



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, 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 ...

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(sverfahren) 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 dezidiert 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.