

Schriften zum Prozessrecht

Band 238

Anwaltpflichten und Mediation

Zu der Haftung des Parteianwalts
zwischen der Rechtsferne der Mediation
und der Rechtsbindung des Rechtsanwalts –
zugleich eine Darstellung aktueller
Rechtsfragen der Mediation

Von

Alexander Längsfeld



Duncker & Humblot · Berlin

ALEXANDER LÄNGSFELD

Anwaltspflichten und Mediation

Schriften zum Prozessrecht

Band 238

Anwaltspflichten und Mediation

Zu der Haftung des Parteianwalts
zwischen der Rechtsferne der Mediation
und der Rechtsbindung des Rechtsanwalts –
zugleich eine Darstellung aktueller
Rechtsfragen der Mediation

Von

Alexander Längsfeld



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaften
der Universität Regensburg hat diese Arbeit
im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-14570-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54570-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84570-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Veronika

„Nach der geschichtlichen Entwicklung liegt das Schwergewicht der anwaltlichen Tätigkeit in der Wahrnehmung der Rechte Beteiligter vor den Gerichten. So befaßte sich die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (§ 26) lediglich mit den Funktionen des Rechtsanwalts in gerichtlichen Verfahren. Diese auf die Tätigkeit des ‚Gerichtsanwalts‘ beschränkte Regelung ist jedoch zu eng geworden.

Nicht nur bei Gerichten, sondern vor zahlreichen Behörden und Stellen, die keine Gerichte sind, finden Verfahren statt, in denen das Bedürfnis besteht, eine rechtskundige Person zur Wahrnehmung der Interessen Beteiligter zuzulassen. Ferner wird der Anwalt nicht nur vor den Gerichten oder Behörden tätig, sondern er erteilt auch auf allen Rechtsgebieten Rat, selbst wenn die einzelne Rechtssache nicht bei einer öffentlichen Stelle anhängig wird. Diese vorsorgende Rechtspflege, in der Streitigkeiten möglichst frühzeitig beigelegt und Prozesse vermieden werden, ist für die Allgemeinheit von unschätzbarem Wert.“

(Begründung des Regierungsentwurfs zur Bundesrechtsanwaltsordnung vom 8. Januar 1958, BT-Drs. 3/120, S. 4)

Vorwort

Die Idee zu der Untersuchungsfrage der vorliegenden Arbeit ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht (Prof. Dr. *Herbert Roth*) der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg und zugleich als Rechtsreferendar in der Kanzlei Graml & Kollegen Rechtsanwälte, Regensburg, entstanden. Zu dieser Zeit – vor Erlass des jetzigen Mediationsgesetzes und der damit einhergehenden Änderungen in den Prozessordnungen – wurden unter anderem an dem Landgericht Regensburg und dem Verwaltungsgericht Regensburg Modellversuche durchgeführt, die der Einführung und Erprobung neuer Konfliktlösungsmethoden und damit auch der Mediation an den Gerichten dienen sollten. In der Praxis der Rechtsanwälte haben die damaligen Verfahren vor den Güterichtern die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit der Rechtsanwalt verpflichtet ist, dem Mandanten von dem Abschluss von – bei ausschließlich rechtlicher Betrachtung – suboptimalen Vergleichen abzuraten. Diese Frage stellte sich regelmäßig, da eine interessenbasierte Verhandlung häufig zu einem Ergebnis führt, das hinter den rechtlichen Maximalpositionen der jeweiligen Parteien zurückbleibt.

Jedenfalls mit Erlass des Mediationsgesetzes erschien es nicht abwegig zu vermuten (und es wird teils vertreten), dass der gesetzgeberische Wille zur Förderung der Mediation mittelbar Auswirkungen auf die Pflichten des Rechtsanwalts, namentlich in Form einer Verkürzung dieser rechtsbezogenen Pflichten, haben könnte. Motiv für diese Annahme dürfte sein, dass ein Rechtsanwalt auf Basis der strengen und insbesondere rechtsbezogenen Pflichten ansonsten gehalten wäre, die Mediationsverhandlung ständig auf die Rechtsfragen zurückzubeziehen und damit im Ergebnis regelmäßig zu obstruieren.

Um diese Frage rechtswissenschaftlich untersuchen zu können, mussten insbesondere die aktuellen Rechtsfragen der Mediation (§§ 9–12) dargestellt und den Pflichten des Rechtsanwalts (§§ 14–19) gegenübergestellt werden. Dabei ging es nicht darum, die Maßgaben des *Bundesgerichtshofs* zu den Pflichten des Rechtsanwalts grundsätzlich in Frage zu stellen, sondern diese Maßgaben im Ausgangspunkt unverändert auf Sachverhalte in der Mediation anzuwenden. Das Ergebnis ist eine differenzierte Betrachtung der einzelnen zeitlichen Abschnitte einer Mediation mit unterschiedlichen Pflichten des Rechtsanwalts (§§ 23–26). Dabei führt die grundsätzlich unveränderte Anwendung des allgemeinen Pflichtenkanons in der hier vertretenen Lesart zu – meines Erachtens – sinnvollen Ergebnissen, nach denen der Rechtsanwalt weder Verhinderer einvernehmlicher, auch

alternativer, Streitbeilegung noch Diener aktueller Mediationstendenzen ist. Die Rolle des Rechtsanwalts beschränkt sich vielmehr auf die Rolle des *Rechtsberaters*, die ihm unter anderem in den § 3 Abs. 1 BRAO und § 1 Abs. 3 BORA zugewiesen wird, und ist *insoweit* unbeschränkt.

Mein herzlicher Dank für die stets kritische und zugleich fördernde Begleitung des Promotionsverfahrens und der Arbeit an dieser Untersuchung von der ersten Idee bis zu deren Abschluss gilt Herrn Prof. Dr. *Herbert Roth* als Betreuer und Erstgutachter. Herrn Prof. Dr. *Martin Löhnig* danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderen Dank schulde ich zudem Herrn Rechtsanwalt *Wolfgang M. Nardi*, Solicitor (England and Wales), ohne dessen wohlwollende Förderung die Arbeit an dieser Untersuchung wohl nicht abgeschlossen worden wäre.

Die vorliegende Arbeit mit Stand vom März 2014 ist von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen worden. Der Tag der mündlichen Prüfung war der 30. Oktober 2014. Einzelne Literaturbeiträge, die bis Januar 2015 erschienen sind, konnten noch eingearbeitet werden.

München, im Januar 2015

Alexander M. H. Längsfeld

Inhaltsübersicht

Erster Abschnitt

Einleitung	25
§ 1 Grundlegung des Begriffs „Mediation“	25
§ 2 Positive Formulierung der Untersuchungsfrage	39
§ 3 Negative Abgrenzung der Untersuchungsfrage	43
§ 4 Gang der Untersuchung	51

Zweiter Abschnitt

Überblick über die Mediation	52
§ 5 Geschichte der Mediation	52
§ 6 Konflikttheoretische Hintergründe	67
§ 7 Ineffizientes Konfliktverhalten	69
§ 8 Modell der Konfliktbehandlung: Harvard-Konzept	80
§ 9 Rechtsgrundlagen der Mediation nach § 1 MediationsG	88
§ 10 Rechtsgrundlagen der Mediation nach § 278a ZPO	110
§ 11 Rechtsgrundlagen der Mediation nach § 278 Abs. 5 ZPO	114
§ 12 Ablauf der Mediation	137
§ 13 Zusammenfassung: Mediation	174

Dritter Abschnitt

Grundzüge der Haftung des Rechtsanwalts	176
§ 14 Rechtsgrundlagen der zu untersuchenden Pflichten	177
§ 15 Allgemeine Fragen des Rechtsanwaltsvertrages	180
§ 16 Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts	190
§ 17 Pflicht zur Rechtsprüfung	195

§ 18 Pflicht zur Belehrung und Beratung	202
§ 19 Insbesondere: Der Abschluss eines Vergleichs	212
§ 20 Weitere Haftungsvoraussetzungen	221

Vierter Abschnitt

Die Pflichten des Rechtsanwalts in der Mediation	228
§ 21 Konkretisierung und Abschichtung der Untersuchungsfrage	228
§ 22 Gegenstand des Mandats zur Beratung in der Mediation	236
§ 23 Pflichten im Vorfeld einer Mediation	237
§ 24 Pflichten im Verlauf einer Mediation	276
§ 25 Pflichten bei einer Mediation im Fall des § 278a ZPO	296
§ 26 Pflichten bei einer Mediation im Fall des § 278 Abs. 5 ZPO	298
§ 27 Zusammenfassende Würdigung	301

Fünfter Abschnitt

Thesen	303
Literaturverzeichnis	306
Sachverzeichnis	332

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

	Einleitung	25
§ 1	Grundlegung des Begriffs „Mediation“	25
I.	Historie des Begriffs	25
II.	Jüngere Rezeption des Begriffs	26
III.	Die Legaldefinition in Art. 3 lit. a) MediationsRL	27
IV.	Die Legaldefinition in § 1 Abs. 1 MediationsG	28
	1. Genese und Systematik	28
	2. Keine Exklusivität der Legaldefinition des MediationsG	29
V.	Aussonderung nicht-konstitutiver Begriffsmerkmale	31
	1. Vertraulichkeit	31
	2. Unabhängigkeit und Neutralität	32
VI.	Definition der Mediation	33
VII.	Abgrenzung gegenüber anderen Verfahren der alternativen Konfliktlösung	34
	1. Schiedsverfahren	34
	2. Schiedsgutachten	35
	3. Schlichtung	35
	4. Ombudsverfahren	36
	5. <i>Early Neutral Evaluation</i>	37
	6. <i>Med-Arb</i>	37
	7. Adjudikation	38
	8. <i>Collaborative Law</i>	38
§ 2	Positive Formulierung der Untersuchungsfrage	39
I.	Rechtsferne der Mediation	40
II.	Rechtsbindung des Rechtsanwalts	40
III.	Kollision von Rechtsferne und Rechtsbindung	41
IV.	Untersuchungsfrage: Haftungsrechtliche Konsequenzen	42
§ 3	Negative Abgrenzung der Untersuchungsfrage	43
I.	Keine Positionierung zur Mediation	44
II.	Keine Positionierung zur gerichtlichen Mediation	44
III.	Keine Positionierung zur Haftung des Rechtsanwalts	47

IV. Sachliche Beschränkung: Allgemeines Zivilrecht	48
V. Persönliche Beschränkung: Parteianwalt	50
§ 4 Gang der Untersuchung	51

Zweiter Abschnitt

Überblick über die Mediation 52

§ 5 Geschichte der Mediation	52
I. Antike: Vermittlung durch <i>Solon</i>	53
II. Mittelalter: Ausgleich durch Wergeld und <i>transactio</i>	54
III. Neuzeit: Mediator <i>Alvise Contarini</i>	55
IV. Moderne: Austrägalverfahren nach der Deutschen Bundesakte	56
V. Gütegedanke und Güteverfahren im deutschen Zivilprozessrecht	57
1. Erste Hälfte des 19. Jahrhunderts	57
2. Das richterliche Güteverfahren der Civilprozeßordnung (1877)	58
3. Entlastungsverordnung (1915)	59
4. „Emminger Novelle“ (1924)	60
5. Nationalsozialistische Herrschaft und Zweiter Weltkrieg	61
6. Vereinfachungsnovelle zur ZPO (1977)	62
7. Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung (2000)	63
VI. Zeitgenössische Geschichte der Mediation	65
1. Gesellschaftliche Entwicklung in den USA	65
2. <i>Harvard Negotiation Project</i>	66
§ 6 Konflikttheoretische Hintergründe	67
§ 7 Ineffizientes Konfliktverhalten	69
I. Kognitive Dissonanz und überoptimistische Einschätzung	70
II. Attributionelle Verzerrungen	70
III. Reaktive Abwertung	71
IV. Defizitäre Urteilsheuristik	71
V. Gestörte Kommunikation	72
VI. Komplexitätszunahme und Über-Simplifizierung	73
VII. Soziale Komplexität und Personifizierung	74
VIII. Pessimistische Antizipation	74
IX. Insbesondere: Intuitives Verhandeln	75
X. Phasenmodell der Eskalation	77
§ 8 Modell der Konfliktbehandlung: Harvard-Konzept	80
I. Konzentration auf Interessen statt auf Positionen	81
II. Trennung von Sach- und Beziehungsebene	83
III. Entwicklung von beiderseits vorteilhaften Optionen	84

IV.	Anwendung objektiver Beurteilungskriterien	85
V.	Grenzen des Harvard-Konzepts	87
§ 9	Rechtsgrundlagen der Mediation nach § 1 MediationsG	88
I.	Grundlegung der Rechtsbeziehungen in der Mediation	89
II.	Mediationsvereinbarung	89
	1. Inhalt und Vertragstyp	90
	2. Mediationsklausel	92
	3. Vereinbarung <i>ad hoc</i>	95
	4. Ausschluss der Klagbarkeit	96
	5. Materiell-rechtliche Regelungen	97
	6. Verteilung der Kosten	98
III.	Mediatorvertrag	98
IV.	Verfahrensregeln	101
V.	Insbesondere: Vereinbarungen über die Vertraulichkeit	102
	1. Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht <i>des Mediators</i>	103
	2. Gegenstand der Vertraulichkeitsvereinbarung der Parteien	104
	3. Materiell-rechtliche Rechtsfolgen	106
	4. Verfahrensrechtliche Rechtsfolgen	106
§ 10	Rechtsgrundlagen der Mediation nach § 278a ZPO	110
§ 11	Rechtsgrundlagen der Mediation nach § 278 Abs. 5 ZPO	114
I.	Rechtsstellung des Güterichters	115
	1. Gesetzlicher Richter	115
	2. Beauftragter oder ersuchter Richter	117
	3. Gesetzesbindung und Dienstrecht	118
	4. Ablehnbarkeit und Ausschluss des Güterichters	118
II.	Verfahren der Verweisung	120
III.	Verfahren vor dem Güterichter	122
	1. Öffentlichkeit der Güteverhandlung	123
	2. Rechtliches Gehör	124
	3. Anwaltszwang	124
	4. Verschwiegenheit des Güterichters	126
	5. Vertraulichkeit von Unterlagen über die Güteverhandlung	128
IV.	Erfolgloser Abschluss der Güteverhandlung	130
V.	Erfolgreicher Abschluss der Güteverhandlung	131
	1. Materiell-rechtliche Rechtsgeschäfte	131
	2. Prozesshandlungen	132
	3. Entscheidungen des Güterichters	135
§ 12	Ablauf der Mediation	137
I.	Vorbereitung der Mediation	138

1. Außergerichtlicher Mediator	138
2. Güterichter im Sinne des § 278 Abs. 5 ZPO	143
II. Phase 1: Eröffnung des Verfahrens	143
1. Einzelgespräche, § 2 Abs. 3 S. 3 MediationsG	144
2. Einbeziehung Dritter, § 2 Abs. 4 MediationsG	146
3. Evaluation	147
4. Offenbarungspflichten, § 3 MediationsG	149
5. Kommunikationsregeln	150
III. Phase 2: Bestandsaufnahme	151
1. Eröffnungserklärungen	151
2. Kommunikative Techniken des Mediators	153
a) Aktives Zuhören	153
b) Fragetechniken	155
3. Zusammenfassung und Visualisierung	155
IV. Phase 3: Erforschen der Interessen	156
1. Zweck und Gegenstand	157
2. Klärung der eigenen Interessen	158
3. Empathie für die Interessen der anderen Partei	159
4. Vorgehen des Mediators	159
V. Klärung der Sach- und Rechtslage?	161
VI. Phase 4: Erarbeitung und Bewertung von Optionen	161
1. Erarbeitung von Optionen	162
2. Bewertung und Konsolidierung der Optionen	164
VII. Phase 5: Entwicklung und Umsetzung der Abschlussvereinbarung	167
1. Entwurf der Abschlussvereinbarung	168
2. Informationspflichten des Mediators	170
a) Kenntnis der Sachlage	171
b) Verständnis des Inhalts	172
c) Hinweis auf externe Beratung	173
§ 13 Zusammenfassung: Mediation	174

Dritter Abschnitt

Grundzüge der Haftung des Rechtsanwalts	176
§ 14 Rechtsgrundlagen der zu untersuchenden Pflichten	177
I. Gesetzliche Pflichten	177
II. Berufsrechtliche Pflichten	178
III. Vertragliche Pflichten	179
§ 15 Allgemeine Fragen des Rechtsanwaltsvertrages	180
I. Vertragstyp	180

II.	Hauptpflichten des Rechtsanwalts	183
III.	Mandatsinhalt und -umfang	185
1.	Unbeschränktes Mandat	186
2.	Beschränktes Mandat	188
§ 16	Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts	190
I.	Informationspflicht des Mandanten	191
II.	Pflicht des Rechtsanwalts zu ergänzenden Nachfragen	192
III.	Vertrauen auf Angaben des Mandanten	193
IV.	Ermittlungspflicht des Rechtsanwalts	193
V.	Beweismittelbezogene Pflichten des Rechtsanwalts	194
§ 17	Pflicht zur Rechtsprüfung	195
I.	Kenntnis der maßgeblichen Rechtsnormen	196
II.	Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung	197
III.	Kenntnis der Rechtsprechung der Ober- und Instanzgerichte	199
IV.	Kenntnis der rechtswissenschaftlichen Literatur	200
V.	Rechtsprüfung durch den Rechtsanwalt	202
§ 18	Pflicht zur Belehrung und Beratung	202
I.	Zweck und Gegenstand	204
II.	Belehrungsbedürftigkeit	205
III.	Art und Weise der Belehrung	207
IV.	Belehrung über außerrechtliche Umstände	207
V.	Rat zum sichersten Weg	209
§ 19	Insbesondere: Der Abschluss eines Vergleichs	212
I.	Abgrenzung zum Gebot des sichersten Weges	213
II.	Pflichten in Bezug auf die Verhandlungsführung?	214
III.	Belehrungspflichten	215
IV.	Beratungspflicht für oder gegen den Vergleichsabschluss	218
V.	Gestaltung des Vergleichs	221
§ 20	Weitere Haftungsvoraussetzungen	221
I.	Objektive Pflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit	222
II.	Verschulden	224
III.	Haftungsausfüllende Kausalität und Schaden	225

Vierter Abschnitt

Die Pflichten des Rechtsanwalts in der Mediation 228

§ 21	Konkretisierung und Abschichtung der Untersuchungsfrage	228
I.	Die Rolle des Rechts in einem Konflikt	228

II.	Das Verhältnis der Mediation zum Recht	230
1.	Recht <i>der</i> Mediation	230
2.	Rolle des Rechts <i>in der</i> Mediation	231
a)	Im Verlauf des Verfahrens der Mediation	231
b)	Bei der verbindlichen Niederlegung der Abschlussvereinbarung ..	234
c)	Zwischenergebnis	236
III.	Abschichtung der Fragestellung	236
§ 22	Gegenstand des Mandats zur Beratung in der Mediation	236
§ 23	Pflichten im Vorfeld einer Mediation	237
I.	Pflichten zur Belehrung über die Mediation	238
1.	Möglichkeit der Mediation	238
2.	Aufklärung über Verfahren der Mediation	241
3.	Risiken und Kosten der Mediation	241
a)	Verjährung und Ausschlussfristen	242
b)	Vertraulichkeit	243
c)	Außerrechtliche Umstände	245
d)	Kosten	245
e)	Deckung durch Rechtsschutzversicherung	249
II.	Pflichten zur Empfehlung für oder gegen die Mediation	249
1.	Bezugspunkt der Vor- oder Nachteilhaftigkeit	250
2.	Pflicht zum Abraten von einer Mediation	252
a)	Grundsätzlich nicht mediationsgeeigneter Streit	252
b)	Strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien	254
c)	Gute prozessuale Erfolgsaussichten	255
d)	Missbrauch der Mediation durch die Gegenseite	258
3.	Pflicht zum Zuraten zu einer Mediation	262
a)	Verpflichtung zur Mediation	262
b)	Missbrauch der Mediation	264
III.	Pflichten betreffend die vertraglichen Rechtsgrundlagen	266
1.	Mediationsvereinbarung	267
a)	Allgemeine gestalterische Anforderungen	267
b)	Besonderheiten bei Verwendung einer Mediationsklausel	270
c)	Besonderheiten bei Abschluss einer Mediationsvereinbarung <i>ad hoc</i>	272
2.	Mediatorvertrag	273
3.	Verfahrensregeln	273
IV.	Pflicht zur Vorbereitung des Mandanten auf die Mediation	274
§ 24	Pflichten im Verlauf einer Mediation	276
I.	Abgrenzung: Rolle des Rechtsanwalts in der Mediation	276

II.	Abgrenzung: Idealverhalten und haftungsbewehrte Pflichten	277
III.	Verlauf der Mediationssitzung	277
1.	Allgemeine Fragen	278
a)	Eigenverantwortlichkeit des Mandanten	278
b)	Verpflichtung des Rechtsanwalts nur auf materielle Rechte	279
c)	Folgerungen für die Pflichten des Rechtsanwalts in der Mediation	279
2.	Phasen 1–3: Von der Eröffnung bis zu der Erforschung der Interessen	280
3.	Phase 4: Erarbeitung und Bewertung der Optionen	282
a)	Erarbeitung der einzelnen Optionen	282
b)	Bewertung der einzelnen Optionen	283
c)	Konsolidierung der Optionen zu einer Gesamtlösung	285
4.	Phase 5: Abschlussvereinbarung	287
a)	Entwurf der Abschlussvereinbarung	287
b)	Entscheidung über den Abschluss	289
aa)	Belehrungspflichten	289
bb)	Beratungspflichten	291
cc)	Art und Weise der Belehrung und Beratung	295
§ 25	Pflichten bei einer Mediation im Fall des § 278a ZPO	296
§ 26	Pflichten bei einer Mediation im Fall des § 278 Abs. 5 ZPO	298
§ 27	Zusammenfassende Würdigung	301

Fünfter Abschnitt

Thesen	303
Literaturverzeichnis	306
Sachverzeichnis	332

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
A.B.A. J.	American Bar Association Journal
Abb.	Abbildung
ABl. EU L	Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe L „Rechtsvorschriften“
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
Acad. Manage. Exec.	Academy of Management Executive
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 09.05.2008, ABl. EU C 115, S. 47–199
a. F.	alte Fassung
AKL	Alternative Konfliktbeilegung
Allg.M.	Allgemeine Meinung
Am. J. Sociol.	American Journal of Sociology
Ann. Am. Acad. Polit. S.S.	Annals of the American Academy of Political and Social Science
AnwBl.	Anwaltsblatt
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Art./Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht
Begr.	Begründer
Bek.	Bekanntmachung
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte, i. d. F. der Bekanntmachung vom 01.11.2001, zuletzt geändert durch Beschluss der 6. Sitzung der 5. Satzungsversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer am 05.05.2014 mit Wirkung per 01.01.2015, BRAK-Mitt. 2014, S. 252
BR	Bundesrat
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer K.d.ö.R.
BRAK-Mitt.	BRAK Mitteilungen
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache

BR-Plpr.	Plenarprotokoll des Bundesrates
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BT-Plpr.	Plenarprotokoll des Bundestags
Bus. Law.	The Business Lawyer
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf v. 11.04.1980, ratifiziert durch Gesetz v. 05.07.1989, BGBl. 1989 II S. 586
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
CPO	Civilprozeßordnung v. 30.01.1877, RGBl. S. 83
d.	der
DB	Der Betrieb
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V., Köln
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
ebd.	ebenda
EGMediationsG	Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung vom 21.07.2012, BGBl. I, S. 1577–1582 ([Änderungs-]Gesetz zur Einführung des MediationsG und weiterer Änderungen in den Prozessordnungen, Kostengesetzen etc.)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957, EU-Dok.-Nr. 1 1957 E (außer Kraft seit 01.12.2009)
Environ. Values	Environmental Values
etc.	et cetera
EUCON	Europäisches Institut für Conflict Management e. V., München
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992, EU-Dok.-Nr. 1 1992 M
e. V.	eingetragener Verein
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FF	Forum-Familienrecht
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
G	Gesetz
gem.	gemäß
GI aktuell	Informationen für wirtschaftsprüfende, rechts- und steuerberatende Berufe
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts

GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt (des Freistaats Bayern)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IBR	Immobilien- und Baurecht
i. d. F.	in der Fassung
i. E.	im Ergebnis
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Confl. Resol.	The Journal of Conflict Resolution
jew.	jeweils
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
Jus. Sys. J.	The Justice System Journal
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.d.ö.R.	Körperschaft des öffentlichen Rechts
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
krit.	kritisch
KV-GKG	Kostenverzeichnis zum Gerichtskostengesetz (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG)
Law & Soc'y Rev.	Law & Society Review
liSp	linke Spalte
Manage Sci	Management Science
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MediationsG	Mediationsgesetz, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung vom 21.07.2012, BGBl. I, S. 1577–1582
MediationsRL	Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU L 136, S. 3–8
Med. Quart.	Mediation Quarterly
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJWE-VHR	NJW-Entscheidungsdienst Versicherungs- und Haftungsrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
PIPr.	Plenarprotokoll
Prot	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
reSp	rechte Spalte
RGBl.	Reichs-Gesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Stand. L. Rev.	Stanford Law Review
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
teilw.	teilweise
t. v. A.	teils vertretene Ansicht
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
USt.	Umsatzsteuer
v.	vom/von
v. Chr.	vor Christus
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht
VV-RVG	Vergütungsverzeichnis zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 RVG)
WM	Wertpapiermitteilungen
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis

z. B.	zum Beispiel
ZErB	Zeitschrift für die Erb- und Steuerrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Erster Abschnitt

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung betrachtet die Mediation im Hinblick auf bestimmte Pflichten und Pflichtverletzungen des auf Seiten einer Partei beteiligten Rechtsanwalts.

Im Interesse der Klarheit werden dazu zunächst die nicht zweifelsfreien Konturen des Begriffs „Mediation“ herausgearbeitet (§ 1). Sodann wird die Untersuchungsfrage positiv formuliert (§ 2), um sie danach von selbst nicht untersuchungsgegenständlichen (Vor-)Fragen negativ abzugrenzen (§ 3). Danach wird ein kurzer Überblick über den Gang der Untersuchung gegeben (§ 4).

§ 1 Grundlegung des Begriffs „Mediation“

Der Begriff „Mediation“ wird im Allgemeinen und zum Teil auch im juristischen Sprachgebrauch uneinheitlich verwendet.¹ Da es sich für hiesige Zwecke um einen zentralen Begriff handelt, erscheint eine klare Positionierung zum Verständnis der Mediation unabdingbar.

Dazu werden im Folgenden der historische (I.) und der jüngere Sprachgebrauch (II.) außerhalb der Rechtswissenschaft sowie die europarechtliche (III.) und die bundesdeutsche Legaldefinition (IV.) dargestellt. Anschließend wird die Mediation für Zwecke der vorliegenden Untersuchung positiv definiert (VI.). Schließlich erfolgt eine Abgrenzung gegenüber anderen Methoden der alternativen Konfliktbeilegung (VII.).

I. Historie des Begriffs

Das Wort Mediation leitet sich in etymologischer Hinsicht von dem griechischen $\mu\epsilon\sigma\sigma\omicron^2$ (in der Mitte) und dem lateinischen *medius*³ (in der Mitte) bzw. *mediare*⁴ (in der Mitte sein) ab.⁵

¹ Hess, Gutachten F „Mediation“ für den 67. DJT (2008), S. 9 (15); Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, § 1 Rn. 5; Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, Teil 1. Rn. 30.

² Vgl. Gemoll, Altgriechisches Wörterbuch, S. 496 „ $\mu\epsilon\sigma\sigma\omicron$ “.

³ Vgl. Stowasser, Lateinisches Wörterbuch, S. 312 „*medius*“.

⁴ Vgl. Stowasser, Lateinisches Wörterbuch, S. 311 „*mediare*“.

Der Begriff wurde im allgemeinen Sprachgebrauch lange Zeit ganz überwiegend in einem völkerrechtlichen Kontext verwendet.⁶ Dabei bezeichnete der Begriff in der Regel die versöhnende Vermittlung eines Staates in einem Streit zwischen zwei anderen Staaten.⁷ Auch in juristischer Hinsicht wird im Ausgangspunkt an diese überkommene Bedeutung des Begriffs angeknüpft. So skizziert zum Beispiel der Gesetzentwurf der *Bundesregierung* zum Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung,⁸ das in der vorliegenden Arbeit abgekürzt als EGMediationsG zitiert wird, die frühe Entwicklung der Mediation in Europa anhand von Beispielen aus dem Völkerrecht.⁹ Die Begründung des Gesetzentwurfs beruft sich dabei zum einen auf *Solon*, der in den Jahren 594–593 v. Chr. in Athen als Vermittler in einem Konflikt zwischen den Aristokraten und den übrigen Bürgern vermittelte.¹⁰ Zum anderen benennt sie *Alvise Contarini*, der die Verhandlungen zum Westfälischen Frieden vom 24.10.1648 als „Mediator“ maßgeblich prägte und der in der Präambel des Friedensvertrags auch als „Mediator“ lobend erwähnt wird.¹¹

II. Jüngere Rezeption des Begriffs

Im Zuge von interdisziplinären wissenschaftlichen Untersuchungen¹² und der zunehmenden praktischen Verbreitung der Mediation seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts wird die Mediation jedoch nicht mehr in einem spezifisch völkerrechtlichen Sinne verstanden. Vielmehr definierte der allgemeine¹³

⁵ *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, MediationsG, Einleitung Rn. 4; *Kreissl*, SchiedsVZ 2012, 230 (233).

⁶ Unten § 5 (S. 52 ff.).

⁷ *Brockhaus*, Real-Encyclopädie (5. Aufl. 1819), S. 259 f. „Mediateur“; *Brockhaus*, Enzyklopädie, „Mediation“ sub. 2.; *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, S. 1171 „Mediation“ sub. 1.; *Kreissl*, SchiedsVZ 2012, 230 (231).

⁸ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung vom 21.07.2012, BGBl. I, S. 1577–1582; es handelt sich dabei um das (Änderungs-)Gesetz, mit dem sowohl das MediationsG als auch die Folgeänderungen in den verschiedenen Prozessordnungen (z. B. §§ 41, 159, 253 Abs. 3, 278 Abs. 5, 278a ZPO) eingeführt wurden; eine einheitliche Abkürzung für dieses (Änderungs-)Gesetz existiert bislang nicht.

⁹ Vgl. Begründung RegE EGMediationsG, BT-Drs. 17/5335, S. 10 liSp.

¹⁰ *Duss-von Werdt*, homo mediator, S. 25; *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, MediationsG, Einleitung Rn. 2; unten § 5 I. (S. 53).

¹¹ *Duss-von Werdt*, homo mediator, S. 33 mit Fn. 44 m.w.N.; *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, MediationsG, Einleitung Rn. 3; vgl. dazu noch näher § 5 III. auf S. 55.

¹² Zu den psychologischen Hintergründen der Mediation vgl. unten § 6 (S. 67 ff.).

¹³ *Brockhaus*, Enzyklopädie, „Mediation“ sub. 1.; *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, S. 1171 „Mediation“ sub. 2.

wie auch der juristische¹⁴ Sprachgebrauch – bereits vor Erlass des EGMediationsG¹⁵ im Jahre 2012 – die Mediation als Vermittlung durch einen nicht entscheidungsbefugten Dritten, der die Konfliktparteien bei der eigenverantwortlichen Erarbeitung der Lösung ihres Konflikts unterstützt.

Es handelt sich somit im Ausgangspunkt um einen Begriff, der juristisch nicht vorstrukturiert ist und keine konkreten Rechtsfolgen bezweckt.

III. Die Legaldefinition in Art. 3 lit. a) MediationsRL

Im Jahre 2008 hat die *Europäische Union* die MediationsRL¹⁶ erlassen. Diese MediationsRL regelt nur einen verhältnismäßig geringen Bereich der Mediation in dem oben dargelegten Sinne. Denn entsprechend der primärrechtlichen Vorgaben der Artt. 67 Abs. 4, 69 AEUV¹⁷ erfasst die Richtlinie nur grenzüberschreitende Streitigkeiten, Art. 1 Abs. 2 S. 1 MediationsRL, so dass rein nationale Sachverhalte und damit insbesondere auch innerdeutsche Streitigkeiten hiervon *nicht* geregelt werden.¹⁸ Außerdem beschränkt sich die Richtlinie in der Sache ausdrücklich auf zivil- und handelsrechtliche Streitigkeiten und schließt im Gegenzug die Anwendung auf Streitigkeiten über das Steuer-, Verwaltungs-, Amtshaftungs-, Familien- und Arbeitsrecht aus, Art. 1 Abs. 2 S. 2 MediationsRL.¹⁹

Für diesen beschränkten Anwendungsbereich definiert die Richtlinie Mediation als 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, Art. 3 lit. a) UAbs. 1 S. 1 MediationsRL. Dieser europarechtliche Begriff umfasst dabei sowohl die Mediation außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens (außergerichtliche Mediation), die Mediation auf Vorschlag des Prozessgerichts außerhalb der Organisation eines Gerichts (gerichtsnahe Mediation) und die Mediation durch einen nicht zur Entscheidung befugten Richter (gerichtsinterne Mediation), Art. 3 lit. a) UAbs. 1 und 2 MediationsRL.

¹⁴ *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 798 „Mediation“; *Köbler*, Juristisches Wörterbuch, S. 275 „Mediation“; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 104 Rn. 30; vgl. auch Begründung RegE EGMediationsG, BT-Drs. 17/5335, S. 10 liSp.

¹⁵ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung vom 21.07.2012, BGBl. I, S. 1577–1582; vgl. bereits die Hinweise in Fn. 8.

¹⁶ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU L 136, S. 3–8.

¹⁷ Vormals Art. 61 lit. c), 67 Abs. 5 EGV.

¹⁸ *Greger*, in: *Greger/Unberath*, MediationsG, Teil 1. Rn. 116; *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, 2737 (2737).

¹⁹ Vgl. außerdem Erwägungsgrund 10 der MediationsRL.