

1. Allgemeines

Ulrich Wanderer¹

1.1. Einleitung

Wir leben in einer Gesellschaft, in der Konflikte auf der Tagesordnung stehen – im privaten Bereich ebenso wie zwischen Nachbarn, zwischen völlig unbekanntem Straßenverkehrsteilnehmern oder zwischen Staaten. Konflikte entstehen zwischen Menschen gleichen oder unterschiedlichen Alters, identer oder unterschiedlicher Herkunft und Hautfarbe und sind oft inneren oder auch äußeren Umständen oder auch nur schlichten Zufällen und Irrtümern geschuldet. Die Aufgabe der Mediation ist es, sowohl im jeweiligen Einzelfall als auch im großen gesellschaftlichen Zusammenhang dafür zu sorgen, dass Konflikte deeskaliert werden und das kreative Potential der vormaligen Konfliktgegner positiv im Sinne des Konsenses genutzt wird.

Als Mediatorinnen und Mediatoren im Sinne der kreativen Konsensfindung gemeinsam mit den Medianden (wie die Parteien der Mediation genannt werden) den Weg gehen zu dürfen, ist eine ehrenvolle und befriedigende Aufgabe, die seit mehreren Jahrzehnten beschritten wird. Allein die Möglichkeit einer selbstverantwortlichen Streitbeilegung bietet der Gesellschaft neue Sichtweisen auf gegenwärtige und auch zukünftige Problemstellungen. Hierin liegt die Verantwortung der Mediation in der Gesellschaft, sowohl innerstaatlich, europäisch und global.

1.1.1. Was ist Mediation, was nicht?

Mediation ist eine auf **Freiwilligkeit** der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, **neutraler** Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die **Kommunikation** zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbstverantwortete Lösung ihres Konflikts zu ermöglichen. Mediation in Zivilrechtssachen ist Mediation zur Lösung von Konflikten, für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind.

In diesen, der Legistik geschuldeten trockenen Worten beschreibt das **Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)**² die Mediation.³ Die Mindestanforde-

1 Für Ergänzungen und Hinweise zu den rechtlichen Ausführungen in diesem Kapitel danke ich Frau Ass.-Prof. Dr. Ulrike Frauenberger-Pfeiler (Institut für Zivilverfahrensrecht an der Universität Wien).

2 § 1 Abs 1 und 2 ZivMediatG.

3 Ergänzend dazu auch die Definition der RL (EG) 2008/52 ABl L 2008/136, 3 (Mediationsrichtlinie) in Art 3 lit a: „*Mediation*‘ ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein. Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist. Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angeufen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache.“

rungen der Freiwilligkeit, Ausbildung und **Neutralität**, der Präsenz kommunikativen Kompetenz und der vielen anderen Aspekte, welche die notwendigerweise klare und kühle Definition des Rechtstextes ausmachen, sind wichtig und stehen außer Diskussion. Dennoch bedeutet Mediation mehr als die Erfüllung einer gesetzlichen Definition.

Mediation ist ebenso **Kreativität** im Sinne des Konsenses, Freude im Umgang mit Menschen; Mediation stellt für viele einen Beruf und für einige davon eine Berufung dar. Die Arbeit am Konsens, an der Überwindung von Konflikten ist mehr als es eine gesetzliche Definition vermuten lässt, sie ist eine Einstellung, eine Haltung. Durch die unmittelbare Arbeit mit Menschen stellt die Mediation auch keine abstrakte, sondern eine höchst lebendige Materie dar, deren Fokus – bei allem den Regeln und gesetzlichen Vorgaben geschuldeten Respekt – primär dem Ziel der nachhaltigen Konfliktregelung dienen sollte. Wie nun der Mediator die Mediation anlegt, ist ebenso individuell wie der Konflikt und die Medianden.

1.1.2. Kernbegriffe der Mediation

Einige Termini, welche in Theorie und Praxis der Mediation zu den unbedingten Grundbegriffen gehören, seien in weiterer Folge kurz adressiert:

1.1.2.1. Neutralität – Allparteilichkeit – Überparteilichkeit

Die Begriffe **Neutralität** und **Allparteilichkeit** begleiten uns im Bereich der Mediation auf Schritt und Tritt. Wenngleich sich beide Begriffe durch die Äquidistanz zu gewissen Themen beschreiben lassen, so zielen sie doch auf unterschiedliche Aspekte ab. Neutralität bezeichnet in diesem Kontext die Werteneutralität des Mediators. Im Gegensatz zu vielen anderen Verfahren oder auch zum alltäglichen Diskurs bewertet Mediation das Verhalten der Medianden nicht; ebenso wenig unterliegen Motive und Bedürfnisse einem (subjektiven) moralischen Maßstab des Mediators.⁴ Hier nimmt der Mediator eine neutrale Haltung ein und fokussiert auf die Fragestellung der Mediation, nämlich auf die nachhaltige Lösung des zugrunde liegenden Konflikts.

Allparteilichkeit hingegen sieht sich begrifflich im Gegensatz zur Unparteilichkeit, die bspw den Schiedsrichter bei Sportveranstaltungen auf eine andere Ebene außerhalb der Mannschaften stellt, um so zu korrekten Entscheidungen zu gelangen. Der Mediator hingegen steht gemeinsam mit den Parteien auf der Gegenseite des Konflikts und eint die Möglichkeiten der Medianden zur Aufarbeitung und Überwindung ihres Konflikts. Es ist die Kunst der Mediation, den Konfliktparteien zu verdeutlichen, dass sie nur gemeinsam ihren Kontrahenten, nämlich den gemeinsamen Konflikt, bezwingen können. In dieser Grundhaltung schafft der Mediator eine Stimmung der Kooperation der ehemaligen Gegner. Wichtig

4 Freilich sind die Grenzen des Strafrechts oder der Sittenwidrigkeit zu beachten. Vgl auch Kap 1.4.

ist auch, zu bedenken, dass selbst bei einer nur allzu menschlichen Sympathie oder dem besseren Verständnis des Mediators für den einen oder anderen Standpunkt einer Seite, Mediation an sich nur dann wirken kann, wenn beide bzw alle Medianden sich gleichermaßen verstanden und ernst genommen fühlen. So könnte ansonsten zwar das Ergebnis der Mediation schlussendlich die (vielleicht menschlich durchaus nachvollziehbaren) Wünsche einer Seite mehr berücksichtigen als die Bedürfnisse der anderen, doch hätte dies mit großer Wahrscheinlichkeit massiv negative Auswirkungen auf die Nachhaltigkeit des Ergebnisses. Die weniger gehörte Partei würde sich in weiterer Folge zumindest moralisch weniger an das Ergebnis gebunden fühlen, sodass der Keim für einen neuen Konflikt gelegt sein könnte. Dieser Konflikt wäre nun aber bedeutend schwerer durch Mediation zu lösen, da die Parteien bereits einmal negative Erfahrungen gemacht hätten.

Auch der Begriff der **Überparteilichkeit** kann in diesem Kontext verwendet werden: Überparteilich bedeutet, dass auch die Interessen und Bedürfnisse von ganzen Gruppen abseits der Medianden berücksichtigt werden. So könnten auch die Bedürfnisse der Angestellten im Rahmen einer Mediation bei Betriebsübergabe mitgedacht werden oder die Chancen, welche die Klärung eines Mobbingkonflikts zwischen Schülern für die gesamte Schule bedeutet.

1.1.2.2. Freiwilligkeit

Der Gedanke der **freiwilligen Einlassung** der Medianden in die Mediation stellt eine wichtige Voraussetzung für die Motivation der Medianden dar. Würde eine Partei zu einer Mediation gegen ihren Willen gezwungen, so bestünde kaum ein Anlass, sich auch konsequent in das Verfahren einzulassen.⁵ Auch der Weg zu Gericht kann ja wegen des geltenden Justizgewährungsanspruchs (Art 6 EMRK) letztlich nicht endgültig versperrt werden. In Österreich ist daher – anders als in anderen europäischen Ländern – eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Mediation (oder anderer Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung wie etwa Schlichtung) vor Anrufung der Gerichte nur sehr zurückhaltend und punktuell angeordnet worden. Dies gilt etwa für nachbarschaftliche Streitigkeiten wegen des Entzugs von Licht und Luft, die außerordentliche Beendigung eines Lehrverhältnisses oder eine (freiwillige) Mediation im Rahmen eines (verpflichtenden) Schlichtungsverfahrens vor der Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Behindertengleichstellungsgesetz.

Dennoch existieren gelegentliche Bestrebungen, verpflichtende Mediationsversuche aufgrund der positiven Erfahrungen in der verpflichtenden Lehrlingsmedia-

5 Gelegentlich wird § 107 Abs 3 Z 2 AußStrG (die mögliche Verpflichtung von Parteien durch das Gericht zu einer „Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren“) dahingehend missinterpretiert, dass es sich hier um eine gerichtlich auftragene Mediation handelt. Richtig ist vielmehr, dass das Gericht damit nur die Aussicht auf eine außergerichtliche Lösung eröffnen kann, indem die Möglichkeit der Mediation den Konfliktparteien vorgestellt wird.

tion auch auf andere Gebiete auszuweiten. Wie sich die Entwicklung hier fortsetzen wird, bleibt abzuwarten. Ein möglicher positiver Aspekt einer verpflichtenden Vorschaltung der Mediation könnte darin liegen, dass die Parteien sich ansonsten überhaupt nicht mit der Möglichkeit einer außergerichtlichen Streitbeilegung beschäftigen und daher sofort den Klageweg im Sinne einer *Win-lose-Lösung* beschreiten.

1.1.2.3. Präsenzprinzip

Da ein wesentlicher Aspekt der Mediation in der unmittelbaren Wahrnehmung der Medianden wie auch des Mediators hinsichtlich der nonverbalen Signale liegt, ist die **gleichzeitige Anwesenheit** aller beteiligten Personen eine wichtige und grundsätzlich unabdingbare Voraussetzung. Dennoch zeigt die Praxis, dass gelegentlich von diesem Erfordernis im Sinne der Verhandlungstechnik auch abgegangen werden kann, solange diese Vorgehensweise die Ausnahme bleibt. Insb die Zeit des durch Covid-19 bedingten Lockdowns, aber auch die darauffolgende Vorsicht im Umgang mit anderen Menschen haben dazu geführt, dass sich **Online-mediation** durch die Nutzung der Videotelefonie als gangbarer Weg etablieren konnte und auch seitens des Bundesverbandes für Mediation (ÖBM) und der Forschung⁶ als gangbarer Weg in Krisenzeiten anerkannt wurde.

Auch die sog **Pendelmediation oder Shuttle-Mediation, bzw der „Caucus“**⁷, bei welcher der Mediator im Vorfeld einer Präsenzmediation oder auch gänzlich nur in Einzelgesprächen eine Vermittlungsrolle einnimmt, wurde noch vor Jahren weit kritischer gesehen und hat ihren Weg in die Praxis gefunden. Da dabei die ungeteilte Aufmerksamkeit dem Standpunkt jeweils einer Partei zukommt, fühlt sich diese Partei besonders wahrgenommen und wertgeschätzt, was an sich eine wesentliche und oft deeskalierende Intervention⁸ darstellt.

1.1.2.4. Verschwiegenheit

Die **Vertrauenswürdigkeit** des einzelnen Mediators sowie der Ruf der gesamten Mediation an sich hängt wesentlich von der Einhaltung der **Verschwiegenheit** des Mediators gegenüber den Medianden ab. Die Tatsache, dass ein zu mediiender Konflikt häufig Themenbereiche berührt, die zu den persönlichsten Aspekten des Lebens zählen, lassen einen offenen Umgang mit Aussagen und Fakten, welche im

6 ÖBM, Stellungnahme zur momentanen rechtlichen Situation von Mediation per Videokonferenz, 3.4.2020, <https://www.oebm.at/aktuelle-news-details/stellungnahmen-zur-momentanen-rechtlichen-situation-von-mediation-per-videokonferenz.html> (abgerufen am 1.4.2021).

7 In der Mediation bezeichnet der Begriff eine Technik, die es dem Mediator erlaubt, mit den Parteien Einzelgespräche zu führen. Bei dem Caucusing handelt es sich um eine der Shuttle-Mediation (Pendelmediation) ähnliche Herangehensweise. Das Caucusing findet oft schon zu Beginn der Mediation statt, mitunter aber auch nach Abschluss der Phase zwei (Quelle: <https://www.in-mediation.eu/der-caucus/> abgerufen 31.7.2023).

8 Siehe auch Kapitel 10. „Die Wirkung von Interventionen“.

Rahmen der Mediation bekannt werden, undenkbar erscheinen. So werden bspw in der Familien- und Scheidungsmediation die Themenbereiche Sexualität und Treue, in der Nachbarschaftsmediation die Lebensgewohnheiten innerhalb der eigenen vier Wände, im Rahmen der Arbeitsplatzmediation Existenzängste, finanzielle Nöte und psychische Erkrankungen ebenso thematisiert, wie auch in Wirtschaftsmediationen unter Umständen heikle Betriebsgeheimnisse angesprochen werden.

Wie aber ist nun neben der grundsätzlich moralischen Verpflichtung des Mediators diese Frage im ZivMediatG⁹ geregelt?

Welche Spezialkonstellationen können sich in der Praxis ergeben, worauf ist zu achten?

Gibt es Umstände, in denen der Mediator dennoch Informationen weitergeben darf, welche er im Rahmen der Mediation erfahren hat?

Welche Konsequenzen (straf- und/oder zivilrechtlicher Natur) resultieren aus einem Bruch der Verschwiegenheitspflicht?

Verschwiegenheitspflicht im ZivMediatG 2003

Das ZivMediatG 2003 regelt in § 18 die Verschwiegenheitspflicht des **eingetragenen Mediators**. Mediatoren, die nicht eingetragen sind und Mediation im Rahmen ihrer freien beruflichen Tätigkeit, wie etwa Rechtsanwältinnen und Notarinnen oder Wirtschaftstreuhänderinnen, ausüben, unterliegen auch bei dieser Tätigkeit ihren jeweils geregelten beruflichen Verschwiegenheitspflichten (vgl zB § 9 RAO, § 37 NO, § 80 WTBG). Wird Mediation im Rahmen einer Tätigkeit ausgeübt, auf die die GewO anwendbar ist, sind die dort jeweils geregelten Pflichten zur Verschwiegenheit auch im Rahmen der mediatorischen Tätigkeit einzuhalten. Ist eine Verschwiegenheitspflicht gesetzlich nicht vorgesehen, wird sie regelmäßig im Vertrag zur Durchführung der Mediation vereinbart worden sein. Wenn auch ein solcher nicht schriftlich abgeschlossen wurde, so gehört die Verschwiegenheitspflicht jedenfalls zur üblichen Sorgfalt eines Mediators, bei deren Verletzung die Sachverständigenhaftung nach ABGB zum Tragen kommt.¹⁰

Gem § 18 ZivMediatG ist der

Mediator (...) zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen Unterlagen vertraulich zu behandeln. Gleiches gilt für Hilfspersonen des Mediators sowie für Personen, die im Rahmen einer Praxisausbildung bei einem Mediator unter dessen Anleitung tätig sind.

9 Gemäß § 1 Abs 2 ZivMediatG erstreckt sich der Geltungsbereich des Gesetzes auf Mediationen zur Lösung von Konflikten, für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind. Somit fallen Mediationen in Verwaltungsangelegenheiten nicht unter den Regelungsbereich des ZivMediatG.

10 Zur analogen Anwendung der Rechte und Pflichten nach dem ZivMediatG auf Mediatoren, die nicht eingetragen sind, nicht ganz eindeutig *Hopf*, Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, 41 (46).

Während in Familienmediationen die Medianden (neben allfälligen Kindern) in der Regel auch gleichzeitig die einzigen involvierten Personen in der Mediation sind, gibt es auch Konstellationen im Rahmen anderer Einsatzgebiete der Mediation, in denen nicht unmittelbar am Setting beteiligte Dritte ein möglicherweise verständliches Interesse an Informationen aus der Mediation haben, das im Widerspruch zur Vertraulichkeit stehen könnte. So wäre in Nachbarschaftsmeditationen die Hausverwaltung eine solche dritte Partei oder in Arbeitsplatzmediationen der Arbeitgeber als Auftraggeber. In solchen Situationen ist ein punktueller Verzicht hinsichtlich bestimmter Aspekte der Verschwiegenheit des Mediators durch die Medianden möglich; dies erfordert allerdings eine vorherige Aufklärung und Erörterung sowohl mit den Dritten als auch den Medianden.

Strafdrohung bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

Sollte die Verschwiegenheitsverpflichtung verletzt werden, so besagt § 31 Ziv-MediatG Folgendes:

- (1) Wer entgegen seiner Pflicht zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit (§ 18) Tatsachen offenbart oder verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt, ist vom Gericht mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) Der Täter ist nicht zu bestrafen, wenn die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist.
- (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des in seinem Interesse an Geheimhaltung Verletzten zu verfolgen.

Während die Strafandrohung mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten bzw einer Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen klar definiert ist, findet man die erste mögliche Einschränkung bereits in der Wortfolge „*und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt*“. Eine Sanktion entfällt also, wenn überhaupt kein berechtigtes Interesse verletzt wurde; dieses muss über das bloße Geheimhaltungsinteresse hinausgehen. Welcher Art das Interesse ist, ist belanglos und kann vermögensrechtlicher, beruflicher oder anderer Art sein.

Eine zweite Einschränkung ergibt sich daraus, dass die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt sein kann.¹¹ Dieser Rechtfertigungsgrund tritt neben die allgemeinen Rechtfertigungsgründe des StGB; praktisch relevant können (spezial-)gesetzliche Melde- und Anzeigepflichten (s auch § 286 StGB) sein. So wäre eine in der Mediation geäußerte Drohung gegen Leib und Leben des Liebhabers der Noch-Ehegattin ein entsprechender Fall, der – vorausgesetzt, die Drohung wäre ernst zu nehmen – eine Straffreiheit begründet. Ist der Tatbestand für die

11 Vgl Wehinger, Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen³ (2018).

Anzeigepflicht nicht erfüllt, so läge jedenfalls ein berechtigtes öffentliches Interesse vor. Ein Einverständnis zur Offenbarung von Inhalten der Mediation schließt schon den Tatbestand aus. Was ein „öffentliches oder berechtigtes privates Interesse“ iSd § 31 Abs 2 ZivMediatG ist, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Jedes öffentliche Interesse ist relevant; dieses muss allerdings nach seinem Gewicht die Rechtfertigung tragen können; eindeutig dazu zählt das Kindeswohl. Ein Verstoß gegen das Meldegesetz oder auch steuerrechtliche Malversationen, die im Rahmen der Mediation angesprochen wurden, werden trotz des offenkundigen öffentlichen Interesses allerdings anders zu werten sein als Informationen zur Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder der konkreten Gefährdung einer Person. Ein „berechtigtes privates Interesse“ wird dann vorliegen, wenn ein Eingriff in ein Rechtsgut verhindert werden soll, das eindeutig über dem Interesse des Medianten auf Einhaltung der Verschwiegenheit steht und auch für einen rechtsverbundenen Menschen ein verständliches und anerkennenswertes Motiv zur Geheimnisoffenbarung gegeben ist. Ein solches könnte vorliegen, wenn sich der Mediator in einem Schadenersatzprozess anders nicht effektiv verteidigen kann oder eine Honorarklage andernfalls erfolglos bliebe. Auch ein berechtigtes privates Interesse Dritter ist denkbar.¹²

Bei der Verletzung der Verschwiegenheit handelt es sich um ein **Privatanklagedelikt**. Im Gegensatz zum Officialdelikt ist es nicht Aufgabe der Behörde, bei Kenntnis einer Straftat amtswegige Ermittlungen einzuleiten, sondern es obliegt vielmehr dem in seinem Interesse an Geheimhaltung verletzten Medianten, Privatanklage beim zuständigen Strafgericht zu erheben.

Die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung droht dem Mediator also dann, wenn er ohne Rechtfertigungsgrund Informationen preisgibt, die ihm im Rahmen seiner Tätigkeit als Mediator zur Kenntnis gelangten, und der Mediant beim zuständigen Strafgericht Privatanklage erhebt.

Beweisaufnahmeverbot der ZPO

Um sicherzustellen, dass sich die Parteien dem Mediator und auch einander hinsichtlich ihrer Interessenlage völlig öffnen, dürfen eingetragene Mediatoren gem § 320 Z 4 ZPO in Bezug auf jene Inhalte, die ihnen in den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen anvertraut oder sonst bekannt wurden, als Zeugen nicht einvernommen werden. Dabei handelt es sich um ein sog **Beweisaufnahmeverbot**, das bedeutet, dass Mediatoren über die Inhalte der von ihnen geführten Mediationsgespräche im Zivilprozess nicht einvernommen werden dürfen; dies gilt auch im Außerstreitverfahren. Eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht kommt in diesem Rahmen grundsätzlich nicht in Betracht.¹³

12 Vgl zum vergleichbaren Rechtfertigungsgrund in § 121 StGB etwa *Lewis* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 121 Rz 32.

13 EB RV 24 BlgNR 22. GP, 28; vgl auch *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ § 320 ZPO.

Für Mediatoren, die nicht eingetragen sind, aber im Rahmen ihrer Tätigkeit gesetzlich einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen, wie etwa Rechtsanwälte oder Notare, gilt das Aussageverweigerungsrecht gem § 321 Abs 1 Z 3 oder 4 ZPO. Im gesetzlichen Rahmen ist eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht durch die Parteien insofern zu beachten, als sich der Mediator dann nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen darf.

Ungeachtet des Beweisaufnahmeverbots und des Aussageverweigerungsrechts haben Mediatoren einer Ladung als Zeuge zu Gericht Folge zu leisten. Die Folgen des unentschuldigtem Ausbleibens reichen von der Verhängung einer Ordnungsstrafe bis zur zwangsweisen Vorführung (§ 333 ZPO). Die Entschuldigung, man wäre beruflich oder wegen einer Erkrankung verhindert, muss dem Gericht im Vorfeld gemeldet und seitens des Gerichts bestätigt bzw akzeptiert werden. Nichts zur Klärung der Umstände beitragen zu können, ist kein Verhinderungsgrund.

Aussageverweigerungsrecht der StPO

Der in einem Strafprozess als Zeuge geladene Mediator kann sich ggf auf § 157 Abs 1 Z 3 StPO berufen, der ein **Aussageverweigerungsrecht** für Fachärzte für Psychiatrie, Psychotherapeuten, Psychologen, Bewährungshelfer, eingetragene Mediatoren nach dem ZivMediatG und Mitarbeiter anerkannter Einrichtungen zur psychosozialen Beratung und Betreuung hinsichtlich jener Inhalte regelt, die ihnen in dieser Eigenschaft bekannt geworden sind. Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder können sich auf § 157 Abs 1 Z 2 StPO berufen.

Der zur Aussageverweigerung berechtigte Personenkreis ist im Strafverfahren also enger als im Zivilprozess gezogen: So kann sich ein Unternehmensberater, der als Mediator tätig geworden ist, auf sein gesetzlich anerkanntes Verschwiegenheitsrecht im Zivilprozess stützen, nicht aber im Strafprozess. Beim Lebens- und Sozialberater kommt es darauf an, ob die Mediation im Rahmen einer anerkannten Einrichtung zur psychosozialen Beratung und Betreuung stattgefunden hat. Als anerkannt ist eine Einrichtung anzusehen, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist oder von öffentlichen Stellen gefördert oder in Anspruch genommen wird.¹⁴ Die zur Aussageverweigerung berechtigten Mediatoren können ihr Recht in Anspruch nehmen, müssen aber sehr wohl vor Gericht erscheinen. Unentschuldigtes Fernbleiben bei einer gerichtlichen Ladung kann mit Ordnungsstrafe bis zu 1.000 € zuzüglich Kostenersatz oder einer Zwangsvorführung geahndet werden. Die Entschuldigung, man wäre beruflich oder wegen einer Erkrankung verhindert, muss dem Gericht im Vorfeld gemeldet und seitens des Gerichts bestätigt bzw akzeptiert werden. Nichts zur Klärung der Umstände beitragen zu können, ist kein Verhinderungsgrund.

¹⁴ Kirchbacher/Keglevic in Fuchs/Ratz, WK StPO § 157 Rz 26.

Aussageverweigerungsrecht im AVG

Im Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) findet sich in § 49 Abs 2 die Bestimmung, dass ein Zeuge die Aussage „über Fragen, die er nicht beantworten könnte, ohne eine ihm obliegende gesetzlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der er nicht gültig entbunden wurde, zu verletzen“, verweigern darf. Das zu § 321 ZPO Ausgeführte gilt sinngemäß.

Zivilrechtlicher Schadenersatz

Es ist möglich, dass ein zivilrechtlicher **Schadenersatzanspruch** erfolgreich geltend gemacht werden kann, wenn aufgrund des nicht gerechtfertigten Bruchs der Verschwiegenheit ein Vermögensschaden bei einem Medianten bspw dadurch eintritt, dass er seinen Job oder seine Wohnung verliert.

Weiter verpflichtet die gesetzliche oder vertragliche Verschwiegenheitspflicht¹⁵ zum Schutz der Privatsphäre, die als absolutes Recht nicht nur gegen vorsätzliches, sondern auch sorgfaltswidriges Verhalten geschützt ist (§ 1328a ABGB).¹⁶ Wer Umstände aus der Privatsphäre offenbart oder verwertet, hat den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, wenn etwa Informationen in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung (ideeller oder immaterieller Schadenersatz). Freilich ist auch in diesem Rahmen das Vorliegen eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses als Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen, wofür der zur Verschwiegenheit Verpflichtete die Beweislast trägt.

Auf die einzuhaltenden allgemeinen Bestimmungen des Datenschutzrechts sei an dieser Stelle nur hingewiesen.

Auch wenn eine Verurteilung von Mediatoren wegen Bruchs der Verschwiegenheitspflicht bislang nicht erfolgt ist – jedenfalls gibt es, soweit ersichtlich, keine höchstgerichtliche Entscheidung – ist die Verschwiegenheitsverpflichtung der Mediatoren ist ein wichtiges Thema. Auf ihr beruht in hohem Maße die **Glaubwürdigkeit** der Mediation an sich; die Medianten haben neben dem moralischen auch einen rechtlichen Anspruch auf Vertraulichkeit sämtlicher im Rahmen der Mediation offenbarten Informationen. Wenngleich es in der konkreten rechtlichen Ausgestaltung Unterschiede zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Mediatoren gibt, so eint die Verpflichtung gegenüber den Medianten und der Mediation wiederum alle, die zum Wohle des Konsenses arbeiten.¹⁷

15 Die Sorgfaltspflicht ergibt sich für Mediatoren, die nicht einer gesetzlichen Verpflichtung unterliegen, aus den Ethikrichtlinien des „Österreichischen Netzwerks Mediation“: <http://www.servicestellemediation.at/pdf/Ethikrichtlinien.pdf> (abgerufen am 2.4.2021).

16 Vgl nur *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1328a Rz 5 ff.

17 Siehe auch Kapitel 12.

1.1.3. Recht und Mediation

Mediation steht nicht neben dem Recht, sondern ist als wesentliches Instrument der Parteiautonomie in die Rechtsordnung integriert. Seit dem Inkrafttreten des ZivMediatG ist Mediation in dessen Anwendungsbereich auch ausdrücklich gesetzlich geregelt.

In den unterschiedlichen Rechtsmaterien wird der Einigung zwischen den Parteien der Vorzug vor einer behördlichen oder richterlichen Entscheidung gegeben, so ist bspw das Zivilrecht vom Grundsatz der **Privatautonomie** geprägt und im Zivilverfahrensrecht gilt die Durchführung des Verfahrens als ultima ratio.

Auch in anderen Bereichen findet sich das Bestreben, den Parteien das oft zitierte Heft des Handelns wieder in die Hand zu geben; so besteht im Strafrecht die Möglichkeit der Diversion, im Verwaltungsrecht die Möglichkeit der Bürgerbeteiligung bei Großprojekten und im Arbeitsrecht die Pflicht zur Vorschaltung einer Mediation vor der außerordentlichen Beendigung eines Lehrverhältnisses.¹⁸

Idealerter gesprochen, ist Mediation die professionelle Begleitung der zivilrechtlichen **Privatautonomie**.

Mediation stellt die Möglichkeit dar, jene Freiräume, die der Gesetzgeber den Adressaten zur kreativen Gestaltung überlassen hat, mit individuellen und an die höchstpersönlichen Bedürfnisse angepassten Vereinbarungen zu füllen. Die Mediatoren helfen dabei durch geschulte Fragetechniken, Interventionen und ein hohes Maß an Empathie, tatsächlich jene Themen zu adressieren, die dem anlassgebenden Konflikt zugrunde liegen. Der Begriff des Konflikts ist hier weit zu sehen, nämlich als Auseinanderdriften von Soll- und Ist-Vorstellung. Somit kann auch die Planung eines Großvorhabens, dessen Durchführung erst in der Zukunft stattfindet, oder die wohlbedachte Umsetzung der Wünsche des Testamentsverfassers im Rahmen einer Erbschaftsmediation auch in den Konfliktbegriff eingebunden werden. Mediation unterstützt die Medianten bei der Suche nach einer nachhaltigen Vereinbarung, welche die Bedürfnisse aller Beteiligten bedenkt und einbindet.

Bei aller **Kreativität**, die dem Mediationsverfahren innewohnt, ist auch dieses Konfliktbeilegungsverfahren – wie oben bereits erwähnt – gesetzlich geregelt¹⁹ und in die österreichische Rechtsordnung eingebettet. Auch finden sich Erwähnungen der Mediation in zahlreichen Rechtsmaterien.²⁰ Ebenso findet Mediation in diversen Berufsgesetzen bzw -ordnungen Erwähnung.²¹

18 Weitere Bsp siehe *Schuster*, Mediation im Kfz-Sektor bzw. Mediation bei Entzug von Licht oder Luft durch fremde Bäume oder andere Pflanzen, in *Wanderer* (Hrsg), Handbuch Mediation (Loseblattsammlung 2020) Reg 7, Kap 18 bzw Reg 11, Kap.1.1.

19 Und zwar im ZivMediatG.

20 ABGB, AußStrG, ZPO, FLAG, KraSchG, BAG, LAG, BGStG, BEinstG, GTG, div VO im Bildungsbereich, UVP-G, E-InfrastrukturG, BVergG.

21 RAO, NO, NPG, NVG, WTBG, BiBuG, PslG. Für eine genaue Auflistung der Materien Gesetze siehe *Schuster*, Mediation und Recht – Rechtlicher Rahmen der Mediation in Österreich (2018).