

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*

<b>Die Pflichten des Rechtsanwalts in der Mediation</b>	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*

<b>Thesen</b>	303
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	306
<b>Sachverzeichnis</b> .....	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*

<b>Grundzüge der Haftung des Rechtsanwalts</b>	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*

	<b>Thesen</b> .....	303
	<b>Literaturverzeichnis</b> .....	306
	<b>Sachverzeichnis</b> .....	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.<sup>1</sup> 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*<sup>3</sup> (in der Mitte) bzw. *mediare*<sup>4</sup> (in der Mitte sein) ab.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

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

<sup>3</sup> Vgl. Stowasser, Lateinisches Wörterbuch, S. 312 „*medius*“.

<sup>4</sup> Vgl. Stowasser, Lateinisches Wörterbuch, S. 311 „*mediare*“.

Der Begriff wurde im allgemeinen Sprachgebrauch lange Zeit ganz überwiegend in einem völkerrechtlichen Kontext verwendet.<sup>6</sup> Dabei bezeichnete der Begriff in der Regel die versöhnende Vermittlung eines Staates in einem Streit zwischen zwei anderen Staaten.<sup>7</sup> 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,<sup>8</sup> das in der vorliegenden Arbeit abgekürzt als EGMediationsG zitiert wird, die frühe Entwicklung der Mediation in Europa anhand von Beispielen aus dem Völkerrecht.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

## II. Jüngere Rezeption des Begriffs

Im Zuge von interdisziplinären wissenschaftlichen Untersuchungen<sup>12</sup> 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 allgemeine<sup>13</sup>

---

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

<sup>6</sup> Unten § 5 (S. 52 ff.).

<sup>7</sup> *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).

<sup>8</sup> 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.

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

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

<sup>11</sup> *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.

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

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

wie auch der juristische<sup>14</sup> Sprachgebrauch – bereits vor Erlass des EGMediationsG<sup>15</sup> 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 MediationsRL<sup>16</sup> 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 AEUV<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.

---

<sup>14</sup> *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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Vormals Art. 61 lit. c), 67 Abs. 5 EGV.

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

<sup>19</sup> Vgl. außerdem Erwägungsgrund 10 der MediationsRL.