist es auch im Rahmen eines Konfliktgesprächs durchweg erwartbar, durch den Arbeitgeber angewendet zu werden und somit als von § 106 GewO gedeckt anzusehen.

Auch allein der Umstand, dass im Falle einer Mediation der Arbeitgeber sich eines Dritten in Form des Mediators (auch als Intervention) bedient, ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung von Anordnung und Freiwilligkeit nur als nebensächlich zu betrachten.

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich im Arbeitsrecht auch externe Dritte zu Personalgesprächen hinzuziehen. Da nach § 1 Abs. II MediatG der Mediator unabhängig (allparteilich) nur durch das Verfahren führt, und dabei zu beiden Seiten eine angemessene und faire Einbindung in die Mediation sichern soll, sowie gemäß § 2 Abs. III MediatG allen Parteien gleichermaßen verpflichtet ist, handelt es sich mit dessen Hinzuziehung insoweit gerade nicht¹⁴³ um eine „Interessenvertretung“ im (arbeits)rechtlichen Sinne – weder auf Seiten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers. *Damit spricht auch § 613 BGB und der darin manifestierte Gesichtspunkt der Höchstpersönlichkeit* im Arbeitsverhältnis nicht gegen eine Hinzuziehung. Da sich der Arbeitnehmer bei der Erbringung der Arbeitsleistung grundsätzlich nicht vertreten lassen darf, würde eine rechtsgeschäftliche Vertretung durch den Mediator auf Arbeitgeberseite ansonsten die Frage aufwerfen, ob der Arbeitnehmer unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Fairness bzw. „Waffengleichheit“¹⁴⁴ solche Gespräche ablehnen kann.

Allerdings stellen sich selbst unter Verwendung des eingeschränkten Interventionsbegriffes *nicht alle von ihm erfassten prozesstherapeutischen Interventionen, die in einer Mediation für sich genommen zulässig sind*, als auch vom Arbeitsrecht insoweit gedeckt dar, dass sich der Arbeitnehmer ihnen aussetzen muss (Nebenpflicht) und sich spiegelbildlich damit das Anweisungsrecht im Sinne des § 106GewO hierauf stützen kann, den Arbeitnehmer auch zu zwingen, dies in der Mediation hinzunehmen und aktiv zu unterstützen.

2.4.3. Intervention durch besondere Kommunikationsprinzipien der Mediation

Allein, dass Mediation sich bestimmter Erkenntnisse aus der Kommunikationsforschung bedient, ist dabei allerdings ebenso unschädlich wie der Umstand, dass auch

¹⁴³ Siehe für den Fall eines Verstoßes gegen das MediatG, etwa wg. Parteilichkeit, oben, S. 36f.

¹⁴⁴ Zu dem Aspekt der „Waffengleichheit“ im Zusammenhang mit Personalgesprächen unter Beteiligung externer Dritter siehe die vereinzelte Rspr. des LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, Rn 28 und 30, zit. nach iuris.

Kenntnisse aus der Psychologie einbezogen und beides angewandt wird. Wenn etwa mediative Gesprächsführung den Beteiligten aufzeigt, was sich mit Wahrnehmung beschreiben lässt und alle Sichtweisen zum Bezugspunkt für die intendierte Konsensbildung macht¹⁴⁵, dann ist hierin „keine Taktik“ der Mediation zu sehen. Die mediative Gesprächsführung ist nicht darauf gerichtet, der jeweils „wacheren Konfliktpartei“ einen Vorteil auf Kosten der anderen Partei zu verschaffen, sondern wendet sich an alle Konfliktparteien in demselben Maße und ist darauf ausgerichtet, beide in ihrer jeweiligen Kommunikation, ihrem Denken und Fühlen aufeinander – und auf das gemeinsam intendierte Ziel des Konfliktverstehens und Konfliktbeilegens – auszurichten. Es geht dort vor allem um ein Bereitstellen und „an die Hand geben“ von Kommunikationstechniken seitens des Mediators an die Parteien, um damit einen intersubjektiven Vorgang und letztlich Kreislauf zustande zu bringen¹⁴⁶.

Der Mediator wird dabei häufig, wenn es angezeigt ist, vorab erklären, warum er bestimmte Techniken anwendet, wenn sie sich vom üblichen Kommunikationsmuster abheben. So etwa, wenn die Diskussionsmethode des „Fishbowl“ angewandt werden soll, um z.B. zwischen Abteilungen ggf. bestehende Konfliktmuster deutlich zu machen¹⁴⁷ oder den Stuhlwechsel zur Einleitung/Vertiefung eines Perspektivenwechsels.

Auch allein die Tatsache, dass hierin eine andere Art der Sitzanordnung gewählt wird, mag noch nicht dazu führen, dass sich der Arbeitnehmer einer solchen verwehren kann. Die „neue Sitzordnung“ oder deren Anwendung mag für ihn „ungewöhnlich“ sein. Sich mit neuen Situationen „auseinanderzusetzen“ gehört aber durchaus zum Arbeitsalltag und stellt auch im Zusammenhang mit und in dem Mediationsverfahren keine (auch nicht intendierte) Schikane oder Demütigung oder Maßregel im Sinne des § 612a BGB dar, sodass auch eine solche Art der Kommunikation durch den Arbeitnehmer im Personalgespräch wie in der Mediation hinzunehmen ist.

Diese Art der mediativen Gesprächsführung ist zentrales Handlungswerkzeug vor allem des Mediators, der gerade nicht rechtlicher oder Interessen-Vertreter einer Partei, sondern unabhängig und allparteilich ist. Der Mediator unternimmt gerade mit dieser mediativen Gesprächs-„Führung“ und den darin enthaltenen Elementen aus Psychologie, Kommunikationswissenschaft und Didaktik den Versuch der Hebung der jeweiligen Ansichten auf den Sachverhalt, der Positionen zum Konflikt, der Beweggründe, Interessen und Bedürfnisse etc. der Parteien. Die mediative Gesprächsführung schränkt das argumentative Handlungsfeld der einen Partei nicht zu

¹⁴⁵ So explizit Trenczek in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 178, Rn 15.

¹⁴⁶ Duss von-Werdt, Einführung S. 66, auch S. 27.

¹⁴⁷ Beispiel bei Wegner-Kirchhoff, Konfliktmanagement im Unternehmen, ZKM 2013, 94 (96); zur Struktur Rabe/Wode, Mediation, S. 156.

Lasten der anderen Partei in Konstellationen ein, sondern erweitert es für die (beiden) Parteien in maximaler Weise, als es auch Elemente aufnimmt und auf Aspekte führt, die im üblichen Konfliktgespräch nicht (mehr ausreichend) berücksichtigt werden. Mit dieser Sichtfelderöffnung sind für den Arbeitnehmer nicht Nachteile, sondern vielmehr Chancen verbunden. Gerade im Rahmen der Besetzung und Ausübung von Personalfunktionen, dies zeigt bereits ein kurzer Blick in die frei verfügbaren Stellenausschreiben, etwa auf stepstone.de, LinkedIn.de etc., werden auf ebensolche Kenntnisse, Kommunikationskenntnisse, Wert gelegt. In den entsprechenden Lehrbüchern zum Personalmanagement sind entsprechend daraufhin ausgerichtete Gesprächsleitfäden und Fachkapitel zu finden¹⁴⁸, und wenden sich ganze Forschungsfelder, wie etwa die Arbeitspsychologie durchaus auch an Personalmanager¹⁴⁹. Häufig sind diese Personalfachleute quellberuflich sogar studierte Psychologen oder auch Betriebswirte, mit Schwerpunkten in Kommunikation, Personalentwicklung etc.

Da Arbeitnehmer damit auch im Alltag auf Repräsentanten des Arbeitgebers in den Personalabteilungen treffen, also jene, die üblicherweise Konfliktgespräche (mit) führen, ist insoweit, als es um Kenntnis und Verwendung bzw. Anwendung psychologischer und kommunikationswissenschaftlicher Aspekte der Gesprächsteilnehmer geht, der Arbeitnehmer in einem Mediationsverfahren keinen erheblich weitergehenden „Herausforderungen“ ausgesetzt oder in einer nachteiligeren Ausgangslage, als in einem dialogisierenden Konfliktgespräch mit der Personalabteilung erwartet werden kann.

Soweit sie mediationsgerecht eingesetzt und motiviert ist, spricht weder die Technik noch die damit verfolgte Intention und Wirkung der mediativen Gesprächsführung gegen eine Anwendung in Konfliktgesprächen, an denen sich der Arbeitnehmer beteiligen muss; und also auch für sich genommen nicht gegen eine Teilnahmeverpflichtung hieran im Mediationsverfahren. Allein der Unterschied, dass der externe Mediator dem Arbeitgeber über einen Dienstvertrag und nicht über einen Arbeitsvertrag wie die Personalverantwortlichen verbunden ist, macht so gesehen keinen (arbeitsrechtlichen) Unterschied.

Auch dass die Arbeitgeberseite als sog. „repeated player“¹⁵⁰ faktisch erheblich

¹⁴⁸ Siehe nur Bröckermann, *Personalwirtschaft*, S. 244ff. „Personalführung und Kommunikation“, S. 173 ff. „Durchführung von Personalbeurteilungen“; DGFP, *Personalmanagement nachhaltig gestalten*, S. 57ff. „Das Engagementprinzip“.

¹⁴⁹ Siehe nur Ulrich, *Lehrbuch Arbeitspsychologie*, das sich mit seinen rund 820 Seiten ausweislich des Klappentextes gerade nicht an Psychologen, sondern Studierende der Fachrichtungen Arbeits- und Wirtschaftswissenschaften wendet, mithin dem Bereich, dem die meisten Personalfachleute / HR-Manager entstammen.

¹⁵⁰ Dieser Begriff geht auf Galater zurück, Galanter, Marc (1974), *Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law and Society Rev.* 95, (97).

bevorzugt sein kann¹⁵¹, spricht nicht dagegen. Dieser Umstand, dass Dritte über einen Erfahrungsvorsprung verfügen, entspricht dem modernen beruflichen Alltag, in dem sich aufgrund zunehmender Spezialisierung gerade explizites Wissen und Anwendungserfahrung nicht gleichmäßig verteilen, sondern nur punktuell bei jeweils wenigen angesiedelt sind. Gerade die Mitarbeiter der Personalabteilungen werden in Bezug auf das Führen von konfliktbelasteten dialogisierenden Personalgesprächen hierbei die größte Erfahrung besitzen und dabei emotional am wenigsten belastet sein, solche zu führen. Gerade auch wegen dieses Gesichtspunktes „repeated player“ werden sie immer wieder mit weiteren Konfliktgesprächen betraut, um diesen faktischen Vorsprung (bestenfalls im allseitigen Interesse) zu nutzen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht sprechen auch hiergegen keine Bedenken und damit im Ergebnis auch nicht gegen eine Anordnung eines Mediationsverfahrens durch den Arbeitgeber, in dem der Arbeitnehmer somit auf Seiten der anderen Konfliktpartei auf einen „repeated player“ stößt.

2.4.4. Vertiefendes Konfliktverständnis als Intervention

Bedenken begegnen jedoch mindestens bestimmte Interventionen, die darauf gerichtet sind, den Arbeitnehmer zu einer vertieften Einsicht über den Konflikt (Konfliktverständnis) zu führen oder sein Seelenleben bzw. seine Gefühlswelt zu offenbaren. Interventionen also, die nicht das Verfahren oder den Verfahrensgang in einem formalen Verständnis selbst betreffen, sondern das Problem(lösungs)verhalten der Konfliktparteien als Individuen zum Gegenstand haben oder sich mit deren Innenleben auseinandersetzen. Etwa mit der Intention, systemisch nach außen zu kehren und so der (jeweils auch anderen) Partei sichtbar, erlebbar, begreifbar zu machen und letztlich – und vor allem – Aspekte, Umstände, Gefühlsebenen zu eröffnen, welche die mit der Intervention „konfrontierte“ andere Partei (hier der Arbeitnehmer) unter Umständen (hier im Arbeitsverhältnis und erst recht der Mediation) gar nicht offenbaren wollte; ja sich vielleicht des Herausgekehrten, Gehobenen nicht einmal selbst gewahr gewesen ist.

Der Arbeitnehmer *schuldet gerade nicht* als eine arbeitsvertraglich festgelegte *Hauptleistungspflicht* oder *Nebenleistungspflicht*, den Arbeitgeber bei bestehenden Konfliktlagen zu unterstützen, erst recht nicht, diese einer bestmöglichen Lösung zuzuführen. Wäre dem so, dann erschiene es folgerichtig und auch rechtlich vertretbar, von ihm ein *vertieftes Konfliktverständnis* in der Mediation abzufordern – in dieses Konfliktverständnis also mit einzutauchen, einschließlich der Herausarbeitung

¹⁵¹ Eingehend hierzu Wendenburg, Machtungleichgewichte, KritV 2015, 33(44ff); Schumacher, außergerichtliche Streitbeilegung, ZKM 2001, 19 (20).

der Tiefenstruktur¹⁵² des Konfliktes selbst. Vertieft in dem Sinne, als es nicht nur dahingehend erforderlich und damit einforderbar wäre, zu einer sachgerechten und dauerhaften Konfliktlösung *des konkreten Konfliktes* beizutragen, einer Zielsetzung, der sich auch Mediation westlicher Prägung verschreibt¹⁵³, sondern auch darüber hinausgehend zu Erkenntnissen führen mag, *die zukünftige denkbare andere Konfliktpotentiale im Arbeitsverhältnis betreffen*. Dies etwa im Sinne des dargelegten Mediationsansatzes des „transformative approach“¹⁵⁴.

Auch wenn also eine solche weitgehende Pflicht gerade nicht besteht, kann sich der Arbeitnehmer einem solchen Ansinnen der Mediation auf Hinführung zu einem *vertieften Konfliktverständnis* in Bezug auf den *konkreten Konflikt* in der angedachten Mediation *nicht grundsätzlich entziehen*. Denn die bestehende aktive Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers *zielt* zumindest auf *Konfliktlösung* und beinhaltet damit auch eine gewisse Auseinandersetzung mit den Ursachen und denkbaren Folgen. Denn häufig wird nur durch ein solches vertieftes Konfliktverständnis ein Konflikt auch dauerhaft und damit tatsächlich, da nicht später erneut – unter nur anderem Gewand – auftretend, gelöst werden können.

Zu klären ist hierbei jedoch nachfolgend, *wie weitgehend und tief* der Arbeitnehmer sich in ein solches *konkretes Konfliktverstehen* mit einbringen muss.

2.5. Weisungsrecht beschränkende Wirkung des billigen Ermessen und der Grundrechtseinwirkung

Das Weisungsrecht findet als einseitiges Leistungsbestimmungsrecht *selbst innerhalb des fachlichen, bereits eingeschränkten Anwendungsbereiches* in den Grenzen des § 106 GewO eine weitere Beschränkung in Bezug auf seine dort *inhaltliche Reichweite*. So unter anderem durch das gesetzlich verpflichtende Gebot der Einhaltung des billigen Ermessens gem. § 315 BGB, was über diese Norm damit auch die Achtung grundrechtlich geschützter Interessen einschließt.¹⁵⁵ Insoweit wird die Zweifelsregel des § 315 I BGB durch § 106 S. 1 GewO verdrängt.¹⁵⁶

Es könnte also selbst diese arbeitsrechtliche Verpflichtung, das auch in der Me-

¹⁵² Siehe zum Begriff und der Relevanz für das Mediationsverfahren auch Montada/Kals, Mediation, S. 210, 193, 53ff.

¹⁵³ Trenczek in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 53/45, Rn 38 „... (Ziel) ... verbindliche, in die Zukunft weisende Vereinbarung (zu treffen).“

¹⁵⁴ Siehe hierzu u.a. Bush/Folger, KD 2015, S. 274ff.

¹⁵⁵ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08 –, Rn 17, zit. nach iuris; ErfK/Preis, ArbR, § 106 GewO, Rn 6.

¹⁵⁶ BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452 (1460), Rn 71.

diation angelegte vertiefte *konkrete* Konfliktverständnis¹⁵⁷ dort aktiv zu fördern, inhaltlich begrenzt sein.

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, zu jedwedem Gespräch dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stehen, besteht nach Auffassung des BAG nach § 106 Satz 1, 2 GewO, wie bereits oben erwähnt, gerade nicht.¹⁵⁸ In Anwendung des Erstrecht-Schlusses („argumentum a maiore ad minus“) muss dieses Recht in Bezug auf Verweigerung eines Gespräches als Ganzem erst recht auch für Gesprächsanteile oder Gesprächsinhalte hieraus gelten; etwa zumindest nicht antworten oder sich bestimmten Fragen nicht stellen zu müssen.

Eine Anweisung, bestimmten Gesprächen beizuwohnen, oder an ihnen inhaltlich über das verpflichtende Maß hinaus aktiv mitzuwirken, welche nicht mehr die Grenzen billigen Ermessens einhalten, wäre dabei für den Arbeitnehmer nicht – auch nicht vorläufig – bindend.¹⁵⁹ Dies mit der Folge, dass bei einer entsprechenden Weigerung seitens des Arbeitgebers an die Nichtbefolgung einer solchen unbilligen Weisung keine *arbeitsrechtlichen* Konsequenzen geknüpft werden dürfen¹⁶⁰. Insoweit wurden jüngst durch die Rechtsprechung die Rechte der Arbeitnehmer entscheidend gestärkt mit zudem gerade auch faktischer Auswirkung. Denn nunmehr ist der Arbeitnehmer nicht mehr darauf zurückgeworfen, zunächst eine Anweisung hinzunehmen und befolgen zu müssen und deren Rechtswidrigkeit und damit Unbeachtlichkeit in einem sich anschließenden Gerichtsverfahren rechtlich prüfen zu lassen. Vielmehr kann er, ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen (z.B. Abmahnung, je nach Schwere auch denkbar: Kündigung) einer rechtswidrigen Anweisung eine Absage erteilen und sich weigern, dieser (zunächst) nachzukommen.¹⁶¹

Infolge dessen ist der Arbeitgeber auch daran gehindert, rein faktische Benachteiligungen durchzuführen, wenn sich der Arbeitnehmer zulässigerweise weigert; Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Auch von daher ist von Belang, wie weit das Weisungsrecht reicht.

Seine Grenze findet die *Befugnis zur Anordnung* „von“ und „in“ Personalgesprächen (und damit auch arbeitgeberseitig angeordneten Mediationsverfahren) dabei jedenfalls dort, wo ein solches von § 106 S. 2 GewO umfasstes Ziel (Ordnung, Verhalten) nicht Gegenstand des Gespräches selbst sein soll oder kann. So etwa, wenn

¹⁵⁷ Siehe hierzu unter d. Stichwort Konfliktanalyse auch Montada/Kals, Mediation, S. 192–216.

¹⁵⁸ BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08, Rn 24, zit. nach iuris.

¹⁵⁹ Die gegenteilige Auffassung hat der 5. Senat des BAG auf Anfrage des 10. Senats aufgegeben: Vgl. BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1185; BAG 14.9.2017 – 5 AS 7/17, NZA 2017, 1452.

¹⁶⁰ BAG 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452, LS, OS. 4.

¹⁶¹ Siehe hierzu nachfolgend zudem S. 71.

es mit dem einzigen Ziel einer vom Arbeitnehmer bereits abgelehnten Vertragsänderung angesetzt wird¹⁶². Oder es allein der Verfolgung sachfremder Erwägungen und Motivlagen¹⁶³ entspringt, welche durchaus denkbar sind, etwa Durchführung einer Mediation „nur pro forma“ zur Ebnung einer Kündigung im Nachgang. Solche Intentionen/Ziele können jedoch ohne das Vorliegen entsprechender gewichtiger Indizien grundsätzlich nicht unterstellt werden.

Als eine solche arbeitsrechtliche Grenze könnte sich die Anordnung darstellen, an einem *vertiefenden Konfliktverständnis* als Intervention aktiv mitzuwirken, soweit damit z.B. das *Einbringen des Seelenlebens und der Gefühlswelt* auf Seiten des Arbeitnehmers gefordert wird. Auch ist fraglich, ob der Arbeitnehmer im Hinblick auf die persönliche Meinungsfreiheit „zu allem und jedem“ Stellung *beziehen muss*.

2.5.1. Negative Meinungsfreiheit keine Interventionsbegrenzung

Zwar erlangen die Grundrechte über § 315 BGB auch im Rahmen des § 106 GewO Geltung mit der Folge, dass sich der Arbeitnehmer auf seine Meinungsfreiheit gemäß Artikel 5 Abs. 1 Grundgesetz berufen kann. Dieses Grundrecht beinhaltet nach den Feststellungen des LAG Hessen im Bereich des Arbeitsrechts doch auch die Freiheit, als Arbeitnehmer eine Meinung nicht zu äußern (negative Meinungsfreiheit), schließt aber umgekehrt eine Verpflichtung zur Meinungskundgabe insoweit nicht aus, „... wenn, wie hier, *nur durch diese Pflicht (gerichtet auf die Erlangung eines tieferen Konfliktverständnisses zur wirksamen Beilegung des Konfliktes) eine dauerhafte erfolgreiche Zusammenarbeit durch das frühzeitige Aufklären und Abstellen von Missverständnissen und Meinungsverschiedenheiten möglich ist*“.¹⁶⁴

Diese Verpflichtung zur Gewinnung eines vertieften Konfliktverständnisses, soweit es für die sachgerechte und dauerhafte Lösung *dieses Konfliktes objektiv angezeigt erscheint* auch durch eigene Antworten bzw. Meinungen zu unterstützen, deckt sich zudem mit der oben bereits dargelegten Nebenpflicht nach der Rechtsauffassung des LAG Hamm¹⁶⁵, dass der Arbeitgeber erwarten könne, „... dass sich der Arbeitnehmer einem Personalgespräch persönlich stellt und *aktiv mitwirkt*.“ Die negative Meinungsfreiheit begrenzt daher in diesem Zusammenhang nicht die aktive Mitwirkungspflicht an sich – nicht im Personalgespräch und also auch nicht in der Mediation.

¹⁶² BAG 23.6.2009 – 2 AZR 606/08 –, Rn 17ff; zit. nach iuris; Dendorfer/Krebs, Arbeitsrecht und Mediation, Konfliktodynamik 2013, 212(213).

¹⁶³ Siehe dazu bereits oben, S. 29ff.

¹⁶⁴ LAG Hessen 6.02.2012 – 16 Sa 1134/11, Rn 25 (Jahresgespräche betreffend), zit. nach iuris.

¹⁶⁵ LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, Rn 28, zit. nach iuris.

2.5.2. Seelenleben und Gefühlswelt der Mitwirkungspflicht und Interventionen entzogen

Fraglich bleibt jedoch, wie *weitgehend* der Arbeitnehmer konfliktterhellend aus arbeitsrechtlicher Sicht inhaltlich mitwirken muss, und damit auch in einem angeordneten Mediationsverfahren selbst.

2.5.2.1. Abgrenzung aktive Mitwirkungspflicht und Pflicht zur Informationsbeibringung

Es ist nämlich nach diesseitiger Auffassung zwischen der *Verhaltensseite*, bezogen auf aktive Mitwirkung als Verhaltensform, des Sprechens, Zuhörens, Überlegens und Nachvollziehens und der *inhaltlichen Seite*, dessen, was z.B. an Informationen geschuldet ist bei einer Mitwirkungshandlung, zu unterscheiden. Andernfalls ergäbe sich allein aus einer nicht näher ausskalierten Pflicht zur Mitwirkung „an sich“ zugleich betreffend die Frage des „inwieweit“ ein „vollumfänglich“. Dies führte im Ergebnis von einer uferlosen Preisgabe- und Beibringungspflicht im Umkehrschluss wiederum dazu, die Mitwirkungspflicht an sich schon als uneingeschränkt anzusehen; was gerade, wie weiter oben dargelegt, nicht anzunehmen ist.

2.5.2.2. Umfang der geschuldeten Gesprächsbeteiligung als Aspekt der aktiven Mitwirkungspflicht

Fraglich ist in diesem Zusammenhang¹⁶⁶, was unter den im Arbeitsrecht (qua Gesetz, Rechtsprechung, im arbeitsrechtswissenschaftlichen Diskurs) bislang selbst nicht bestimmten Aspekt der aktiven Mitwirkung, „aktiven Zuhörens“, „passiven Zuhörens“, des „Dialoges“ zu verstehen ist. Dies da und soweit damit Verfahren und Inhalte von Mediation(swissenschaft) Eingang in die Fragestellung der vorliegenden Untersuchung halten, „ob“ das Verfahren Mediation angeordnet werden kann (das „Ob“), und inwieweit dessen inhaltliche Ausgestaltung (das „Wie“) ebenfalls vom Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst ist.

Nach diesseitiger (arbeitsrechtlicher) Auffassung bildet der Begriff der geschuldeten „aktiven Mitwirkung“¹⁶⁷ bei Konfliktgesprächen („lediglich“) den Oberbegriff für Gesprächsart, Gesprächsinhalt, Gesprächsführung, Intention des Gespräches und Funktion/Rollenverständnis der Gesprächsteilnehmer in einem (angeordneten) Personal(Konflikt)-Gespräch. Damit ist die (zudem intendierte) Folge verbunden, dass an diesem Oberbegriff der geschuldeten „aktiven Mitwirkung“ sich

¹⁶⁶ Siehe bereits oben unter 2.3.3.

¹⁶⁷ Siehe statt vieler nur LAG Hamm 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, Rn 28, zit. nach iuris.

interpretationsseitig für den arbeitsrechts-wissenschaftlichen Teil alles auszurichten hat.

Zwanglos können daher auch die Begriffe wie aktives/passives Zuhören, Dialog unter diesen Oberbegriff geordnet werden und daher an dieser Stelle auch einer Definition, besser Konkretisierung im Kontext des Oberbegriffes, unterzogen werden. Auch die Fragestellung, ob Fragen in einem Dialog gestellt werden müssen, um als aktiv Mitwirkender zu gelten, welche Reichweite sie, die Fragen, haben müssen, und ob, siehe auch bereits oben 1., 2.3.3., 2.4., auch Fragen gestellt werden müssen, die das Gespräch auf eine neue Ebene heben, gehören unter diesem Oberbegriff geschuldetes „aktives Mitwirken“ verortet und hier thematisiert.

2.5.2.2.1. Aspekte des Dialogs

Dialog meint nach (m)einem wissenschafts(richtungs)freien Grund-Verständnis in der Laiensphäre, im Alltäglichen sicher mehr als ein Gespräch, dass allein einem einseitigen Mitteilen und akustischem Zuhören, umfangreicher, wenigstens aus Frage und deren Antwort besteht. Es geht im Dialog vielmehr nicht allein um die Aufgabe, gleich eines Ballwurfes, diesen zu fangen und abzulegen. Nicht erschöpft sich der Dialog darin, dass eine Frage gestellt (der Ball geworfen) und in Ansehung ihres Inhaltes/ihrer vordergründigsten Intention beantwortet wird (den zugeworfenen Ball fangen ...). Es geht zumindest auch um eine Verständnissicherung (... ist der Ball für mich zum Fangen (und Ablegen) bestimmt ...). Wohl mehr noch beinhaltet Dialog eine Interaktion, die nicht nach der ersten actio und mit Bezug auf diese erfolgten erstbesten, nachvollziehbaren reactio endet (gleich dem nicht nur Zusehen des Ballwurfes, sondern Fangens des Balles...). Sofern ein Gespräch aus mehr als einer Information, einem Satz besteht, bestehen soll, ist unabdingbar, dass der Ball nicht einfach behalten oder weggeworfen wird, sondern zumindest abgelegt wird, um eine Fortführung des Spieles (also übertragen des Dialoges) zu ermöglichen...

Wer miteinander in Dialog tritt bzw. sich dialogisierend verhält, der verhält sich mit Bezug aufeinander, mit Bezug auf Gesprächsinhalt und Gesprächspartner in einer über das reine Frage- und Antwortgeschehen (den Ballwurf und sein Auf-fangen) hinaus. Die Gesprächsteilnehmer (re-)agieren mit Bezug aufeinander und zueinander. Dialog ist meiner Auffassung nach im übertragenen Sinne *Ball-Spiel*, das aus Werfen, Fangen, Zurückwerfen besteht. Ob damit das Spiel beendet ist oder weiter geht, der Ball erneut, ggf. anders und schneller, höher geworfen (und damit korrespondierend nun abweichend zu fangen ist), entscheidet nicht mehr über das Vorhanden(gewesen)sein eines Dialoges = Ballspieles, sondern dessen Länge und Tiefgründigkeit.

Je länger, variantenreicher sinnbildlich das Ballspiel und damit der Dialog andauert, um so mehr Neues kann entstehen, umso mehr spielt und also übertragen

spricht man „*miteinander*“. Im Gegensatz zur Diskussion, bei der der jeweils eigene Standpunkt zentral ist (und letztlich der Gegenüber von dessen (alleiniger) Richtigkeit überzeugt werden soll und dies dem Gegenüber vermittelt wird), steht beim Dialog das gemeinschaftliche Teilhaben am Gedankenfluss des anderen (oder aller) im Mittelpunkt¹⁶⁸.

Der Dialog beginnt, wo die Diskussion endet¹⁶⁹, er ist auf Verstehen und Nachvollziehen, dem Suchen nach gemeinsamem Verständnis um etwas gerichtet. Damit ist ihm wesentlich, sich als ein Gesprächsteilnehmer nicht auf ein Zuhören zu beschränken, auf ein lediglich akustisches Verstehen. Vielmehr soll ein im besten Falle kohärenter Gedankenfluss durch den Dialog ermöglicht werden, sich mit den Argumenten des Gegenübers auseinanderzusetzen, sich auf diese und letztlich ihn, meinem Gegenüber, einzulassen. In dem (un-)bewussten Abbau von Gedankenhemmnissen, etwa dem Akzeptieren des Gesagten, nicht notwendig zustimmend, aber so doch als wertschätzend informative Zurkenntnisnahme kann durch Dialog ein Flow entstehen, den anderen Menschen zu verstehen, selbst wenn man nicht (s)einer Meinung ist, ggf. sogar eine diametral entgegengesetzte Auffassung vom Geschehen oder dessen Wertung (nach wie vor) vertritt.

Der Dialog kann sich damit nicht grundsätzlich schon in einem passiven Zuhören erschöpfen. Auch wenn „Verstehen“ und „Verstehen wollen“ nicht denknotwendig immer auch einen aktiven Part auf beiden Seiten verlangt, man kann durchaus ohne Fragen zu stellen allein durch das Gehörte verstehen und nachvollziehen: so reicht nach dem eben Gesagten ein ausschließlich rein akustisches Zuhören für einen Dialog nicht aus. Fraglich ist, ob ein passives Zuhören gleichbedeutend mit einem rein akustischen Zuhören ist oder darüber hinausgeht; und dieses (ebenfalls nicht) ausreichend wäre, die arbeitsrechtlichen Anforderungen an eine aktive Mitwirkungspflicht zu erfüllen.

2.5.2.2.2. *Aspekte des passiven Zuhörens*

Beim sog. passiven Zuhören nimmt der Empfänger zwar die Impulse des Senders auf, der Sender erhält aber keine Rückmeldung darüber, ob und wie ihm zugehört wird¹⁷⁰. Passives Zuhören erschöpft sich zugleich im Hören und der Empfänger verzichtet auf jedwedes Fragen, sei es vergewissernde, klärende, oder erst recht vertiefende (Gegen-)Fragen.

Da (gerade auch bei Personen mit sehr unbeweglicher Mimik) der Arbeitgeber (oder eine sonstige Konfliktpartei, Mediator) im Ungewissen darüber bleibt,

¹⁶⁸ Bohm, der Dialog, S. 26, 126.

¹⁶⁹ Bohm, der Dialog, S. 26, 126.

¹⁷⁰ Patrzek, Fragekompetenz für Führungskräfte, S. 261.

ob der Arbeitnehmer seine Botschaften tatsächlich überhaupt nur (akustisch) aufgenommen hat¹⁷¹, von einem geistigen Verstehen noch ganz abgesehen, ist schon aus rein arbeitsrechtlicher Sicht ein rein passives Zuhören nicht ausreichend anzusehen, als eine aktive Mitwirkung in einem Konfliktgespräch gelten zu können. Wer (un-)bewusst den Arbeitgeber in einem Gespräch bereits im Ungewissen lässt, ob das Gesagte auch nur wenigstens akustisch oder auch darüber hinaus geistig angekommen ist, verletzt seine arbeitsrechtliche Pflicht der aktiven Mitwirkung im oben definierten Sinne.

Passives Zuhören ist nach Patrzek¹⁷² in Situationen mit Einweg-Kommunikation angebracht, z.B. bei Vorträgen, Referaten. Der Arbeitnehmer schuldet jedoch arbeitsrechtlich nicht allein ein Zuhören, sondern ein aktives Mitwirken. Nach Wenzel¹⁷³ ist passives Zuhören mit Schweigen gleichzusetzen und reicht dies gerade nicht aus, die eigentlichen Konfliktursachen „herauszufinden und zu beseitigen“. Vielmehr erfordert aktives Mitwirken Wechselwirkungen zwischen den Parteien und den „Beweis“, so Wenzel weiter, dass jemand nicht nur genau (schweigend) zuhöre, sondern auch genau verstanden habe ...¹⁷⁴

Damit kann allein dieses passive Zuhören nicht ausreichen und schuldet der Arbeitnehmer im Konfliktgespräch/der Mediation ein Mehr. Mindestens muss er auf Fragen rückmelden, diese vernommen zu haben, die arbeitgeberseitigen Argumente gehört und geistig verstanden zu haben. Seine Mitwirkungspflicht wird dabei so weit zu gehen haben, dass er sich dahingehend und fortwährend selbst (auch für sich) überprüft, das Gehörte vollständig gehört und geistig verstanden zu haben. Ist er sich hierüber im Zweifel hat er aktiv nachzufragen. Nur so kann er gewährleisten, dass von ihm geschuldete Konfliktgespräch nicht zu einer bloßen Farce wird, als den Informationen und Fragen keine geistige Aufnahme des Gesagten gegenübersteht und so der Arbeitgeber mit seiner Intention, den Konflikt zu bearbeiten, ins Leere läuft. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers in den aufgezeigten Fällen aktiv mitzuwirken geht damit über ein rein passives Zuhören hinaus, wenn und soweit er dem Arbeitgeber keine wie auch immer geartete Rückmeldung gibt, verstanden worden zu sein.

Fraglich bleibt, ob der Arbeitnehmer demgegenüber ein „aktives Zuhören“ schuldet. Denn dialogisch kann ein Gespräch und damit eine Bearbeitung des (mindestens auf Arbeitgeberseite und mindestens vermeintlichen bestehenden) Konfliktes nur stattfinden, wenn beide Seiten einen aktiven Beitrag leisten. Ob dieser aktive Bei-

¹⁷¹ Patrzek, Fragekompetenz für Führungskräfte, S. 262.

¹⁷² Patrzek, Fragekompetenz für Führungskräfte, S. 262.

¹⁷³ Wenzel, Konfliktbearbeitung durch Mediation, S 158 unter Berufung auf Gordon S. 66.

¹⁷⁴ Wenzel, Konfliktbearbeitung durch Mediation S 158 unter Berufung auf Gordon S. 66.

trag, das aktive Mitwirken im arbeitsrechtlichen Sinne dabei ein „aktives Zuhören“ (im auch mediationswissenschaftlichen Sinne) umfassen muss, oder gegebenenfalls dazwischen liegt, ist damit noch nicht geklärt.

2.5.2.2.3. Aspekte des aktiven Zuhörens

Der (mindestens auch in der Mediationswissenschaft gebräuchliche) Begriff des „aktiven Zuhörens“ geht auf den Begründer der sog. Gesprächspsychotherapie, Carl Rogers, zurück und meint von Empathie getragenes einführendes Eingehen auf den Anderen, mit der Intention, diesen als Mensch, in seinem Fühlen, seinen Beweggründen zu verstehen zu suchen einschließlich dessen, was er (damit) zum Ausdruck bringen möchte¹⁷⁵.

Soweit diesem „aktiven Zuhören“ eine vor allem auch nonverbale Konzeption unterlegt wird, so etwa bei Kracht, der formuliert, aktives Zuhören „geschieht weniger durch Worte, sondern auf nonverbaler Ebene, z.B. durch Nicken, Handbewegungen.“¹⁷⁶, so ist dies für sich genommen genau das, was der Arbeitnehmer gerade auch schuldet, das mindestens Bestätigen oder bestätigend wirkende Verstärken des Wahrgenommenen.

Allerdings ist in diesem (mediationswissenschaftlichen) Begriff ein Mehr enthalten gegenüber dem, was in der Laiensphäre als „Zuhören“ verstanden wird. Das „aktive Zuhören“ geht über die bloße Wiedergabe des Wahrgenommenen hinaus. Neben der reinen Sachinformation sollen die Gefühle, Bedürfnisse und Empfindungen des Gesprächspartners herausgearbeitet werden sowie die der These zu Grunde liegenden Beweggründe¹⁷⁷.

Nach dem auf das aktive Zuhören anwendbaren Modell von Watzlawick, hier dessen zweitem Kommunikations-Axiom: „jede Kommunikation besitzt sowohl einen Inhalts- als auch Beziehungsaspekt“¹⁷⁸ wird deutlich, dass im Rahmen des Zuhörens/Verstehens sehr deutlich zwei Verstehens-Ebenen abzugrenzen sind: „Inhalt“ und „Beziehung“.

Soweit der Arbeitnehmer aktiv mitwirken muss aus arbeitsrechtlicher Sicht, kann es dort stets nur um seine Arbeitnehmerstellung und seine Arbeitstätigkeit gehen. Er schuldet jedoch dabei nur „Arbeit gegen Geld“¹⁷⁹ und nicht ein wie auch immer artetes persönliches Beziehungsgeflecht. Wenn und soweit „er funktioniert“, kommt es auf seine „Persönlichkeit“ gar nicht an und wenn und soweit „es funktioniert“,

¹⁷⁵ Siehe hierzu nur Trenczek/Berning, *Mediation*, S. 693 Rn 7.1.13.

¹⁷⁶ Kracht in: *Haft/Schlieden, Handbuch Mediation*, § 12 Rn 92.

¹⁷⁷ Ausführlich hierzu: Schulz von Thun (2008), Band I, S. 57 ff.

¹⁷⁸ Watzlawick in: *Watzlawick et al, Menschliche Kommunikation*, S. 57, 58.

¹⁷⁹ Siehe hierzu *ErfKom ArbR*, 230/611a/ 183 „Arbeit gegen Vergütungsanspruch ...“.

also die Arbeit regelgerecht von ihm erbracht wird, kommt es auf eine persönliche Beziehung zum Arbeitgeber ebenfalls nicht an.

Allein wenn und soweit der Arbeitnehmer ein konflikthafte Verhalten an den Tag legt, könnten „Beziehungsaspekte“ erheblich werden. Auch dann schuldet er als Arbeitnehmer in der Arbeitsbeziehung „Arbeitsverhältnis“ jedoch gerade keinen persönlichen, empathischen Zugang zu den Positionen, Interessen, Beweggründen, Bedürfnissen, Ängsten oder Werten des Arbeitgebers (oder eines sonstigen Konfliktgegners im Arbeitsverhältnis) und zur geschuldeten Arbeitsleistung an sich.

Nach § 613 S. 1 BGB hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zwar in Person zu erbringen, sodass faktisch eine Verbindung zwischen geschuldeter Arbeit und der „Persönlichkeit“ des Arbeitnehmers vorliegt. Seine „Person“ und damit als Teil dessen seine „Persönlichkeit“ müssen dem arbeitsvertraglichen Austauschverhältnis, auf Seiten des Arbeitnehmers gerichtet auf „Arbeitsleistung“, jedoch nur zweckdienlich sein, also dürfen die geschuldete Art und Weise der Arbeitsleistung nicht gefährden. Er schuldet aber damit nicht eine bestimmte „gefällige“ Persönlichkeit, muss nur die Arbeit selbst „in Person“ erbringen können und tatsächlich auch erbringen.

Er ist damit aber gerade nicht auch arbeitsrechtlich verpflichtet, sich empathisch auf seinen Vertragspartner Arbeitgeber als Individuum, zwischenmenschlich, empathisch einzustellen. Dies wird umso deutlicher als die Person des Arbeitgebers gerade im Regelfall auch nicht eine natürliche Person, sondern zumeist eine juristische Person (GmbH, Aktiengesellschaft etc.) sein wird, welche schon von daher nicht empathisch erreicht werden kann – und also auch nicht schuldet. Wenn und weil der Arbeitnehmer schon vertraglich gegenüber seinem „Vertragspartner“ Arbeitgeber keine empathische Haltung, kein persönliches Verstehenmüssen der arbeitgeberseitigen Beweggründe etc. schuldet, schuldet er es, argumentum a fortiori (Erst-Rechtschluss) auch nicht gegenüber sonstigen Konfliktpartnern/Gesprächspartnern im Unternehmen als eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht.

Wenn und weil solcherart verstanden demgegenüber der „aktiv Zuhörende“ ein Hineinhorchen in (s)einen Gegenüber praktiziert, ein über den bloßen benötigten Kenntnisabgleich dessen hinaus, ob man das Gehörte richtig verstanden hat, als einem über den Abgleich des Faktischen hinausgehenden Anteil, ist dieser Anteil des „Aktive Zuhörens“ vom arbeitsrechtlichen Standpunkt her nicht mehr zwingender Bestandteil des Begriffes der aktiven Mitwirkungspflicht eines Arbeitnehmers im Konfliktgespräch in dialogischer Form.

Somit pendelt sich die arbeitsrechtliche Mitwirkungspflicht in einem Dialog ein zwischen einem geschuldeten, wachen akustischen Zuhören im Sinne eines offenen Ohres (im Gegensatz zu einem Ohren zuhalten, aktiven Wegdrehens/Weghörens)

und zugleich geistig wachen, aufnahmebereiten Zuhörens einerseits als passivem Anteil und dem reaktiven Nachfragen zur Verständnissicherung des Gehörten als seiner aktiven Form des Zuhörens.

Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass sich aktive Mitwirkungspflicht nicht in einem akustischen Hinhören erschöpft, sondern ein aktives Rückversichern im Faktischen mit beinhaltet.

Der Arbeitnehmer schuldet damit durchaus ein Konfliktbearbeitungsverhalten, dass der (auch gerade) in der Mediationswissenschaft gebräuchliche Technik des Spiegeln vergleichbar ist:

Denn beim Spiegeln wird darauf Wert gelegt, das Gesagte inhaltlich zu erfassen, „ohne dabei weiter in die Tiefe zu gehen.“ Beim Spiegeln ist somit bezweckt, auf derselben Gesprächsebene zu bleiben und nur das Gesagte zu verstehen, nicht jedoch zu hinterfragen, weshalb das Gesagte gesagt worden ist¹⁸⁰

Er muss sich dabei nicht der Technik des Spiegeln bewusst sein, aber, dass er durch ein solcherart praktiziertes Dialogisieren das Gesagte (besser) greifen/verstehen kann, er diese Art zwischenmenschlicher Kommunikation(stechnik) auch im täglichen Umgang mit Menschen anwendet und also auch insoweit im Arbeitsverhältnis im Rahmen einer üblichen Gesprächsführung schuldet zu nutzen.

Der Arbeitnehmer schuldet aus der Nachricht den objektiven Erklärungsinhalt zu heben und hat er dabei (wohl noch) einen Abgleich mit seinen eigenen Annahmen/Erwartungen über den Sachverhalt in dem Sinne „habe ich mir schon gedacht ...“ – „... genau, das ist die (beidseits) angenommene Sachlage ...“ vorzunehmen. Dies jedoch ohne dabei (noch) hinterfragen zu müssen, ohne das Gehörte, Verstandene in einen breiteren, z.B. gefühlsbetonten Kontext von eigenen/fremden Erwartungen, Bedürfnissen, Ängsten stellen zu müssen, da eine solche arbeitsrechtliche Mitwirkungspflicht den Bogen überspannen würde, was der Arbeitnehmer als „Arbeitsleistung“ oder zur Wiederherstellung eines Arbeitsumfeldes in Form eine Mitwirkungspflicht schuldet. Er dies mithin arbeitsrechtlich ohne Folgen unterlassen oder sich aktiv weigern kann, es in einem (dialogischen) Konfliktgespräch (nach-) zu vollziehen.

Insoweit schließt sich hier zugleich ein Kreis und besteht im Ergebnis hier kein Dilemma als das Arbeitsrecht, wie dargelegt, den Begriff aktiver Mitwirkungspflicht gesprächstechnisch nicht mit dem des „aktiven Zuhören“ gleichsetzt, sondern auf das allgemein im Privat-Zwischenmenschlichen übliche Verständnis bzw. übliches Praktizieren zurückgreift.

¹⁸⁰ Siehe nur Rabe/Wode, Mediation, S. 73.

2.5.2.2.4. Fragepflicht des Arbeitnehmers als Bestandteil aktiver Mitwirkungspflicht?

Die (pro-)aktive oder reaktive Erweiterung der Erkenntnislage über dasjenige hinaus, was durch den Gegenüber (Arbeitgeber, Konfliktpartei) mitgeteilt wird, schuldet der Arbeitnehmer dagegen nicht. Er muss nicht von sich aus Fragen stellen, sich nicht proaktiv mit einbringen, eigene Überlegungen anstellen und „Mitdenken“. Er schuldet das „Zuhören“, das „Verstehen“ des Gesagten und hat dafür (insoweit auch aktiv) Sorge zu tragen, sich ihm aufdrängende Unklarheiten im Sinne akustischer Wahrnehmung sachverhaltlicherseits unklarer Informationen seinem Gegenüber zu artikulieren (Hände fragend erheben, Rückfragen). Aber er schuldet im Arbeitsverhältnis im Rahmen der Mitwirkungspflicht bei Konfliktgesprächen nicht einmal ein über das Verstehen hinausgehendes „Nachvollziehen“, erst recht kein „Billigen oder Verinnerlichen“ oder gar ein „sich auch zu Eigen machen“ und damit Ändern seiner bisherigen (Nicht-)Meinung „zu“ oder „in Bezug auf“ etwas. Jeglichem eigenen Beitrag gerichtet auf ein empathisches Einschwingen auf den anderen Gesprächspartner (Arbeitgeber Konfliktpartei, Mediator ...), dessen Gefühlslage, innere Verfasstheit oder Motivation kann sich der Arbeitnehmer entsagen oder aktiv entziehen, ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen, da er dies gerade „nicht schuldet“.

Ihm obliegt keine proaktive Fragepflicht im Sinne einer aktiven Mitwirkung an Konflikterfassung, Konflikterhellung oder gar Konfliktlösung gerichtet auf zusätzlichen Erkenntnisgewinn über dasjenige hinaus, was der Arbeitgeber (oder in Vertretung seiner eine andere Person, z.B. der konfliktbeteiligte Vorgesetzte) in das (dialogische) Konfliktgespräch aktiv selbst einbringt.

2.5.2.3. Zusammenfassung Reichweite Pflicht aktiver Gesprächsbeteiligung

Seine arbeitsvertragliche Pflicht erschöpft sich für den Arbeitnehmer als (mutmaßlich) Konflikt (Mit-)Beteiligter in einem angeordneten (dialogischen) Konfliktgespräch nach meiner Auffassung zusammenfassend damit in einem:

„rein verständnissichernden, reaktiven Verstehen des betreffend des Faktischen, des außen Mitgeteilten; und damit unter Ausklammerung eines empathischen Einschwingenmüssens auf Konfliktsituation und Gesprächsbeteiligte“.

Auch das LAG Hamm spricht sich gerade nicht für eine „schrakenlose“ aktive Mitwirkung aus. Es trifft vielmehr allein eine Aussage dahingehend, dass ein „sich völliges Verschließen“ im Gespräch eine Vertragsverletzung darstelle, und bekundet

dabei insoweit zumindest klar, der Arbeitnehmer könne „nicht jede“¹⁸¹ Mitwirkung verweigern. Im Umkehrschluss müssen damit aber noch Mitwirkungsfreiräume verbleiben, auf die der Arbeitnehmer „demgegenüber“ gerade mit einer Verweigerung zulässigerweise reagieren darf und im Umkehrschluss für den Arbeitgeber keine Anordnungsbefugnis besteht.

Eine solche Grenze ist jedenfalls mit der Preisgabe oder Exploration des Seelenlebens bzw. Gefühlswelt des Arbeitnehmers, selbst um des hehren Zieles einer Konfliktherhellung und -beilegung willen, überschritten. Dies mit der Folge, dass sie Freiräume darstellen, betreffend derer dem Arbeitgeber *kein Weisungsrecht zusteht*, diese arbeitnehmerseitig mitgeteilt zu bekommen oder im Rahmen etwa des Mediationsverfahrens der Exploration *zugänglich gemacht zu erhalten*.

Man mag noch vertreten, dass der Arbeitgeber im Konfliktgespräch (und der Mediation) den Mitarbeiter zur Innensicht *ermunternd* auffordern darf, wenn und soweit damit objektiv erkennbar ein Zusammenhang verfolgt wird, der im weitesten Sinne nachvollziehbar auf die Beilegung des Konfliktes gerichtet ist. Und als Begründung mag dienen, dass es dem Arbeitnehmer ermöglicht ist, dieses ja *rechtlich folgenlos zu verweigern*. Und dass es ihm (unter Außerachtlassung des damit auf ihm lastenden Druckes, sich gegen einen „Wunsch“ des Arbeitgebers zu stellen) *auch faktisch möglich ist*.

Ein arbeitgeberseitiges *Weisungsrecht* auf arbeitnehmerseitige Darlegung oder arbeitgeberseitige (bzw. durch den von ihm beauftragten Mediator) Exploration des Seelenlebens bzw. der Gefühlswelt des Arbeitnehmers ist arbeitsrechtlich hingegen *nicht mehr zu begründen*.

Der Arbeitnehmer schuldet, wie bereits erwähnt als Ausgangslage „Arbeit gegen Geld“; er verkauft *nicht sich als Person, sondern seine Arbeitskraft*¹⁸² *oder moderner und allgemeiner: „Arbeitsleistung“*¹⁸³.

Auch wenn man in der Gesetzesinterpretation in Bezug auf z.B. Schutzzweck, auf Intention von Gesetzesrecht und Richterrecht im Arbeitsrecht den Entwicklungen der modernen Arbeitswelt durchaus Rechnung trägt¹⁸⁴ – und Raum gibt – so betrifft das in Bezug auf die hier in Rede stehende geschuldete Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers, nämlich „*Arbeit*“, nur das Tatbestandsmerkmal *Weisungsabhängigkeit*“ an sich und dessen Umfänglichkeit/partielle bzw. graduelle Entbehrlichkeit. Somit geht es allenfalls (graduell/partiell) um die Frage des „wie“ des Geschuldeten,

¹⁸¹ LAG Hamm 23.05.2001 – 14 Sa 497/01, Rn 27; zit. nach iuris; siehe auch Kleinmann/Meyer-Renkes/Fündling, Kündigungsschutzprozess, § 7 Mediation, Rn 989.

¹⁸² Siehe hierzu ErfKom ArbR, 230/611a/8 „Arbeitskraft ...“.

¹⁸³ Siehe hierzu ErfKom ArbR, 230/611a/183 „Arbeit gegen Vergütungsanspruch ...“.

¹⁸⁴ Siehe hierzu ErfKom ArbR, 230/611a/ 8 am Ende „... verfehlt, an Erscheinungsformen überkommener (...) Arbeitswelt festzuhalten ...“.

nämlich mehr oder weniger weisungsabhängig, nicht hingegen erfolgt (bislang) eine begriffliche Aufweichung des „was“, dessen, was der Arbeitnehmer schuldet!

Damit lässt sich auch mit einem modernen Arbeitsweltverständnis, das auch von proaktiver Konfliktvermeidung, reaktiver Konflikterhebung, -bearbeitung und bestenfalls -lösung beseelt ist, und zu deren Umsetzung auch gerade das Verfahren der Mediation geeignet sein kann, keine arbeitsrechtlichen Auswirkungen zeitigende Ausweitung der geschuldeten (Haupt-)Leitungspflichten des Arbeitnehmers herleiten.

So definiert der Gesetzestext des § 611a BGB schon für sich völlig unmissverständlich: „... zur Leistung weisungsgebundener *Arbeit* (...) verpflichtet ...“

Der Arbeitnehmer schuldet dabei auch in Zeiten von Arbeit 4.0 nur seine Arbeitskraft, ggf. weisungsbefreier, aber gerade nicht (s)eine bestimmte Individualität, seelische oder empathische Verfasstheit und Konfliktbeilegungswilligkeit per se. Ihre äußerste Grenze findet die Gesetzesauslegung (und damit auch die hier in Frage stehende Grenzerweiterung des Tatbestandsmerkmals „*Arbeit*“) im (noch) möglichen Wortsinn des Gesetzes¹⁸⁵.

Arbeit meint physisches und/oder geistiges Tätigwerden, nicht aber das Einbringen meiner privaten höchstpersönlichen Auffassungen, Erwartungen, Ängste und aller sonstigen Aspekte, wenn und weil sie nicht direkt auf Erfüllung der Arbeitsschuld gerichtet sind. Nach § 613 BGB hat der Arbeitnehmer er sie zwar in Person zu erbringen, sodass faktisch eine Verbindung zwischen geschuldeter Arbeit und der „Persönlichkeit“ des Arbeitnehmers vorliegt. Er „kauft“ arbeitsvertraglich aber gerade nicht die Persönlichkeit auch bezogen auf deren Seelenlage und Gefühlswelt, mit ihren Ängsten und Bedürfnissen, Erwartungen und höchstpersönlichen Interessen, quasi als „Beifang“ mit ein. Schon von daher schuldet der Arbeitnehmer keine Mitteilung seines Seelenlebens und seiner Gefühlswelt als eine Nebenpflicht.

Auch aus den sog. Rücksichtnahmepflichten auf die Interessen des Arbeitgebers, hier gerichtet auf Konflikterhellung und Konfliktbeilegung, lässt sich dies nicht mehr herleiten. Denn den Arbeitgeber treffen selbst auch eigene Rücksichtnahmepflichten im Sinne sog. Fürsorgepflichten¹⁸⁶ gegen über dem Arbeitnehmer und es verbietet sich ein solches Ansinnen schon von daher. Selbst wenn man dies abweichend werten möchte, ergibt sich die Unzulässigkeit aus weiteren Erwägungen.

¹⁸⁵ Sog. grammatische oder semantische Auslegung.

¹⁸⁶ LAG Hamm 16.10.2015 – 17 Sa 696/15, Rn 78, zit. nach juris.

2.5.3. Der Mitteilungspflicht des Seelenlebens und Gefühlswelt entgegenstehendes Persönlichkeitsrecht

Denn zu den wesentlichen Schutzpflichten des Arbeitgebers gehört auch gerade die Achtung und Gewährleistung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers und auch damit geht eine intensive Einwirkung der Grundrechte einher; hier Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁸⁷ Dies umfasst die Pflicht, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu wahren, ferner die Achtung seiner Menschenwürde sowie seines Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu gewährleisten.¹⁸⁸

Mit einer entsprechenden Anordnung des Arbeitgebers auf Mitteilung, Exploration etc. in Bezug auf die Seelenlage und Gefühlswelt des Arbeitnehmers, auch etwa in einem Mediationsverfahren, wäre dessen Persönlichkeitsrecht nicht nur betroffen, sondern verletzt. Einem entsprechenden Ansinnen des Arbeitgebers oder des Mediators kann sich der Arbeitnehmer als unzulässig direkt¹⁸⁹ entziehen; und zwar ohne die Rechtswidrigkeit des Ansinnens bzw. der damit einhergehenden Anordnung vorab erst gerichtlich feststellen lassen zu müssen.

Bei der Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 GewO hat der Arbeitgeber grundsätzlich billiges Ermessen walten zu lassen und erfordert dies, so Henssler/Willemsen/Kelb:

„... eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. (...) Hierzu gehören im Arbeitsrecht die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien, die beiderseitigen Bedürfnisse, außervertragliche Vor- und Nachteile (...). Je einschneidender die Auswirkungen der auf dem Direktionsrecht beruhenden Maßnahme für den Arbeitnehmer sind, desto sorgfältiger muss die Abwägung der wechselseitigen Interessen erfolgen.“¹⁹⁰

Das LAG Hessen führt unter Berufung auf das BAG in Bezug auf die Zulässigkeit der Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Arbeitsrecht zudem

¹⁸⁷ ArbR-BGB/Schliemann, § 611 Rn 711; Preis/Temming, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, Rn 1800.

¹⁸⁸ Siehe u.a. BAG 25.9.2013 – 10 AZR 270/12, Rn 45, zit. nach iuris; Preis/Temming, Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, Rn 1801; Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 106 GewO, Rn 126.

¹⁸⁹ Die gegenteilige Auffassung hat der 5. Senat des BAG auf Anfrage des 10. Senats aufgegeben: Vgl. BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1185; BAG 14.9.2017 – 5 AS 7/17, NZA 2017, 1452.

¹⁹⁰ Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 106 GewO, Rn 119.

aus, dass zur Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Maßnahme (also vorliegend das Weisungsrecht auf Mitteilung/Exploration) geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein müsse, um den erstrebten Zweck (hier die beabsichtigte Konfliktbeilegung) zu erreichen.¹⁹¹

Für die, seitens des Arbeitnehmers, ausschließlich geschuldete aktive Mitwirkung im Rahmen eines dialogisierenden Konfliktgesprächs eine Konfliktbeilegung zu unterstützen, ist die Inbetrachtziehung eines *vertieften Konfliktverständnisses sicherlich geeignet*. Hierauf ist auch gerade ein Mediationsverfahren mit ausgelegt.

Die dabei mit in Betracht gezogene Anweisung, der Mitarbeiter habe sich dann auch solchen Interventionen (etwa im Mediationsverfahren in Phase 3) zu unterwerfen, die auf Mitteilung oder Exploration seiner Seelenlage und Gefühlswelt zielen, ist aber jedenfalls für den Versuch einer *Konfliktbeilegung* schon nicht mehr *erforderlich*. Soweit es für den Aspekt *der Konfliktbearbeitung (in einem Mediationsverfahren)* objektiv erforderlich sein könnte, schuldet dies der Arbeitnehmer, wie bereits dargelegt, jedoch *arbeitsvertraglich gerade nicht*.

Selbst wenn man auch die Konfliktbearbeitung noch als Teil seiner Rücksichtnahmepflicht ansehen wollte, einen von ihm verhaltensbedingt (mit-)verursachten Konflikt nicht nur beseitigen, sondern auch verstehen zu helfen, wäre die auf Mitteilung/Exploration gerichtete Anordnungsmaßnahme, der Arbeitnehmer habe sich solchen Interventionen im Personalgespräch (oder in der Mediation) zu unterwerfen und ihnen Folge zu leisten, jedenfalls aber unter Berücksichtigung der grundgesetzlich gewährleisteten Freiheitsrechte *nicht mehr angemessen*, um den erstrebten Zweck zu erreichen.

Es stehen nämlich neben einem Abstellen auf die Seelenlage und Gefühlswelt des Arbeitnehmers auch andere sachverhaltliche Informationen (einschließlich Seelenlage und Gefühlswelt) des Arbeitgebers, als der weiteren Konfliktpartei zur Verfügung, um ein, wenn auch nicht vollständiges, so aber doch ausreichendes Konfliktverständnis im Rahmen eines Mediationsverfahrens zu erzeugen. Zudem muss der Arbeitnehmer auf diese Informationen hin seinerseits antworten, wenn er dies auch dabei nicht in Bezug zu seiner eigenen Gefühlswelt und Seelenlage setzen muss, als er sich sonst mittelbar hierdurch dann doch offenbaren müsste. Er unterstützt damit im erforderlichen Maße, schuldet aber gerade nicht den Erfolg ...

Wie auch das LAG Hessen ausführt, ist eine solche Maßnahme dann nicht als erforderlich anzusehen, wenn und weil ein anderes, ebenfalls wirksames, das Per-

¹⁹¹ LAG Hessen 6.2.2012 – 16 Sa 1134/11, Rn 28, unter Bezugnahme auf BAG 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, Rn 42; je zit. nach iuris.

sönlichkeitsrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht.¹⁹² Erst recht ist sie dann nicht mehr angemessen.

Auch spricht gegen die Rechtmäßigkeit einer solchen Anordnung, dass damit der Kernbereich privater Lebensgestaltung des Arbeitnehmers betroffen wäre, da er nicht mehr nur Angaben in Bezug auf das Arbeitsverhältnis machen müsste, sondern höchst private, was ihm nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr zuzumuten ist¹⁹³. Auch das zitierte LAG Hessen ist dahingehend zu verstehen, dass in der Anordnung auf Preisgabe höchst privater Informationen über das eigene Seelenleben und die eigene Gefühlswelt, mit der Gefahr der Selbstbelastung in einer stresshaften und negativ besetzten Konfliktsituation, das mit einem solcherart ausgeübten Weisungsrecht, wie vorliegend beschrieben, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt wäre¹⁹⁴ mit der Folge, dass das Weisungsrecht hierfür nicht besteht.

Hier ein entsprechendes Weisungsrecht abzulehnen, wird auch durch eine Entscheidung des BAG selbst gestützt, welches betont, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB der Arbeitgeber das allgemeine Persönlichkeitsrecht *auch in Bezug auf Ansehen, soziale Geltung und berufliches Fortkommen* zu beachten hat¹⁹⁵, was in einer solchen Anordnung, wie vorliegend diskutiert, als gerade nicht mehr ausreichend berücksichtigt anzusehen ist.

Auch noch aus einem weiteren Aspekt ergibt sich, eine solche Offenbarungspflicht über die eigene Seelenlage und Gefühlswelt abzulehnen, und kehrseitig dem Arbeitgeber das Weisungsrecht abzusprechen; hierzu nachfolgend.

2.5.4. Keine Selbstoffenbarung in Bezug auf Gefühlswelt und Seelenlage aufgrund prozessrechtlicher Erwägungen

Eine Pflicht zur Selbstoffenbarung könnte aufgrund der Einbeziehung von Aspekten aus dem Prozessrecht zu verneinen sein.

2.5.4.1. Grundsatz des nemo tenetur

Als eine Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art 2 Abs. II GG

¹⁹² LAG Hessen 6.2.2012 – 16 Sa 1134/11, Rn 30, unter Berufung auf BAG 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, Rn 42; je zit. nach iuris; BAGE 90, 316 (324).

¹⁹³ LAG Hessen 6.2.2012 – 16 Sa 1134/11, Rn 32, zit. nach iuris.

¹⁹⁴ LAG Hessen 6.2.2012 – 16 Sa 1134/11, Rn 34, 32, zit. nach iuris.

¹⁹⁵ BAG 27.11.1985 – 5 AZR 101/84 – AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 93, BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht; je zit. nach iuris.

ist es auch anzusehen, sich in einem staatlichen (Gerichts-)Verfahren nicht selbst belasten zu müssen¹⁹⁶.

Der Grundsatz des „*nemo tenetur se ipsum accusare*“ gehört dabei zu den anerkannten Prinzipien im Rahmen der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze¹⁹⁷. Danach steht es dem Beschuldigten im Strafverfahren frei, sich zum Tatvorwurf zu äußern oder von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Auch im Übrigen darf der Beschuldigte nicht gezwungen werden, aktiv an der Aufklärung des Sachverhaltes mitzuwirken¹⁹⁸, worunter auch Mitteilungen über die eigene Seelenlage und Gefühlswelt fallen würden.

Zwar mögen in Mediationen im arbeitsrechtlichen Kontext durchaus auch strafrechtlich relevante Konflikte zugrunde liegen (Diebstahl, Beleidigungen, Betrug im Sinne etwa des „Arbeitszeitbetruges“ etc.). Allerdings greift dieser Grundsatz nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts *ausdrücklich nur in Bezug auf das Strafverfahren*¹⁹⁹ und findet auch nur *dort* prozessrechtlich in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO für den Beschuldigten eine *gesetzliche Verankerung*. Dies mit der Folge, dass eine Übertragung des *nemo tenetur* Grundsatzes auf das Arbeitsverhältnis als Begründung, dass das Weisungsrecht im Rahmen eines Mediationsverfahrens bestimmten Begrenzungen unterliegt, (arbeits-)rechtlich nicht nutzbar gemacht werden kann.

2.5.4.2. Erwägung des Rechtsgedankens aus § 138 ZPO, Tatsachenmitteilungen

Allerdings ergibt sich eine Begrenzung des Weisungsrechts aus einer entsprechenden Anwendung des Rechtsgedankens aus § 138 ZPO. Dieser verlangt zwar einerseits eine umfassende Einlassungspflicht der (Prozess-)Parteien, jedoch nur über Tatsachen und mittels Tatsachen.

Unter den Tatsachenbegriff des § 138 Abs. I, II ZPO fallen dabei nur konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte der Vergangenheit oder Gegenwart angehörende Zustände der Außenwelt, *die mit Mitteln des Beweises auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft werden können*²⁰⁰, was damit „Tatsachen“ über die eigene Seelenwelt und Gefühlslage gerade ausnimmt.²⁰¹

Da das Mediationsverfahren des §§ 1, 2 MediatG als ein außergerichtliches Ver-

¹⁹⁶ BVerfGE 56, 37 (43); BGHSt 38, 214 (220), je m.w.N.

¹⁹⁷ BVerfGE 56, 37 (43); BGHSt 38, 214 (220), je m.w.N.

¹⁹⁸ vgl. nur BGHSt 34, 39(45); 42, 139 (152).

¹⁹⁹ So BVerfG 27.4.2010 – 2 BvL 13/07, Rn 2 m.w.N.; BVerfGE 38, 105 (113); BVerfGE 55, 144 (150).

²⁰⁰ Gomille, Informationsproblem u. Wahrheitspflicht, S. 204/205; Siehe BVerfGE 90, 241(247).

²⁰¹ Siehe auch Zöllner, ZPO, § 138, Rn 2, 3.

fahren gerade kein zivilprozessuales Verfahren²⁰² im Sinne des § 138 ZPO darstellt, ist dieser insoweit nicht direkt anwendbar. Allerdings beansprucht er über §§ 495 ZPO, 46 ArbGG in allen arbeitsgerichtlichen Verfahren Geltung und regelt damit die Einlassungspflichten der Streitparteien in allen Streitigkeiten, soweit sie aus dem Arbeitsverhältnis resultieren oder mit ihm im Zusammenhang stehen; § 2 ArbGG. Er umfasst daher auch alle Streitigkeiten (*Konflikte*), die einer innerbetrieblichen Mediation zugrundeliegen können, einschließlich der Streitigkeiten, ob der Arbeitgeber ein konkretes Mediationsverfahren einseitig *anordnen kann und wieweit innerhalb der Mediation* dort eine inhaltliche Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers reicht.

Der Arbeitnehmer könnte sich zudem, wenn der Konflikt statt in einer Mediation oder im Nachgang zu einer gescheiterten Mediation bei Gericht anhängig wäre²⁰³, auf den Verfahrensgrundsatz des § 138 ZPO direkt berufen. Verweigerte man dem Arbeitnehmer im (vorherigen) Mediationsverfahren ein entsprechendes Recht, würde dadurch ein gerichtliches Verfahrensrecht im späteren Prozess leerlaufen und wäre der Konflikt insoweit faktisch präjudiziert und ggf. somit bereits vorentschieden.

Die Regelung des § 138 ZPO ist daher entsprechend zugunsten der Konfliktparteien im innerbetrieblichen Kontext bei Mediationsverfahren anzuwenden. Die Folge, dass ihn über § 138 ZPO keine solch weitgehende Mitteilungspflicht trifft, ist auch in Bezug auf seine nur eingeschränkte Mitwirkungspflicht stimmig. Wie dargelegt schuldet der Arbeitnehmer als *Nebenpflicht* nur die *aktive Mitwirkung in einem Konfliktgespräch, aber weder den Erfolg* seiner Beteiligung im Gespräch noch den der aktiven Lösungssuche oder einer dauerhaften Lösung. Er erschwert damit vielleicht die Konflikterhellung in Bezug auf die eigenen Interessen und Gefühle, mehr aber auch nicht. Weder vereitelt er damit die Konflikterhellung in Bezug auf andere Aspekte noch ist damit die Lösungssuche unmöglich geworden; und auch nicht eine Beilegung.

Eine solch weitgehende Verpflichtung zur Mitwirkung, auch in Bezug einer Mitteilung oder Exploration der eigenen Seelenlage und Gefühlswelt, schuldet der Arbeitnehmer daher – auch in einer Mediation – nicht.

2.6. Zusammenfassung Reichweite Weisungsrecht in Bezug auf arbeitgeberseitige dialogisierende Konfliktgespräche

In Zusammenführung des bis hierhin Erörterten ist festzustellen, dass der Arbeitgeber in Bezug auf die einseitige Anordnung eines Konfliktgespräches *nur ein eingeschränktes Weisungsrecht* zur Anordnung von Personalkonfliktgesprächen besitzt,

²⁰² Zu Ausnahmen in Bezug auf Altfälle siehe § 9 MediatG.

²⁰³ Z.B. im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage, Kündigungsschutzklage etc.

was sich dementsprechend auch dahingehend auswirkt, inwieweit er die *Teilnahme „an“* einem Mediationsverfahren und die Mitwirkung des Arbeitnehmers „in“ *diesem* Mediationsverfahren anordnen kann. Das Weisungsrecht besteht nur wie folgt:

- Gegenstand der Anordnung muss ein Sachverhalt sein, der im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis und einer *geschuldeten Pflicht* des Arbeitnehmers steht; etwa ein aus Sicht des Arbeitgebers diesbezüglich bestehender Konflikt.
- Der Konflikt muss *im Zusammenhang mit einem Verhalten des Arbeitnehmers* stehen, sei es ein bisheriges Tun, Dulden (Hinnehmen) oder Unterlassen, welches der Arbeitgeber für die Zukunft geändert wissen will und zu dem der Arbeitnehmer verpflichtet (gewesen) wäre.
- Der Arbeitgeber kann insoweit die *Teilnahme „an“* einem *Mediationsverfahren* anordnen, da und soweit es mit einem innerbetrieblichen Konfliktgespräch zu vergleichen ist.
- Der Arbeitgeber kann grundsätzlich auch die Mitwirkung des Arbeitnehmers „in“ dem Personalgespräch und also auch in einem Mediationsverfahren einfordern. Hier ist sein Weisungsrecht allerdings erneut begrenzt:
 - Er kann von dem Arbeitnehmer dabei nicht verlangen, dass er sich *proaktiv* in die Konfliktbeilegung einbringt, da dieser weder den Erfolg eines Konfliktgesprächs (und damit auch eines Mediationsverfahrens) in Bezug auf ein vertieftes Konfliktverständnis noch eine Beilegung des Konfliktes als eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht schuldet.
 - Dabei kann der Arbeitgeber eine *(re)aktive ernsthafte Mitwirkung* an einem dialogisierenden Gespräch gerichtet auf Konfliktherhellung und Lösungsfindung des konkreten Konfliktes verlangen; nicht aber gerichtet auch auf ein vertieftes generelles Konfliktverständnis; erst recht nicht mit der Intention, daraus Erkenntnisse auch für zukünftig denkbare andere Konfliktlagen im Unternehmen zu generieren.
 - Die *(re)aktive Mitwirkungspflicht* umfasst das ernsthafte Bemühen um ein ausreichendes Erfassen (ggf. durch Spiegeln) und in der Folge Beantworten gestellter Fragen, gibt dem Arbeitgeber aber *kein* darüber hinaus reichendes *Weisungsrecht*, auch eine *proaktive Mitwirkung* einzufordern, etwa in Form eigener (erweiternder) Fragen und Ideen des Arbeitnehmers.
 - Die Mitwirkungspflicht in einem Personalgespräch *endet bei der Darlegung und Exploration von Tatsachen*. Der Arbeitgeber kann nicht verlangen, dass sich der Arbeitnehmer über sein Seelenleben oder seine Gefühlswelt mitteilt oder sich diesbezüglich, etwa durch Fragetechniken explorieren lässt.

Setzt man diese Beschränkungen des Weisungsrechts mit der Fragestellung zur

Anordnung eines Mediationsverfahrens und der Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers in einem solchen Verfahren in Bezug, dann ergibt sich folgende unter Ziffer 7 skizzierte Rechtslage.

2.7. Zusammenfassung Reichweite Weisungsrecht in Bezug auf ein Mediationsverfahren

Der Arbeitgeber ist *aus arbeitsrechtlicher Sicht* weisungsbefugt, die Teilnahme an einem Mediationsverfahren im Sinne des MediatG anzuordnen.²⁰⁴

Zur weiteren Bestimmung, welche Aspekte innerhalb des Mediationsverfahrens/der Mediation angesprochen sind, soweit es um das Weisungsrecht des Arbeitgebers bzw. die Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers geht, wird nachfolgend auf das 5-Phasenmodell Bezug genommen, wie es auch dem Studiengang Mediation- und Konfliktmanagement an der Europa-Universität Viadrina zugrunde liegt²⁰⁵.

Das Weisungsrecht in Bezug auf die Anordnung einer Mediation umfasst – analog zum Weisungsrecht schon im üblichen Personalgespräch-Setting – nicht nur die Teilnahme *an* lediglich einer ersten Sitzung, sondern greift bis zum Abschluss der Phase, in der Lösungsoptionen und deren finale Regelung besprochen und im besten Falle vereinbart werden; mithin Phase 5.²⁰⁶ Soweit Gegenstimmen ein Weisungsrecht über ein Informationsgespräch hinaus betreffend Mediationen ablehnen, geschieht dies zumeist allein mit Hinweis auf den Aspekt der Freiwilligkeit im MediatG²⁰⁷. Das ist jedoch rechtlich insoweit unzutreffend. Denn systematisch ist, wie in der vorliegenden Untersuchung durchgeführt, zu trennen zwischen dem Weisungsrecht im Arbeitsrecht in Bezug auf die Durchführung eines Mediationsverfahrens „an sich“²⁰⁸ und den Voraussetzungen für ein Mediationsverfahren nach den Vorgaben des MediatG.

Soweit die Weisungsbefugnis bezogen auf die Teilnahmeanordnung im Widerspruch zu dem Aspekt der Freiwilligkeit im MediatG stehen kann, hierzu unten ab S. 60ff, betrifft dies allein die Frage, ob es sich dann noch um eine Mediation nach MediatG handeln kann.

Denn da das MediatG nicht Teil des Arbeitsrechts ist, kann es das arbeitsrechtliche Weisungsrecht selbst gerade nicht begrenzen.

²⁰⁴ Zur Frage des Aspektes der Freiwilligkeit nach MediatG siehe unten, S. 72ff.

²⁰⁵ Gläßer/Kirchhoff/Troja, „Lehrmodule Mediation“, ZKM 2005, 31ff (siehe dort auch Fn 2).

²⁰⁶ Abweichend u.a. Greger in: Greger/Unberath, MediatG, § 1 Rn 33, 34: (nur Erstgespräch).

²⁰⁷ Vereinzelt aus arbeitsrechtlichen Erwägungen Weisungsrecht verneinend, oben Fn 15.

²⁰⁸ Gemeint: Allgemeiner Art, dass dabei zumindest den Grundzügen mediationswissenschaftlicher (An-)Forderungen entspricht, dabei aber nicht (auch) die Vorgaben des MediatG bedienen muss.

Da der Arbeitnehmer eine aktive Mitwirkung im gesamten Konfliktgespräch schuldet und dabei sich zu allen Tatsachen oder Fragen diesbezüglich äußern muss, begegnet eine Teilnahmepflicht an den einzelnen Phasen der Mediation keinen Bedenken. Auch nicht vor dem Hintergrund, dass durch alle Phasen hindurch die Gefühlsebene eine erhebliche Rolle spielt und „eine solide Basis für die Arbeit an den Problemen liefert“²⁰⁹. Denn es besteht daneben in jeder Phase des Mediationsverfahrens ein erheblicher Bedarf, dass sich die Konfliktparteien zu bestimmten Aspekten oder Fragestellungen mit der Darlegung von Tatsachen einbringen, zu solchen Stellung beziehen oder sich durch Exploration auf den Weg begeben, Tatsachen zu heben und dann mitzuteilen. Zu anderen Aspekten als Tatsachen muss sich der Arbeitnehmer, siehe oben, nicht äußern, soweit sie seine Seelenlage oder Gefühlswelt betreffen. Er kann damit nicht der Mediation fernbleiben oder einzelnen Sequenzen; aber er kann insoweit die Zusammenarbeit mit dem Mediator und der anderen Konfliktpartei verweigern, soweit ihm keine Pflicht zur Mitwirkung arbeitsrechtlich auferlegt ist; etwa die Zusammenarbeit bei der Abfrage seiner Seelenlage und Gefühlswelt bzw. ihrer Exploration.

Selbst in der Phase 3 sind Tatsachen im Sinne des § 138 ZPO von erheblicher Relevanz, und muss sich der Arbeitnehmer zu diesen Tatsachen gerade auch rechtlich und tatsächlich einlassen. Dies, obwohl in ihrem Zentrum gerade die Erarbeitung, etwa in Form der (pro-)aktiven Mitteilung bzw. Exploration der hinter den Positionen stehenden Interessen²¹⁰, Bedürfnisse, (enttäuschten) Erwartungen, Gefühle und Ängste der Konfliktparteilichen, steht. „Interessen“ meint hier nämlich nicht allein ein gefühlsbezogenes Ja- oder Nein-Statement, ob man an etwas (nicht) interessiert ist; etwa im Sinne eines „Ich bin daran (nicht) interessiert, weil es mich überfordern, Überwindung kosten, mir Angst machen würde ...“. Hierauf müsste der Arbeitnehmer gerade nicht antworten.

Es geht daneben gerade auch, dem zumeist vorgelagert, um die Frage, welche Interessen jemand hat oder nicht hat; etwa ein Arbeiten ausschließlich zwischen 09:00 und 17:00 Uhr, die Rücknahme einer Versetzung etc. Auch diese Interessen sind Tatsachen und damit von der Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers, sich hierzu zu äußern, umfasst.

Er kann sich daher auch betreffend der in Phase 3 (mit-)intendierten Hebung von Gefühlen und Seelenzuständen, soweit diese in einer Mediation im Bereich Wirtschaft/Arbeit überhaupt betreffend im Berufsleben als „kritisch“ zu sehender

²⁰⁹ So Kessen/Troja in: Haft/Schlieffen, HdB Mediation, S. 306 Rn 37–38; Trenzcek in: Trenzcek/Berning, Mediation, S. 44 Rn 18.

²¹⁰ Alleinstellungsmerkmal von Mediation, trotz fehlender Verankerung im MediatG, so Trenzcek in: Trenzcek/Berning, Mediation, S. 66, Rn 49.

Fragestellungen (Versagensängste, Minderwertigkeitsgefühle etc.) überhaupt durch den Mediator thematisiert angesprochen würden²¹¹, der Teilnahme an dieser Phase nicht insgesamt mit dem Argument entziehen, dass er keinen Tatsachenbeitrag in Form lediglich ja geschuldeter Antworten geben könne, und die Mitteilung bzw. Exploration seines Seelenlebens und seiner Gefühlswelt ja ebenfalls nicht von ihm gefordert werden könne. Über Interessen als Tatsachen hat er sich mitzuteilen, sei es über Antworten auf diesbezügliche Fragen oder eigene proaktive Mitteilungen.

Zuletzt hat der Arbeitnehmer ebenfalls an den Phasen 4 und 5 teilzunehmen, als er zwar nicht die erfolgreiche *Lösung* des Konfliktes schuldet, wie oben dargestellt aber die aktive Mitwirkung daran. Gerade in den Phasen 4 und 5 geht es zudem wieder vermehrt, um Tatsachen(-mitteilungen), warum etwas, aus welchen tatsächlichen oder auch rechtlichen Gründen (nicht) funktionieren kann, und welche Alternativen bestehen (könnten).

Eine Teilnahme und aktive Mitwirkung schuldet der Arbeitnehmer arbeitsrechtlich daher über alle Phasen hinweg. Diese so arbeitsrechtlich geschuldete Aktivität beinhaltet dabei jedoch gerade nicht auch ein proaktives (weiterleitendes) Fragenstellen durch den Arbeitnehmer.

²¹¹ Siehe hierzu Risse, Wirtschaftsmediation, § 2 Rn 39ff.

3. Freiwilligkeit der Teilnahme als zwingende Verfahrensvoraussetzung nach dem Mediationsgesetz (MediatG)

Fraglich bleibt, ob es sich bei einem gegen den Willen des Arbeitnehmers angeordneten Mediationsverfahren, in dem der Arbeitgeber auch inhaltlich betreffend der Mitwirkung auf Seiten des Arbeitnehmers Anweisungen im Vorfeld oder sogar noch im Verfahren gibt, noch um Mediation im Sinne des MediatG handeln kann, als MediatG selbst ein Freiwilligkeitspostulat verankert ist.

3.1. Begriff und Vorliegen von Freiwilligkeit

Das Mediationsgesetz definiert in § 1 Abs. I MediatG das Verfahren der Mediation als eines, bei dem die Parteien freiwillig eine Beilegung ihres Konfliktes anstreben. In § 2 Abs. II MediatG heißt es weiter, der Mediator vergewissere sich, dass die Parteien *freiwillig an der Mediation teilnehmen*.

Den Begriff Freiwilligkeit definiert es dabei nicht. Mit dem allgemeinen Verständnis von Freiwilligkeit ist anzunehmen, dass von Freiwilligkeit jedenfalls nicht mehr auszugehen ist, wenn eine ausdrückliche Anweisung auf Teilnahme und Mitwirkung, auch noch gegen den erklärten Willen des Arbeitnehmers, erfolgt.

3.2. Regelungsgehalt der §§ 1, 2 MediatG in Bezug auf Freiwilligkeit und Verfahrensabschnitte

Fraglich ist daher, ob in der Freiwilligkeit nach MediatG *eine zwingende Verfahrensvoraussetzung* zu sehen ist *und ab wann dieses Merkmal vorliegen muss*. Dabei kann von Relevanz sein, ob im Rahmen des MediatG zwischen einer „Mediation im engeren Sinne“ und dem die Mediation umschließenden Verfahren, der „Mediation im weiteren Sinne“ zu unterscheiden ist. Hierzu herrscht ein breiter Meinungsstreit.

3.2.1. Enge Auffassung: Freiwilligkeit ab Verfahrensbeginn notwendig

Teilweise wird vertreten, dass sich der Aspekt der Freiwilligkeit bereits auf die Einleitung des Verfahrens beziehen müsse²¹², quasi mit dem Auftreten des Mediators „auf der Bühne“

Auch wenn die Vorbereitungsphase fachpraktisch bereits zum Mediationsver-

²¹² Je vor Inkrafttreten des MediatG: Albrecht, Mediation im Arbeitsrecht (2001), S. 89; Breidenbach, Mediation (1995), S. 272.

fahren zu rechnen ist²¹³, ist doch zu bestimmen, ab welchem Verfahrensschritt *nach dem MediatG selbst* das Postulat der Freiwilligkeit *vorauszusetzen ist*.

Das MediatG regelt in den §§ 1, 2 MediatG, wobei (deren) amtliche Überschriften als Bestandteil des Gesetzestextes zu sehen und damit ebenfalls der Auslegung zugänglich sind²¹⁴, die Freiwilligkeit explizit.

§ 1 MediatG ist mit „Begriffsbestimmungen“ überschrieben. Er regelt daher nur, was unter dem Begriff einer Mediation zu verstehen ist. Danach ist Mediation ein Verfahren, bei dem *in freiwilliger Weise* eine Beilegung angestrebt wird. Im dortigen Abs. I ist die Freiwilligkeit auf die Konfliktlösung, und damit das eigentliche Mediationsverfahren in einem engeren Sinne, also auf *die Mediation* bezogen, zu lesen. Der Abs. I. klammert damit die Abschnitte bzw. Phasen *vor dem konkreten Beginn der Konfliktbeilegung* aus. Selbst wenn man diese Interpretation mit dem insoweit zutreffenden Argument ablehnt, dass § 1 nur Begriffe bestimme, nicht aber die Verfahrensinhalte, ergibt sich die Ausgrenzung jedoch zumindest aus § 2 MediatG.

Gegenüber § 1 wird in § 2 MediatG, explizit, amtliche Überschrift „Verfahren ...“, die Darlegung des Verfahrens an sich, seiner wesensbestimmenden Merkmale, wie nähere Struktur, Inhalt, und zeitliche Aspekte (jederzeit, und etc.) dargelegt und bestimmt.

Gemäß § 2 Abs. I MediatG wählen die Parteien dabei den Mediator aus, der sich nach § 2 Abs. II *dann* (nachdem er in Person das Verfahren erläutert hat) vergewissert, dass die Parteien den Ablauf des *Verfahrens verstanden* haben *und* an der (nachfolgenden) *Mediation* freiwillig teilnehmen (werden).

Die Kenntnis über Verfahrensabläufe ist strukturell, insbesondere, wenn das Verfahren, wie die Mediation, eine aktive Beteiligung der Parteien vorsieht und als freiwilliges Verfahren auch gerade der Dispositionsbefugnis der Parteien unterliegt, *am sinnvollsten vor dem Beginn* des eigentlichen Verfahrens zu vermitteln. Schon dies spricht dafür, dass es einen Bereich gibt, in dem Mediator und die Parteien aufeinandertreffen und mit Bezug aufeinander und zueinander sprechen, ohne dass dieser schon als Teil des Mediationsverfahrens in einem engeren Sinne, also als Mediation, anzusehen ist. Andernfalls wäre das Gesetz so auszulegen, dass der Mediator sich *nur* „überhaupt“, *also zu jedem beliebigen Zeitpunkt*, auch im – oder nach dem – Verfahren, erkundigen kann, ob die Parteien den Ablauf verstanden *hatten*. Zwischen dem Satzteil „verstanden haben“ und „freiwillig an“ ist das Wort „und“ eingefügt. Es stellt im allgemeinen Sprachgebrauch dabei im Zweifel nicht nur eine inhaltliche Verbindung dar, sondern legt zudem eine zeitliche Abfolge

²¹³ Hartmann in: Haft/Schlieffen, Hdb Mediation (2016), § 28 Rn 13 m.w.N.

²¹⁴ Rehbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 237.

fest. Hätte der Gesetzgeber das Zeitmoment nicht ebenfalls mit ausdrücken wollen, wären Alternativ-Formulierungen möglich gewesen, etwa „... *einschließlich* der Freiwilligkeit ...“, oder „... *verstanden haben*. Auch hat er festzustellen, dass ...“.

Nimmt man die Umschreibung „vergewissert“ und „verstanden haben“ in § 2 Abs. I MediatG hinzu, so wird deutlich, dass es sich bei dieser Pflicht des Mediators zudem nicht nur um ein bloßes Abfragen handelt²¹⁵, ob die Parteien diese Inhalte kennen, und durch jene mit einem schlichten Ja/Nein zu beantworten ist. Er hat sich, wie es dort heißt, „*Gewissheit*“ zu *verschaffen* und dementsprechend explorativ tätig zu werden, um festzustellen, ob und wie weit das bestehende Verständnis der Parteien hierüber reicht und ob er daher fortfahren kann oder gegebenenfalls weitere Erläuterungen geben muss. Damit handelt es sich um einen, unter Umständen längeren, Gesprächsbestandteil zwischen den Beteiligten.

Auch dies kann als zusätzliches Argument gewertet werden, dass es einen weiten Bereich gibt, der vor dem eigentlichen Teil des „Mediationsverfahrens im engeren Sinne“ liegt, ab dem es nicht mehr um Verfahrenserläuterungen, sondern dessen und deren inhaltliche Umsetzung geht, die Mediation im eigentlichen Sinne. Zuletzt werden diese beiden Bereiche auch noch dadurch logisch und (vertrags-)rechtlich durch Unterzeichnung der Mediations-Rahmenvereinbarung voneinander getrennt. Erst sie soll in die eigentliche Mediation an sich führen.

Allein in dem Stadium, in dem es um die Information über ein (erst nachfolgendes) Verfahren geht und ein Nachfragen, ob die Parteien an jenem dann auch freiwillig teilnehmen werden, ist noch keine Situation zu erkennen, die ihrerseits schon Freiwilligkeit der Teilnahme erfordert. Zum einen deswegen nicht, weil (nicht manipulativ intendierte) Informationen und Verständnissicherung für sich genommen nicht schaden und also keine besondere Schutzbedürftigkeit erkennen lassen, dass die (regelmäßig im Arbeitsverhältnis volljährigen) Parteien hieran nur „frei“ teilnehmen sollten.

Zuzugeben ist, dass durch eine verpflichtende Teilnahme an einer – bis dahin noch eher den Charakter einer Informationsveranstaltung aufweisenden – Einführung in ein Mediationsverfahren auch ein gewisser Druck entsteht. Der Arbeitgeber zahlt hierfür mindestens das Arbeitsentgelt weiter, ggf. bereits den Mediator, und „möchte dieses“ Verfahren. Es stellt ggf. sogar noch eine größere emotionale Hürde und Geste dar, aus dem begonnenen Informationsgespräch aktiv als Arbeitnehmer wieder auszusteigen, als schon das Zustandekommen eines solchen Treffens verweigern zu können.

Solche Sachlagen sind jedoch Teil der privaten wie geschäftlichen Lebenswelt. Sie bestehen gerade auch im Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer, als dort eine

²¹⁵ So vereinzelt aber Greger in: Greger/Unberath, MediatG, § 2, Rn 38.

Vielzahl von denkbaren „Vorschlägen“ des Vorgesetzten/des Arbeitgebers mindestens „heimliche Zwänge“²¹⁶ verursacht, wie etwa die Angst vor (un)mittelbarer beruflicher Benachteiligung oder persönlicher Herabsetzung im Unternehmen.

Auch unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen und alltäglichen Lebenswirklichkeit ist davon auszugehen, dass das Gesetz hier nur eine Schutzbedürftigkeit vor „Fremdbestimmung“ intendiert, und über die „Freiwilligkeit der Teilnahme“ nur regeln wollte, wenn und soweit eine Ungewöhnlichkeit vorliegt. Eine Ungewöhnlichkeit ist weder in Bezug auf das Informieren und Nachfragen noch die Art und Weise eines ggf. bestehenden „heimlichen Zwanges“ zu sehen. Zumal es sich gerade, auch inhaltlich, um einen Verfahrensschritt handelt, den das Gesetz selbst und mit diesem Inhalt, als zwingend vorsieht. Dies ergibt sich zudem aus dem oben bereits angesprochenen Umstand, dass in § 2 Abs. II das Wort „und“ eine zeitliche Zäsur beinhaltet. Der Mediator hat also erst nach dem informatorischen Teil sich darüber zu vergewissern, dass die Parteien an der (dann erst nachfolgenden) Mediation teilnehmen (werden). Somit bezieht sich auch hiernach das Element der freiwilligen Teilnahme noch nicht auf den auch als „Prämediation“²¹⁷ bezeichneten Teil, sondern einen Zeitpunkt im sich anschließenden Verfahrensteil, und zwar, wie es im Gesetz wörtlich heißt, auf die „Mediation“.²¹⁸ § 2 Abs. 5 S. 1 will die Freiwilligkeit des Verfahrens gewährleisten, nicht das der Information hierüber.²¹⁹

Die fehlende Freiwilligkeit ist daher bis zur Gegenzeichnung der Mediations-Rahmenvereinbarung nach MediatG nicht zwingend vorausgesetzt²²⁰. Wo eine solche, etwa im Arbeitsrecht bei angeordneten Mediationen nicht vom Arbeitnehmer als Konfliktpartei selbst (mit) unterzeichnet wird, ist auf den letzten Zeitpunkt abzustellen, der dem einer solchen Vereinbarung vorausgeht, mithin die einvernehmliche Klarstellung, dass damit „alles Formale“ im Sinne des MediatG gesagt und verstanden sei.

Da das Gesetz für die Prämediation keine Freiwilligkeit verlangt, kann der Arbeitgeber die Teilnahme an und eine Mitwirkung in der Prämediation einseitig anordnen, ohne dass das Verfahren deswegen den Status „im Sinne des MediatG“ verliert.

²¹⁶ Budde, *Mediation und Arbeitsrecht*, S. 196, Fn 19.

²¹⁷ Greger in: Greger/Unberath, *MediatG*, § 2 Rn 57.

²¹⁸ Auch die Begründung zum Gesetzesentwurf: BR-Druckssache 17/5335, S. 14, zeigt in diese Richtung: „Die Freiwilligkeit der Mediation bedeutet, dass die Parteien grundsätzlich selbst entscheiden, ob sie eine *Mediation* durchführen wollen ...“.

²¹⁹ In diesem Sinne auch Gläßer in: Klowait/Gläßer, *MediatG*, S. 202, Rn 102.

²²⁰ In diesem Sinne auch Gläßer in: Klowait/Gläßer, *MediatG*, S. 202, Rn 102; Risse, *Wirtschaftsmediation*, § 3, Rn 77.

3.2.2. Erweiternde Auffassung: Freiwilligkeit bereits durch Beendigungsmöglichkeit gewahrt

Teilweise wird demgegenüber vertreten, dass Freiwilligkeit im Sinne der §§ 1, 2 MediatG schon *allein dadurch ausreichend gewahrt* sei, soweit der über § 2 Abs. V S. 1 MediatG *jederzeitige freie Ausstieg* für die Konfliktparteien gewahrt ist.²²¹

Folgte man dieser Auffassung, hätte das für den vorliegenden Prüfungsfall weitreichende Folgen. Einerseits könnte der Arbeitgeber die nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ihm zugestandene *durchgehende* Mediationsteilnahme grundsätzlich anweisen, und zwar nicht nur für die Prämediation sondern gerade auch für die gesamte Mediation an sich²²². Andererseits müsste gerade die *jederzeitige* Beendigungsmöglichkeit gewährleistet sein. Daher wäre der Arbeitgeber gehalten, *den jederzeitigen Ausstieg nach 2 Abs. V S. 1 zu gewährleisten*.

Dort, in § 2 Abs. V S. 1 MediatG, ist dabei nicht allein *ein Beenden im Sinne des physisches Verlassen könnens* des Verfahrens gemeint. *Geschützt werden soll* durch diese Norm das Freiwilligkeitsprinzip und damit auch *gerade die Willensfreiheit*, an der Mediation nicht weiter teilnehmen zu wollen. Diese gesetzlich geforderte autonome Beendigungsmöglichkeit stellt dabei nach jener Auffassung das Korrektiv für die gesetzlich als nicht zwingend anzusehende fehlende Freiwilligkeit beim Eintritt in die *Mediation*²²³ dar und gälte ab der ersten Sekunde des Übertritts in *die Mediation*.²²⁴ Soweit dabei allerdings vertreten wird, dass sich die Gewährleistung der Beendigung gesetzlich auch bereits auf die komplette „Prämediation“ bzw. „Vorphase“ beziehe, und dabei aus dem Wort „jederzeit“ ergäbe²²⁵, ist dies nach diesseitiger Rechtsauffassung unzutreffend. In § 2 Abs. V S 1 MediatG ist die Beendigung explizit nach dem Wortlaut auf „Mediation“ bezogen; nicht auf das in §§ 1, 2 MediatG davon unterschiedene „Mediationsverfahren.“

Das Gewährleisten eines jederzeitigen, autonomen Beendigungsrechts wird nach MediatG damit erst ab der Mediation selbst, der *eigentlichen Mediation im engeren Sinne*, zur zwingenden Verfahrensregel.

Mit der *Anordnung* verlangt der Arbeitgeber jedoch nicht nur eine (durchgehende) Anwesenheit, er *verweigert dem Arbeitnehmer damit auch gerade das eigenmächtige, einseitige Beenden*, sodass § 2 Abs. V S. 1 allein schon mit der Anordnung auf durchgehende Teilnahme verletzt ist. Dies mit der Folge, dass mangels

²²¹ Greger in: Greger/Unberath, MediatG, § 1, Rn 225.

²²² Klowitz in: Klowitz/Gläßer, MediatG, § 1, Rn 14 unter cc.; Dendorfer/Ponschab in: Moll, Anwaltshandbuch ArbR, § 82, Rn 36.

²²³ Gläßer in: Klowitz/Gläßer, MediatG, S. 227, Rn 194.

²²⁴ Klowitz in: Klowitz/Gläßer, MediatG, § 1, Rn 14 unter cc.; „jederzeit“.

²²⁵ So etwa Gläßer in: Klowitz/Gläßer, MediatG, § 2, Rn 196.

durchgehend bestehender Freiwilligkeit aufgrund der Anordnung ab dem Beginn der Mediation selbst, damit keine Mediation im Sinne des MediatG mehr gegeben wäre.

Folgte man dieser Auffassung, könnte der Arbeitgeber nur anweisen, der Arbeitnehmer habe grundsätzlich teilzunehmen, dies auch durchgehend, der Arbeitnehmer *dürfe aber mit Übertritt in die Mediation das Verfahren auch direkt wieder beenden*, und habe keine Maßregelung nach § 612a BGB zu fürchten. Dies *würde jedoch die Grenze einer Anordnung zur reinen Bitte, (durchgehend) teilzunehmen, komplett aufheben* und damit dem Arbeitgeber aus der Hand nehmen, was diese Auffassung ihm eingangs gerade zuspricht: ein Recht auf einseitige Anordnung. Diese Auffassung, allein auf eine jederzeitige Beendigungsmöglichkeit abzustellen, ist daher in sich nicht stimmig, und daher abzulehnen.

3.2.3. Weite Auffassung: Freiwilligkeit bezieht sich nur auf Abschlussvereinbarung

Als zu weitgehend ist allerdings die teilweise vertretene Auffassung anzusehen, der Aspekt der Freiwilligkeit in § 1 MediatG *beziehe sich überhaupt nur auf die Abschlussfreiheit* der in Phase 4 gefundenen Einigungsmöglichkeit, diese in Phase 5 auch anzunehmen, und wirksam werden zu lassen (*Abschlussvereinbarung*), was sich u.a. aus der Stellungnahme der Bunderegierung zum MediatG ergäbe²²⁶.

Folgte man dieser Auffassung, könnte der Arbeitgeber 1:1 gemäß seinem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht die Teilnahme an und die durchgehende Teilnahme in der Mediation verbindlich anweisen; auf eine fehlende Beendigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers vor Abschluss der Mediation käme es nicht an. Aus der dort in Bezug genommenen Stellungnahme der Bunderegierung zum seinerzeitigen Gesetzesentwurf²²⁷ ist diese Verlagerung der Freiwilligkeitsvoraussetzung erst auf Phase 5 jedoch nicht abzuleiten. Soweit dort die vorzeitige Beendigungsmöglichkeit angesprochen ist, bezieht sie sich *auf den Eventualfall*, dass eine Mediation *durch ein Gericht angeordnet* würde, nicht auf den Fall außergerichtlicher Anweisungen (durch den Arbeitgeber). Die Freiwilligkeit erst in Phase 5 zu fordern, würde auch dem Umstand nicht gerecht, dass *Freiwilligkeit gerade dort zu fordern ist, wo die Konfliktparteien am weitesten von der reinen Sachverhaltsdarstellung entfernt sind, sich emotional öffnen (müssten) und letztlich in der konkreten Konfliktbearbeitung stehen*. In Phase 5 spielt der Konflikt im Rahmen der Abschlussvereinbarung jedoch nur noch eine ganz untergeordnete Rolle und sind andere klärungsbedürftige Punkte

²²⁶ Etwa Ponschab, ZKM 2014, 125 (125, 126) unter Bezugnahme auf BT-Drs. 17/5335, S. 14 oben.

²²⁷ BT-Drs. 17/5335, S. 14 oben links.

deutlich in den Vordergrund getreten, die sich nicht mehr um die emotionsgeladene Herausarbeitung der Interessen als dem Kernstück der Mediation²²⁸ drehen.

3.2.4. Vermittelnder eigener Ansatz durch Abstellen auf Beginn der Mediation im engeren Sinne, Phase 3

Die eigentlichen Konfliktfelder werden häufig erst in Phase 3 bei der Interessenklärung herausgearbeitet²²⁹. Daher erscheint es auch angezeigt, einen vermittelnden Ansatz zu vertreten, die Freiwilligkeit, als eines der Wesensmerkmale von Mediation westlicher Prägung, beginnend dort einzufordern, wo das Kernstück der Mediation liegt: Ab der Interessenhebung in Phase 3.

Freiwilligkeit muss daher nach diesseitiger Auffassung noch nicht vorliegen, soweit sich die Parteien im Wesentlichen nur „zur Sache“ einlassen. Es stellt keine Besonderheit der Mediation dar, dass Konflikte versucht werden in Gesprächen gelöst zu werden, sondern sind Teil der allgemeinen und alltäglichen Lebenswirklichkeit, wie dies in Phase 1 der Fall ist. Selbst Phase 2 ist noch als „Informationsphase“ in Abgrenzung zu den nachfolgenden Phasen, der „Phase der Konfliktklärung“, der „Phase der Verhandlung“ und der des Abschlusses anzusehen.²³⁰ In Phase 2 geht es vor allem um die Festlegung der Positionen, die dann in der Einigung auf die Themen neutralisiert werden. Gedanklich beschreibt der Widerspruch zwischen den Positionen den Streit, den Ist-Zustand aus Sicht der Parteien, an dem sich der Konflikt entzündet, der der Themenauswahl nachfolgend (ab Phase 3²³¹) dann bearbeitet werden soll. Es sollte damit bei der Bestimmung auf den bestehenden Konflikt als Schwerpunkt der Mediation abgestellt werden, nicht auf die Darlegung des Ist-Zustandes und der Sachverhaltsklärung.

Mit Einleiten der Phase 3 übertreten die Konfliktparteien gerade dann die emotional wie inhaltlich *markante* Linie. Sie verlassen den Bereich, der Bestandsaufnahme. Anders als bei den Positionen und der Themenzusammenstellung sind die Interessen auf der persönlichen Ebene angesiedelt.²³² An diesem qualitativen Übertritt ändert nichts, dass der Mediator bereits in den Phasen 1, 2 ggf. schon Verständnisfragen zu stellen hat, auch solche, die in emotionale Bereiche vordringen. Denn sie dienen der Verständnissicherung sowie der Bestimmung der Arbeitsgrundlage im Sinne eines

²²⁸ Kessen/Troja in: Haft/Schlieffen (2016), Hdb Mediation, S. 339; Gläßer/Kirchhoff, Interessenmittlung, S. 130.

²²⁹ Rabe/Wode, Mediation, S. 23, unter Verweis auf Köstler, Mediation, S. 30ff.

²³⁰ Greger in: Greger/Unberath, MediatG, § 2 Rn 57.

²³¹ Unklar Gläßer / Kirchhoff ZKM, 2009, 186 (186): (... mit der zweiten Phase beginne inhaltliche Arbeit am Konfliktstoff ...).

²³² Vgl. Saam, Mediation im Güterichterverfahren in: JR 2015, (163), 167 unter Verweis auch auf Etscheidt, in: Fritz/Pielsticker, MediationsG 2013, S. 628, Rn 48.

„worum geht es bei dieser späteren Mediation“ und der Bestandsaufnahme im Sinne der (subjektiv geprägten) Darlegung von Fakten und Positionen, der Sichtweisen der Parteien, der Herausarbeitung und Systematisierung von Themen sowie der Erarbeitung einer Agenda. Weder die Phasen 1 und 2 selbst noch die regelgerecht gestellten Verständnisfragen beziehen sich auf eine „Bearbeitung“ des erst mit Ende der Phase 2 zur Bearbeitung definierten Konflikt(anteils)s. Sie sind vielmehr (nur) der eigentlichen Konflikt-Bearbeitung vorgelagerte Stufen zur Herausarbeitung des äußeren Konfliktumfanges, „der Problemdefinition“²³³. Mit Phase 2 wird der Verfahrensgegenstand überhaupt erst festgelegt und das Dilemma oder die gegensätzlichen Positionen akzeptiert.²³⁴ Es besteht damit ein Bekenntnis zum bestehenden Streit, aber gerade noch kein Konfliktbekenntnis.²³⁵

Da der Schwerpunkt der Mediation, die Konfliktbearbeitung erst mit dem Übertritt in die Interessenbearbeitung in Phase 3 beginnt, sollte auch hier erst davon auszugehen sein, dass das MediatG das Postulat der Freiwilligkeit, und zu Recht, einfordert.

Diese sog. „realitätsbezogene Auslegung des Gesetzes, welche in der Rechtswissenschaft als zulässiges Interpretationsinstrument anerkannt ist,²³⁶ kann auch noch mit einem psychologischen Befund gestützt werden. *Thaler*²³⁷ hat in seinem Buch „Nudge“ psychologisch fundiert und statistisch eingehend belegt, dass aufgrund bestimmter Faktoren wie begrenzter Rationalität, bestimmter sozialer Präferenzen und einer verminderten Selbstkontrollfähigkeit in belastenden Situationen (Konflikten) die individuelle Entscheidungsfindung zum (objektiven) Nachteil der Person beeinflussen kann und das sog. „Nudging“, zu Deutsch „Anstupsen“, empfohlen. Indem Menschen eher nur die Option eines freiwilligen Verlassens eines (objektiv geeigneten) Entscheidungsfindungssystems ermöglicht wird („opt out“ – Lösung), statt im Gegenzug dazu die Teilnahme an ihm nur anzubieten („opt in“ – Lösung), würden sie sich eher und eingehender mit dem in Frage stehenden Verfahren auseinandersetzen als bei der bloßen Möglichkeit der Teilnahme.

Es soll dabei unbestritten bleiben, dass es im Rahmen einer Mediation, ja im gesamten Mediationsverfahren, allen Beteiligten darauf ankommen sollte, dass auch über das gesetzliche Maß hinaus Freiwilligkeit vorliegt. Gerade in einem Verfahren,

²³³ Trenczek in: Trenczek/Berning, Mediation, S. 296, Rn 19.

²³⁴ Trossen in wiki to yes, Etappenziel unter <https://www.wiki-to-yes.org/2.Phase>, letzter Zugriff: 23.05.2022.

²³⁵ Trossen in wiki to yes, Etappenziel unter <https://www.wiki-to-yes.org/2.Phase>, letzter Zugriff: 29.01.2020.

²³⁶ Siehe Klewitz, Auslegungspraxis, S. 250; Simon, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts, S. 6, Fn 34.

²³⁷ Thaler/Cass, Nudge, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Einleitung, S. 3ff.

bei dem es, wie in der Mediation, auf die Bereitschaft und den Willen ankommt, sich dem angebotenen Verfahren emotional und intellektuell zu öffnen und sich darauf einzulassen, ist der Wert der Freiwilligkeit nicht hoch genug einzuschätzen. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich der in das Verfahren Befohlene zunächst vor allem an der seinem Willen entgegenstehenden Anweisung „abarbeitet“ und sich in einer Art „Mentalreservation“ verfängt. Aber die mit der Freiwilligkeit dabei auch verbundenen Aspekte, etwa ihre Auswirkung auf Motivation, Konzentration, Selbstwertgefühl/Selbstsicherheit, auf ein sich einlassen, zugestehen, annehmen können²³⁸, kommen vor allem in Phase 3 zum Tragen, und wirkte sich gerade hier (erst) ihr Fehlen, ihre Hinderung besonders nachteilig aus.

Aufgrund der Erwähnung des Aspektes Freiwilligkeit gleich in zwei Paragraphen und im Zusammenfang mit der Definition des Verfahrens sowie der Tatsache, dass der Mediator sich ihres Vorhandenseins für die spätere Mediation vergewissern muss – und nicht lediglich durch eine geschlossene Frage bestätigen lassen kann – ist davon auszugehen, dass es sich um ein zwingendes Tatbestandsmerkmal handelt.

Als Ergebnis erscheint es daher zutreffend, zu vertreten, dass das Postulat der Freiwilligkeit erst mit dem Übertritt in die Phase 3 durch das MediatG selbst zwingend gefordert wird. Es ist dabei auch davon auszugehen, dass diesem Postulat der Rang einer zwingenden Tatbestandsvoraussetzung/eines zwingenden Prinzips²³⁹ nach MediatG zukommt, sodass ein Verstoß hiergegen dem Mediationsverfahren im weiteren Verlauf das (Qualitäts)Siegel „im Sinne des MediatG“ nehmen würde; und zudem rechtlich nicht mehr als Mediation im Rahmen des MediatG gelten kann!

²³⁸ Siehe Appelt, *Außergerichtliche Mediation*, S. 42.

²³⁹ BGH 14.01.2016 – I ZR 98/15, Rn 18, 19; zit. nach iuris.

4. Gesamtergebnis

Unter diesen beiden Annahmen ergibt sich für die vorliegende Fallfrage, dass der Arbeitgeber Mediationen durchgängig, jedoch nur in Bezug auf *Verhaltenspflichten* des Arbeitnehmers anordnen kann. Damit es sich dabei um eine Mediation im Sinne des Mediationsgesetzes handelt, muss er im Rahmen seiner Anweisung dem Arbeitnehmer explizit freistellen, die Mediation mit Abschluss Phase 2 jederzeit frei beenden zu können, ohne eine Maßregelung fürchten zu müssen. Wenn und soweit er sich mit seiner Anweisung innerhalb dieses Rahmens bewegt, handelt es sich bei der solchermaßen umfassten Mediation noch um eine im Sinne des MediatG.

Dabei sollte in Fällen arbeitgeberseitig angewiesener Mediationsverfahren die Bearbeitung betreffend aller Themen nur einheitlich in Phase 3 überführt werden. Zwar ist es theoretisch denkbar, dem Arbeitnehmer nur einen Ausstieg aus dem jeweiligen Thema zuzugestehen, soweit er es in Phase 3 nicht mehr behandeln will. Fraglich ist aber jedenfalls, ob sich das auch fachpraktisch bewerkstelligen lässt, wenn mehrere Themen zusammenhängen, aber nicht alle bereits Phase 2 passiert haben. Erschwerend käme hinzu, dass wohl § 2 Abs. V S. 1 MediatG nicht dahingehend zu verstehen ist, dass es im Zweifel ausreichen kann, für einzelne Themen eine Beendigungsmöglichkeit zuzugestehen, sondern die Beendigungsmöglichkeit auch dann, wenn nur einzelne Themen betroffen sind, insgesamt bestehen muss, andernfalls § 2 Abs. V. S. 1 verletzt wäre und ab da keine Mediation im Sinne des MediatG mehr vorläge.

5. Schluss/Fazit

Die Mitwirkung an einem Mediationsverfahren, das seinen besonderen Wert und seinen Erfolg gerade auch durch seine Ausrichtung auf Aspekte wie Selbstbestimmtheit und Eigenverantwortlichkeit schöpft, kann man faktisch gegen den Willen des Arbeitnehmers anordnen. Diese dabei zu Tage tretende Antinomie²⁴⁰ etwas auf Freiwilligkeit Fußendes anzuordnen, ist auch rechtlich wirksam, wie der Gang der Arbeit zeigt, dem Arbeitgeber an die Hand gegeben, und daher verhält es sich im Arbeitsrecht wie bei Asterix und Obelix, mit der Ansage des Dekurio:

„Legionär Fidibus! Du bist Freiwilliger!“²⁴¹

Dort wie im Arbeitsrecht wäre es allerdings auch erfolgversprechender, den Arbeitnehmer nicht erst in einer Konfliktsituation auf (s)eine Aufgabe vorzubereiten, und nützt die Anordnungsmacht daher wenig, wenn der Arbeitnehmer im Ergebnis nicht „mitzieht“.

Ein arbeitgeberseitig angeordnetes Mediationsverfahren mag, sofern es nur eines „Nudgings“ bedarf, im Laufe des Verfahrens immer noch zu einer ausreichenden Bereitschaft auf Seiten des Arbeitnehmers führen, mitzuarbeiten. Insbesondere, wenn er über das Verfahren ausreichend informiert wurde und es dem Mediator gelingt, ihn davon abzubringen, sich zunächst vor allem an der Anweisung des Arbeitgebers selbst (erst einmal) emotional abzuarbeiten, und so den Blick auch auf die Chancen richten kann, die sich auch für ihn in dem Mediationsverfahren eröffnen können.

Was die Anweisung nicht vermag, ist, den Widerspruch aufzulösen, der darin besteht, dass der Arbeitgeber mit der Durchsetzung des Verfahrens gegen den Willen des Arbeitnehmers einen weiteren Konflikt hat entstehen lassen; einen Konflikt zweiter Ordnung. Und nicht nur, dass sie dabei „in der Sache“ um das Richtige uneins sind, sie sind auch emotional weiter auseinandergerückt. Wenn ein neuer Konflikt auf einen bestehenden trifft und Verfahrensinformationen erst unter Stress und Druck bereitgestellt werden, spricht dies mindestens für ein schlechtes Timing. Es fragt sich zudem, vor allem wenn der Arbeitgeber ein „repeated player“ ist, warum er dieses aus seiner Sicht richtige Verfahren nicht bereits im Unternehmen, etwa im Rahmen eines Konfliktmanagementsystems²⁴², bekannt gemacht – und bestens bereits eingeführt – hat. Dem Arbeitnehmer wären die Informationen über

²⁴⁰ Siehe <https://www.dwds.de/wb/antinomisch>: auch vernunftswidrig, sinnfrei; letzter Zugriff: 23.05.2022.

²⁴¹ Zitiert nach der Idee und Quelle von Trossen, Arthur, <https://www.wiki-to-yes.org/> Mediationspflicht; letzter Zugriff: 23.05.2022; siehe auch Troja ZKM 2019, 137(137), welcher den Jedi-Meister Yoda zu einem Vergleich bei Fragen der Mediation heranzieht.

²⁴² Siehe dazu etwa Kloweit/Gläßer, MediatG, S. 69, Rn 51–54.

ein Mediationsverfahren ggf. schon vorab, stressfrei bekannt. Ebenso das Motiv des Arbeitgebers, dieses Verfahren als Teil einer (neuen) Streitkultur zu verstehen, hinter der er steht und sich bei dessen Scheitern im konkreten Fall unter einem Rechtfertigungsdruck sieht, der über den Einzelfall weit hinausgehen kann.

Wo ein solches Konfliktmanagementssystem (KMS) nicht etabliert ist, sollte (auch als zukünftiger Teil eines solchen bestehenden) arbeitgeberseitig überlegt werden, die Information nicht selbst durchzuführen, sondern etwa in Anlehnung an die bestehenden ICC-Regeln²⁴³ zum Mediationsverfahren vorzugehen. Dort ist in Art 3 Abs. 1 S. 2 die Alternative vorgesehen, dass die andere Konfliktpartei über den „Umweg“ eines Mittlers über das Verfahren einer Mediation informiert wird. Somit wird der Raum für Interpretationen verkleinert, der Arbeitgeber/der von ihm vorgeschlagene Mediator informiere subjektiv eingefärbt. In dieselbe Richtung zielt auch, zudem wie in Art 5 Abs. 1, 2 vorzugehen, und diesem „Mittler“ auch zu überlassen, unverbindlich einen Mediator vorzuschlagen.

Als Mittler bieten sich aus naheliegenden Gründen weniger die Arbeitgeberverbände oder Industrie- und Handelskammern usw. an, da sie als „im Lager der Arbeitgeber stehend“ interpretiert werden können. Zu denken ist stattdessen insbesondere an die großen Mediationsverbände, zumal dort ein hohes Maß an Fachkompetenz zu erwarten ist.

Der Arbeitgeber hat nicht nur in der Hand, den Arbeitnehmer in eine Mediation zu führen. Wenn und weil er im Vorfeld Timing und Inhalt der Informationen sowie die eigene Motivlage bestimmen kann, hat er auch den Erfolg ein Stück weit in der Hand, ohne dass es dabei auf ein Weisungsrecht ankäme.

Damit schließt sich der Kreis, dass es bei der Mediation vor allem auf Freiwilligkeit ankommt.

²⁴³ Regelungen der International Chamber of Commerce; siehe unter <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules-german-version/>; letzter Zugriff: 29.01.2020.

Literaturverzeichnis

- Ade, Juliane/Alexander, Nadja: Mediation und Recht: Eine praxisnahe Darstellung der Mediation und ihrer rechtlichen Grundlagen, 2017.
- Appelt, Frank: Außergerichtliche Mediation als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Zivilprozess, 2014.
- Ballreich, Rudi/Glasl, Friedrich: Konfliktmanagement und Mediation in Organisationen, Ein Lehr- und Übungsbuch mit Filmbeispielen, 2019.
- Bernhardt, Hanspeter/Winograd, Bianca: In: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), Handbuch der Mediation, 3. Auflage 2016.
- Bierbrauer, Günter: In: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), Handbuch der Mediation, 3. Auflage 2016.
- Bohm, David: Der Dialog Das offene Gespräch am Ende der Diskussion, 5. Auflage 2008
- Breidenbach, Stephan: Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995.
- Bröckeremann, Reiner: Personalwirtschaft. Lehr- und Übungsbuch für Human Resource Management, 6. Auflage 2012.
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Hennsler, Martin: Arbeitsrecht, 17. Auflage 2007.
- Budde, Andrea: Mediation und Arbeitsrecht, Rahmenbedingungen für die Implementierung von Mediation im Betrieb, 2013.
- Bush, Barush/Folger, Joseph: Transformative Mediation. Für den Erhalt des besonderen Potentials der Mediation in verschiedenen Konflikten, KD 2015, 274ff.
- Dendorfer, Renate/ Krebs, Thomas: Arbeitsrecht und Mediation. Synergien oder Komplikationen für die innerbetriebliche Mediation? KD 2012, S. 212ff.
- Dendorfer-Ditges, Renate/Ponschab, Reiner: In: Moll, Wilhelm (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage 2012.
- DGFP: Deutsche Gesellschaft für Personalmanagement (DGFP): Personalmanagement nachhaltig gestalten. Anforderungen und Handlungshilfen, 2011.
- Dörner, Klemens/Luczak, Stefan u.a.: Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, 9. Auflage 2011.
- Dörner, Klemens/Luczak, Stefan u.a.: Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, 13. Auflage 2015
- Dornbusch, Gregor/Fischermeier, Ernst/Löwisch, Manfred: Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 9. Auflage 2018.
- Duss-von Werdt, Joseph: Einführung in die Mediation, 2008.
- Eidenmüller, Horst/Wagner, Gerhard: Mediationsrecht, 2015.

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht; Müller-Glöge, Rudi/Ulrich, Preis u.a. (Hrsg.): 21. Auflage, 2021.
- Fritz, Roland/Pielsticker, Dietrich: Handbuch zum Mediationsgesetz, 2013.
- Galanter, Marc: Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, 9 Law and Society Rev (1974), 95.
- Geier, Franziska: Grundlagen der Kommunikation, 175ff in: Trenczek, Thomas/Berning, Detlev u.a.: Mediation und Konfliktmanagement: Handbuch. 2. Auflage 2017.
- Geier, Franziska: Kommunikation in der Mediation, 316ff in: Trenczek, Thomas/Berning, Detlev u.a.: Mediation und Konfliktmanagement: Handbuch. 2. Auflage 2017.
- Gläßer, Ulla: § 2 MediatG, in: Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla: Mediationsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, 2017.
- Gläßer, Ulla/Kirchhoff, Lars: Interessenermittlung – Spannungsfeld zwischen Präzision und Emotion. ZKM 2005, S. 130 ff.
- Gläßer, Ulla/Kirchhoff, Lars/Troja, Markus: „Lehrmodule Mediation“. ZKM 2015, S. 32ff.
- Glasl, Friedrich: Handbuch für Führungskräfte, 5. Auflage, 1997.
- Gomille, Christian: Informationsproblem und Wahrheitspflicht. Ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess, 2016.
- Gordon, Thomas: Die neue Beziehungskonferenz. Effektive Konfliktbewältigung in Familie und Beruf, 4. Auflage, München 2002.
- Greger, Reinhard: Unter falscher Flagge. Zum Fehlgebrauch des Mediationsbegriffs und seinen Folgen. ZKM 2015, 172ff.
- Greger, Reinhard: Mediationsgesetz. In: Greger, Reiner/Unberath, Hannes/Steffek, Felix: Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Auflage 2016.
- Haft, Fritjof: In: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), Handbuch der Mediation, 3. Auflage 2016.
- Hartmann, Jens: Personalgespräche – Grenzen der Beteiligung Dritter. DB 2013, 1416ff.
- Hartmann, Christoph: § 28 Sicherung der Vertraulichkeit in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), Handbuch der Mediation, 3. Auflage 2016.
- Hehn, Marcus: Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), Handbuch der Mediation, 3. Auflage 2016.
- Henkel, Alexander/Henkel, Juliane: Mediation im Betrieb. AuA 2014, 703ff.
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen: Arbeitsrecht. Kommentar, 9. Auflage 2018.

- Hlawathy, Ann Christine: Weniger ist mehr – Teil 2. Diagnostik als Element der Qualitätssicherung bei Mediationen im Arbeitsleben. ZKM 2015, 56ff.
- Hromadka, Wolfgang: Grenzen des Weisungsrechts. NZA 2012, 233ff.
- Hromadka, Wolfgang: Das allgemeine Weisungsrecht. DB 1995, 2601ff.
- Hunold, Wolf: Konfliktlösung im Betrieb. AuA 2015, 216ff.
- Jannsen, Bettina: Willkommen – Widerstand gegen innerbetriebliche Mediation. ZKM 2019,49ff.
- Jannsen, Bettina: Mediation und Leitungsverantwortung, ZKM 2018, 184ff.
- Jochens, Norbert/Vogel, Frank: Mediative Führungskompetenz. ZKM 2017, 231ff.
- Kessen, Stefan/Troja, Markus: § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess. In: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), Handbuch der Mediation, 2. Auflage 2009.
- Kirchhoff, Lars/Schroeter, Kirsten: Lehrmodul 4: Mediations„wissenschaft“? – Zwischen Wissenschaftstheorie und Pragmatismus. ZKM 2006, 56ff.
- Kleinmann, Christoph/Meyer-Renkes, Katharina/Fündling, Caroline: Der Kündigungsschutzprozess. Strategie und Taktik. 3. Auflage, 2017.
- Klewitz, Karsten-Michael: Die Auslegungspraxis des Bundesverwaltungsgerichts, Dissertation. Kiel, 1971.
- Köstler, Anja: Mediation, 2010.
- Kressel, Kenneth: The process of divorce, 1985.
- Künzl, Reinhard: In: Leinemann, Wolfgang: Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. I, 2.1., 2. Auflage, 2000.
- Kunz, Jürgen/Henssler, Martin/Brand, Jürgen u.a.: Praxis des Arbeitsrechts, Arbeitsrecht – Steuerrecht – Sozialversicherungsrecht. 6. Auflage, 2018.
- Lukas, Roland: Mediation in individual- und kollektivrechtlichen Konflikten in: Klowait, Jürgen/Gläßer, Ulla: Mediationsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, 2017.
- Maslow, Abraham: Motivation und Persönlichkeit, 21. Auflage, 2002.
- Möhn, Heinz/Siebel, Anke: Mediation. Lehrbuch für die praktische Ausbildung, 2. Auflage 2014.
- Montada, Leo/Kals, Elisabeth: Mediation. Psychologische Grundlagen und Perspektiven, 1. Auflage. 2001.
- Nink, Regina: Mediation im Arbeitsrecht. Möglichkeiten, Anwendungsbereiche, Umsetzung. Dissertation, 2016.
- Palandt: Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Kommentar, hrsg. von Bassenge, Peter/Budermüller, Gerd u.a., 72. Auflage 2013.
- Patzek, Andreas: Fragekompetenz für Führungskräfte, Ein Handbuch für die Fragekompetenz, 2015.

- Paul, Christoph/Weber, Christoph: Familien- und Scheidungsmediation, in: Klowitz, Jürgen/Gläßer, Ulla: Mediationsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, 2017.
- Puppe, Ingeborg: Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Auflage, 2011.
- Ponschab, Reiner: Die Erde ist eine Scheibe und andere Wahrheiten. Eine kritische Betrachtung von dogmatischen Aussagen über die Wirtschaftsmediation, ZKM 2015, 125ff.
- Preis, Ulrich/Temming, Felipe: Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2020.
- Prütting, Hanns: Reichweite und Grenzen der Mediation im Arbeitsrecht, in: Jousen/Unberath (Hrsg.), Mediation im Arbeitsrecht – 2009 Tagungsband, S. 99ff.
- PwC/EUV-Studie (2016): PwC/EUV-Studie (2016). PricewaterhouseCoopers/Europa-Universität Frankfurt (Oder) (Hrsg.) (2016). Konfliktmanagement in der deutschen Wirtschaft – Entwicklungen eines Jahrzehnts. Frankfurt am Main, 2016.
- Rabe, Christine/Wode Martin: Mediation. Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen, 2015.
- Rehbinder, Manfred: Einführung in die Rechtswissenschaft. 8. Auflage, 1995.
- Reichold, Hermann: In: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Gesamtwerk in 4 Bänden, Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Band I, 4. Auflage 2018.
- Risse, Jörg: Wirtschaftsmediation, 2003.
- Rosner, Siegfried/Winheller, Andreas: Mediation und Verhandlungsführung, 2012.
- Roth, Herbert: Freiwilligkeit und Zwang in der Mediation. In: Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation – Europäische und deutsche Perspektiven (Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung Band 3), herausgegeben von Dethloff, Nina, 2013.
- Saam, Stefan: Mediation im Güterichterverfahren, JR 2015, 163ff.
- Sieg, Rainer: Interne Schlichtung zur Vermeidung von Arbeitsgericht und Einigungsstelle. In: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 1329ff.
- Simon, Sven: Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, Dissertation, 2016.
- Schliemann, Harald: Das Arbeitsrecht im BGB, 2. Auflage 2002.
- Schumacher, Lutz: Die Nutzung U.S.-amerikanischer Erfahrungen für die obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung, ZKM 2001, 19ff.
- Schulz von Thun, Friedemann: Miteinander reden 1: Störungen und Klärungen: Allgemeine Psychologie der Kommunikation Taschenbuch, 2008.
- Schwartz, Hansjörg: Verhandeln. In: Trenczek, Thomas/Berning, Detlev u.a.: Mediation und Konfliktmanagement: Handbuch. 2. Auflage 2017.

- Sturm, Robert: Mediation versus Moderation. Innovative Konzepte im Vergleich. ZKM 2004, 4ff.
- Thaler, Richard/Sunstein, Cass: Nudge, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2009.
- Tochtermann, Peter: Mediationsklauseln – Teil I – Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In: ZKM 2008, 57ff.
- Tochtermann, Peter: Mediationsklauseln – Teil II. In: ZKM 2008, 89ff.
- Tschöpe, Ulrich: Arbeitsrecht Handbuch, 11. Auflage 2019.
- Trenczek, Thomas: In: Trenczek, Thomas/Berning, Detlev u.a.: Mediation und Konfliktmanagement: Handbuch. 2. Auflage 2017.
- Troja, Markus: Konstruktivistische und systemtheoretische Grundlagen systemischer Mediation. In: Trenczek, Thomas/Berning, Detlev u.a.: Mediation und Konfliktmanagement: Handbuch. 2. Auflage 2017.
- Troja, Markus: Die dunkle Seite der Macht. In: ZKM 2019, 137ff.
- Ulrich, Eberhard: Arbeitspsychologie, 6. Auflage, 2005.
- Watzlawick, Paul/Beavin, Janet/Jackson, Don: Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien, 13. Auflage 2017.
- Wegner-Kirchhoff, Sabine: Konfliktmanagement im Unternehmen: Teure Klopfgeräusche in der Schnittstelle ZKM 2013, 94ff.
- Wendenburg, Felix: Machtungleichgewichte. KritV 2015, 33ff.
- Wenzel, Claus: Konfliktbearbeitung durch Mediation aus berufspädagogischer Sicht, Theoretische Grundlagen, Qualifizierungsansätze und Umsetzungsempfehlungen für mediatives Arbeiten in der Schule, zugleich Dissertation, Kassel 2008.
- Zöllner, Richard: Zivilprozessordnung (ZPO), 32. Auflage 2018.

Abkürzungsverzeichnis

ArbG	Arbeitsgericht
BAG	Bundesarbeitsgericht
etc.	et cetera
iusris	Onlineportal für Rechtsinformationen der juris GmbH
i.V.m.	in Verbindung mit
h.M./H.M.	herrschende Meinung
KD	Zeitschrift für Konfliktdynamik
LAG	Landesarbeitsgericht
OLG	Oberlandesgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
u.a.	unter anderem
z.B.	zum Beispiel
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
zit.	Zitiert

Über den Autor

Als praktizierender (Syndicus-)Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt Arbeitsrecht und mehr als 20 Jahren Berufserfahrung in der strategischen und operativen Führung von Personalabteilungen und als Senior HR-Consultant haben den Autor die angetroffenen Verhandlungssituationen, Konfliktursachen, Konfliktaustragungen, wie die (häufig unzureichenden) Konfliktannäherungen sowie Lösungsansätze mehr und mehr zu einem Fürsprecher von Konfliktbearbeitungs- und Lösungsansätzen werden lassen, die vor, neben, oder statt des (formalen) Rechtsweges stehen können. Mediation und Konfliktmanagement sind weder „das Mittel der Wahl“ noch in jedem Falle (als vorgeschalteter) Versuch tauglich. Wer jedoch den Menschen (oft genug im Zentrum des Konfliktes stehend) hierbei mehr Raum, Gehör, mehr Mitsprache und mehr Lösungskompetenz zugestehen möchte (oder von ihnen erwartet) kommt an einer intellektuellen und in der Folge strategisch-operativen Beschäftigung mit der Thematik (freiwilliger) Mediation nicht (mehr) vorbei.

Mediation bedeutet Mut zu haben, mindestens auf der Seite der Befürworter in Unternehmen; und zudem auf Seiten der Verantwortlichen, neben Unternehmensleitung den Personalverantwortlichen, anwaltlichen Berater und – last but not least gerade auch den Betriebsräten.

Mediation bedeutet aber auch, Mut zu machen, denjenigen, die sich in herausfordernden Situationen oder gar Konflikten befinden und nach Veränderung, Lösungen suchen...

Diesem Ansatz verschreibt sich der Autor auch in dem vorliegenden Buch.

Kontakt

Kai Hager, RA, M.A.

Wilmersdorfer Straße 32, D-14547 Beelitz/Fichtenwalde

Mail: kai.hager@gmx.de Tel: 0174-3187829

- zugelassener Rechtsanwalt; Tätigkeitsschwerpunkt im Arbeitsrecht
- Master of Arts (M.A.) Mediation & Konfliktmanagement (Europa-Universität Viadrina)
- Zertifizierter Mediator nach § 5 Abs. II MedG
- Zertifizierter Mediator Wirtschaft und Arbeit (IKK Radius)
- Zertifizierter Mediator Familie (IKK Radius)
- Zertifizierter individualpsychologisch-systemischer Coach (VfTC, IKK Radius)
- Zertifizierter HR-Supervisor (VfTC)
- Dozent für Personalmanagement (u.a. IHK Potsdam)
- Dozent für Mediation und Vertiefung Wirtschaftsmediation (u.a. IHK Potsdam)