



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 29

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Annette Ehrnsperger

Vertraulichkeit und Datenschutz bei der Online-Mediation über Videokonferenzen



Wolfgang Metzner Verlag

Band 29

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.

Annette Ehrnsperger

**Vertraulichkeit und Datenschutz
bei der Online-Mediation
über Videokonferenzen**



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2019/2021



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2021

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

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

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-095-1 (Print)

ISBN 978-3-96117-096-8 (Online)

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.

Um sich auseinander zu setzen, muss man sich erstmal zusammensetzen.

Erhard Horst Bellermann

(*1937), deutscher Bauingenieur, Dichter und Aphoristiker

Quelle: Bellermann, Schmetterlinge im Kopf. Gedanken in Reim und Prosa, 2006.

Inhalt

Vorwort 5

Abstract – Confidentiality and Data Protection in Mediation via
Video Conferencing 6

1. Einleitung 7

2. Online-Mediation über Videokonferenzen 8

2.1. Begriffsklärung 8

2.2. Typisches Format 9

2.3. Interessenlage bei der Mediation über Videokonferenz 9

3. Vertraulichkeit in der Mediation 13

3.1. Nichtöffentlichkeit 13

3.2. Verschwiegenheitspflicht des Mediators 15

3.3. Vertraulichkeitspflichten der Parteien untereinander 16

4. Datenschutzrecht 20

4.1. Begriff „Datenschutz“ und historischer Rückblick 20

4.2. Interessenlage 22

4.3. Zentraler Anknüpfungspunkt 25

5. Vertragslage und grundsätzliche Auswahlentscheidung 28

5.1. Telefon-/Internetanschluss 28

5.2. Videokonferenzdienste 29

5.2.1. Vertrag zwischen Organisator und Anbieter 29

5.2.2. Vertrag zwischen Teilnehmer und Anbieter 29

5.3. Auswahlentscheidung 30

6. Vertraulichkeitsfragen bei Mediation über Videokonferenz	32
6.1. Nichtöffentlichkeit	32
6.1.1. Einladung	32
6.1.2. Eröffnung	33
6.1.3. Durchführung	34
6.1.4. Ende der Videokonferenz	36
6.2. Verschwiegenheitspflicht des Mediators	36
6.3. Vertraulichkeit zwischen den Parteien	39
7. Datenschutzrecht bei der Mediation über Videokonferenz	41
7.1. Verarbeitung personenbezogener Daten und Rechtsgrundlagen	41
7.1.1. Verarbeitung personenbezogener Daten	41
7.1.2. Rechtsgrundlagen	42
7.2. Betrieb auf eigener Infrastruktur	43
7.3. Einschub Telekommunikationsrecht	44
7.4. Einsatz eines Videokonferenzanbieters als Auftragsverarbeitung	46
7.4.1. Erforderlichkeit	46
7.4.2. Auftragsverarbeitungsvereinbarung	50
7.4.3. Weitere Fragen	54
7.5. Internationale Anbieter und Übermittlung in Drittländer	55
7.5.1. Art. 45 Abs. 3 DSGVO Angemessenheitsbeschluss	56
7.5.2. Art. 45 Abs. 1 DSGVO und das EU Datenschutzschild	56
7.5.3. Art. 46 Abs. 2 lit. c DSGVO und EU SDK	58
7.5.4. Art. 49 DSGVO und Ausnahmen für bestimmte Fälle	65
7.5.5. Exkurs zum CLOUD Act	68
7.5.6. Fazit zur internationalen Verarbeitung / zur Verarbeitung durch internationale Anbieter	69
7.6. Datenschutz bei der Durchführung der Videokonferenz	71
7.7. Weitere Datenschutzpflichten	74
8. Fazit und Empfehlungen für die Praxis	78

Literaturverzeichnis	80
Abkürzungsverzeichnis und Glossar	94
Übersicht der Anhänge	105
Anhang 1 – Checkliste für die Dienstauswahl	106
Anhang 2 – Praktische Hinweise	109
Anhang 3 – Beispiel einer Datenschutzerklärung für die Medianden	111
Anhang 4 – Auftragsverarbeitungsvereinbarungen ausgewählter Anbieter	116
Über die Autorin	117

Vorwort

Dieses Buch ist eine überarbeitete und aktualisierte Fassung meiner Masterarbeit, die ich im 11. Studiengang Mediation und Konfliktmanagement (2019–2021) an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) angefertigt und im November 2020 eingereicht habe. Zum Zweck der Veröffentlichung habe ich sie aktualisiert und um einige weiterführende Gedanken ergänzt.

Die Arbeit widmet sich aktuellen Fragen der Vertraulichkeit sowie des Datenschutzrechts bei Mediationen, die über Videokonferenzen durchgeführt werden. Betrachtet werden dabei sowohl die Auswahl des Anbieters als auch der Einsatz des Konferenzdienstes selbst. In der Folge des EuGH Urteils Schrems II vom Juli 2020 haben sich eine Vielzahl von datenschutzrechtlichen Herausforderungen ergeben, die in der Praxis zu großer Unsicherheit führen. Vorliegend werden das geltende Recht und die zugrundeliegenden Interessen beleuchtet und darauf aufbauend eine Einschätzung für den praktischen Umgang mit den aktuellen Rechtsfragen gegeben.

Mein Dank gebührt allen voran meinem Dozenten Dr. Felix Wendenburg, mit dem ich erste Ideen zur Themenfindung austauschen konnte, der Betreuerin meiner Masterarbeit, Frau Pia Mahlstedt, die mich bei der Schärfung der Fragestellung und der Strukturierung zielführend unterstützt hat, und dem Zweitgutachter, Herrn Dr. Christof Berlin, der mein Interesse an einer Veröffentlichung geweckt hat.

Zudem gilt mein Dank den Verantwortlichen des Master-Studiengangs Mediation und Konfliktmanagement Prof. Dr. Ulla Gläßer LL.M., Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter, Dr. Felix Wendenburg M.B.A. und Dipl.-Psych. Nicole Becker M.A. für die Aufnahme dieser Masterarbeit in die Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement.

Meinen Teamkolleg:innen habe ich dafür zu danken, dass sie mir den Rücken freigehalten haben, und meiner Chefin dafür, dass sie mein Vorhaben jederzeit unterstützt und mir die notwendigen Freiräume zugestanden hat.

Schließlich möchte ich meinem Ehemann, Dr. Markus Ehrnsperger, und unseren drei Kindern Arved, Jördis und Gerald dafür Danke sagen, dass sie mich während der Zeit der Mehrfachbelastung durch Studium neben dem Job und dann durch COVID-19 bedingtes „Alle sind jetzt von morgens bis abends zu Hause“ mit Geduld und Liebe unterstützt und ertragen haben.

Dr. Annette Ehrnsperger, Mai 2021

Abstract – Confidentiality and Data Protection in Mediation via Video Conferencing

This legal thesis examines the special requirements that arise from the confidentiality principle in mediation law and from data protection law when using video conferences for mediation purposes.

The thesis analyses the applicable law and its foundation in Human Rights legislation, taking into account the interests of the individuals, both during the actual conference as well as in the consideration of the legal basis.

Particular challenges arise when using video conferencing providers who either run their conferencing infrastructure not only in the EEA, but on globally distributed servers, especially in the USA, or administrate regional European data centers from outside the EEA. They may be subject to local law which is not compliant with European data protection law. It is precisely here that future EU foreign policy will make a major contribution to the evolution and harmonization of the currently contradictory legal systems. Since technology is also constantly evolving, there is hope that a solution will be found that is equally viable for the individuals' fundamental rights and for the general interest.

At present, the mediator should be aware of the uncertainty and choose and run the selected video conferencing service with due care. The annexes provide a list of practical things to remember in the context of videoconferencing, a particular data protection checklist for the choice of the provider and a draft for a data protection information document. They may be useful for evaluating the offers from different providers as well as using videoconferencing in mediative practice.

1. Einleitung

Muss man sich wirklich physisch zusammensetzen, um eine Auseinandersetzung zu führen? Gerade angesichts der derzeitigen pandemiebedingten Abstandsgebote aber auch allgemein im Zuge der zunehmenden Digitalisierung ist eine Zunahme von mediativen Konfliktlösungen auch bei nur „virtueller“ gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten zu beobachten.

Der Einsatz moderner Kommunikationsmittel birgt Chancen für die Mediation (Abschnitt 2), geht aber auch mit neuen Risiken insbesondere für die Vertraulichkeit der Mediation sowie in Bezug auf Datenschutzrecht einher. Sowohl bei der Auswahl eines geeigneten Konferenzdienstes als auch bei dessen Einsatz stellen sich eine Vielzahl tatsächlicher und rechtlicher Herausforderungen. Gerade das Datenschutzrecht hat bei der videokonferenzgestützten Durchführung der Mediation im Vergleich zur Mediation vor Ort einen viel größeren Stellenwert.

Bei der Klärung der rechtlichen Grundlagen (Abschnitte 3 und 4) wird auf die jeweils zugrundeliegenden Interessen einzugehen sein. Sie haben maßgeblichen Einfluss auf die konkrete Ausprägung der Pflichten aller Beteiligten in der Praxis in Bezug auf Vertraulichkeit und Datenschutz haben.

Die kurze Darstellung der Vertragskonstellation im Dreieck zwischen den Medianten, dem Mediator¹ und den Diensteanbietern (Abschnitt 5) bildet die Basis für die anschließende Untersuchung der videokonferenzspezifischen Fragen in Bezug auf Vertraulichkeitspflichten (Abschnitt 6) und Datenschutzrecht (Abschnitt 7). Dort haben sich insbesondere beim Einsatz internationaler Diensteanbieter infolge der jüngsten EuGH-Entscheidung „Schrems II“ besondere Fragestellungen ergeben.

In Abschnitt 8 folgen abschließende Empfehlungen. In den Anhängen befinden sich eine Checkliste für die Auswahl des geeigneten Dienstes, eine Sammlung von Praktischen Hinweisen sowie ein Muster für eine Datenschutzerklärung für die Medianten und schließlich eine Liste der Quellen der untersuchten Auftragsverarbeitungsvereinbarungen.

¹ Im Folgenden wird aus Gründen der leichteren Lesbarkeit auf die gleichzeitige Verwendung der männlichen und weiblichen Sprachformen bzw. andere genderneutrale Darstellungen verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

2. Online-Mediation über Videokonferenzen

Zu Beginn dieser Arbeit möchte ich nach der erforderlichen Begriffsklärung auf das Wesen der sog. „Online-Mediation“ und die Interessenlage der Beteiligten bei der Durchführung des Mediationsverfahrens im Wege einer Videokonferenz eingehen.

2.1. Begriffsklärung

Die Begriffe „remote“ und „online“ werden im Kontext der Mediation für Fälle verwendet, in denen im weitesten Sinne keine gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Teilnehmer und des Mediators gegeben ist² bzw. – spezieller, dafür technisch unschärfer formuliert – in denen die Mediation „über das Internet oder andere Kommunikationsmedien“ durchgeführt wird³. Nicht ausreichend ist, wenn lediglich computergenerierte Abstimmungs- oder Visualisierungshilfsmittel wie „Heatmaps“ oder online bereitgestellte „Voting-Tools“ für Abstimmungen eingesetzt werden⁴. Durch den technischen Fortschritt, aber auch durch äußere Umstände, wie die sich seit dem Frühjahr 2020 weltweit ausbreitende COVID-19 Pandemie⁵, haben Videokonferenzen Eingang in den Alltag der Menschen und damit auch in die Konfliktbearbeitung gefunden.

Wir bewegen uns zwar noch nicht in der vor ca. 20 Jahren in Aussicht gestellten Welt, in der „Avatare komplexe Fälle halbautomatisch mediieren“⁶, indem sie softwaregestützt paraphrasieren „wie jeder gute Mediator“ und mittels Machine-Learning-Eigenschaften in der Lage sind, aus Rückmeldungen der Medianten zu lernen. Die Technik und auch die Gewöhnung der Nutzer an virtuelle Kommunikationsmethoden haben sich jedoch wesentlich weiterentwickelt. Videokonferenzen stellen inzwischen – anders als in früheren Abhandlungen zur „Online-Mediation“⁷ – den Schwerpunkt der Betrachtungen dar⁸. Die in Reaktion auf die COVID-19-Pandemie ausgesprochenen Kontaktbeschränkungen haben in vielen Ländern den Ersatz per-

² So z. B. Haft/Schlieffen-Lapp, § 23 Rn. 1.

³ So Rickert KD 2019, 64, 64.

⁴ So jedoch Wacker ZKM 2001, 265, 267.

⁵ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 80, 80.

⁶ So die Vision von Wacker ZKM 2001, 265, 268f.

⁷ Wacker ZKM 2001, 265, 267f.; Fietkau/Renz/Trénel ZKM 2001, 132, 135; Loock-Wagner ZKM 2002, 206, 209.

⁸ So bereits Rickert ZKM 2009, 168ff. und auch Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 80, 80.

sönlicher Arbeitstreffen durch Videokonferenzen zusätzlich befördert. Auch Mediatoren greifen inzwischen regelmäßig auf diese Technik zurück. Niederschwellige, oft kostenlose Angebote lokaler aber auch internationaler Dienstanbieter machen Videokonferenzen schnell verfügbar. Wie sieht eine typische Mediation über Videokonferenz daher aus, und welche Interessen der Beteiligten sind dabei prägend?

2.2. Typisches Format

Das typische Format der videokonferenzbasierten Mediation lässt sich wie folgt beschreiben⁹:

Der Mediator hat den zu verwendenden Videokonferenzdienst mit den Beteiligten abgestimmt, einen Termin aufgesetzt und den Parteien jeweils die Einwahldaten geschickt. Die Beteiligten sind an ihrem Arbeitsplatz oder zu Hause und nutzen einen PC mit Webcamera (i. d. R. einen Laptop mit integrierter Kamera), oder ein Smartphone, jeweils mit Internetanschluss. Auf den Endgeräten ist die erforderliche Konferenzanwendung installiert, oder die Teilnahme erfolgt direkt über den Webbrowser¹⁰. Der Mediator eröffnet die Konferenz zur vereinbarten Zeit, und die Beteiligten wählen sich ein. Die Beteiligten kommunizieren über die Audio- und Videoverbindung, d. h. sie hören und sehen einander. Die Bildschirmansicht hängt von der verwendeten Software und der gewählten Einstellung ab, lässt sich aber allgemein wie folgt beschreiben: Auf dem Bildschirm sind in mehreren Fenstern die Namensliste der Teilnehmer, die Videos der Parteien und des Mediators und ggf. ein Chat für Textnachrichten und / oder eine gemeinsame Präsentations- oder Arbeitsfläche zu sehen.

2.3. Interessenlage bei der Mediation über Videokonferenz

Auch außerhalb der durch COVID-19 bedingten Sondersituation entscheiden sich Beteiligte aus unterschiedlichen Gründen für die Durchführung der Mediation in

⁹ So bereits Rickert ZKM 2009, 169 und Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 81ff.

¹⁰ Siehe auch die detaillierte Beschreibung im BSI Kompendium VK 4-2020, S. 31. Andere Videokonferenz-techniken, insbesondere hardwarebasierte Lösungen mit speziellen Endgeräten werden hier ausgeklammert.

einem Online-Format, das nicht die physische Anwesenheit aller Beteiligten erfordert. Die Durchführung geht allerdings auch mit Risiken und Ambivalenzen einher¹¹. Ein Blick auf die Motive und Interessen der Beteiligten erscheint daher sinnvoll:

Für alle Beteiligten bietet die Online-Durchführung primär einen Effizienzgewinn: Die **Überbrückung der räumlichen Entfernung**¹² sowie die Einsparung von zeitlichen und finanziellen Aufwänden insbesondere für Reise und Raummiete werden als positiv angesehen¹³. Das virtuelle Hinzuziehen eines Co-Mediators, der eigene Kompetenzen oder Perspektiven in die Sitzung einbringt¹⁴, wird erleichtert. Möglichkeiten der Sitzungsunterbrechung, das Einrichten von „Break-Out-Sessions“ für die interne **Parteiberatung oder Einzelgespräche**, sowie das Zuschalten von unterstützenden Dritten machen das Verfahren flexibler und erlauben ein passgenaues Eingehen auf konkrete Bedürfnisse und Konfliktgestaltungen¹⁵. Dem **Sicherheitsbedürfnis** der Parteien kann insbesondere in eskalierten Konflikten dadurch Rechnung getragen werden, dass der physische Kontakt vermieden und eine größere Distanz gewahrt wird¹⁶. Der niederschwellige Zugang zur Mediation erhöht die Verhandlungsbereitschaft und stärkt die Autonomie der Parteien¹⁷.

Videokonferenzen sind für die Medianden ein wichtiges Mittel um Verständnis zu fördern, denn sie erlauben eine größere **Reichhaltigkeit der Kommunikation**¹⁸: Bei rein textlicher Kommunikation wird nur der Sachinhalt übermittelt (verbale Kommunikation)¹⁹. Bei Telefonie werden bereits Sprachsignale übertragen, d. h. neben der Sachinformation erhält der Zuhörer zumindest auch über Tonlagen, Stimmführung und Sprachmelodie²⁰ bestimmte Informationen über die emotionale

¹¹ Siehe hierzu die Zusammenstellungen bei Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 134f. und Schwittek/von Baumbach, ZKM 2020, 104ff., sowie Haft/Schlieffen-Lapp, § 23 Rn. 5.

¹² Siehe auch die praktischen Beispiele von Schwittek/von Baumbach-Schwittek, S. 106, sowie Hinterhölzl-Widi, S. 39 und Lütkehaus ZKM 2020, 102ff.

¹³ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 134.

¹⁴ Hinterhölzl-Widi, S. 57.

¹⁵ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 134.

¹⁶ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 135 für hoch-eskalierte Konflikte; anders die empirischen Erfahrungen bei Hinterhölzl-Widi, S. 56f.

¹⁷ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 134.

¹⁸ Siehe Kilburg Komet Blog 14.07.2020.

¹⁹ Haft/Schlieffen-Duss-von Werdt, § 10 Rn. 40.

²⁰ Haft/Schlieffen-Lapp, § 23 Rn. 9 und Haft/Schlieffen-Duss-von Werdt, § 10 Rn. 40f.

Lage und über die Wichtigkeit des Gesagten für den Sprecher. Bei Videoübertragungen sind schließlich auch Mimik und bestenfalls Gestik des Sprechenden erkennbar. Diese Körpersprache übermittelt weitaus mehr Kanäle non-verbaler Kommunikation und hilft dem Zuhörenden, Verständnis für den Sprechenden zu entwickeln²¹.

Das Interesse der Beteiligten an einer gleichberechtigten Teilnahme am Verfahren kann jedoch durch in unterschiedlichem Maß vorhandene **technische Ausstattung** oder auch persönliche Technikaffinität beeinträchtigt sein²²: Technische Störungen aber auch Vorbehalte gegenüber internetbasierter Mediation können bei den Parteien ein Gefühl des Kontrollverlusts erzeugen, das letztlich die Autonomie beeinträchtigt. Die eingangs beschriebenen Effizienzgewinne können zudem durch schnelleres Ermüden während der Videokonferenz verringert werden²³. Ebenso können die als vorteilhaft aufgeführte Distanz und der fehlende direkte Augenkontakt der Parteien zueinander und zum Mediator dazu führen, dass die Kommunikation an Authentizität verliert und nicht die für ein gegenseitiges Verständnis der Interessen erforderliche emotionale Nähe aufkommt²⁴.

Zur wirksamen Konfliktbearbeitung müssen solche Defizite durch **geeignete Vorgehensweisen kompensiert** werden: Der Mediator kann im Vorfeld bei der technischen Umsetzung Hinweise geben und Anleitungen zur Verfügung stellen, oder auch ein Konferenztool auswählen, das ggf. funktionsärmer, dafür aber leichter zugänglich ist. Vorbehalte der Parteien können durch Aufklärung abgebaut werden²⁵. Während der Mediation können gezielte Pausen der Ermüdung, die in Anlehnung an den Videokonferenzdienst Zoom auch „Zoom Fatigue“²⁶ genannt wird, vorbeugen²⁷. Dadurch, dass der Mediator selbst bei seiner eigenen Kommunikation auf Blickkontakt achtet und die Parteien direkt anspricht, hilft er ihnen ihre Aufmerksamkeit zu erhalten. Auch technische Einstellungen, wie z. B. das automatische Vergrößern des Videobildes des jeweils Sprechenden, kann durch die Größe der Videodarstellung mangelnde non-verbale Reichhaltigkeit der Kommunikation verringern und mehr Nähe bewirken²⁸.

²¹ Haft/Schlieffen-Duss-von Werdt, § 10 Rn. 42.

²² Haft/Schlieffen-Lapp, § 23 Rn. 11.

²³ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 80, 83.

²⁴ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 135.

²⁵ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 80, 82f.

²⁶ Heim Blog 24.07.2020.

²⁷ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 80, 83 und Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 133, 135.

²⁸ Gläßer/Sinemillioglu/Wendenburg ZKM 2020, 80, 84.

Die Interessenlage der Beteiligten und die Möglichkeiten ihr Rechnung zu tragen sind bei der Online-Mediation durch Videokonferenzen sehr vielgestaltig und fordern die Kreativität des Mediators und der Parteien heraus.

Um die Risiken die videokonferenzgestützten Online-Mediation insbesondere für Vertraulichkeit und Datenschutz und ihre mögliche Mitigation zu beschreiben, werden nun im Folgenden die rechtlichen Grundlagen und die ihnen zugrundeliegenden Interessen dargestellt.

3. Vertraulichkeit in der Mediation

Mediationsverfahren sind gemäß § 1 Abs. 1 MediationsG grundsätzlich vertraulich. Bereits die zugrundeliegende Europäische Mediations-Richtlinie²⁹ (Mediations-RL) benennt die Vertraulichkeit als *wichtig* für die Durchführung des Mediationsverfahrens³⁰, gibt den Mitgliedsstaaten dann allerdings in ihrem Art 7 Abs. 1 nur als Mindestvoraussetzung auf, diese durch eine entsprechende Anpassung der zivil- und handelsprozessrechtlichen Regelungen als Zeugnisverweigerungsrecht umzusetzen.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Schaffung des Mediationsgesetzes entschieden, die Vertraulichkeit in Abweichung zu Art 3 lit. a Mediations-RL als Wesensmerkmal in die Definition des Mediationsverfahrens aufzunehmen. Sie ist jedoch abdingbar durch einvernehmliche Vereinbarung zwischen den Parteien, d. h. sie ist nicht konstitutiv³¹.

Die Vertraulichkeitsmaxime enthält drei Elemente³²: den Ausschluss der Öffentlichkeit, die Verschwiegenheitspflicht des Mediators und die Vertraulichkeitspflichten der Parteien untereinander³³.

3.1. Nichtöffentlichkeit

Anders als in Verfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit, die gemäß § 169 S. 1 GVG der Allgemeinheit grundsätzlich zugänglich sein müssen, ist in Mediationsverfahren die Öffentlichkeit grundsätzlich ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 2 Abs. 4 MediationsG³⁴: Die Öffentlichkeit steht zur Disposition

²⁹ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, in den verschiedenen Sprachen abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>.

³⁰ Siehe EG 23 zur Mediations-RL.

³¹ Klowait/Gläßer-Hagel § 1 Rn. 6f und 9; Greger/Unberath/Steffek-Greger MediationsG § 1 Rn. 53.

³² Wagner ZKM 2011, 164, 164 und Klowait/Gläßer-Hagel § 1 Rn. 7 teilen sie hingegen nur in zwei Bestandteile auf, indem sie die hier getrennt behandelten Elemente der Verschwiegenheitspflicht des Mediators und der Vertraulichkeit der Parteien untereinander übergreifend behandeln.

³³ So auch Weigel NJOZ 2015, 41, 42ff.

³⁴ Weigel NJOZ 2015, 41, 42.

der Parteien, und Dritte werden im Mediationsverfahren nur ausnahmsweise zugelassen, soweit die Parteien deren Teilnahme, als weitere Konfliktbeteiligte, Rechtsberater oder Experten einvernehmlich im Arbeitsbündnis³⁵ vereinbaren³⁶.

Welche Parteiinteressen stehen hinter diesem Element des Vertraulichkeitsgrundsatzes?

Im Gegensatz zur Mediation sind Gerichtsverfahren eine Ausprägung des staatlichen Gewaltmonopols, das auch in der Form der dritten Gewalt der Kontrolle der Allgemeinheit unterliegen muss³⁷. Der Verfahrensgrundsatz der Öffentlichkeit ist Ausfluss der Prinzipien demokratischer Rechtspflege³⁸ und des Rechtsstaatlichkeitsgebots³⁹. Da er somit nicht ausschließlich dem Schutz privater Interessen dient⁴⁰, kann er nicht gemäß § 295 Abs. 2 ZPO durch den Verzicht seitens der Parteien abbedungen werden⁴¹. Parteien, die eine gerichtliche Klärung ihres Rechtsstreits wünschen, sind daher an einer für die Allgemeinheit nachvollziehbaren, rechtssetzenden Entscheidung ihres Konfliktes durch einen legitimierten Dritten interessiert.

In der Mediation streben die Parteien dagegen eine eigenverantwortliche Konfliktlösung im Sinne der Privatautonomie an. Mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit möchten die Streitenden nicht nur ihre Privatsphäre oder auch ihre Geschäftsgeheimnisse schützen⁴² und selbst vor der öffentlichen Bloßstellung durch negative Presseberichterstattung⁴³ oder der Verwendung der Informationen durch Wettbewerber bewahrt werden⁴⁴. Die Vertraulichkeit ihrer Gespräche ist vielmehr wesentlich für den Erfolg des Mediationsverfahrens⁴⁵: Die Parteien wünschen sich in der Mediation einen geschützten Raum⁴⁶, der ihnen einen Informationsaustausch zur

³⁵ Haft/Schlieffen-Kessen/Troja § 14 Rn. 18 und Troja ZKM 2009, 152, 153.

³⁶ Siehe die Gesetzesbegründung in BT-Drs 17/5335, Teil B, zu § 1, S. 13. Eine öffentliche Mediation im berechtigten Allgemeininteresse kommt ggf. ausnahmsweise im Kontext öffentlicher Planungsvorhaben in Betracht, siehe Haft/Schlieffen-Hartmann § 28 Rn. 7 u. Greger/Unberath/Steffek-Greger MediationsG § 4 Rn. 3.

³⁷ Von Lewinski IDR 2003, 150, 153.

³⁸ Zöller ZPO-Lückemann § 169 GVG Rn. 1.

³⁹ MüKo ZPO-Prütting § 295 Rn. 16.

⁴⁰ Zu diesem Kriterium siehe MüKo ZPO-Prütting § 295 Rn. 6.

⁴¹ Zöller ZPO-Lückemann § 169 GVG Rn. 15.

⁴² Von Lewinski IDR 2003, 150, 153.

⁴³ Weigel NJOZ 2015, 41, 42.

⁴⁴ Von Lewinski IDR 2003, 150, 153.

⁴⁵ MüKo ZPO-Ulrich Anh. 1 zu § 278a MediationsG §§ 1–9 Rn. 44.

⁴⁶ Weigel NJOZ 2015, 41, 42.

Ergründung authentischer Konfliktursachen und Motive ermöglicht⁴⁷, damit durch Perspektivwechsel gegenseitiges Verständnis und Empathie gefördert werden⁴⁸. Die Nichtöffentlichkeit unterstützt schließlich die Parteien in ihrer Suche nach gemeinsamen Einigungsoptionen⁴⁹, indem sie vor Polarisierung durch strategische „Litigation-PR“ bewahrt⁵⁰.

Die vom Gesetzgeber hierzu gelieferte Begründung weist ausdrücklich darauf hin, dass der Erfolg der Mediation vom geschützten Rahmen der vertraulichen Mediation abhängt, in dem die Parteien zu einer gemeinsamen Basis für eine Lösung ihres Konflikts gelangen, die dann allseits als gerecht wahrgenommen wird⁵¹. Dies entspricht der zukunftsgerichteten Lösungsorientierung der Mediation.

3.2. Verschwiegenheitspflicht des Mediators

Ein weiteres Element der Vertraulichkeit der Mediation ist die Pflicht des Mediators und seiner Hilfspersonen zur Verschwiegenheit gem. § 4 S. 1 und 2 MediationsG.

Hiernach sind der Mediator und seine Hilfspersonen dazu verpflichtet, das ihnen durch die Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt Gewordene vertraulich zu behandeln. Hiervon umfasst sind nicht nur während des Mediationsverfahrens erlangte Kenntnisse über Tatsachen, Meinungsäußerungen, Emotionen oder Motive⁵², sondern auch Informationen aus der Anbahnung des Verfahrens, d. h. auch die Namen der Parteien und die Tatsache, dass überhaupt eine Mediation durchgeführt wird⁵³. Ausnahmen ergeben sich aus dem Ordre Public Vorbehalt in S. 3 derselben Vorschrift, sowie durch den Vorbehalt abweichender gesetzlicher Regelung in § 4 S. 1 MediationsG, insbesondere aus dem Anwendungsbereich des § 138 StGB, nach dem für

⁴⁷ MüKo ZPO-Ulrich Anh. 1 zu § 278a. MediationsG §§ 1–9 Rn. 44.

⁴⁸ Weigel NJOZ 2015, 41, 42.

⁴⁹ Wagner ZKM 2011, 164, 164.

⁵⁰ Weigel NJOZ 2015, 41, 42.

⁵¹ Begründung BT-Drs 17/5335, Teil B, zu § 1, S. 13.

⁵² Haft/Schlieffen-Hartmann § 28 Rn. 17.

⁵³ Klowait/Gläßer-Goltermann § 4 Rn. 35f und Greger/Unberath/Steffek-Greger MediationsG § 4 Rn. 10.

Einschränkend dagegen Haft/Schlieffen-Hartmann § 28 Rn. 19, sowie bspw. Art. 9 der ICC Mediation Rules, die explizit die Verfahrensexistenz von der Vertraulichkeitspflicht ausklammern, siehe <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/>.