

TIM HUSEMANN

Der moderierte Vertrag

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 249



Tim Husemann

Der moderierte Vertrag

Mohr Siebeck

Tim Husemann, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft in Osnabrück; Promotion und Habilitation an der Ruhr-Universität Bochum; Professurvertretung an der Universität Duisburg-Essen; derzeit Akademischer Rat a. Z. an der Universität Bochum.
orcid.org/0000-0002-7706-0576

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft – 462268963.

ISBN 978-3-16-159989-7 / eISBN 978-3-16-160088-3

DOI 10.1628/978-3-16-160088-3

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

meinem lieben Großvater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung wurde sie auf den Stand von Dezember 2020 gebracht.

Der erste Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Jacob Joussem, dem ich für vieles Dank schulde, insbesondere aber für das in mich gesetzte Vertrauen. Prof. Dr. Klaus Schreiber hat mich auf meinem wissenschaftlichen Weg begleitet, dafür und für die schnelle Begutachtung dieser Arbeit danke ich ihm herzlich.

Ich habe jedes Wort dieses Buches in meinem Büro an der Ruhr-Universität in Bochum geschrieben, weil ich mich dort immer sehr wohl gefühlt habe. Das hat nur einen Grund: Kolleginnen und Kollegen, die eine Atmosphäre kreiert haben, in der es sich gut arbeiten ließ und die mich ertragen haben, wenn ich trotzdem nicht arbeiten konnte oder wollte. Das werde ich Euch nicht vergessen. Danke.

Mein erster Anruf galt ihm. Nach meinem geglückten Habilitationsvortrag am 10. Juni 2020 habe ich mich sofort gemeldet. Es war einer der letzten klaren Tage meines Großvaters, dessen Kräfte schwanden. Er war nicht selbst am Telefon, aber sein Zuruf durch das Zimmer genügte, um zu wissen, wie stolz er war. Dabei hätte er nicht mal rufen müssen, ich wusste es längst. Mit dem Stolz, den wohl nur empfinden kann, wer selbst in den Nachkriegsjahren gar keine Berufswahl hatte, begleitete er meinen Weg. Erst zum Gymnasium, dann zur Universität. Oft ließ er mich wissen, wie stolz er auf mein Abitur, den Studienabschluss und die Promotion war. Dass jetzt die Habilitation in Sicht war, bereitete ihm große Freude, wo es sonst viel Grund zur Sorge gab. Wenn alles geschafft war, wollte er zusammen mit meiner Großmutter eine große Party ausrichten. Jetzt ist alles geschafft. Aber mein lieber Opa hat die Veröffentlichung dieses Buches nicht mehr erlebt. Aber das heißt ja nicht, dass ich hier nicht von ihm erzählen könnte. Ich habe viel von ihm gelernt.

Mein Großvater war Teil einer Familie, die man sich ja bekanntlich nicht aussucht, die ich mir aber so ausgesucht hätte. Meine herzlichen Großmütter, meine lieben Eltern, die beste kleine Schwester und mein guter Schwager sind mir Heimat und Basis für alles, was ich je geschafft habe.

Einige Menschen mehr verdienen hier Erwähnung. Weil sie mir in der Zeit, in der ich dieses Buch geschrieben habe, wertvolle Helfer und tolle Freunde waren. Weder Autor noch Buch wären möglich ohne Euch. Unter Freunden zählen keine Titel, nicht mal Nachnamen. Ich danke von Herzen: Ana Cristina, Anne-Katrin, Katharina, Nina-Annette, Alex, Andre, Darren, Kaffer, Manuel sowie Jakob und Ulrich.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die Übernahme der Druckkosten.

Bochum, im Frühjahr 2021

T.H.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XV
Hinweis zu Abkürzungen	XXXIV
A. Einleitung	1
I. Begriff der Moderation	2
II. Begriff des (zivilrechtlichen) Konflikts	4
1. Gegensatz	5
2. Rolle der Kommunikation	6
3. Verhandelnd zum Vertrag	6
4. Das Zivilrechtliche des Konflikts	7
III. Gang der Darstellung	8
B. Der moderierte Vertrag des zivilrechtlichen Konflikts	9
I. Mediator	9
1. Der Mediatorvertrag	11
2. Charakteristika der Mediation	17
3. Haftung	29
4. Der moderierte Vertrag in der Mediation	32
5. Mediator und moderierter Vertrag	33
6. Mediator als Moderator	39
II. Güterichter	40
1. Die Einsetzung des Güterichters	42
2. Die Moderation des Güterichters	45
3. Mediator – Güterichter – Richter	52
4. Charakteristika des Verfahrens vor dem Güterichter	56
5. Haftung	80
6. Der moderierte Vertrag im Verfahren vor dem Güterichter	87
7. Güterichter und moderierter Vertrag	88
8. Güterichter als Moderator	96
III. Prozessrichter	97
1. Einsetzung des Prozessrichters	97
2. Die Moderation des Prozessrichters	102

3. Charakteristika der Güteverhandlung	117
4. Haftung	129
5. Der moderierte Vertrag in der Verhandlung vor dem Prozessrichter	133
6. Prozessrichter und moderierter Vertrag	136
7. Interesse	231
8. Der Richter als Moderator	233
IV. Gerichtsvollzieher	235
1. Die Einsetzung des Gerichtsvollziehers	236
2. Die Moderation des Gerichtsvollziehers	236
3. Charakteristika des Verfahrens vor dem Gerichtsvollzieher	240
4. Haftung	245
5. Der moderierte Vertrag im Verfahren vor dem Gerichtsvollzieher	248
6. Gerichtsvollzieher und moderierter Vertrag	253
7. Gerichtsvollzieher als Moderator	260
C. Der moderierte Vertrag – Definition	262
I. Moderator	262
1. Tätigkeit des Moderators: die Moderation	262
2. Unabhängigkeit und Neutralität	263
3. Freiwilligkeit	264
4. Interesse am Vertragsschluss	266
5. Nicht verbindend: Vertraulichkeit	268
II. Der moderierte Vertrag	268
1. Der Moderator als der beteiligte Unbeteiligte	268
2. Definition	270
3. Der moderierte Vertrag in der Evolution des Rechts	270
D. Weitere moderierte Verträge	276
I. Bedeutung und Konkretisierung	277
1. Das Verbraucherstreitbeilegungsverfahren	277
2. Täter-Opfer-Ausgleich	308
3. Beratung nach § 17 Abs. 2 SGB VIII	317
4. Gütlicher Ausgleich der Einigungsstelle nach dem UWG	327
II. Vermittlung und Moderation	337
1. Vermittlung durch die Bundesagentur für Arbeit	338
2. Notarielle Vermittlung	344
3. Maklerische Vermittlung	371
III. Abgrenzung und Zusammenfassung	386
1. Abgrenzung	386

2. Zusammenfassung	390
E. Die Legitimation des moderierten Vertrags	396
I. Die Legitimation des Urteils durch Verfahren	397
1. Die heimliche Theorie des Verfahrens	398
2. Voraussetzungen für die heimliche Theorie des Verfahrens	398
3. Legitimation des Urteils durch Richtigkeitschance	401
4. Legitimation durch subjektive Verfahrensgerechtigkeit	403
5. Zum Verhältnis der Ansätze	405
II. Die Legitimation des Vertrags durch Verfahren	406
1. Legitimation durch Selbstbestimmung	406
2. Legitimation durch Richtigkeitsgewähr	408
3. Zum Verhältnis der Ansätze	409
4. Absicherung der Legitimation	410
III. Die Legitimation des moderierten Vertrags	411
1. Die gesteigerte Legitimation	411
2. Grundlagen der gesteigerten Legitimation des moderierten Vertrags	412
3. Gefahren	419
4. Voraussetzungen und deren Absicherung	420
F. Absicherung der gesteigerten Legitimation	421
I. Legitimation und Vertragstypus, § 779 BGB	422
1. Der moderierte Vertrag als Vergleich	422
2. Unwirksamkeitsgrund als Schutz vor Manipulation	429
3. Ergebnis: Vergleich	431
II. Täuschen und Drohen, § 123 BGB	432
1. Täuschung	433
2. Drohung	447
3. Ergebnis	466
4. Die juristische Mehrdimensionalität	467
III. Verhandelnd zum moderierten Vertrag, § 311 Abs. 2 BGB	469
1. Bedeutung für den moderierten Vertrag	469
2. Vorgaben für die Vertragsverhandlung	474
3. Das Gebot fairen Verhandeln	478
IV. Geschäftsgrundlage und Legitimation, § 313 BGB	519
1. „Umstände oder Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind“	520
2. Objektive vs. subjektive Geschäftsgrundlage	522
3. Schwerwiegende Veränderungen	523

4. Kein oder anderer Vertragsschluss bei vorhergesehener Veränderung	524
5. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag	524
6. Ergebnis Geschäftsgrundlage	547
V. Missbrauchskontrolle und moderierter Vertrag, §§ 138, 242 BGB	548
1. Bedeutung der Moderation für die Selbstbestimmung	548
2. Übertragbarkeit	554
3. Sittenwidrigkeit	557
4. Die verwerfliche Gesinnung und ihre Vermutung	559
5. Bedeutung für die Moderation	561
VI. Rechtliche Absicherung der gesteigerten Legitimation	564
G. Das Bewegliche System des moderierten Vertrags	566
I. Das Bewegliche System	567
1. Die drei Thesen des Beweglichen Systems	568
2. Die Elemente des Beweglichen Systems	569
3. Zur Funktionsweise des Beweglichen Systems	579
4. Kriterien eines guten Verhandlungsergebnisses	584
II. Das Bewegliche System des moderierten Vertrags	586
1. Zu den einzelnen Elementen	587
2. Zur Funktionsweise des Beweglichen Systems des moderierten Vertrags	592
III. Vorschlag einer gesetzlichen Normierung des moderierten Vertrags	592
1. Inhalt der Vorschrift	593
2. Begründung	593
H. Schluss	602
I. Der moderierte Vertrag als Rechtsphänomen	602
1. Moderation	602
2. Das Interesse des Moderators	606
II. Die gesteigerte Legitimation des moderierten Vertrags	606
1. Öffentlichkeit	607
2. Subjektive Verfahrens- und Vertragsgerechtigkeit	607
3. Verstärkung der Richtigkeitsgewähr	608
4. Garant der Selbstbestimmung	609
III. Absicherung der Legitimation	609
1. Keine ausreichende Absicherung der gesteigerten Legitimation	610
2. Folge der fehlenden Absicherung	611

IV. Das Bewegliche System des moderierten Vertrags	611
1. Informierte und anerkennende Autonomie	612
2. Neutralität/Unabhängigkeit des Moderators	613
Literaturverzeichnis	615
Sachregister	645

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Hinweis zu Abkürzungen	XXXIV
A. Einleitung	1
I. Begriff der Moderation	2
II. Begriff des (zivilrechtlichen) Konflikts	4
1. Gegensatz	5
2. Rolle der Kommunikation	6
3. Verhandelnd zum Vertrag	6
4. Das Zivilrechtliche des Konflikts	7
III. Gang der Darstellung	8
B. Der moderierte Vertrag des zivilrechtlichen Konflikts	9
I. Mediator	9
1. Der Mediatorvertrag	11
a) Die Moderation des Mediators	12
b) Aussagen des MedG	12
c) Die Tätigkeit des Mediators	13
2. Charakteristika der Mediation	17
a) Freiwilligkeit	18
b) Neutralität und Unabhängigkeit	20
aa) Neutralität vs. Allparteilichkeit	20
bb) Neutralität	22
cc) Unabhängigkeit	23
dd) Realisierung von Neutralität und Unabhängigkeit	25
c) Vertraulichkeit	27
d) Realisierung der Vertraulichkeit	28
3. Haftung	29
a) Haftungsgrund	29
b) Schaden	32
4. Der moderierte Vertrag in der Mediation	32

5. Mediator und moderierter Vertrag	33
a) Motivation des Gesetzgebers	34
b) Eingriff in die Kommunikation	36
c) Interesse des Mediators	38
6. Mediator als Moderator	39
II. Güterichter	40
1. Die Einsetzung des Güterichters	42
2. Die Moderation des Güterichters	45
a) Aussagen des § 278 Abs. 5 ZPO	45
aa) Gesetzgebungsgeschichte	45
bb) Mediation vs. Methodenvielfalt	46
(1) Mediation	47
(2) Methodenvielfalt	47
b) Die güterichterliche Tätigkeit	49
aa) Transparenz	50
bb) Ausrichtung am Parteiinteresse	51
cc) Lösungsvorschläge	51
3. Mediator – Güterichter – Richter	52
a) Güterichter und Mediator	52
b) Güterichter und Richter	53
c) Kristallisationspunkt Einzelgespräch	54
4. Charakteristika des Verfahrens vor dem Güterichter	56
a) Freiwilligkeit	56
b) Neutralität und Unabhängigkeit	58
aa) Erfordernis von Neutralität und Unabhängigkeit	58
bb) Realisierung von Neutralität und Unabhängigkeit	59
cc) Unabhängigkeit aus Richtersicht	61
c) Vertraulichkeit	61
d) Realisierung der Vertraulichkeit	62
aa) Gerichtsakte	63
(1) Kein Eingang in die Prozessakte	64
(2) Kein Ausgang aus der Prozessakte	66
(a) Einsichtnahme durch die Parteien	67
(b) Einsichtnahme durch Dritte	68
bb) Vorbringen im späteren Prozess	70
(1) Aussage des Güterichters	70
(a) Amtsverschwiegenheit	71
(b) Aussagegenehmigung	71
(c) Anzeigepflicht von Straftaten	74
(d) Ausreichender Schutz der Vertraulichkeit	76
(2) Aussage der Parteien	77
(a) Vertraulichkeitsabrede	77
(b) Wirkung der Vertraulichkeitsabrede	78
(c) Beweisverwertung	80

5. Haftung	80
a) Haftungsgrund	81
aa) Vertrag	81
bb) Amtspflichtverletzung	81
(1) Beamter	81
(2) Verletzung einer Amtspflicht	82
cc) Privilegierung	83
(1) § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB	83
(2) § 839 Abs. 2 BGB	83
(3) Haftungsprivilegierung der Richter	84
(4) Haftungsprivilegierung der Güterichter	86
b) Schaden	87
6. Der moderierte Vertrag im Verfahren vor dem Güterichter	87
7. Güterichter und moderierter Vertrag	88
a) Protokollierung	88
b) Ne ultra petita	89
c) Kräfteparität	90
aa) Tätigkeit	91
bb) Ergebnis	91
cc) Gemeinsamer Ausgangspunkt: Kräfteungleichgewicht	91
d) Herkunft des Ungleichgewichts	92
aa) Gründe für die Imparität	92
bb) Kein Grund zum Eingreifen	93
e) Eingriff in die Kommunikation	93
f) Interesse des Güterichters	94
8. Güterichter als Moderator	96
III. Prozessrichter	97
1. Einsetzung des Prozessrichters	97
2. Die Moderation des Prozessrichters	102
a) Die Aussagen der ZPO	105
aa) § 139 ZPO	107
(1) Kräftegleichgewicht	108
(2) Grenze der Unparteilichkeit	109
bb) § 278 ZPO	110
(1) „unter freier Würdigung aller Umstände“	112
(2) Ziel: gütliche Einigung	112
b) Die Tätigkeit des Prozessrichters	114
aa) Entscheidungsbezogene Vermittlung	115
bb) Mediativer Ansatz	115
cc) Mischformen	116
3. Charakteristika der Güteverhandlung	117
a) Freiwilligkeit	117
aa) Verfahrensbeginn	117
bb) Verfahrensbeendigung	119

b) Neutralität und Unabhängigkeit	119
aa) Auswirkung auf die Prozessleitung	121
bb) Bedeutung für die Vermittlungstätigkeit	121
cc) Kristallisationspunkt Einzelgespräch	122
dd) Realisierung der Neutralität bzw. Unbefangenheit	122
(1) Klagerücknahme durch Kläger	123
(2) Reaktionsmöglichkeiten des Beklagten	125
c) Vertraulichkeit	126
aa) Reichweite des Öffentlichkeitsgrundsatzes	126
bb) Dritte	128
cc) Prozessrichter	128
dd) Parteien	129
4. Haftung	129
a) Amtspflichtverletzung	130
b) Privilegierung	130
aa) Spruchrichterprivileg	130
bb) Verweisungsprivileg und allgemeine Haftungsprivilegierung	131
cc) Schaden	132
5. Der moderierte Vertrag in der Verhandlung vor dem Prozessrichter	133
a) Moderierter Vertrag und Prozessvergleich im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO	133
aa) Moderierter Vertrag als Vergleich	133
bb) Vergleich als moderierter Vertrag	134
b) Moderierter Vertrag statt Vergleich	134
c) Verhältnis von Vergleich und Urteil	135
6. Prozessrichter und moderierter Vertrag	136
a) Gesetzesbindung bei Vermittlungstätigkeit	137
b) Streitiges Verfahren	138
aa) Unzulässige Klage	138
bb) Unschlüssige Klage	140
cc) Ne ultra petita	141
c) Materielles Vertragsrecht	142
aa) Manipulation durch Autorität	142
bb) Druckausübung	143
cc) Kräftegleichgewicht	144
d) Insbesondere: Vergleichsvorschlag	144
aa) Zulässigkeit	145
bb) Rechtsbindung	145
cc) Orientierung am streitigen Verfahren	146
dd) Materielles Vertragsrecht	148
e) Die Protokollierung des moderierten Vertrags	148
aa) Voraussetzungen für die Protokollierung	149
bb) Folgen der Protokollierung	151

(1) § 127a BGB	152
(a) Voraussetzungen	152
(b) Gesetzgeberische Intention	153
(c) „Gesamtberreinigung strittiger Rechtsverhältnisse“	154
(d) Grundgedanken der §§ 296, 495 Abs. 2 ZPO	154
(e) Richterrechtlicher Ursprung	155
(2) Folgen der Folgen: Gilt das BeurkG, insbesondere § 17 BeurkG?	157
(a) Entsprechende Anwendung	159
(b) Hinreichende Vergleichbarkeit	160
(c) Person	160
(d) Vermittlungssituation	161
(e) Vergleichbare Situation bei richterlicher Verhandlung?	163
(f) Beschränkung wegen des Schutzzwecks	165
(g) Beschränkung der Übertragung auf Fälle der notwendigen Beurkundung?	166
(3) Sachnähere Lösung durch § 2 Abs. 6 MedG?	167
(4) Geltung für den Güterichter	167
(5) „Gerichtlicher Vergleich“	168
(a) . . . im Sinne des § 925 Abs. 1 Satz 3 BGB	168
(b) . . . im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG	169
(c) . . . im Sinne des § 3 Satz 2 MiLoG	172
(d) . . . im Sinne des § 9 Satz 1 AEntG	173
(6) § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO/ § 795a ZPO	174
(7) Andere Verfahrensordnungen	177
(8) Weitere Vorschriften	178
f) § 278 Abs. 6 ZPO: „besonderer Vertragsschluss“ und „besondere Protokollierung“	178
aa) „Besonderer Vertragsschluss“ gemäß § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO	178
(1) § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO als Vertragsschluss durch Zustimmung zu Vertragstext	179
(a) Antrag/Annahme	179
(b) Zustimmung zum Vertragstext	179
(c) § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 2 ZPO als Vertragsschluss durch Zustimmung	180
(2) Funktion des Richters	180
(3) Übertragbarkeit auf alle moderierten Verträge?	182
bb) „Besondere Protokollierung“ gemäß § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO	184
(1) § 278 Abs. 6 Satz 1 Alt. 1 ZPO als möglicher Fall sich kreuzender Angebote	184
(a) Kreuzende Angebote	185
(b) Zwischenergebnis	187
(2) Funktion des Richters	188

(3) Notwendige Differenzierung	188
cc) Gilt § 127a BGB?	188
(1) Unmittelbare Anwendung	189
(2) Planwidrige Regelungslücke	190
(3) Vergleichbarkeit der Interessenlage	191
(a) Besonderer Vertragsschluss	193
(b) Besondere Protokollierung	193
(c) Zwischenergebnis/Auflösung der Diskrepanz	194
dd) Gilt § 126 BGB?	196
ee) Gilt § 127 BGB?	199
ff) Gilt das BeurkG, insbesondere § 17 BeurkG?	200
gg) Gilt § 925 Abs. 1 Satz 3 BGB?	202
hh) Arbeitsrechtliche Vorschriften	203
(1) Gilt § 14 Abs. 1 Nr. 8 TzBfG?	204
(2) Bedeutung für die Moderation	209
(3) Gilt § 3 Satz 2 MiLoG bzw. § 9 Satz 1 AEntG?	210
ii) §§ 794 ZPO/795a ZPO	211
g) Die anderen Prozessordnungen	212
aa) Vertragsschluss	214
bb) Ergänzende Anwendung von § 278 Abs. 6 ZPO	215
cc) Notarielle Beurkundung und Schriftform	218
h) Güterichter und § 278 Abs. 6 ZPO	219
i) Besonders angeordnete Funktion: die Sicherung von Drittinteressen	220
aa) §§ 18 KapMuG und § 611 ZPO: der genehmigte Vergleich	220
(1) Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten	220
(2) Musterfeststellungsklage	222
(3) Angemessenheit	224
bb) § 156 Abs. 2 FamFG: der gebilligte Vergleich	225
cc) § 214a FamFG: der bestätigte Vergleich	226
dd) § 19 LwVfG: der genehmigte bzw. nicht beanstandete Vergleich	228
(1) Genehmigungserfordernis	229
(2) Beanstandungsmöglichkeit	230
(3) Richterliche Funktion	230
7. Interesse	231
8. Der Richter als Moderator	233
IV. Gerichtsvollzieher	235
1. Die Einsetzung des Gerichtsvollziehers	236
2. Die Moderation des Gerichtsvollziehers	236
a) Die Aussagen der ZPO	237
b) Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers	238
3. Charakteristika des Verfahrens vor dem Gerichtsvollzieher	240

a) Freiwilligkeit	241
aa) Durchführung der Zwangsvollstreckung	241
bb) Beteiligung des Gerichtsvollziehers	242
cc) Parteivereinbarung	243
b) Neutralität und Unabhängigkeit	244
c) Vertraulichkeit	245
4. Haftung	245
a) Rechtsstellung	246
b) Amtshaftung	246
c) Erinnerung	247
5. Der moderierte Vertrag im Verfahren vor dem Gerichtsvollzieher	248
a) Zahlungsaufschub und Ratenzahlung	248
b) Weitere moderierte Verträge, insb. Besicherung des Gläubigers	251
aa) Besicherung des Gläubigers	251
bb) Schuldneranreize	252
6. Gerichtsvollzieher und moderierter Vertrag	253
a) Funktion im Rahmen der Widerspruchslösung	253
aa) Prüfungskompetenz	254
bb) Mitwirkung am Vertragsschluss im engeren Sinne	255
b) Rechtliche Qualifizierung der übrigen Vermittlungstätigkeit	258
c) Weitere Mitwirkung	259
aa) Leistungsentgegennahme	259
bb) Treuhänder	259
7. Gerichtsvollzieher als Moderator	260
C. Der moderierte Vertrag – Definition	262
I. Moderator	262
1. Tätigkeit des Moderators: die Moderation	262
2. Unabhängigkeit und Neutralität	263
3. Freiwilligkeit	264
a) Verhältnis der Parteien zum Moderator	264
b) Die Freiwilligkeit des moderierten Vertrags	266
4. Interesse am Vertragsschluss	266
5. Nicht verbindend: Vertraulichkeit	268
II. Der moderierte Vertrag	268
1. Der Moderator als der beteiligte Unbeteiligte	268
a) Der Unbeteiligte	269
b) Der beteiligte Unbeteiligte	269
2. Definition	270
3. Der moderierte Vertrag in der Evolution des Rechts	270

a) Zur Evolution des Rechts	271
b) Der moderierte Vertrag und reflexives Recht	271
aa) Ausgangspunkt	271
bb) Reaktion	273
cc) Juristische Perspektive	273
c) Folgen	274
D. Weitere moderierte Verträge	276
I. Bedeutung und Konkretisierung	277
1. Das Verbraucherstreitbeilegungsverfahren	277
a) Der Streitmittler	278
aa) Qualifikation des Streitmittlers	280
bb) Tätigkeit des Streitmittlers	281
cc) Verbraucherschlichtungsstelle	281
b) Streitmittler vs. Verbraucherschlichtungsstelle	282
c) Einsatz des Streitmittlers über die Streitschlichtungsstelle	283
d) Verhältnis der Parteien zur Schlichtungsstelle	283
e) Die Tätigkeit des Streitmittlers	284
aa) Richtlinie	284
bb) VSBG	285
cc) Mediation und Schlichtung	285
(1) Mediation	286
(2) Schlichtung	286
(3) (Weitere) Aussagen des VSBG	287
(a) Die Verfahrensordnung, § 5 VSBG	287
(b) Rechtliches Gehör, § 17 VSBG	288
f) Charakteristika der Verbraucherschlichtung	289
aa) Freiwilligkeit	290
bb) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	292
cc) Realisierung von Neutralität und Unabhängigkeit	293
dd) Haftung	294
ee) Der moderierte Vertrag des Streitmittlers	295
(1) Streitmittler und moderierter Vertrag	295
(2) Rechtliche Einordnung des Schlichtungsvorschlags	296
(3) Vorgaben des § 19 VSBG	297
(a) Tatsachengrundlage	297
(b) Rechtsbindung	298
(c) Standort	299
(d) Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 Satz 3 VSBG und das Prinzip der informierten Autonomie	300
(e) Die Grenze	302
(f) Folgen der informierten Autonomie	302
(g) Kritik an den Qualifikationsvorgaben	303
(4) Vertragsschluss	303
ff) Interesse	305

g) Streitbeilegung als Moderation	306
2. Täter-Opfer-Ausgleich	308
a) Der Moderator	310
b) Die Moderation	311
aa) Charakteristika	312
bb) Vertraulichkeit	312
cc) Neutralität	312
dd) Freiwilligkeit	312
(1) Freiwilligkeit des Täters	313
(2) Freiwilligkeit des Opfers	314
c) Der moderierte Vertrag	316
d) Das Interesse der Ausgleichsstelle	317
e) Die Ausgleichsstelle als Moderator	317
3. Beratung nach § 17 Abs. 2 SGB VIII	317
a) Einsatz des Jugendamts	318
b) Die Moderation des Jugendamts	319
c) Der moderierte Vertrag	321
aa) Inhalt des Konzepts	322
bb) Der gerichtlich gebilligte Vergleich	322
cc) Charakteristika des Verfahrens	323
(1) Freiwilligkeit	323
(2) Neutralität und Unabhängigkeit	324
(3) Vertraulichkeit	325
d) Das Jugendamt als Moderator	326
4. Gütlicher Ausgleich der Einigungsstelle nach dem UWG	327
a) Die Einigungsstelle	327
b) Die Moderation der Einigungsstelle	328
aa) Die Aussagen des UWG	329
bb) Charakteristika des Verfahrens vor der Einigungsstelle	330
(1) Freiwilligkeit	331
(a) Freiwilligkeit zum Verfahren	331
(b) Freiwilligkeit im Verfahren	332
(2) Unabhängigkeit und Neutralität	333
c) Interesse	333
d) Haftung	334
e) Der moderierte Vertrag	335
aa) Vertragstyp – Vergleich	335
bb) Zwangsvollstreckung	336
cc) Einigungsstelle als Moderator	337
II. Vermittlung und Moderation	337
1. Vermittlung durch die Bundesagentur für Arbeit	338
a) § 35 SGB III	338
b) § 112 Abs. 2 Satz 1 BetrVG	339
aa) Ausgangssituation	340

bb) Interessenausgleich	340
cc) Sozialplan	341
dd) Moderation	341
ee) Freiwilligkeit und ihre Dimensionen	343
(1) Betriebspartner	343
(2) Vermittler	343
(3) Die Arbeitsagentur als Vermittler	344
2. Notarielle Vermittlung	344
a) Notar und vorsorgende Rechtspflege	344
aa) Die beurkundende Tätigkeit des Notars	345
bb) Die notartypische Moderation: „Der neutrale Entwurf“	346
cc) Die Kardinalspflichten des Notars	347
(1) Klärung des Sachverhalts	347
(2) Erforschung des wahren Willens	348
(3) Belehrung über die rechtliche Tragweite	348
(4) Wiedergabe der Erklärungen	348
dd) Notar und moderierter Vertrag	349
ee) Soziale Bedeutung der Notarstätigkeit	350
ff) Unterschied zum Richter	351
gg) Unterschied zur Moderation	352
hh) Der Notar und die vorsorgende Rechtspflege	352
b) Der moderierende Notar	352
aa) Ausgangslage	353
bb) Einsetzung des Notars	354
cc) Die Moderation des Notars	354
(1) § 363 FamFG: Vermittlung	354
(2) § 366 FamFG: vorbereitende Vereinbarungen	356
(3) § 368 FamFG: Auseinandersetzungsplan	356
dd) Charakteristika des Verfahrens	357
(1) Freiwilligkeit	357
(2) Das Säumnisverfahren	357
(3) Weitere Dimensionen der Freiwilligkeit der Parteien	360
(4) Unabhängigkeit und Neutralität	360
ee) Der moderierte Vertrag des Notars	361
(1) Vorbereitende Vereinbarung und Auseinandersetzungsplan	361
(a) Vorbereitende Vereinbarung	362
(b) Auseinandersetzungsplan	363
(2) Beurkundung und Bestätigung	364
(a) Beurkundung	364
(b) Bestätigung	365
(3) Kompetenzen des Moderators	366
(a) Beurkundung	366
(b) Bestätigung	366
(4) Weitere anwendbare Vorschriften: BeurkG vs. FamFG	367
(5) Haftung	369

ff) Interesse des Notars	369
gg) Der Notar als Moderator	370
3. Maklerische Vermittlung	371
a) Ausgangssituation	371
b) Einsatz des Maklers: Alleinauftrag	372
c) Die Moderation des Maklers	373
aa) § 652 BGB: Nachweis vs. Vermittlung	374
bb) Nachweis	374
cc) Vermittlung	374
dd) Doppeltätigkeit	375
ee) Der Handelsmakler	377
d) Charakteristika der Moderation	378
aa) Unabhängigkeit und Neutralität	378
(1) Preisverhandlung	379
(2) Unparteilichkeit und Vertragsgestaltung	380
(3) Aufklärungs- vs. Verschwiegenheitspflicht	381
(4) Weitere Dimension der Aufklärungspflicht	381
bb) Freiwilligkeit	382
e) Haftung	382
f) Der moderierte Vertrag	383
g) Interesse	384
h) Makler als Moderator	385
III. Abgrenzung und Zusammenfassung	386
1. Abgrenzung	386
a) Schlichtung	386
b) Schiedsverfahren	388
c) Schiedsgutachten	388
2. Zusammenfassung	390
a) Moderator	390
aa) Vermittlungstätigkeit	391
bb) Einigungshilfen	391
cc) Unabhängigkeit und Neutralität	392
dd) Interesse	393
ee) Freiwilligkeit	394
b) Der moderierte Vertrag	394
aa) Der moderierte Vertrag	394
bb) Rechtssoziologische Bedeutung	395
E. Die Legitimation des moderierten Vertrags	396
I. Die Legitimation des Urteils durch Verfahren	397
1. Die heimliche Theorie des Verfahrens	398
2. Voraussetzungen für die heimliche Theorie des Verfahrens	398
a) Öffentlichkeit	399

b) Verfahrensgerechtigkeit, insb. richterliche Neutralität und Unabhängigkeit	399
c) Absicherung dieser Legitimation	400
3. Legitimation des Urteils durch Richtigkeitschance	401
a) Kritik	401
b) Legitimation durch Richtigkeitschance	402
aa) Richtigkeit	402
bb) Chance	402
c) Voraussetzungen	403
4. Legitimation durch subjektive Verfahrensgerechtigkeit	403
a) Voraussetzung der Legitimation	404
b) Absicherung dieser Legitimation	405
5. Zum Verhältnis der Ansätze	405
II. Die Legitimation des Vertrags durch Verfahren	406
1. Legitimation durch Selbstbestimmung	406
a) Konsequenz: stat pro ratione voluntas	407
b) Voraussetzungen	407
2. Legitimation durch Richtigkeitsgewähr	408
a) Legitimation durch Verhandeln	408
b) Voraussetzungen	409
3. Zum Verhältnis der Ansätze	409
4. Absicherung der Legitimation	410
III. Die Legitimation des moderierten Vertrags	411
1. Die gesteigerte Legitimation	411
2. Grundlagen der gesteigerten Legitimation des moderierten Vertrags	412
a) Öffentlichkeit	413
b) Subjektive Verfahrens- und Vertragsgerechtigkeit	414
c) Verstärkung der Richtigkeitsgewähr	415
d) Heimliche Theorie des Verfahrens/Garant der Selbstbestimmung	416
3. Gefahren	419
4. Voraussetzungen und deren Absicherung	420
F. Absicherung der gesteigerten Legitimation	421
I. Legitimation und Vertragstypus, § 779 BGB	422
1. Der moderierte Vertrag als Vergleich	422
a) Streit oder Ungewissheit	423
aa) Streit	423
bb) Ungewissheit	423
b) Rechtsverhältnis	424

c) Gegenseitiges Nachgeben	424
aa) Bereitschaft zur Moderation als Nachgeben	426
bb) Gegenseitigkeit	428
d) Zwischenergebnis	429
2. Unwirksamkeitsgrund als Schutz vor Manipulation	429
a) Sachverhalt entspricht nicht den Tatsachen	430
b) Streit oder Ungewissheit wäre bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden	430
3. Ergebnis: Vergleich	431
II. Täuschen und Drohen, § 123 BGB	432
1. Täuschung	433
a) Täuschung durch Unterlassen (Verschweigen)	434
b) Die Täuschung durch den Nicht-Vertragspartner	435
c) Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB	436
aa) Ausgangssituation	436
bb) Herkunft und Folge	436
cc) Dritter bzw. Nicht-Dritter	437
(1) Rechtsprechung	438
(2) Literatur	438
(3) Nicht-Dritter als Erfüllungsgehilfe	438
(4) Nicht-Dritter als Lagerzugehöriger	439
(5) Nicht-Dritter als Unbeteiligter	439
(6) Nicht-Dritter aus neuer Perspektive	440
(7) Kombinationen	440
dd) Moderator als Dritter	440
(1) Makler	441
(2) Makler als Nicht-Dritter	441
(3) Makler als Dritter	441
ee) Moderator als Dritter – Anwendung des § 123 Abs. 2 BGB	442
(1) Empfangsbedürftigkeit	442
(2) Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis	444
d) Anfechtung bei Täuschung durch den Moderator	444
e) Zwischenergebnis	446
f) Doppeltäuschung	446
2. Drohung	447
a) Drohung durch Dritte	447
aa) Einschränkungen bei der Drohung durch Dritte	447
bb) Verletzung von Schutzobliegenheiten	448
cc) Weitere Einschränkungen/subjektive Voraussetzungen der Drohung	450
dd) Finalität	450
b) Drohung	450
aa) Warnung/Hinweis	451
bb) Überrumpelung und Zeitdruck	454

cc) Drohung mit einem künftigen Übel	455
dd) Subjektiver Tatbestand der Drohung	456
ee) Widerrechtlichkeit der Drohung	457
(1) Strafrechtliche Wertung	457
(2) Zivilrechtliche Bestimmung	459
(a) Mittel	459
(b) Zweck	462
(c) Zweck-Mittel-Relation	464
(d) Konnexität	464
(3) Vorstellung des Drohenden/subjektive Seite der Rechtswidrigkeit	466
(4) Doppeldrohung	466
3. Ergebnis	466
4. Die juristische Mehrdimensionalität	467
a) Das Verhältnis zwischen Moderator und Partei	467
b) Verhältnis zwischen den Parteien	468
III. Verhandelnd zum moderierten Vertrag, § 311 Abs. 2 BGB	469
1. Bedeutung für den moderierten Vertrag	469
a) Warum § 311 Abs. 2 und nicht Abs. 3?	470
b) Schutz vor Manipulation	471
aa) Interesse	471
bb) Rechtsfolge	471
c) Verortung	472
d) Anwendbarkeit	473
e) Perspektive	474
2. Vorgaben für die Vertragsverhandlung	474
a) Überrumpelung	475
b) Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge	476
3. Das Gebot fairen Verhandeln	478
a) Rechtlicher Standort	478
b) Inhalt des Gebots	479
c) Betriebsverfassungsrechtliche Annäherung	480
d) Privatautonomer/vertragstheoretischer Ansatz	481
aa) Die erste Dimension: die Selbstbestimmung im Sinne der Privatautonomie eines Vertragspartners	482
(1) Unangemessenheit der Vereinbarung	483
(a) Vertragsgerechtigkeit	484
(b) Ergebnis	484
(2) Strukturelle Unterlegenheit	484
(a) Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlusses	485
(b) Ergebnis	485
(3) Fallgruppen der Imparität	486
(a) Personenbedingte Imparität	487
(b) Situationsbedingte Imparität	488

(c) Summa	489
bb) Die zweite Dimension: It takes two to tango	490
(1) Vertragsfreiheit vs. Vertragsgerechtigkeit	490
(2) Vertragsfreiheit vs. Selbstbestimmung vs. Vertragsgerechtigkeit	491
(3) Folgerungen für das Gebot der fairen Verhandlung	491
cc) Die dritte Dimension: der beteiligte Unbeteiligte als Garant der Selbstbestimmung	492
e) Undue influence	493
aa) Begriff und Zweck der undue influence	495
bb) Der Ansatz „undue influence“	496
cc) Die Einteilung in Kategorien	497
(1) Class 1: actual undue influence	498
(2) Class 2: presumend undue influence	499
(3) Class 2A: special relationship	500
(4) Class 2B: Evidential undue influence: other cases established on the facts	501
dd) Ziel und Inhalt der Vermutungsregel	502
(1) Manifest disadvantage	503
(2) Explicable by relationship	504
(3) Gegenbeweis	505
(4) Zwischenfazit	506
ee) Kriterienkatalog	506
(1) Zusammenwirken der Kriterien	508
(2) Kriterienkatalog in Deutschland	509
(3) OLG Hamm: Unwirksamkeit des Erbteilverzichts	509
(4) Folgerungen	510
(5) Undue influence im trilateralen Verhältnis	512
(6) Dreidimensionale undue influence	513
(7) Übertragung auf die Situation der Moderation	516
(8) Undue influence und Legitimation durch Moderation	517
ff) Das Gebot des fairen Verhandeln	518
f) Ergebnis zu § 311 Abs. 2 BGB	518
IV. Geschäftsgrundlage und Legitimation, § 313 BGB	519
1. „Umstände oder Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind“	520
2. Objektive vs. subjektive Geschäftsgrundlage	522
3. Schwerwiegende Veränderungen	523
4. Kein oder anderer Vertragsschluss bei vorhergesehener Veränderung	524
5. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag	524
a) Äquivalenzstörung	525
b) Zweckstörung	525
c) Zurechenbarkeit	526

d) Vorhersehbarkeit	526
e) Risikoverteilung	527
aa) Vertragliche Risikoübernahme	528
bb) Gesetzliche Risikoverteilung	530
f) Wertungsgrundlage und Richtigkeitsgewähr	532
aa) Vertragsmechanismus und Wertungsgrundlage	532
bb) Vertragsmechanismus und Wertungsmomente	533
cc) Folge des Vertragsmechanismus: Richtigkeit	534
dd) Fehlen bei Moderation	534
ee) Fehlen der Wertungsgrundlage	536
ff) Rückausnahme: Erheblichkeit und Verkehrssicherheit	536
gg) Zwischenfazit	537
g) Gerechtigkeit	537
aa) Die Gerechtigkeiten	538
bb) Die austeilende Gerechtigkeit	538
cc) Gerechtigkeit als Fairness	539
dd) Gerechtigkeit als Fairness und Moderation	540
ee) Die ausgleichende Gerechtigkeit	542
ff) Der Moderator und der Schlichter	543
gg) Zwischenergebnis Gerechtigkeit	545
h) Öffentliche Interessen	546
6. Ergebnis Geschäftsgrundlage	547
V. Missbrauchskontrolle und moderierter Vertrag, §§ 138, 242 BGB	548
1. Bedeutung der Moderation für die Selbstbestimmung	548
a) Machtmissbrauch	550
b) Kollusion	550
c) Missbrauch der Vertretungsmacht	551
d) Machtmissbrauch und Moderation	553
2. Übertragbarkeit	554
a) Vergleichbarkeit des Verhaltens	554
b) Untreue	554
c) Rechtlich-situative Vergleichbarkeit	555
d) Rechtsgutorientierung	556
e) Ergebnis	556
f) Konfliktlösungsmonopol	556
3. Sittenwidrigkeit	557
4. Die verwerfliche Gesinnung und ihre Vermutung	559
a) Die verwerfliche Gesinnung	559
b) Verwerfliche Gesinnung und Moderation	559
c) Die Vermutung und ihre Widerlegbarkeit	560
d) Dogmatische Grundlage	560
e) Funktionsweise	560
5. Bedeutung für die Moderation	561
a) Kritik	561

b) Gegenargumentation	562
c) Bedeutung für die Moderation	563
d) Verwerfliche Gesinnung	563
e) Vermutungsregelung	563
VI. Rechtliche Absicherung der gesteigerten Legitimation	564
G. Das Bewegliche System des moderierten Vertrags	566
I. Das Bewegliche System	567
1. Die drei Thesen des Beweglichen Systems	568
a) Pluralitätsthese	568
b) Abstufbarkeitsthese	569
c) Abwägungsthese	569
2. Die Elemente des Beweglichen Systems	569
a) Bewegliche Systeme	570
b) Das Bewegliche System des Normalvertrags	572
aa) Privatautonomie	574
bb) Verkehrssicherheit	574
cc) Äquivalenz	575
dd) Stehen zum gegebenen Wort	576
c) Kritik und Ergänzungen	577
aa) Öffentliche Interessen	577
bb) Wettbewerbsprinzip	577
cc) Sozialstaatsprinzip	578
dd) Funktionsweise	578
3. Zur Funktionsweise des Beweglichen Systems	579
a) Abwägung	579
b) Abwägungsregeln	580
aa) Das elastische Band	580
bb) Orientierung an der Rechtsfolge	581
cc) Von Röhren und Sandhaufen	581
(1) Sandhaufentheorem	581
(2) Kommunizierende Röhren	583
(3) Wechselseitige Beeinflussung	584
4. Kriterien eines guten Verhandlungsergebnisses	584
a) Zu den Kriterien	585
aa) Vernünftig	585
bb) Effizient und beziehungsverbessernd	585
b) Zum Verhältnis der Kriterien	585
c) Übertragbarkeit auf den moderierten Vertrag	586
II. Das Bewegliche System des moderierten Vertrags	586
1. Zu den einzelnen Elementen	587
a) Informierte und anerkennende Privatautonomie	588
b) Information	588

c) Anerkennung	589
d) Neutralität/Unabhängigkeit des Moderators	589
aa) Tätigkeit des Moderators	589
(1) Wechselwirkungen	590
(2) Garant der Selbstbestimmung	590
(3) Interesse des Moderators	590
bb) Erhöhte Legitimation	590
cc) Inhalt und Abstufbarkeit	591
2. Zur Funktionsweise des Beweglichen Systems des moderierten Vertrags	592
III. Vorschlag einer gesetzlichen Normierung des moderierten Vertrags	592
1. Inhalt der Vorschrift	593
a) Bisher	593
b) Vorschlag	593
2. Begründung	593
a) Allgemein	593
b) Besonders	595
aa) „Zuhilfenahme“	595
bb) „neutralen und unabhängigen Moderators“	595
cc) „so kann jeder Teil vom Vertrag zurücktreten“	596
dd) „die bei einem Richter die Ablehnung im Sinne des §42 der Zivilprozessordnung begründen würden“	596
(1) Der Schutz der Neutralität und Unabhängigkeit	597
(2) Besorgnis der Befangenheit – Verfahren	597
(3) Besorgnis der Befangenheit – Prüfungsmaßstab und Funktionsweise	597
(4) Besorgnis der Befangenheit – Keine weitere Beweiserleichterung	599
(5) Glaubhaftmachung	599
(a) Beweiserhebung	600
(b) Beweismaß	600
(c) Zweck: Geschwindigkeit	600
ee) „Dies gilt nicht, wenn der Teil die konkreten Umstände kannte oder hätte kennen müssen.“	601
H. Schluss	602
I. Der moderierte Vertrag als Rechtsphänomen	602
1. Moderation	602
a) Neutralität als Grenze	603
b) Der Moderator als Garant der Selbstbestimmung	603
c) Vorwirkung	604
d) Einigungshilfen	604

2. Das Interesse des Moderators	606
II. Die gesteigerte Legitimation des moderierten Vertrags	606
1. Öffentlichkeit	607
2. Subjektive Verfahrens- und Vertragsgerechtigkeit	607
3. Verstärkung der Richtigkeitsgewähr	608
4. Garant der Selbstbestimmung	609
III. Absicherung der Legitimation	609
1. Keine ausreichende Absicherung der gesteigerten Legitimation	610
2. Folge der fehlenden Absicherung	611
IV. Das Bewegliche System des moderierten Vertrags	611
1. Informierte und anerkennende Autonomie	612
a) Information	612
b) Anerkennende Autonomie	613
2. Neutralität/Unabhängigkeit des Moderators	613
Literaturverzeichnis	615
Sachregister	645

Hinweis zu Abkürzungen

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf

Kirchner, Hildebert (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 9. Auflage,
Berlin 2018

A. Einleitung

Streiten ist out – *Vertragen* ist in. Das gilt heute mehr denn je. Die einvernehmliche Beilegung von Konflikten gewinnt rechtsübergreifend an Bedeutung.¹ Wohl auch, weil sie durch das BVerfG geadelt wurde:

„Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.“²

Streitigkeiten nicht erst durch den Richterspruch entscheiden zu lassen, kann aus vielen Gründen sinnvoll sein. Konflikte verbrauchen finanzielle, zeitliche und gesundheitliche Ressourcen.³ Das zeigt ein Blick in den Bereich außerhalb des Rechts: Konflikte verlaufen dynamisch in bestimmten, typischen Eskalationsstufen.⁴ In Konflikten ist die Eskalationssteuerung defizitär, Entscheidungen sind nur noch eingeschränkt rational. Die Wahrnehmung des jeweils anderen ist mit zunehmender Eskalation immer stärker verzerrt, die eigene Position wird verabsolutiert, Kommunikation findet kaum noch statt und ist gestört.⁵ Mit anderen Worten: Wenn ein Konflikt eskaliert, leidet das Urteilsvermögen.⁶ Neurobiologen berichten, dass mit zunehmender Eskalation die archaischen Bereiche des Gehirns das Kommando übernehmen. Diese kennen nur drei Verhaltensweisen: Angriff, Flucht oder Totstellen.⁷ Keine dieser drei Optionen hilft weiter, wenn es darum geht, einen Konflikt einvernehmlich zu beenden. Gerichtsverfahren sind ein Eckpfeiler des Rechtsstaats und sichern durch den Schutz subjektiver Rechte den Rechtsfrieden.⁸ Aber gerade

¹ „Mediation, ADR (Alternative Dispute Resolution), Schlichtungsstellen, Ombudsstellen und Verbraucherstreitbeilegung haben in den letzten Jahren eine Konjunktur sondergleichen erlebt.“ *Wolf*, NJW 2015, 1656.

² BVerfG v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01, NJW-RR, 2007, 1073, 1074; zitiert u. a. von *Unberath*, in: *Fischer/Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 1, 10; und *Eckstein*, JuS 2014, 698.

³ *Eckstein*, JuS 2014, 698; nach *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 479, wirken Konflikte auf den ersten Blick nur destruktiv, weil sie Unsicherheit schaffen, Werte vernichten und unproduktive Kosten verursachen.

⁴ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl. Rn. 52.

⁵ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl. Rn. 52.

⁶ *Unberath*, in: *Fischer/Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 1, 8.

⁷ Die Aussage des Neurobiologen *Gerald Hüther* ist wiedergegeben in ZEIT Wissen, Nr. 1, Dezember 2013, Januar 2014, Dossier „Schwelende Konflikte“ von *Caroline Schmidt*, S. 54 ff., hier S. 58; ausf. zu den sogenannten destruktiven Konfliktwirkungen vgl. *Weigel*, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation, S. 60 ff.

⁸ Vgl. *Risse*, ZKM 2015, 75.

Gerichtsverfahren bewirken regelmäßig die weitere Eskalation des Konflikts,⁹ weshalb kontradiktorische Verfahren aktuell auch nur noch als Ultima Ratio der Konfliktlösung gelten.¹⁰

In vielen Situationen und unterschiedlichen Rechtsgebieten werden den streitenden Personen daher immer häufiger Personen zur Seite gestellt, die beim Vertragen helfen sollen.

Die rechtliche Bedeutung dieser Personen, die im Fortgang dieser Untersuchung „Moderator“ genannt werden, und besonders das Ergebnis (auch) ihrer Tätigkeit, der sogenannte „moderierte Vertrag“, der diesem Werk seinen Namen gibt, sind Gegenstand dieser Untersuchung. Aus der Perspektive des Rechts und hier besonders aus dem Blickwinkel des moderierten Vertrags als Ergebnis eines besonderen Moderationsprozesses werden verschiedene Verfahren, die diesem Typus entsprechen, dargestellt und analysiert, auch und besonders im Hinblick auf verwandte Verfahren. Das geschieht, um eine Definition des moderierten Vertrags zu liefern, die rechtliche Bedeutung aufzuzeigen und die Parameter, die das Bewegliche System des moderierten Vertrags beschreiben, herauszuarbeiten.

I. Begriff der Moderation

Der Begriff der Moderation bzw. des Moderators ist – jedenfalls für den rechtswissenschaftlichen Bereich – nicht fest definiert, was insbesondere auch daran liegt, dass er durch den Gesetzgeber im Rahmen der Regelungen zur alternativen Konfliktlösung keine Verwendung gefunden hat.¹¹ Dementsprechend wird der Begriff teilweise synonym zur bloßen Diskussionsführung,¹² teilweise auch synonym zur Mediation¹³ verwandt. Vorliegend wird er als erster Ansatz für die nähere Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes gewählt. Mit dem Begriff der Moderation lässt sich nämlich die im Rahmen der alternativen Konfliktlösung häufig vorkommende Situation beschreiben, die einerseits viele dieser neuen Verfahren verbindet und gleichzeitig noch nicht Gegenstand rechtswissenschaftlicher Betrachtung gewesen ist: das Zustandekommen eines Vertrags unter Beteiligung eines moderierenden Dritten.

Nimmt man die Herkunft des Begriffs der Moderation, das lateinische Wort „moderatio“ als Ausgangspunkt für eine begriffliche Annäherung, so ließe sich die Moderation sowohl als „Regelung“ oder „Lenkung“, auch als „Mäßigung“ beschreiben.¹⁴ Mit diesen Übersetzungen lässt sich bereits einiges an Klarheit gewinnen. So wurde eingangs schon beschrieben, dass mit zunehmender Eskalation des Konflikts die Kommunikation leidet. Die dann notwendige Hilfe besteht zunächst auch darin,

⁹ Vgl. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl. Rn. 3 f.

¹⁰ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl. Rn. 4.

¹¹ Seifert, Moderation und Konfliktklärung, S. 35 setzt etwas die Begriffe Mediation und Moderation gleich.

¹² Rohde, AiB 2004, 165.

¹³ Seifert, Moderation und Konfliktklärung, S. 35; auch Thole, ZZP 127 (2014), 339, 341 spricht von einer häufig vorkommenden untechnischen Verwendung des Begriffs der Mediation.

¹⁴ Feldmann, Formen der alternativen Konfliktbeilegung im Spektrum, S. 34.

überhaupt erst mal eine Kommunikation zu vermitteln. Diese Vermittlung besteht dann eben in der Regelung und Lenkung des Gesprächs der Konfliktparteien.¹⁵ Die Beschreibung lässt sich durch den Begriff der Mäßigung noch ergänzen. Demzufolge ist die Moderation ein Verfahren, das die Kommunikation zwischen den Parteien unter der Beteiligung eines Dritten mäßigt, d.h. strukturiert und überschaubar hält.¹⁶ Der Moderator soll für alle Konfliktparteien gleichermaßen die Hebamme klarer Gedanken sein.¹⁷ Die Moderation lässt sich dabei zwischen der bloßen Gesprächsleitung einerseits und der Mediation¹⁸ andererseits einordnen.

Die bloße Gesprächsleitung kann weniger umfassen als die Moderation.¹⁹ Sie beinhaltet insbesondere nicht das Steuern bzw. die Strukturierung des Kommunikationsprozesses²⁰ hin zu einem von allen Teilnehmern der Diskussion getragenen Ergebnis.²¹ Das zu erreichen, stellt demgegenüber eine Aufgabe des Moderators dar, dessen wesentliche Eigenschaften zunächst in der Neutralität gegenüber dem Konfliktthema sowie den Teilnehmern zu sehen ist. Diese Neutralitätsanforderung soll zur Folge haben, dass er nicht Partei ergreifen, sich keine Meinung zu eigen machen, alle Beiträge gleichwertig gelten zu lassen, niemanden zu bevorzugen, alle einzubinden, niemandem Recht oder Unrecht zu geben und nicht zu bewerten habe.²² Hierbei handelt es sich um Anforderungen, die in dieser Schärfe an eine Diskussionsleitung nicht zu stellen sind. Das dürfte ebenfalls für die aktive Gestaltung des Kommunikationsprozesses – ggf. unter Zuhilfenahme von Moderationstools²³ – gelten, die von einer bloßen Diskussionsführung, anders als bei der Moderation, ebenfalls nicht erwartet wird.²⁴

Stellt die Moderation damit ein „Mehr“ gegenüber der Gesprächsleitung dar,²⁵ so beinhaltet sie weniger als die Mediation im Sinne des MedG.

Die Mediation ist im Vergleich zur Moderation ein qualifizierteres Verfahren,²⁶ das über die Moderation hinaus weitere Ansätze zur Konfliktlösung enthält.²⁷ So kann der Mediator in Absprache mit den Parteien einen eher moderierenden Mediationsstil wählen.²⁸ Er ist hierauf jedoch nicht beschränkt, sondern kann demgegenüber auch eine evaluierende Vorgehensweise wählen oder transformativ auf die Beteiligten einwirken.²⁹ Berücksichtigt man ferner, dass die Mediation in einem Pha-

¹⁵ *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 727 sprechen etwa von Steuerung der Kommunikation; *Eckstein*, JuS 2014, 698 von Kommunikationsüberbrückung.

¹⁶ *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 727.

¹⁷ Dieses Bild verwendet *Klebert/Schrader/Straub*, Moderationsmethode, S. 8.

¹⁸ Zur Mediation siehe sogleich im Anschluss unter B.I.

¹⁹ *Sperling/Wasseveld-Reinhold*, Moderation, S. 8.

²⁰ *Feldmann*, Formen der alternativen Konfliktbeilegung im Spektrum, S. 34, mit Verweis auf *Redlich*, Konfliktmoderation in Gruppen, S. 36.

²¹ *Sperling/Wasseveld-Reinhold*, Moderation, S. 9.

²² *Sperling/Wasseveld-Reinhold*, Moderation, S. 12.

²³ Dazu siehe etwa *Sperling/Wasseveld-Reinhold*, Moderation, S. 33 ff.

²⁴ *Sperling/Wasseveld-Reinhold*, Moderation, S. 13.

²⁵ *Sperling/Wasseveld-Reinhold*, Moderation, S. 9.

²⁶ *Greger*, ZKM 2014, 140.

²⁷ Siehe dazu später mehr unter B.I.1.

²⁸ Man spricht dann von „facilitative mediation“, vgl. *Behet*, SchiedAZ 2007, 49.

²⁹ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 5.

senmodell ablaufen soll,³⁰ so ist zu konstatieren, dass die Moderation gegenüber der Mediation das erheblich offener gestaltete Verfahren³¹ mit einem geringeren Intensitätsgrad ist,³² da vergleichbare Moderationsphasen nicht existieren.

Neben der Einordnung zwischen Diskussionsführung und Mediation lässt sich für den Begriff der Moderation in Bezug auf diese Untersuchung zweierlei festhalten. Der Person des Moderators geht es erstens darum, die – auch durch den Konflikt beeinträchtigte – Kommunikation wieder zu ermöglichen bzw. zu verbessern. Diese Tätigkeit als Kommunikationsmittler ist kein Selbstzweck. Sie dient – zweitens – nämlich dem Ziel, dass die Parteien ihren Konflikt durch eine einverständliche Regelung lösen.³³ Diese Lösung liegt aber dann in den Händen der Parteien.³⁴ Die Tätigkeit des Moderators ist auf die Hilfe bei der Kommunikation beschränkt. Er hat weder eine Entscheidungsgewalt noch schlägt er stets eine Lösung des Konflikts von sich aus vor.³⁵ Es deutet sich an, dass der zwischen den Empfängern der Moderationsleistung bestehende Konflikt eine zentrale Position bei der Beschreibung der Ausgangslage einnimmt.

II. Begriff des (zivilrechtlichen) Konflikts

Das lässt sich schon mit dem Umstand belegen, dass die Moderationsleistung, wie sie soeben definiert wurde, gerade nicht um ihrer selbst willen, sondern regelmäßig aufgrund eines zwischen den Parteien bestehenden Konflikts in Anspruch genommen wird. Dabei kann und soll es im Rahmen dieser Untersuchung nicht darum gehen, den Konfliktbegriff (erneut) zu bestimmen.³⁶ Es sollen lediglich einige Aspekte vorab thematisiert und ihre Bedeutung festgelegt werden. Hierzu gehören der sogenannte Gegensatz, der zwischen den am Konflikt beteiligten Akteuren besteht, ebenso wie die Rolle der Kommunikation und die – vorübergehende – Beschränkung auf zivilrechtliche Konflikte. Zum Konfliktbegriff existiert ein weites Meinungsspektrum, das von der Forderung einer bloßen Uneinigkeit bis hin zu Ansichten reicht, die dezidierte Verhaltensmuster verlangen, um zur Annahme eines Konflikts zu gelangen.³⁷

³⁰ Vgl. hierzu nur *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 729; *Eckstein*, JuS 2014, 698, 699f.

³¹ *Dürschke/Mayer-Metzner*, SGB 2015, 69, 72.

³² So *Greger*, ZKM 2014, 140.

³³ So auch *Dürschke/Mayer-Metzner*, SGB 2015, 69, 72 im Hinblick auf die Moderation des Güterrichters.

³⁴ *Greger*, ZKM 2014, 140 formuliert, dass die Moderation nicht lösungs-, sondern lediglich verfahrensbezogen sei.

³⁵ *Eckstein*, JuS 2014, 698; nach *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 727 kommt dem Moderator zwar Verfahrensmacht zu, jedoch keine Gestaltungs- bzw. Ergebnismacht.

³⁶ Zu den Darstellungen eines sozialen Konfliktes vgl. auch *Glasl*, Konfliktmanagement – Ein Handbuch für Führungskräfte 2004, S. 14 ff.; *Röhl*, Rechtssoziologie – ein Lehrbuch, S. 443 ff.

³⁷ So zutreffend *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, S. 30, siehe dort, S. 31 ff. auch für eine ausführlichere Darstellung zum Konfliktbegriff; zur großen Differenz der vielen verschiedenen Ansätze siehe auch *Fleindl/Haumer*, Der Prozessvergleich, Kap. 6 Rn. 29.

Für diese Untersuchung lässt sich der Begriff des Konflikts ganz allgemein beschreiben als Uneinigkeit oder Gegensätzlichkeit von Ideen, Zielen oder Interessen.³⁸

1. Gegensatz

Dieser hier als Gegensatz bezeichnete Faktor³⁹ ist für den Konfliktbegriff im Sinne dieser Untersuchung von zentraler Bedeutung. Das wird deutlich, wenn man den Gegensatz vom bloßen Unterschied⁴⁰ bzw. einer Differenz⁴¹ abgrenzt. Unterschiede bzw. Differenzen lösen – anders als Gegensätze – bei den Betroffenen nicht den Wunsch bzw. Willen nach Veränderung der Situation aus.⁴² Das gilt eben nur für Gegensätze, deren Charakteristikum gerade ist, dass ein bzw. mehrere Betroffene den Status quo nicht beibehalten möchten oder können, also eine Veränderung der Situation anstreben.⁴³ Nur wenn dies der Fall ist, liegt ein Konflikt vor. Bloße Unterschiede oder Differenzen bilden nicht die Grundlage für einen Konflikt,⁴⁴ der deshalb auch definiert wird als eine „Interaktion zwischen Aktoren (Individuen, Gruppen, Organisationen usw.), wobei wenigstens ein Akteur eine Differenz bzw. Unvereinbarkeit im Wahrnehmen und im Denken bzw. Vorstellen, Fühlen und im Wollen mit dem anderen Akteur in der Art erlebt, dass beim Verwirklichen dessen, was der andere Akteur denkt, fühlt oder will, eine Beeinträchtigung durch einen anderen Akteur (bzw. mehrere) erfolge.“⁴⁵ Diese Definition bedeutet negativ ausgedrückt, dass es nicht ausreicht, wenn zwei Parteien unterschiedliche Vorstellungen, Wahrnehmungen oder Interessen haben. Es muss immer noch die Komponente der subjektiven Beeinträchtigung durch die andere Seite hinzukommen.⁴⁶ Diese störende Eigenschaft des Gegensatzes dürfte dann auch der Antrieb für eine – oder mehrere – Betroffene sein, die Lösung des Konflikts mit Hilfe der Moderation zu finden. Weil diese aber gerade in der Kommunikationsmittlung besteht, ist zudem zu klären, welche Funktion der Kommunikation im Konflikt an sich beizumessen ist.

³⁸ Siehe die Darstellung bei *Glasl*, in: *Trenczek/Berning/Lenz, Mediation und Konfliktmanagement*, Kap. 2 Rn. 1; in diese Richtung ebenfalls *Röhl, Rechtssoziologie*, S. 488.

³⁹ In Anlehnung an *Weigel, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation*, S. 47, der Begriff ist jedoch nicht abschließend und eindeutig besetzt; *Lubmann, Soziale Systeme*, S. 530 spricht in ähnlichem Zusammenhang etwa von Widerspruch.

⁴⁰ So die Bezeichnung bei *Weigel, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation*, S. 47.

⁴¹ So die Bezeichnung bei *Glasl*, in: *Trenczek/Berning/Lenz, Mediation und Konfliktmanagement*, Kap. 2 Rn. 1.

⁴² Vgl. auch *Neupert, JuS 2020, 1097, 1098*: Alleine kann man nicht streiten.

⁴³ *Weigel, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation*, S. 49.

⁴⁴ *Weigel, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation*, S. 47.

⁴⁵ *Glasl*, in: *Trenczek/Berning/Lenz, Mediation und Konfliktmanagement*, Kap. 2 Rn. 2.

⁴⁶ *Marx, Mediation und Konfliktmanagement in der Sozialen Arbeit*, S. 15; *Weigel, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation*, S. 47 möchte in seiner Definition demgegenüber eher auf die (auch nur gedachte) Abhängigkeit von der anderen Seite abstellen.

2. Rolle der Kommunikation

Luhmann stellt in seiner Definition des Konfliktbegriffs maßgeblich auf die Kommunikation ab, weil von Konflikten immer dann zu sprechen sei, wenn einer Kommunikation widersprochen, d. h. ein Widerspruch kommuniziert wird.⁴⁷ Ein Konflikt verlange zwei einander widersprechende Kommunikationen.⁴⁸ Damit ist es die Kommunikation des Gegensatzes, die diesen von einem bloßen Interessengegensatz oder einer Widerspruchsklage unterscheiden und zu einem Konflikt machen soll.⁴⁹ Unabhängig davon, welcher genauen Begriffsbildung man hier folgt oder gar *Luhmann* in seiner Annahme, Konflikte seien Kommunikationsprozesse,⁵⁰ zustimmt, ist jedoch festzuhalten, dass Konflikte jedenfalls nicht das Versagen von Kommunikation sind, weil Kommunikation in diesem Sinne nicht scheitern kann, da sie für sich weder gut noch schlecht ist.⁵¹ Eine Lösung des Konflikts durch eine Kommunikation mittels bzw. mithilfe eines Moderators ist deswegen nicht schon begrifflich ausgeschlossen, im Gegenteil. Die Funktion des Moderators ist – auch – die eines Vermittlers im Konflikt. Denn das Vermitteln wird definiert als jede Tätigkeit eines Dritten, die darauf abzielt, Verhandlungen zwischen den Streitenden in Gang zu bringen, zu fördern und zu lenken, um auf diesem Wege den Streit zu beenden.⁵²

3. Verhandelnd zum Vertrag

Ein Interessenkonflikt⁵³ wird typischerweise auf dem Verhandlungswege gelöst und endet in der juristischen Form des Vertrags.⁵⁴ Dabei kennen die Vorschriften des BGB keine Besonderheiten für den Abschluss von Verträgen im Konflikt.⁵⁵ Dies ist schon deshalb bemerkenswert, weil es sich bei der vertraglichen Konfliktlösung um die Situation eines bilateralen Monopols handelt.⁵⁶ Man kann sich nämlich nicht aussuchen, mit wem man zur Konfliktbeendigung kontrahiert. Dass die Vertragsfreiheit aber nur bei einem ausreichend existierenden Wettbewerb voll funktioniert, davon war man schon bei Erlass des BGB überzeugt.⁵⁷ Fehlt es im Konflikt also an Wettbewerb einerseits, so kommt andererseits der Moderator hinzu – jeweils im Vergleich zum „bilateralen Normalvertrag“. Auch in Bezug auf die Einschaltung von Dritten in Konflikten bestanden gesetzliche Vorgaben lange nur, sofern es um eine Rechtsbe-

⁴⁷ *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 530.

⁴⁸ *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 530.

⁴⁹ Vgl. *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 531.

⁵⁰ *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 530.

⁵¹ So auch *Weigel*, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation, S. 48.

⁵² *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 287; *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 512; ähnlich *Eckhoff*, in: *Hirsch/Rehbinder*, Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 243, 255.

⁵³ Im Übrigen lässt sich mit *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 504 zwischen vier Formen des Konfliktes trennen; zu den Möglichkeiten der Differenzierung unterschiedlicher Konflikttypen vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 279ff.

⁵⁴ *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 497; *Löhner*, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen, S. 8.

⁵⁵ *Breidenbach*, Mediation, S. 210.

⁵⁶ So zutreffend *Wendenburg*, *KritV* 2015, 33, 38.

⁵⁷ *Wendenburg*, *KritV* 2015, 33, 38.

ratung oder eine Entscheidung des Dritten ging.⁵⁸ Das gilt ebenso für die Verhandlungen, die die wichtigste Möglichkeit der zweiseitigen Konfliktlösung darstellen.⁵⁹ Sie finden – mangels juristischer Vorgaben – im Schatten des Rechts statt.⁶⁰

Der Verhandlungsbegriff lässt sich für diese Untersuchung zunächst fassen als die auf eine Einigung abzielende Kommunikation zwischen zwei oder mehreren Parteien, deren Interessen sich teilweise gleichen, teilweise aber auch konträr oder unterschiedlich ausfallen können.⁶¹ Diese Definition nimmt schon die Interessen der betroffenen Personen in den Blick. Bei rationalen Verhandlungen⁶² wird der Horizont des Rechts überschritten.⁶³ Das geschieht, in dem nicht nur auf der Basis von durchzusetzenden oder abzuwehrenden Anspruchsgrundlagen argumentiert wird, sondern zentraler danach gesucht wird, welche Lösung den Interessen aller Beteiligten möglichst gerecht wird.⁶⁴ Am Ende einer solchen Verhandlung steht dann – soweit sie erfolgreich ist – eine Einigung in der rechtlichen Form eines Vertrags.

4. Das Zivilrechtliche des Konflikts

Auf diese Gemengelage trifft die vorliegende Untersuchung, die im folgenden ersten Teil – zunächst – den moderierten Vertrag des zivilrechtlichen Konflikts betrachtet. Gemeint ist damit nicht, dass der Konflikt einzig eine privatrechtliche Komponente hat. Gemeint ist damit lediglich, dass das Zivilrecht eine Aussage zum Thema des Konflikts enthält. Dieser Umstand ist den Akteuren bekannt, wobei gerade keine Einigkeit im Hinblick auf den Inhalt der Aussage des Gesetzes bestehen muss. Damit ist eine erste Beschränkung verbunden, denn nicht alle Konflikte finden eine Antwort im Recht.⁶⁵ Für die Konflikte, zu denen Antworten im Recht existieren, hält dabei nicht das Privatrecht allein Antworten auf mögliche Konflikte bereit; diese bestehen – auch unter Beteiligung des Staates – und vor dem Hintergrund von straf- bzw. öffentlich-rechtlichen Normen.⁶⁶ Um allerdings die Bedeutung des moderierten Vertrags orientiert am klassischen Ablauf einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung darstellen zu können, wird für den ersten Teil die Untersuchung auf das Privatrecht beschränkt.

⁵⁸ Breidenbach, Mediation, S. 211.

⁵⁹ Röhl, Rechtssoziologie, S. 511.

⁶⁰ So Röhl, Rechtssoziologie, S. 514; nach Haft, in: FS Söllner, S. 391, 392, wird der Verhandlungsbegriff eher mit einer Art Verkäuferschulung verbunden, der einer ernsthaften Betrachtung durch die Rechtswissenschaft nicht wert wäre.

⁶¹ Löhner, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen, S. 8.

⁶² Zu den Verhandlungen auf und den Geschichten des Basars in Abgrenzung zum rationalen Verhandeln vgl. Haft, in: FS Söllner, S. 391, 395.

⁶³ So formuliert Haft, in: FS Söllner, S. 391, 392.

⁶⁴ Haft, in: FS Söllner, S. 391, 392.

⁶⁵ Breidenbach, Mediation, S. 46; zur Ver- bzw. Entrechtlichung von Konflikten vgl. ders. Mediation, S. 50f.; vgl. auch Neupert, JuS 2020, 1097 ff.

⁶⁶ Vgl. nur Weigel, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung des aktivierenden Staates mit Transaktionsanalyse und transaktionsanalytisch fundierter Mediation.

III. Gang der Darstellung

Damit ist für den Gang der Darstellung schon eine erste Weichenstellung vorgenommen: Um vor dem Hintergrund des geschilderten Verständnisses der Begriffe von Moderation und Konflikt dem Phänomen des moderierten Vertrags näher zu kommen, wird zunächst der Untersuchungsgegenstand weiter bestimmt. Das soll nicht aus heiterem Himmel geschehen. Zunächst werden einige der rechtlichen Konstellationen beschrieben, die zur Entstehung eines moderierten Vertrags führen können. Dabei wird sich am klassisch-typischen Ablauf einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung orientiert, beginnend bei der vorgerichtlichen Kommunikation und endend beim Einsatz des Gerichtsvollziehers zur Durchsetzung eines titulierten Anspruchs. Die Analyse startet jeweils mit einer Betrachtung der Person des Moderators, genauer: seiner Tätigkeit, die ihn zum Moderator macht. Im Hinblick auf die Tätigkeit werden rechtliche Vorgaben untersucht und Charakteristika entwickelt. Darüber hinaus wird analysiert, wie sich eine ggf. existierende haftungsrechtliche Absicherung auf den Inhalt der Tätigkeit auswirkt. Mit dem Perspektivwechsel vom Moderator zum moderierten Vertrag wird dann jeweils untersucht, was diesen kennzeichnet und welche Funktion dem Moderator diesbezüglich zukommt. Die Gelegenheit soll auch genutzt werden, die existierenden Probleme und Unklarheiten innerhalb der einzelnen Konstellationen herauszustellen und – vergleichend – zu beleuchten. Auf die Darstellung der (praxis-)relevanten Fälle des moderierten Vertrags folgt dann – als Vorarbeit zur näheren Betrachtung – eine genauere Definition des Untersuchungsgegenstands.

Auf die Definition und ihre Merkmale aufbauend kann das bestehende Recht daraufhin untersucht werden, ob es bereits Lösungen für die in der Konstellation des moderierten Vertrags existierenden Probleme anbietet. Das gilt auch für die Normen, die nicht unmittelbar für diese Konstellation geschaffen worden sind, deren normative Grundlage doch – im Hinblick auf die zuvor erarbeitete Definition des moderierten Vertrags – ausreichend vergleichbar ist. Schnell wird sich zeigen, dass eine Betrachtung des Moderators ohne die Untersuchung des moderierten Vertrags nicht sinnvoll ist, mehr noch: Die vertragsrechtlichen Thematiken des moderierten Vertrags hängen mit der Position des Moderators und den ihn treffenden Pflichten eng zusammen. Trotzdem ist die Unterscheidung zwischen der Person des Moderators und dessen Tätigkeitsergebnis, dem moderierten Vertrag, sinnvoll für die Annäherung an beide Begrifflichkeiten und das Erarbeiten einer Definition. Dass eine solche Definition und die damit verbundene Schöpfung einer neuen juristischen Begrifflichkeit überhaupt notwendig sind, wird im Anschluss an die Definition mit der gesteigerten Legitimation des moderierten Vertrags und der rechtlichen Reaktion hierauf zu belegen sein. Diese Legitimation basiert auf einer anderen dogmatischen Grundlage als die des Normalvertrags. Dies wird deutlich am Beweglichen System des moderierten Vertrags, das dessen Fundament der rechtlichen Gültigkeit in Abgrenzung zum Normalvertrag erklärt und als Basis für einen Vorschlag zur Ergänzung des geltenden Rechts dient.

B. Der moderierte Vertrag des zivilrechtlichen Konflikts

Legt man das eingangs geschilderte Verständnis der Moderation zugrunde, so existieren sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht eine ganze Reihe von Moderatoren.

Ziel der folgenden Betrachtung ist es, eine Untersuchungsgrundlage zu schaffen und dabei aufzuzeigen, dass es sich lohnt, die Kategorie des – hier sogenannten – moderierten Vertrags im Rahmen der Diskussion um die zum Teil neuen Modelle der alternativen Konfliktlösung¹ näher zu betrachten, anstatt sich auf ein Verfahren zu konzentrieren.² Gleichzeitig wird schnell klar werden, dass an verschiedenen Stellen des Rechts – alt und neu, zentral bzw. eher versteckt – Konstellationen existieren, die die Situation eines moderierten Vertrags beschreiben.

I. Mediator

Anknüpfend an die „Vermittlung“ der Kommunikation durch den Moderator ist zunächst der bereits angesprochene Mediator zu nennen.³ Auch die lateinische Herkunft des Wortes, der zufolge auch der Mediator als Vermittler zu verstehen ist,⁴ legt eine Betrachtung des Mediators nahe.

Unter Bezugnahme des Gesetzgebers⁵ auf die eingangs zitierte Rechtsprechung des BVerfG wurde 2012 durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer

¹ Alternative oder außergerichtliche Konfliktlösung wird definiert als Streitbeilegung unter Heranziehung eines neutralen Dritten, der den Einigungsversuch der Parteien in einem strukturierten Prozess unterstützt, vgl. *Ring*, ZAP 2016, 623, 624; wegen des geringen tatsächlichen Erfolgs der alternativen Konfliktlösung schlägt *Greger*, ZKM 2017, 213 vor, von „autonomer Konfliktlösung“ zu sprechen.

² Dies ist nach *Eberl-Borges*, ErbR 2017, 590, 596 gerade in Deutschland häufig der Fall, hier fände eine verengte Diskussion statt, die zu oft allein auf das Mediationsverfahren konzentriert sei. Dies liegt auch am zu weiten, d. h. Fehlgebrauch, des Mediationsbegriffs, vgl. *Prütting*, MDR 2016, 965.

³ Es gibt auch eine Form der Verhandlungslösung, die als „Mediation ohne Mediator“ beschrieben und als „Collaborative law“ bezeichnet wird. Dort soll gerade ohne die Hilfe einer Vermittlungsperson eine Konfliktlösung gefunden werden vgl. die Darstellung bei *Engel*, Collaborative Law, passim.

⁴ „Mediation heißt Vermittlung“, *Nistler*, JuS 2010, 685.

⁵ BT-Drs. 17/5335, S. 11; zur Anhörung des MedG im BT vgl. auch *Paul*, ZKM 2011, 119 ff.

Formen der außergerichtlichen Konfliktbeilegung⁶ das MedG⁷ geschaffen,⁸ auch, um die Europäische Mediationsrichtlinie 2008/52/EG⁹ ins deutsche Recht umzusetzen.¹⁰ Sowohl die Mediation an sich als auch der Begriff des Mediators sind in § 1 MedG legal definiert.¹¹

Die Vorschrift lautet:

„§ 1 Begriffsbestimmungen

(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“

Die Definition der Mediation in § 1 Abs. 1 MedG liefert keinen klar konturierten Begriff.¹² Die ungenauen Konturen setzen sich bei der Beschreibung des Mediators in § 1 Abs. 2 MedG fort.¹³ Die Vorschrift ist, auch vor dem Hintergrund der erstmaligen gesetzlichen Normierung, bewusst zurückhaltend formuliert und umschreibt kein klar umrissenes Berufsbild.¹⁴ Auch nach dem Erlass des MedG ist der Mediator kein geregelter Beruf und keine geschützte Bezeichnung.¹⁵ Insbesondere enthält § 1 MedG keine Verbotsnorm.¹⁶ Es gibt weiterhin kein gesetzliches Berufsbild für Mediatoren und dementsprechend auch keine Zulassungsvoraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeit.¹⁷

Auch nach dem Erlass des MedG bleibt die Mediation im Kern schuldvertraglich bestimmt. Dabei sind innerhalb des Mediationsverfahrens drei Verträge zu unterscheiden: Mediationsabrede, Mediatorvertrag und Abschlussvereinbarung.¹⁸ Die Mediationsabrede ist eine vertragliche Vereinbarung der Parteien dahingehend, dass

⁶ BGBl. I 2012, S. 1577.

⁷ Hier wird die Abkürzung „MedG“ verwendet, die im Gegensatz zu „MediationsG“ ihren Namen auch verdient.

⁸ Ausführlich zur Entstehung des Gesetzes vgl. *Zeitlmann*, Alternative Konfliktlösung durch den Güterichter in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 27 ff.; kritisch im Hinblick auf dessen tatsächlichen Erfolg, *Greger*, ZKM 2017, 213, zum philosophisch-historischen Hintergrund der Mediation: *Duss-von Werdt*, homo mediator.

⁹ Zur Entstehungsgeschichte der Mediationsrichtlinie vgl. *Löhner*, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen, S. 24 f.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 17/5335, S. 1; zum Gesetzgebungsverfahren siehe auch die Darstellung bei *Schmidbauer*, ZKM 2012, 88 ff.; zur Umsetzung durch das Mediationsgesetz vergleiche *Löhner*, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen, S. 35 f.

¹¹ *Härtling*, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 143; zum Fehlgebrauch des Begriffs vgl. *Greger*, ZKM 2015, 172.

¹² Vgl. *Greger*, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Einl. Rn. 34; dies gilt auch für die im UN-Übereinkommen zur internationalen Durchsetzung von Mediationsvergleichen gewählte Definition, vgl. hierzu *Alexander*, ZKM 2019, 161, 162

¹³ Vgl. auch HK-ZPO/*Saenger*, § 278a Rn. 6; *Abrens*, NJW 2012, 2465, 2466.

¹⁴ *Fritz*, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1 Rn. 33.

¹⁵ *Greger*, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 82.

¹⁶ *Greger*, ZKM 2012, 36.

¹⁷ *Greger*, ZKM 2012, 36.

¹⁸ *Greger*, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 131 ff.; *Handbuch Mediation/Prütting*, § 46 Rn. 3.

eine Mediation überhaupt stattfinden soll.¹⁹ Für die hiesige Untersuchung ist diese Abrede nur insoweit von Bedeutung, als dass sie überhaupt zur Mediations- und Moderationsituation führt. Von größerem Interesse sind der Mediatorvertrag und die Abschlussvereinbarung.

1. Der Mediatorvertrag

Der Vertrag zwischen den Konfliktparteien und dem Mediator, der die Pflichten des Mediators gegenüber den Parteien – und vice versa – festlegt, wird überwiegend²⁰ Mediatorvertrag genannt.²¹ Aufgrund seines Inhalts wird der Mediatorvertrag als Grundgesetz der Mediation bezeichnet.²²

Um welchen Vertragstyp es sich dabei genau handelt, ist umstritten.²³ Häufig wird der Mediatorvertrag als entgeltliche Geschäftsbesorgung in Form eines Dienstvertrags eingeordnet.²⁴ Fehlt der für eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 Abs. 1 BGB erforderliche Vermögensbezug, so soll jedenfalls bei der entgeltlichen Tätigkeit ein Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB vorliegen, andernfalls ein Auftrag gemäß § 662 BGB.²⁵ Dafür spricht, dass der Mediator keinen Erfolg der Mediation, etwa im Sinne eines Übereinkommens zwischen den streitenden Parteien, schuldet, sondern nur eine pflichtgemäße Handlung. Ihrer Struktur nach ähnelt die Pflicht des Mediators damit der des Arztes oder des Prozessvertreters, da sie wie diese nicht erfolgsbezogen ist und der Mediator nur zur Tätigkeit *de lege artis* verpflichtet ist.²⁶ Ausnahmsweise soll der Mediatorvertrag einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter beinhalten (§§ 675, 631 ff. BGB), wenn die Mediator Tätigkeit auch die Herstellung einer Expertise beinhaltet.²⁷ Der Vertrag mit einem anwaltlichen Mediator wurde vom BGH als mehrseitiger Anwaltsdienstvertrag im Sinne der §§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB eingeordnet.²⁸ Jedenfalls dürfte es sich bei der Mediation um eine höchstpersönliche Tätigkeit handeln.²⁹

¹⁹ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 142, vgl. dort auch die Nachweise zur umstrittenen Rechtsnatur; sowie Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 47, 54; das Muster einer Mediationsvereinbarung findet sich bei Schwarz, ZKM 2008, 111 ff.

²⁰ Als Überbegriff für diese Verträge hat Friedrich, Die Konsensvereinbarung im Zivilrecht, S. 83, den Begriff der Konsensvereinbarung vorgeschlagen, der sich jedoch nicht durchgesetzt hat.

²¹ Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 14; Handbuch Mediation/Hess, § 43 Rn. 34.

²² Handbuch Mediation/Kracht, § 12 Rn. 71.

²³ Vgl. die Ausführungen hierzu bei Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 47, 56; Handbuch Mediation/Hess, § 43 Rn. 21 m. w. N.

²⁴ Unberath, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 47, 57 m. w. N.; Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 15; Handbuch Mediation/Hess, § 43 Rn. 8.

²⁵ Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 15.

²⁶ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 63.

²⁷ Handbuch Mediation/Hess, § 43 Rn. 31.

²⁸ BGH v. 21.09.2017 – IX ZR 34/17, NJW 2017, 3442; wenn der Anwalt es übernehme, einvernehmlich rechtliche Vorschläge zu entwickeln, bestimme sich die Haftung dann regelmäßig nach den Maßstäben der Anwaltshaftung.

²⁹ Abrens, NJW 2012, 2465, 2467, Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 61.

Über die Frage der rechtlichen Einordnung des Mediatorvertrags hinaus geht die Frage danach, was in ihm regelmäßig vereinbart wird bzw. werden soll. Aufgrund der konturlosen Vorgabe des MedG in Form des „Führens“, soll der Mediatorvertrag auch dazu dienen, den Ablauf des Mediationsverfahrens zu präzisieren, was durch Leistungsbeschreibungen geschehen soll.³⁰ Hinzukommen etwa auch Fragen der Vergütung des Mediators.³¹

a) Die Moderation des Mediators

Das leitet über zur Frage nach der Tätigkeit des Mediators. Schon jetzt lässt sich festhalten, dass nicht jede Person, die Verhandlungen begleitet, auch Mediator ist.³² Die Mediation stellt vielmehr eine qualifizierte Form der moderierenden Lösungshilfe dar,³³ sie wird in der Regel nicht bei primären Vertragsverhandlungen eingesetzt, sondern erst, wenn daraus ein Konflikt entstanden ist.³⁴

b) Aussagen des MedG

Diese Annahme, dass es bei der Tätigkeit des Mediators aber auch um die moderative Kommunikationsmittlung mit dem Ziel einer Einigung zwischen den Parteien geht, findet eine erste Stütze in § 2 Abs. 3 Satz 2 MedG. Die Vorschrift lautet:

„Er (der Mediator)³⁵ fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind.“

Hinzu kommt die bereits eingangs wiedergegebene Feststellung im Rahmen des § 2 Abs. 2 MedG, demzufolge der Mediator die Parteien – im Unterschied zur bloßen Verhandlungsmoderation – durch die Mediation „führt“.³⁶ Der Mediator betreibt also eine aktive Verfahrensleitung.³⁷ Der Begriff des Führens, der vom Gesetz verwendet wird, stellt klar, dass der Mediator die Verantwortung für den Prozess, für das Gelingen des Verfahrens trägt. Führen bedeutet dabei, für eine gelingende Kommunikation zwischen den Parteien zu sorgen und diese zielgerichtet durch das Verfahren zu geleiten.³⁸ Der Begriff der Führung in § 2 Abs. 2 Satz 1 MedG wird durch § 5 Abs. 1 Satz 1 MedG insoweit ergänzt, als es dort heißt, dass der Mediator die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen soll.³⁹

³⁰ Handbuch Mediation/Hess, § 43 Rn. 30, 34.

³¹ Hierzu habe der Mediator auch aus Gründen der Verfahrensgerechtigkeit hinzuwirken, vgl. Unberath, ZKM 2011, 4, 6.

³² Unberath, ZKM 2011, 4, 5.

³³ Greger, ZKM 2014, 140.

³⁴ Ganner, ÖJZ 2003, 710, 712.

³⁵ Eingefügt durch Verfasser.

³⁶ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 43.

³⁷ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 43.

³⁸ Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1 Rn. 45.

³⁹ Fritz, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 1 Rn. 47; zu den Techniken des Führens siehe Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 45.

Wie aber der Mediator die Parteien führt und deren Kommunikation fördert, ergibt sich aus dem MedG nicht.⁴⁰ Das MedG ist eher das Berufsgesetz der Mediatoren⁴¹ und regelt in erster Linie einheitliche rechtliche Fundamente für das neue Berufsfeld der Mediation.⁴² Die Mediation selbst ist jedoch kein klar strukturiertes und in sich gefestigtes Verfahren der Streitschlichtung.⁴³ Nach wie vor gilt im Rahmen der Mediation der Grundsatz der Privatautonomie,⁴⁴ d. h. für den Inhalt der Mediationsleistung ist der Auftrag entscheidend, den der Mediator von den Parteien erhält.⁴⁵ Die Formlosigkeit des Mediationsverfahrens wird als Stärke und Schwäche zugleich eingeschätzt, da das Verfahren in besonderer Weise offen stehe für die Bedürfnisse der Parteien einerseits, andererseits aber auch für Missbräuche.⁴⁶

c) Die Tätigkeit des Mediators

Den Parteien bleibt damit im Rahmen des Mediatorvertrags, den sie mit dem Mediator schließen, vorbehalten, dessen genaue Mediationsleistung festzulegen, d. h. Technik und Verfahren näher zu bestimmen. Da Regeln zur Vorgehensweise notwendig sind, um überhaupt wieder Kommunikation zu ermöglichen, gehört das Vereinbaren von Verfahrensregeln zu den wichtigsten Aufgaben des Mediators.⁴⁷ In dessen Beteiligung am späteren Verfahren liegt dann die eigentliche Bedeutung des Mediationsverfahrens.⁴⁸ Diese Tätigkeit⁴⁹ lässt sich nicht von vornherein eindeutig festlegen, sondern kann verschiedene Formen und Methoden der Streitbeilegung umfassen.⁵⁰ Ist einerseits gesetzlich nicht bestimmt, welches Verfahren zur Wiederherstellung bzw. Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien genutzt wird, so zeichnet sich die Mediation – im Gegensatz zur Moderation – dadurch aus, dass der Mediator (irgend-)ein Verfahren zur Kommunikationsförderung nutzt.⁵¹

⁴⁰ Vgl. auch *Soffner*, Mediation im Sozialrecht, S. 101.

⁴¹ *Henssler/Deckenbrock*, DB 2012, 159, 160.

⁴² *Prütting*, AnwBl. 2012, 204, 205; *Abrens*, NJW 2012, 2465.

⁴³ *Behet*, SchiedsAZ 2007, 49.

⁴⁴ BT-Drs. 17/5335, S. 15; die Bedeutung dieses Grundsatzes betont auch *Soffner*, Mediation im Sozialrecht, S. 125.

⁴⁵ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 11.

⁴⁶ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 79.

⁴⁷ *Handbuch Mediation/Kracht*, § 12 Rn. 76.

⁴⁸ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 44.

⁴⁹ Nach *Kaltenborn*, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, S. 107, trägt der Mediator nicht erst durch seine Tätigkeit, sondern schon durch seine bloße Anwesenheit dazu bei, dass die Parteien keine überzogenen Forderungen aufstellen.

⁵⁰ *Handbuch Mediation/Hess*, § 43 Rn. 2; *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 5.

⁵¹ *Eckstein*, JuS 2014, 698, 699; zur Frage, ob das sogenannte „Shuttle-Verfahren“ eine Mediation im Sinne des MedG darstellt vgl. etwa auch die Darstellung der Streitigkeit bei *Masser/Engewald/Scharpf/Ziekow*, Evaluierung des Mediationsgesetzes, BT-Drs. 18/13178, S. 28. In den USA wurde dies für eine vom Mediator so bezeichnete „Kissinger-style shuttle diplomacy“ diskussionslos als Mediation eingeordnet, von *Vitalis-Valchine vs. Valchine*, 793 So. 2d 1094, 1096–97 (Fla. Dist. Ct. App. 2001) S. 1096.

Verschiedene Mediationsmodelle stehen dabei zur Verfügung. Die zwei wichtigsten Ansätze im deutschsprachigen Raum sind zum einen vom sogenannten Harvard-Konzept⁵² inspirierte Werke,⁵³ zum anderen die Mediation auf der Basis der Gerechtigkeitspsychologie. Die Praxis ist zudem reich an methodischen Varianten bzw. Ergänzungen⁵⁴ dieser Modelle.⁵⁵

Die Weite an Methoden, die sich unter den Begriff der Mediation fassen lassen, wird deutlich durch das sogenannte *Riskin*-Raster (*Riskin* Grid), welches die verschiedenen Mediationsstile unter anderem nach ihrer Eingriffstiefe in die Kommunikation der Medianden teilt.⁵⁶ Weil *Riskin* auf eine genauere Definition des Mediationsbegriffs bewusst verzichten möchte⁵⁷ und sein Raster jede erdenkliche streitschlichtende Tätigkeit eines Dritten erfasst,⁵⁸ ist diese Systematisierung kritisiert worden.⁵⁹ Sie ist jedoch ebenso wenig Gesetz geworden, wie das konkretere Harvard-Konzept.⁶⁰

Für die juristische Interpretation ist interessant, dass das Harvard-Konzept zentral auf dem Perspektivwechsel der Teilnehmer basiert, d. h. das Hineinschlüpfen in die Situation des Gegenübers.⁶¹ Diese Methode hat ihre gedankliche Stütze in der sogenannten „Goldenen Regel“, dem elementarsten Gesetz allen Rechts schlechthin,⁶² das vom Einzelnen fordert, sich anderen gegenüber so zu verhalten, wie man selbst behandelt werden möchte.⁶³ Die Parteien sollen also ihre Erwartungen an die Verwirklichung der eigenen Bedürfnisse spiegelbildlich auf ihren jeweiligen Verhandlungspartner übertragen und das eigene Verhalten daran ausrichten.⁶⁴

⁵² *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*.

⁵³ Auf das Harvard-Prinzip allein stellen *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725 ab; auch *Nistler*, JuS 2010, 685, 686 stellt darauf ab; ebenso *Löhner*, Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen, S. 14.

⁵⁴ Zur systemischen Mediation vgl. *Gruber*, ZKM 2008, 71.

⁵⁵ *Unberath*, ZKM 2011, 4; siehe auch *Trenczek*, ZKM 2016, 230.

⁵⁶ Der *Riskin*-Grid im Hinblick auf die Mediationstechniken findet sich auf *Riskin*, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harv. Negot. L. Rev. 7 (1996), 35.

⁵⁷ Er meint, es sei schlicht zu spät, vgl. *Riskin*, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harv. Negot. L. Rev. 7 (1996), 13: „It is too late for commentators or mediation organizations to tell practitioners who are widely recognized as mediators that they are not, in the same sense that it is too late for the Pizza Association of Naples, Italy to tell Domino's that its product is not the genuine article.“

⁵⁸ Siehe auch die Darstellung bei *Soffner*, *Mediation im Sozialrecht*, S. 61.

⁵⁹ Hierzu siehe etwa *Kovach/Love*, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 Harv. Negot. Law Review. 71 (1988), 75 ff.

⁶⁰ *Soffner*, *Mediation im Sozialrecht*, S. 61; Kritisch zum Harvard Konzept *Riskin*, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harv. Negot. L. Rev. 7 (1996), 20: „Although Fisher, Ury and Patton tell us to ‚separate the people from the problem,‘ sometimes the people are the problem.“ Deren Antwort: *Patton*, in: *Moffitt/Bordone*, *The handbook of dispute resolution*, S. 279, 298: [...] That you can separate the behaviour from the persons's character and address the behaviour side-by-side, which has the advantage of assuming in a potentially self-fulfilling way that others are capable of changing their behavior.

⁶¹ *Wendland*, in: *Kriegel-Schmidt*, *Mediation als Wissenschaftszweig*, S. 131, 133 f.

⁶² *Fechner*, *Rechtsphilosophie*, S. 101.

⁶³ Tob. 4, 15; Mt. 7, 12; Luk 6, 31.

⁶⁴ *Wendland*, in: *Kriegel-Schmidt*, *Mediation als Wissenschaftszweig*, S. 131, 133 f.

Das Harvard-Konzept wurde ursprünglich für die bilaterale Situation entwickelt und erlangte unter dem englischen Titel „getting to yes“⁶⁵ Bekanntheit. Es beinhaltet – sehr verkürzt ausgedrückt – weder weiches noch hartes, sondern sachgerechtes⁶⁶ bzw. sachbezogenes, d.h. kooperatives Verhandeln.⁶⁷ In diesem Zusammenhang wird das kooperative Verhandeln oft als win-win und das kompetitive Verhandeln oft als win-lose bezeichnet.⁶⁸ Für die Anwendung im Rahmen der Mediation wird es auf die Situation mit einem Dritten übertragen und mit zwei weiteren Erfolgsfaktoren kombiniert: der Zukunfts- und Ergebnisorientiertheit der Mediation.⁶⁹

Die Vorgehensweise des Mediators lässt sich nicht nur anhand ihrer dogmatischen Grundlage grob kategorisieren, sondern auch die tatsächliche Herangehensweise des Mediators lässt sich grundsätzlich systematisieren.

So kann der Mediator in der sogenannten *faciliativen* Weise vorgehen, der zufolge er den Verhandlungsprozess nach den Grundsätzen des Harvard-Konzepts *moderiert*.⁷⁰

Der Mediator ist jedoch – wie schon angesprochen – nicht auf die Beeinflussung durch Moderation begrenzt. Er kann darüber hinaus *transformativ* auf die Konfliktregulierung einwirken, d.h. mit einem gefühls- und bedürfnisorientierten Ansatz die Fähigkeit der Parteien zur Selbsterkenntnis und zum wechselseitigen Verstehen weckend sowie evaluativ, d.h. die Lösungssuche mit eigenen Vorschlägen fördernd, vorgehen.⁷¹ Er hat die Wahl zwischen unterschiedlich intensiven Eingriffsmöglichkeiten.⁷² Noch grundsätzlicher lässt sich zwischen aktiver und passiver Mediation⁷³ oder den vier idealtypischen Rollen des Mediators (Sachmoderation, umfassende Moderation, Sachbeurteilung und umfassende Beurteilung)⁷⁴ trennen.

Gemeinsam ist den Ansätzen, dass sie die Aufmerksamkeit der Parteien weg von ihren rechtlichen Positionen und hin zu ihren Interessen lenken wollen.⁷⁵ Dabei sollen die unterschiedlichen Interessen nicht gleichgeschaltet werden, sondern ihre Akzeptanz soll Grundlage der gemeinsam erarbeiteten und für die Zukunft tragfähigen Vereinbarung sein.⁷⁶ Auf diese Weise sollen „win-win-Lösungen“ ermöglicht werden, weil die interessenbasierte Herangehensweise eine „Kuchenvergrößerung“ erlaubt, wie das – viel zitierte – Beispiel des Streits um eine Orange deutlich macht.

⁶⁵ *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to yes*.

⁶⁶ *Ponschab*, ZKM 2014, 4, 6.

⁶⁷ „Principled negotiation“ im Original, vgl. *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard Konzept, S. 21; zu den Kernaussagen des Harvard-Konzepts vgl. auch die Darstellung bei *Steffek*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, Einl. Rn. 53f.

⁶⁸ *Ponschab*, ZKM 2014, 4, 6; *Nistler*, JuS 2010, 685, 687.

⁶⁹ *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 726.

⁷⁰ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, § 1 MedG Rn. 5.

⁷¹ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, § 1 MedG Rn. 5; *Tochtermann*, *Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators*, S. 64; vgl. zu wissenschaftlich-psychologischen Techniken für Mediatoren auch *Fischer/Fleckenstein/Fischer*, ZKM 2014, 142.

⁷² *Haft*, in: *FS Söllner*, S. 391, 398.

⁷³ Etwa bei *Handbuch Mediation/Kracht*, § 12 Rn. 102.

⁷⁴ *Wendland*, *Mediation und Zivilprozess*, S. 533 mit Verweis auf den sogenannten *Riskin-Grid* nach *Leonhard Riskin*.

⁷⁵ *Kaspar*, NJW 2015, 1642; vgl. auch *Nistler*, JuS 2010, 685, 687.

⁷⁶ *Wolf*, NJW 2015, 1656, 1659.

Machen beide Kontrahenten in rechtlicher Hinsicht ein Verwertungsrecht an der ganzen Orange geltend, kann eine Analyse der Interessen zeigen, dass der eine Saft aus der Orange pressen will, der andere die Schale zum Kuchenbacken braucht. Eine konsensuale Lösung wird so schnell möglich.⁷⁷ Schon die Möglichkeit, dass beide Parteien Saft pressen wollen, zeigt aber auch, dass der Erfolg sich nicht immer so leicht im Wege einer Vergrößerung des Kuchens herstellen lässt.

Wohl auch aufgrund der großen Unterschiedlichkeit an Streitfällen und Streitparteien sind die Einwirkungsmöglichkeiten, die dem Mediator zur Herbeiführung des Konsenses zwischen den Parteien dienen, höchst vielfältig und subtil.⁷⁸ Gemein ist den unterschiedlichen Phänomenen und Methoden,⁷⁹ die sich allesamt als Mediation bezeichnen lassen,⁸⁰ dass der Mediator die Parteien bei der Verhandlungsführung unterstützen soll, um letztendlich einen erfolgreichen Abschluss der Verhandlungen zu ermöglichen.⁸¹ Das Spektrum reicht von der reinen Unterstützung der Parteien bei den Verhandlungen im Sinne einer Ermöglichung von Kommunikation (Moderationsmodell) über eine Bewertung des Tatsachenvortrags durch den Mediator (evaluative Mediation) bis hin zur Ausarbeitung eines – unverbindlichen – Entscheidungsvorschlags.⁸² Was seinen Vorteil in der Möglichkeit der Teilnehmer hat, im Mediatorvertrag das für ihre Situation passendste Verfahren zu wählen, birgt seinen Nachteil in der Unsicherheit darüber, welche Regelungen von Mediatoren konkret zu beachten sind.⁸³

Bei den unterschiedlichen Möglichkeiten, die dem Mediator zur Kommunikationsförderung zur Verfügung stehen, ist jedoch zu bedenken, dass diese kein Selbstzweck ist. Damit in Verbindung ist die Forderung *Unberaths* zu sehen, demzufolge angesichts des Reichtums an Methoden das zugrunde liegende Prinzip der Mediation nicht aus den Augen verloren werden dürfe. Dieses Prinzip liegt in der Autonomie der Parteien. Die zu vereinbarenden Mindeststandards des Verfahrens dienen dem Ziel, diese Autonomie zu gewährleisten.⁸⁴ Mediation verwirklicht die Selbstverantwortung der Parteien für die Lösung ihres Konflikts.⁸⁵ Autonomie bedeutet Unabhängigkeit von der Bestimmung der Willkür durch andere und zugleich Freiheit zur

⁷⁷ Vgl. *Kaspar*, NJW 2015, 1642.

⁷⁸ Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 46, *Stubbe*, BB 2001, 685 ff.

⁷⁹ Zu den Phasen einer Mediation vgl. Handbuch Mediation/*Hess*, § 43, Rn. 46, *Stubbe*, BB 2001, 685 ff.; *Greger/Weber*, MDR-Sonderheft 2012 „Das neue Güterichterverfahren“, 1, 15 f.

⁸⁰ Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 2; zu den unterschiedlichen Methoden vgl. auch *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 68 ff.; *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 11; *Thole*, ZZP 127 (2014), 339, 342 spricht von einer damit einhergehenden begrifflichen Unschärfe der Mediation.

⁸¹ *Feldmann*, Formen der alternativen Konfliktbeilegung im Spektrum, S. 38.

⁸² Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 13.

⁸³ *Unberath*, ZKM 2011, 4, der auf die daraus resultierenden Probleme für die Weiterentwicklung der Mediation hinweist.

⁸⁴ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 59.

⁸⁵ Wie *Berkel*, ZKM 2015, 4 betont, ist die Existenz eines Konflikts keine notwendige Voraussetzung für die Mediation, vielmehr reicht das Vorhandensein von Interessengegensätzen und Einigungsbereitschaft aus.

Selbstregulierung.⁸⁶ Die zentrale Aufgabe des Mediators besteht somit darin, die Parteien bei der Ausübung ihrer Selbstverantwortung zu unterstützen, also die Entscheidungsgrundlage der Parteien zu verbessern⁸⁷ und den Parteien dabei zu helfen, eine gemeinsame Lösung zu finden, wie auch immer diese konkret aussieht.⁸⁸ *Hager* vermutet sogar, dass es der Zuwachs an Autonomie sei, der die Beliebtheit der Verhandlungslösung erklärt.⁸⁹

Unabhängig davon, welche Vorgehensweise die Parteien des Mediatorvertrags⁹⁰ wählen;⁹¹ dem Mediator kommt jedenfalls im Hinblick auf das Verfahren eine zentrale Rolle zu, was ihn zum Herren des Mediationsverfahrens macht.⁹²

Es hat sich nicht nur gezeigt, dass die Mediation jedenfalls auch eine Moderation im Sinne einer Kommunikationsverbesserung zur Ermöglichung einer Einigung beinhaltet. Es zeigen sich auch jetzt schon Unterschiede zu anderen Formen der alternativen Konfliktlösung. Im Schiedsverfahren oder der Schlichtung geben die Streitenden die Entscheidung an eine übergeordnete Stelle.⁹³ Bei der Mediation bleibt die Lösungskompetenz in den Händen der Verhandlungspartner,⁹⁴ denn ohne besondere Vereinbarung ist der Mediator nicht zu einem Schlichterspruch ermächtigt.⁹⁵ Der Mediator ist im Gegensatz zum Schiedsrichter, dem Schiedsgutachter und dem Schlichter nicht einer im Ergebnis „objektiv besten“ Lösung verpflichtet.⁹⁶ Der Mediator muss lediglich die Entscheidungsgrundlage der Parteien verbessern, während diese die Entscheidung zu verantworten haben.

Zwar bleibt die konkrete Ausgestaltung des Mediationsverfahrens den Parteien sowie dem Mediator überlassen,⁹⁷ trotzdem gibt es eine Reihe von Regelungsschwerpunkten,⁹⁸ die regelmäßig vereinbart werden.

2. Charakteristika der Mediation

Neben der Methodenvielfalt, die dem Mediator zur Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien zur Verfügung steht, existieren weitere als Pflichten,⁹⁹

⁸⁶ *Unberath*, ZKM 2011, 4.

⁸⁷ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 59; *Unberath*, ZKM 2011, 4, 5 sieht hierin den Mehrwert der Mediation.

⁸⁸ *Unberath*, ZKM 2011, 4, 5.

⁸⁹ *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 41, 42.

⁹⁰ D. h. die Medianten sowie der Mediator.

⁹¹ Dies sei Aufgabe der Parteien, vgl. *Handbuch Mediation/Hess*, § 43 Rn. 35.

⁹² So etwa die Bezeichnung bei *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 76.

⁹³ *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 728.

⁹⁴ *Kracht/Rüssel*, JA 2003, 725, 728; so auch die Vorstellung des Gesetzgebers des MedG, BT-Drs. 17/5335, S. 14.

⁹⁵ *Unberath*, ZKM 2011, 4, 6.

⁹⁶ *Unberath*, ZKM 2011, 4, 5.

⁹⁷ *Pielsticker*, in: *Fritz/Pielsticker*, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 88; *Handbuch Mediation/Hess*, § 43 Rn. 35.

⁹⁸ Vgl. hierzu auch *Handbuch Mediation/Hess*, § 43 Rn. 14.

⁹⁹ So die Bezeichnung bei *Unberath*, ZKM 2011, 4, 6.

Verhaltensstandards,¹⁰⁰ Prinzipien,¹⁰¹ Grundsätze¹⁰² bzw. Charakteristika bezeichnete Eigenschaften des Mediationsverfahrens, die auch im MedG Erwähnung gefunden haben.¹⁰³ Der Mediator gilt nicht nur als Garant dieser Prinzipien, die Beachtung dieser Charakteristika bietet auch die Gewähr dafür, dass nach Abschluss des Mediationsverfahrens eine dauerhafte Befriedung der Parteien erreicht wird.¹⁰⁴

a) Freiwilligkeit

Dies gilt schon für das Charakteristikum der Freiwilligkeit, in dessen Zusammenhang häufig zudem die Eigenverantwortlichkeit bzw. die Privatautonomie der Parteien gesondert betont wird.¹⁰⁵ Jedenfalls hat die Freiwilligkeit für die Moderation eine herausgehobene Bedeutung, wie schon aus dem Umstand deutlich wird, dass sie als zentrales Definitionsmerkmal in § 1 Abs. 1 MedG aufgenommen wurde.¹⁰⁶ Art. 3 lit. a) der MediationRL spricht insofern davon, dass es im Rahmen der Mediation darum ginge, dass die Parteien auf freiwilliger Basis selbst versuchen, zu einer Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu kommen.¹⁰⁷

Für die vorliegende Untersuchung sind zunächst zwei Formen der Freiwilligkeit hervorzuheben.

Zunächst ist die Freiwilligkeit der Parteien im Sinne des § 1 Abs. 1 MedG zu nennen, die die freie Entscheidung darüber beinhaltet, überhaupt ein Mediationsverfahren zu beginnen. Die Teilnahme an der Mediation ist stets für beide Seiten freiwillig. Die Bedeutung dieses Umstands wird auch sichtbar dadurch, dass der Mediator diese Freiwilligkeit sicherzustellen hat.¹⁰⁸

Entscheiden sich die Parteien für den Abschluss einer Mediationsvereinbarung und damit die Aufnahme eines Mediationsverfahrens, dann endet damit nicht ihre Freiwilligkeit, im Gegenteil. (Zwischen-)Ziel des Mediationsverfahrens ist es, die Autonomie der Parteien zu stärken und auf diesem Wege eine Konfliktlösung zu erreichen.¹⁰⁹

¹⁰⁰ So die Bezeichnung bei *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 80ff.

¹⁰¹ So die Bezeichnung bei *Röthemeyer*, *Mediation*, Rn. 24ff. und *Greger/Weber*, MDR-Sonderheft 2012 „Das neue Güterichterverfahren“, 1, 14, die die Eigenverantwortlichkeit als prägendes Merkmal der Parteien bei der Festlegung des Lösungsweges bezeichnen.

¹⁰² So die Bezeichnung von *Handbuch Mediation/Kracht*, § 12 Rn. 98; *Wenzel*, *Iustitia ohne Schwert – Die neuere Entwicklung der außergerichtlichen und gerichtsbezogenen Mediation in Deutschland*, S. 7ff.

¹⁰³ Eine ausführlichere Darstellung der Grundsätze der Mediation findet sich bei *Wenzel*, *Iustitia ohne Schwert – Die neuere Entwicklung der außergerichtlichen und gerichtsbezogenen Mediation in Deutschland*, S. 7ff.

¹⁰⁴ *Handbuch Mediation/Kracht*, § 12 Rn. 98.

¹⁰⁵ *Röthemeyer*, *Mediation*, Rn. 24ff.; *Löhner*, *Die freiwillige Streitschlichtung vor Gütestellen*, S. 189.

¹⁰⁶ *HK-MedG/Gläßer*, § 2 Rn. 94; *Steiner*, in: *Eidenmüller/Wagner*, *Handbuch Mediation*, Kap. 8 Rn. 25.

¹⁰⁷ Darauf weist auch *Thole*, *ZZP* 127 (2014), 339, 341 hin.

¹⁰⁸ Hierauf weist auch *Kaspar*, *NJW* 2015, 1642 hin.

¹⁰⁹ Vgl. *Hacke*, in: *Eidenmüller/Wagner*, *Mediationsrecht*, Kap. 3 Rn. 74.

Dass diese Autonomie der Parteien auch während des Verfahrens der zentrale Bezugspunkt ist,¹¹⁰ wird unter anderem daran deutlich, dass die Parteien nicht an ihre ursprünglich getroffene Mediationsvereinbarung gebunden sind, sie können diese vielmehr – in Absprache mit dem Mediator – jederzeit einvernehmlich ändern¹¹¹ und etwa einen anderen Mediationsansatz wählen. Doch nicht nur eine einvernehmliche Änderung der Mediationsvereinbarung ist möglich. § 2 Abs. 5 MedG stellt – und auch das ist ein wesentlicher Aspekt des Prinzips der Freiwilligkeit der Mediation – klar, dass das Prinzip *pacta sunt servanda* für die Mediationsvereinbarung nur sehr eingeschränkt¹¹² gilt. Die darin vereinbarte Teilnahme bzw. Durchführung einer Mediation kann nämlich sowohl von den Parteien selbst (vgl. § 2 Abs. 5 Satz 1 MedG) als auch vom Mediator (vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 MedG) jederzeit, d. h. zu jedem Zeitpunkt und in jeder Mediationsphase,¹¹³ abgebrochen werden. Für die Beendigung durch die Parteien gilt, dass jede Partei für sich, unabhängig vom Willen der anderen Partei(en) die Mediation beenden kann.¹¹⁴ Hierzu – und auch hier zeigt sich die Freiwilligkeit ihres Mitwirkens¹¹⁵ – ist weder die Nennung noch das Vorliegen von Gründen notwendig.¹¹⁶ Dies gilt für den Mediator so nicht,¹¹⁷ d. h. seine Leistungspflicht, die sich aus dem Mediatorvertrag ergibt, steht nicht allein zu seiner Disposition.

Die fehlende Freiwilligkeit bei einer der Parteien stellt für den Mediator einen Grund bzw. eine Pflicht dar, die Mediation wegen der fehlenden Möglichkeit der eigenverantwortlichen Kommunikation aufseiten einer Partei im Sinne des § 2 Abs. 5 MedG zu beenden.¹¹⁸ Eigenverantwortlich meint in diesem Zusammenhang „selbstbestimmt“ bzw. „geschäftsfähig“, verlangt daher nur die Abwesenheit von gravierenden körperlichen oder psychischen Beeinträchtigungen, die dazu führen, dass eine oder beide Parteien faktisch oder rechtlich nicht frei für sich selbst und ihre eigenen Interessen sprechen können.¹¹⁹ Dies bedeutet dann jedoch auch, dass der Inhalt des Begriffs der Eigenverantwortlichkeit im Sinne des § 2 Abs. 5 MedG mit dem im Sinne des § 1 Abs. 1 MedG übereinstimmt,¹²⁰ auch wenn dort die Formulierung *freiwillig und eigenverantwortlich* gewählt wird. Aus diesem Grund wird formuliert, dass die Eigenverantwortlichkeit zusammen mit der Freiwilligkeit lediglich einen Grundsatz der Parteiautonomie bilden.¹²¹

¹¹⁰ Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 5 Rn. 6 spricht von einem von der Eigenverantwortlichkeit und Parteiautonomie der Konfliktparteien getragenen Verfahren.

¹¹¹ Handbuch Mediation/Hess, § 43 Rn. 35.

¹¹² Etwas anderes gilt für darin getroffene Abreden zum Honorar des Mediators.

¹¹³ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 196.

¹¹⁴ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 208 ff.

¹¹⁵ BT-Drs. 17/5335, S. 15.

¹¹⁶ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 197.

¹¹⁷ Zu den möglichen Gründen des Mediators vgl. HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 208 ff.

¹¹⁸ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 211.

¹¹⁹ Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 123.

¹²⁰ Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 123.

¹²¹ Von Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 123; vgl. auch BT-Drs. 17/5335, S. 14: „Das Erfordernis der Eigenverantwortlichkeit unterstreicht die Bedeutung der Autonomie der Parteien in der Mediation.“

An der notwendigen Freiwilligkeit fehlt es unter anderem dann, wenn zwischen den Parteien ein starkes Machtgefälle besteht,¹²² d. h., wenn eine der Parteien so stark ist, dass sie die Bedingungen der Verhandlungen diktieren kann.¹²³

Über die bisher genannten zwei Formen der Freiwilligkeit hinaus, die auch im MedG ihren Ausdruck gefunden haben, ist eine weitere Dimension der Freiwilligkeit zu nennen. Die Parteien können nicht nur kein Verfahren starten bzw. die Mediation abbrechen und infolgedessen ihren Konflikt ungelöst lassen. Ihnen ist es durch die Existenz des Mediationsverfahrens auch nicht genommen, Verhandlungen ohne die Beteiligung eines Mediators (fort-)zuführen und so ganz im Sinne der Grundannahme, dass die Verhandlung die Mutter aller Konfliktlösungen ist,¹²⁴ den Streit ohne die Beteiligung eines Mediators beizulegen. Es bedarf damit keines moderierenden Mediators, um einen Vertrag zu schließen. Dies ist eine dritte Dimension der Freiwilligkeit.

b) Neutralität und Unabhängigkeit

Zwei weitere Charakteristika der Mediation haben ihren Ausdruck ebenfalls bereits in § 1 MedG gefunden. In Absatz 2 der Vorschrift wird der Mediator als unabhängige und neutrale Person beschrieben. Beide Grundprinzipien werden zwar vom Gesetz in einem Atemzug genannt, setzen aber bei einem unterschiedlichen Punkt an. Während die Neutralität eher das Verhältnis des Mediators zum sowie im Verfahren beschreibt, liegt der Bezugspunkt der Unabhängigkeit im Verhältnis des Mediators zu den Parteien selbst.¹²⁵ Gerade weil die genaue Vorgehensweise des Mediators nicht gesetzlich festgelegt ist, wird diesen persönlichen Eigenschaften eine große Bedeutung beigemessen.¹²⁶

aa) Neutralität vs. Allparteilichkeit

Im Hinblick auf die verfahrensbezogene Verhaltenspflicht des Mediators wird zum Teil der Begriff der Neutralität durch den der Allparteilichkeit ersetzt.¹²⁷ Weil der Mediator den Gegenbeweis für die biblische Weisheit¹²⁸ erbringen solle, dass niemand Diener zweier Herren sein kann.¹²⁹ Oder, weil der Mediator im Verfahren eine Autorität darstelle, die auf ihrer Allparteilichkeit gegenüber den Konfliktparteien, der Fachkompetenz sowie Persönlichkeit und Charisma beruhe.¹³⁰

¹²² HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 211, Handbuch Mediation/Kracht, § 12 Rn. 100.

¹²³ Handbuch Mediation/Kracht, § 12 Rn. 100.

¹²⁴ Ponschab, ZKM 2014, 4.

¹²⁵ BT-Drs. 17/5335, S. 14; zustimmend Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 3; Beckmann, ZKM 2013, 51, 52.

¹²⁶ Unberath, ZKM 2011, 4, 6.

¹²⁷ Handbuch Mediation/Kracht, § 13 Rn. 24; HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 111.

¹²⁸ Gemeint ist: „Niemand kann zwei Herren dienen: Entweder er wird den einen hassen und den andern lieben, oder er wird an dem einen hängen und den andern verachten.“ Matthäus 6, Vers 24.

¹²⁹ Schreiber, obligatorische Beratung und Mediation, S. 97.

¹³⁰ Trenczek, ZKM 2016, 230; nach Tochtermann, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, S. 28 reflektiert der Begriff die besondere Verfahrensrolle des Mediators.

Der Begriff der Allparteilichkeit beschreibt ursprünglich eine (familien-)¹³¹ bzw. systemisch¹³² therapeutische Haltung dahingehend, dass der Therapeut für alle Beteiligten gleichermaßen Partei ergreift und sich mit allen Seiten innerhalb des Beziehungsgeflechts identifizieren kann.¹³³

In Bezug auf das Mediationsverfahren wird zum Teil angenommen, dass der Begriff der Allparteilichkeit daher über den Begriff der Neutralität hinausginge und diese deshalb nur Teil der Allparteilichkeit sei, weil der allparteiliche Mediator auch Partei ergreifen solle: nicht inhaltlich, aber für das Verfahren als solches.¹³⁴ Durch die Verwendung des Begriffs der Allparteilichkeit soll eine aktivere, beiden Seiten zugewandte Grundeinstellung des Mediators beschrieben werden, während mit der Nutzung des Begriffs der Neutralität der Eindruck kühler Distanziertheit¹³⁵ bzw. richterlicher emotionaler Abstinenz einherginge.¹³⁶ Letztlich soll der allparteiliche Mediator nach dieser Konzeption aktiver sein als der neutrale Mediator, der sich – vermeintlich – rein passiv verhält und sich weniger in den Mediationsprozess einbringt.¹³⁷

Im Ergebnis ist jedoch festzustellen, dass beide Begriffe dasselbe meinen: Die Anforderungen an das unparteiische Verhalten und an die Haltung des „neutralen“ bzw. „allparteilichen“ Mediators sind dieselben.¹³⁸ Allein aus der Bezeichnung als neutraler Mediator folgt auch nicht automatisch, dass dieser in seiner Verfahrensführung zurückhaltender und passiver agiert als ein allparteilicher Mediator. Dass der Begriff „Neutralität“ an dieser Stelle auch eine aktive Verfahrensführung beinhalten kann, ergibt sich aus der Funktion des Mediators und des Mediationsverfahrens¹³⁹ und insbesondere aus der zwischen den Parteien näher festgelegten Verfahrensform.

Es gibt daher keinen triftigen Grund, von der Bezeichnung, die auch der Gesetzgeber gewählt hat, abzuweichen und die verfahrensbezogene Neutralität nicht auch als solche zu benennen.¹⁴⁰

¹³¹ So *Beckmann*, ZKM 2013, 51; *Andreasson*, ZKM 2017, 99, 100.

¹³² So *Seehausen*, ZKM 2009, 110.

¹³³ *Beckmann*, ZKM 2013, 51; wegen der semantischen Schwachstelle des Wortes „allparteilich“ schlägt *Andreasson* den Begriff „multiperspektivisch“ vor, vgl. *Andreasson*, ZKM 2017, 99, 102.

¹³⁴ Vgl. die Darstellung bei *Beckmann*, ZKM 2013, 51, 52.

¹³⁵ Vgl. *Kaspar*, NJW 2015, 1642.

¹³⁶ Vgl. *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 38 unter Verweis auf *Mähler/Mähler*, in: *Haft/von Schlieffen*, Handbuch Mediation, § 19 Rn. 47.

¹³⁷ Vgl. *Beckmann*, ZKM 2013, 51, 52.

¹³⁸ *Beckmann*, ZKM 2013, 51, 53.

¹³⁹ *Beckmann*, ZKM 2013, 51, 53.

¹⁴⁰ So im Ergebnis auch *Pieksticker*, in: *Fritz/Pielsticker*, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 27.

bb) Neutralität

Die Neutralitätspflicht, die die Hauptquelle der Autorität des Mediators darstelle,¹⁴¹ wird regelmäßig bei der Aufzählung des Pflichtenkataloges des Mediators genannt¹⁴² bzw. zu dessen Grundlagen gezählt.¹⁴³ Von der Neutralität gehe eine wichtige Wirkung auf die Teilnehmer der Mediation aus.¹⁴⁴ Einerseits wird die hohe Bedeutung der Neutralität betont,¹⁴⁵ andererseits aber auch festgehalten, der Grundsatz sei so einfach wie aussageschwach¹⁴⁶ bzw. lediglich ein ideales Konstrukt, dessen Einhaltung kaum werde gelingen können.¹⁴⁷

Nach der Gesetzesbegründung¹⁴⁸ soll die Neutralität den Mediator vor allem zu einer unparteilichen Verhandlungsführung und zur Gleichbehandlung der Parteien verpflichten.¹⁴⁹ Das bedeute etwa, dafür zu sorgen, dass alle Informationen an sämtliche Parteien gleichermaßen weitergegeben werden und diese am Fachwissen der Mediatorinnen und Mediatoren in gleicher Weise teilhaben.¹⁵⁰

Beim Mediator hat die Neutralität – anders als beim Richter¹⁵¹ – keine statusrechtliche, sondern lediglich vertragsrechtliche Bedeutung.¹⁵² Die Neutralität hängt maßgeblich von der mit den Parteien geschlossenen Vereinbarung, d. h. dem Mediatorvertrag ab.¹⁵³ Eine fehlende Neutralität des Mediators äußert sich erst in den Entscheidungen, die der Mediator während des Mediationsverfahrens trifft.¹⁵⁴ Dabei ist

¹⁴¹ So auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/5335, S. 14 mit Verweis auf Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 10, *Breidenbach*, Mediation, S. 145; nach *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 37 handelt es sich bei der Wahrung der Neutralität um eine essentielle, fundamentale Pflicht des Mediators; vgl. auch *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 113; auch *Beckmann*, ZKM 2013, 51 betont die von der Neutralität ausgehende Wirkung auf die Teilnehmer der Mediation.

¹⁴² Neben Handbuch Mediation/*Prütting*, § 46 Rn. 43 von Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 76; *Tochtermann*, in: *Fischer/Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 113, 118; *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 80ff.; zu weiteren möglichen Pflichten des Mediators aus dem Mediationsvertrag vgl. *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 105ff.

¹⁴³ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 9.

¹⁴⁴ *Beckmann*, ZKM 2013, 51; HK-MedG/*Gläßer*, § 2 Rn. 113.

¹⁴⁵ *Pielsticker*, in: *Fritz/Pielsticker*, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 23 spricht von einem wesentlichen Grundprinzip der Mediation.

¹⁴⁶ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 15, mit Verweis auf *Breidenbach*, Mediation, S. 170.

¹⁴⁷ *Trenczek*, ZKM 2016, 230, 231.

¹⁴⁸ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

¹⁴⁹ Unparteilichkeit und Gleichbehandlung werden auch hervorgehoben von *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 38 unter Verweis auf *Mähler/Mähler*, in: *Haft/von Schlieffen*, Handbuch Mediation, § 19 Rn. 47; Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 52, der zudem die Vermeidung jeglicher persönlichen Voreingenommenheit nennt.

¹⁵⁰ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

¹⁵¹ Zur richterlichen Neutralität vgl. unten unter B.III.3.b.

¹⁵² *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 37.

¹⁵³ *Pielsticker*, in: *Fritz/Pielsticker*, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 23.

¹⁵⁴ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 19; a. A. wohl *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 Rn. 38, der von einer Beeinträchtigung der Neutralität schon ausgeht, wenn es zu Spannungen kommt, die beim Mediator gefühlsmäßige Reaktionen auslösen.

der Begriff der Entscheidung so weit zu fassen, dass auch eine Nicht-Entscheidung darunter fällt.¹⁵⁵ Die Wahrung der Neutralität besteht dann in der Einhaltung des Entscheidungsmaßstabs, den der Mediatorvertrag vorgibt bzw. vorgeben sollte.¹⁵⁶ Darüber hinaus verlangt die Neutralitätspflicht, dass der Mediator kein eigenes Interesse am Ergebnis der Mediation haben darf. Andernfalls läge der Verdacht nahe, dass er die Parteien in eine bestimmte Richtung lenkt, um das von ihm favorisierte Ergebnis zu erzielen.¹⁵⁷ Dem schon oben bei dem Begriff der Allparteilichkeit angesprochenen Umstand, dass die Mediation eine aktive(re) Rolle des Mediators voraussetzt, trägt die ergänzend zu nennende Regelung des § 2 Abs. 3 MedG Rechnung, derzufolge der Mediator allen Parteien gleichermaßen verpflichtet ist.¹⁵⁸ Dies bedeutet vor dem Hintergrund seiner zugewandten Rolle, dass er die Parteien gleichmäßig unterstützt.¹⁵⁹

cc) Unabhängigkeit

Zentrales Charakteristikum der Mediation ist darüber hinaus die personenbezogene¹⁶⁰ Unabhängigkeit, die § 1 Abs. 2 MedG bei der Definition des Moderators ebenfalls anspricht.¹⁶¹ Anders als die Neutralität, die im Wesentlichen von den Vereinbarungen der Parteien bestimmt wird, lässt sich die Unabhängigkeit objektiv bestimmen.¹⁶² Sie hat zwei Bezugspunkte: Der Mediator muss sowohl zu den Parteien als auch zum Gegenstand des Mediationsverfahrens eine persönliche Unabhängigkeit aufweisen.¹⁶³

An der Unabhängigkeit zu den Parteien fehlt es zunächst, wenn der Mediator eine personelle Nähebeziehung zu einer Partei, insbesondere in Form der Verwandtschaft¹⁶⁴ oder Freundschaft führt¹⁶⁵ oder – als anderes Extrem – mit einer Partei verfeindet ist. Eine finanzielle bzw. wirtschaftliche Abhängigkeit schließt, wie der Name schon sagt, eine Unabhängigkeit ebenfalls aus.¹⁶⁶ Der Mediator darf – zusammengefasst – nicht berufs- oder interessenmäßig im Lager einer Partei stehen.¹⁶⁷ Daran anknüpfend benennen § 3 Abs. 2 und 3 MedG konkrete Ausschlussgründe. Zum Teil wird auch eine Übernahme der richterlichen Ausschlussgründe erwogen.¹⁶⁸

¹⁵⁵ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 19.

¹⁵⁶ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 22ff.

¹⁵⁷ *Beckmann*, ZKM 2013, 51, 53.

¹⁵⁸ Hierauf weisen *Kaspar*, NJW 2015, 1642 und HK-MedG/*Hagel*, § 1 Rn. 23 hin.

¹⁵⁹ HK-MedG/*Gläser*, § 2 Rn. 113.

¹⁶⁰ BT-Drs. 17/5335, S. 14; siehe auch Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 25, 31.

¹⁶¹ Ausführlich zur Unabhängigkeit des Mediators vgl. auch *Tochtermann*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, S. 10ff.

¹⁶² *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 23.

¹⁶³ HK-MedG/*Hagel*, § 1 Rn. 22

¹⁶⁴ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 14.

¹⁶⁵ HK-MedG/*Hagel*, § 1 Rn. 22.

¹⁶⁶ HK-MedG/*Hagel*, § 1 Rn. 22.

¹⁶⁷ BT-Drs. 17/5335, S. 14.

¹⁶⁸ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 37.

Mit Blick auf den Mediationskontext ist im Rahmen dieser Untersuchung der Umstand bedeutsamer, dass es an einer Unabhängigkeit des Mediators auch dann fehlt, wenn dieser nicht weisungsfrei handeln kann.¹⁶⁹ Eine Weisungsabhängigkeit kann sich dabei aus den verschiedensten Gründen ergeben;¹⁷⁰ auch der Mediatorvertrag kann zu einem Weisungsrecht der Parteien gegenüber dem Mediator führen. Hierbei ist, im Hinblick auf die Frage, ob dadurch die Unabhängigkeit des Mediators beeinträchtigt ist, zwischen zwei Konstellationen zu trennen. Kommt nur einer¹⁷¹ Partei ein Weisungsrecht zu, so liegt darin eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Mediators. Demgegenüber ist die Unabhängigkeit, die ihren Bezugspunkt ja gerade bei den Parteien hat, nicht beeinträchtigt, wenn das Weisungsrecht den Parteien nur gemeinsam zusteht. Können diese das Direktionsrecht einzig gemeinsam ausüben, ist die Unabhängigkeit des Mediators nicht gefährdet, weil genau genommen ja nicht die Unabhängigkeit des Mediators an sich erreicht, sondern nur verhindert werden soll, dass der Mediator einer Partei näher steht als der anderen.

Daher ist Ausgangspunkt der Forderung einer Unabhängigkeit des Mediators die Überlegung, dass die Parteien darauf vertrauen sollen, dass der Mediator die Verhandlungen frei von Bindungen sowohl gegenüber einer Partei als auch dem Verhandlungsgegenstand zu einem Ergebnis führt.¹⁷² Der Mediator darf kein eigenes Interesse an einem bestimmten Konfliktausgang haben.¹⁷³

Neben der persönlichen Unabhängigkeit von den Parteien darf der Mediator auch keine zu starken Bindungen in Bezug auf die Verfahrensgegenstände der Mediation aufweisen.¹⁷⁴ Der Gesetzgeber nennt hier als Beispiel den Fall, dass der Mediator das Grundstück, über dessen Verwertung die Parteien streiten, für sich selbst erwerben möchte.¹⁷⁵

Auch ein anderweitig gelagertes Interesse am Ausgang der Mediation soll die Unabhängigkeit des Mediators beeinträchtigen. Dies soll nach *Greger* etwa dann gelten, wenn der Mediator unter psychischen Erfolgsdruck im Hinblick auf den Abschluss einer Vereinbarung stehe.¹⁷⁶ Bedenklich sei daher, wenn der Mediator im Dienst einer Institution¹⁷⁷ stehe, die von ihm eine bestimmte Einigungsquote erwartet oder Einigungen besonders honoriert. Gleiches gelte für die Vereinbarung eines Erfolgshonorars. Die Tätigkeit des Mediators müsse ergebnisneutral sein; ob und wie die Parteien sich einigen wollen, müsse ihnen überlassen bleiben. Jeder Druck auf die Beteiligten, der über ein Aufzeigen der Einigungsalternative hinausgehe, sei mit dem

¹⁶⁹ *Meyer/Schweitzer*, NZA 2013, 546; *Handbuch Mediation/Hess*, § 43 Rn. 51.

¹⁷⁰ Vgl. die Übersicht bei *HK-MedG/Hagel*, § 1 Rn. 22.

¹⁷¹ Bzw., im Falle von mehr als zwei Teilnehmern, nicht allen.

¹⁷² *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, § 3 MedG Rn. 9.

¹⁷³ *Trenczek*, ZKM 2016, 230, 231.

¹⁷⁴ BT-Drs. 17/5335, S. 14; so auch *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, § 3 MedG Rn. 19.

¹⁷⁵ BT-Drs. 17/5335, S. 14; dieses Beispiel nennt auch *HK-MedG/Hagel*, § 1 Rn. 22.

¹⁷⁶ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, § 3 MedG Rn. 20.

¹⁷⁷ Zu denken wäre etwa an eine (Rechtsschutz-)Versicherung.

Wesen der Mediation nicht zu vereinbaren.¹⁷⁸ Zur Vereinbarung eines Erfolgshonors merkt *Unberath* an, dass dieses den Mediator dazu verleiten könne, die Parteien auch in einer unangemessenen Situation zum Vergleichsschluss zu verleiten. Es empfehle sich daher nicht.¹⁷⁹

dd) Realisierung von Neutralität und Unabhängigkeit

Neben der Kenntnis um die Forderung nach Neutralität und Unabhängigkeit ist deren Realisierung von Interesse. Auch hier zeigt sich der zentrale Aspekt der Mediation: die autonome Entscheidung der Parteien. Die Regelungen zur Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators unterscheiden sich auch in der Realisierung des Schutzes von den für Richter, Schiedsrichter und gerichtliche Sachverständige geltenden Vorschriften.¹⁸⁰

Das MedG konstruiert zum Schutz von Neutralität und Unabhängigkeit eine dreistufige Vorgehensweise.

Liegt im Hinblick auf die Neutralität bzw. die Unabhängigkeit ein Defizit vor, so verlangt das MedG vom Mediator zunächst, dass er diese Umstände den Parteien offenbart, vgl. § 3 Abs. 1 MedG. Es ist dann, wie sich aus § 3 Abs. 1 Satz 2 MedG ergibt, der Einschätzung durch die Parteien überlassen, ob diese die Mediation trotzdem durchführen wollen.¹⁸¹ Bis zu deren Entscheidung trifft den Mediator ein Tätigkeitsverbot. Dieses Verbot unterliegt jedoch der Disposition der Parteien, d. h. der Mediator darf trotz Vorliegens solcher Umstände dann tätig werden, wenn beide Parteien zustimmen.¹⁸² Hier zeigt sich, dass die Unabhängigkeit und Neutralität insofern keine konstitutiven Merkmale der Mediation sind,¹⁸³ weil die Parteien – aber nur gemeinsam – darauf verzichten können. Denn die Mediation wird von deren Privatautonomie getragen. Darüber hinaus kann der Mediator – auch für ihn gilt die Vertragsfreiheit im Hinblick auf den Mediatorvertrag – von sich aus eine Mediation ablehnen.¹⁸⁴ Insbesondere befreit die Zustimmung der Parteien den Mediator nicht von der eingehenden Prüfung, ob er den Anforderungen an seine Rolle, auch und besonders im Hinblick auf Unabhängigkeit und Neutralität, gerecht werden kann.¹⁸⁵

¹⁷⁸ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 20.

¹⁷⁹ *Unberath*, ZKM 2011, 4, 5.

¹⁸⁰ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 4.

¹⁸¹ Greger, in: Greger/Unberath, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 28.

¹⁸² HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 18.

¹⁸³ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MedG Rn. 54.

¹⁸⁴ Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 3 MedG Rn. 4.

¹⁸⁵ HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 21 unter Hinweis auf Nr. 2.1 des europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren, der folgenden Wortlaut hat: „Der Mediator darf seine Tätigkeit nicht wahrnehmen, bzw. wenn er sie bereits aufgenommen hat, nicht fortsetzen, bevor er nicht alle Umstände, die seine Unabhängigkeit beeinträchtigen oder zu Interessenkonflikten führen könnten, offengelegt hat. Die Offenlegungspflicht besteht im Mediationsprozess zu jeder Zeit. Solche Umstände sind eine persönliche oder geschäftliche Beziehung zu einer Partei, ein finanzielles oder sonstiges

Die in § 3 Abs. 1 MedG enthaltene allgemeine Vorschrift wird durch die besonderen Tätigkeitsverbote in § 3 Abs. 2 bis 4 MedG ergänzt. Diese beziehen sich auf Fallgestaltungen, die dem Gesetzgeber besonders geeignet erscheinen, die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators zu beeinträchtigen. Der Gesetzgeber hat hierbei ausdrücklich den Zweck verfolgt, das für die Anwaltschaft geltende Verbot der widerstreitenden Interessen auf andere Grundberufe auszudehnen.¹⁸⁶

§ 3 Abs. 2 MedG enthält dabei – im Gegensatz zu den übrigen Regelungen der Vorschrift – ein absolutes Tätigkeitsverbot, das die Parteien auch nicht durch eine gemeinsame Verabredung beseitigen können; ihre Parteiautonomie wird insoweit eingeschränkt.¹⁸⁷ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Unabhängigkeit und Neutralität in besonderem Maße gefährdet sind, wenn der Mediator vor, während oder nach der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig wird.¹⁸⁸ Das Verbot bezieht sich sowohl auf seine Tätigkeit als Mediator als auch auf eine Interessenvertretung, die der Mediator in seinem Grundberuf, d. h. etwa als Rechtsanwalt,¹⁸⁹ vorgenommen hat. Parteivertretung und Mediation in einer Person in derselben Sache schließen sich gegenseitig zwingend aus.¹⁹⁰ Dass die Vorschrift des § 3 Abs. 2 MedG als Grundberuf wohl vor allem die anwaltliche Tätigkeit vor Augen hatte, zeigt sich auch daran, dass durch § 3 Abs. 3 MedG die Tätigkeitsverbote des § 3 Abs. 2 MedG in Anlehnung an die §§ 45 Abs. 3 BRAO, 3 Abs. 2 BORA auf berufliche Kooperationen in Form von Berufsausübungs- und Bürogemeinschaften erstreckt werden. Im Unterschied zu § 3 Abs. 2 MedG sind diese Tätigkeitsverbote jedoch dispositiv.¹⁹¹

Im Hinblick auf eine fehlende Unabhängigkeit, z. B. infolge eines bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses des Mediators zu einer Partei, kann der Mediator – je nach Lage des Falles – durchaus noch mit der Zustimmung der Parteien rechnen.

In Bezug zur Neutralität stellt sich die Systematik des MedG allerdings als unzureichend dar, da der Mediator erstens schon von sich aus nicht wird (weiter-) arbeiten wollen, wenn er selbst Zweifel an seiner Neutralität hat. Zweitens wird er abgesehen davon auch nicht damit rechnen können, dass die Parteien ihn trotz der evtl. fehlenden Fähigkeit, das Verfahren angemessen und fair¹⁹² gegenüber beiden Parteien zu führen, mit der Mediationsaufgabe betrauen wollen.

direktes Interesse am Ergebnis der Mediation oder eine anderweitige Tätigkeit des Mediators oder eines Mitarbeiters seiner Firma für eine der Parteien. In solchen Fällen darf der Mediator die Mediationstätigkeit nur wahrnehmen bzw. fortsetzen, wenn er sicher ist, dass er die Aufgabe vollkommen unabhängig und objektiv durchführen kann, sodass die vollkommene Unparteilichkeit gewährleistet ist und wenn die Parteien ausdrücklich zustimmen.“ Wiedergegeben bei *Beckmann*, ZKM 2013, 51, 53.

¹⁸⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 17, siehe auch HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 22.

¹⁸⁷ Dies ist laut HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 24 und *Wagner*, ZKM 2012, 110, 112 sachgerecht.

¹⁸⁸ HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 23.

¹⁸⁹ Auch *Kaspar*, NJW 2015, 1642 wählt dieses Beispiel.

¹⁹⁰ HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 23.

¹⁹¹ HK-MedG/*Goltermann*, § 3 Rn. 30.

¹⁹² So die Wortwahl in § 2 Abs. 3 MedG.

c) Vertraulichkeit

Die Vertraulichkeit ist ein weiteres Charakteristikum der Mediation. Basis für die Forderung nach einem vertraulichen Mediationsverfahren ist die Überlegung, dass fruchtbares Verhandeln zur Konfliktlösung nur gedeihen kann, wenn sich daran keine negativen Konsequenzen knüpfen.¹⁹³ Die Vertraulichkeit der Verhandlungen gilt daher als eine der zentralen Voraussetzungen für den Erfolg der Mediation¹⁹⁴ bzw. wird als wesentlicher Vorteil gegenüber einem gerichtlichen Verfahren angesehen.¹⁹⁵

Vertraulichkeit bedeutet dabei zunächst, dass die Mediation unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet.¹⁹⁶ Die Parteien können zwar etwas anderes vereinbaren, „werden und sollten dies aber nicht tun.“¹⁹⁷

In einem weiteren Sinne wird unter dem Aspekt der Vertraulichkeit auch die Erwartung verstanden, dass alle Beteiligten außerhalb des Mediationsverfahrens Stillschweigen über dessen Inhalte bewahren und im Falle des Scheiterns gegenüber der Öffentlichkeit, aber auch in einem nachfolgenden Gerichts- oder Schiedsverfahren auf die Einführung von Informationen aus der Mediation verzichten.¹⁹⁸ Dies gelte besonders für die Tatsachen, die nicht die Partei selbst in das Verfahren eingebracht hat, sondern die das Verhalten der Gegenpartei und des Mediators betreffen.¹⁹⁹ Gerade die Aussicht, dass der Mediator im Streitfall als Zeuge auftreten und in einer für die Position einer Partei nachteiligen Weise aussagen könnte, untergrabe die Rolle des Mediators als vertrauenswürdige und neutrale Mittelsperson.²⁰⁰ Mediationsverfahren, die unter dem Damoklesschwert einer nachträglichen Aufklärung des Gerichts über Inhalt und Ablauf stehen, hätten daher wenig Aussicht auf einen gütlichen Abschluss,²⁰¹ denn: Der Umstand, dass Tatsachen aus einem Mediationsverfahren im Fall des Scheiterns möglicherweise dann dem mit dem Fall befassten Gericht oder Schiedsgericht zur Kenntnis gebracht werden, wirft seine Schatten voraus.²⁰²

¹⁹³ Hager, Konflikt und Konsens, S. 117.

¹⁹⁴ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 89; ders., ZKM 2011, 164; Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 37 spricht von einem wesentlichen Pfeiler; Eckstein benennt den möglichen Bruch der Vertraulichkeit als Argument, die Mediation nicht als Verfahren zu wählen; Eckstein, JuS 2014, 698, 701; Schekahn, JR 2013, 53, 56 spricht von einem ganz entscheidenden, wenn nicht dem entscheidenden Aspekt der Mediation.

¹⁹⁵ MünchKommFamFG/Ulrici, § 4 MedG Rn. 1.

¹⁹⁶ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 89; Cremer, Die Vertraulichkeit der Mediation, S. 28; Wagner, ZKM 2011, 164; HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 2.

¹⁹⁷ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 89.

¹⁹⁸ Handbuch Mediation/Hartmann, § 44 Rn. 4 ff.; Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 89.

¹⁹⁹ Zwischen diesen Tatsachenkategorien trennt Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 90.

²⁰⁰ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 91.

²⁰¹ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 92.

²⁰² Wagner, ZKM 2011, 164; Oldenbruch, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren, S. 183, nennt die Vertraulichkeit aus sehr ähnlichen Erwägungen sogar eines der wichtigsten Grundprinzipien der Mediation.

d) Realisierung der Vertraulichkeit

Die Vertraulichkeit im weiteren Sinne, d.h. der Schutz vor Weitergabe von Informationen aus dem Mediationsverfahren durch die Beteiligten, wird auf zwei Wegen geschützt. Das MedG selbst widmet sich in seinem § 4 dem Thema der Vertraulichkeit und regelt dort eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht des Mediators und der von ihm in das Mediationsverfahren eingebundenen Personen, also der Hilfspersonen des Mediators, etwa dessen Bürokräfte.²⁰³

Beim Schutz der Vertraulichkeit ist der deutsche Gesetzgeber einen Schritt über die in Art. 7 Abs. 1 der Mediationsrichtlinie enthaltenen europäischen Vorgaben hinausgegangen, die lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators fordern.²⁰⁴ § 4 MedG enthält demgegenüber eine Verschwiegenheitspflicht des Mediators.²⁰⁵ Die Vorschrift stellt, wie vom Gesetzgeber vorgesehen,²⁰⁶ eine gesetzliche Regelung im Sinne des § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO dar.²⁰⁷ Mit der Folge, dass dem Mediator im Zivilprozess und in allen Prozessen, deren Verfahrensordnungen auf die ZPO verweisen, ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt.²⁰⁸ Hierzu gehören das ArbGG in § 46 Abs. 2, das FamFG in § 29 Abs. 2 und die VwGO in § 98.²⁰⁹ Es existiert damit jedoch lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht, keine Pflicht; der Mediator ist prozessrechtlich nicht daran gehindert, trotzdem auszusagen.²¹⁰

Kein Zeugnisverweigerungsrecht besteht für den Strafprozess, da § 53 StPO nicht auf die ZPO verweist, sondern an klar definierte Berufsbilder anknüpft, zu denen der Mediator nicht zählt.²¹¹

Neben dieser Lücke im Rahmen der Vertraulichkeit, die besonders bei der Moderation im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs²¹² virulent wird, weist die Vorschrift des § 4 MedG eine noch größere Lücke im Rahmen der Realisierung der Vertraulichkeit auf. Denn die Regelung nennt als Normadressaten lediglich den Mediator, nicht aber die Mediationsteilnehmer.²¹³ § 4 MedG hindert die Parteien nicht daran, schriftliche Unterlagen wie z.B. Einigungsvorschläge der Gegenseite oder des Mediators im Fall des Scheiterns in den späteren Rechtsstreit einzuführen.²¹⁴ Für den Anreiz, konstruktiv an einem Mediationsverfahren teilzunehmen, ist diese Aussicht mindes-

²⁰³ HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 20.

²⁰⁴ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 95; HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 5.

²⁰⁵ Wagner, ZKM 2011, 164, 165; HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 5.

²⁰⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 11.

²⁰⁷ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 94; MünchKommFamFG/Ulrici, § 4 MedG Rn. 1; HK-ZPO/Eichele, § 383 Rn. 11.

²⁰⁸ HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 9.

²⁰⁹ HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 9.

²¹⁰ Dies kritisiert Thole, ZJP 127 (2014), 339, 363.

²¹¹ HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 12.

²¹² Dazu siehe dann unten unter D.I.2.

²¹³ VG Minden v. 17.02.2017 – 2 K 608/15, BeckRS 2017, 102924; dies kritisiert Thole, ZJP 127 (2014), 339, 363.

²¹⁴ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 99.

tens so schädlich, wie es ein fehlendes Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators gewesen wäre.²¹⁵

Um die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens umfangreich(er) zu realisieren, wird den Parteien – auch vom Gesetzgeber²¹⁶ – empfohlen, in die Mediationsvereinbarung eine Regelung²¹⁷ dahingehend aufzunehmen, dass Tatsachen und Dokumente im Falle des Scheiterns eines Mediationsverfahrens nicht in einen späteren Rechtsstreit eingeführt werden dürfen.²¹⁸ Dass ein solcher vertraglicher Beweismittelverzicht zulässig ist, lässt sich im Wege eines Erst-Recht-Schlusses aus dem Umstand begründen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sogar Klageverzichtsverträge zulässig sind²¹⁹ und auch im deutschen Recht Vereinbarungen zur Vertraulichkeit, d. h. sogenannte Beweismittelverträge, grundsätzlich anerkannt werden.²²⁰

Nicht nur der Abschluss einer solchen Vereinbarung wird empfohlen, sondern auch, die getroffene Verschwiegenheitsverpflichtung mit einer Vertragsstrafe abzusichern, die in ihrer Höhe dem durch den Bruch der Vereinbarung evtl. drohenden Schaden entspricht.²²¹

3. Haftung

Der drohende Schaden leitet über zu den Fragen der Haftung des Mediators.

a) Haftungsgrund

„Man mag bei Mediatoren noch diskutieren, wofür sie überhaupt haften können, wenn sie doch ‚nur‘ Gespräche strukturieren.“²²²

Mit Blick auf das MedG ist dabei zunächst festzuhalten, dass die Haftung des Mediators vom Gesetzgeber nicht explizit geregelt worden ist und auch an anderer Stelle keine spezielle Anspruchsgrundlage für die Haftung des Mediators existiert.²²³ Die Schadensersatzpflicht kann sich daher nur aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen erge-

²¹⁵ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 99.

²¹⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 17.

²¹⁷ Thole, ZZP 127 (2014), 339, 363; eine Musterformulierung findet sich bei Wagner ZKM 2011, 164.

²¹⁸ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 102; HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 22.

²¹⁹ Wagner, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 102 mit Verweis auf BGH v. 21.12.2005 – VIII ZR 108/04, NJW-RR 2006, 632, 635.

²²⁰ Hierauf weist zu Recht hin: Hager, Konflikt und Konsens, S. 118 mit Verweis auf Wagner, Prozessverträge, S. 683, 687, Fn. 384;

²²¹ Friedrich, MDR 2004, 481, 485; HK-MedG/Goltermann, § 4 Rn. 26.

²²² Hartung, Anm. zu BGH v. 21.09.2017 – IX ZR 34/17, NJW 2017, 3442, 3444; für die USA wurde diese Aussage empirisch verifiziert, ein Ergebnis der dortigen Untersuchung: „As other authors have observed, the chance of a mediator being successfully sued is remote.“, vgl. Coben/Thompson, Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation, 11 Harv. Negot. L. Rev. 43 (2006) S. 95.

²²³ Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 16.

ben.²²⁴ Unwahrscheinlich erscheint dabei eine deliktische Haftung des Mediators, weil diese eine Verletzung absoluter Rechtsgüter voraussetzt.²²⁵

Damit kommt § 280 BGB als Vorschrift für die Haftung des Mediators eine zentrale Rolle zu. Damit einher geht eine wichtige Feststellung: Mediatorhaftung ist die vertragliche Haftung für Pflichtverletzungen.²²⁶

Zwei Punkte sind dabei hervorzuheben. Erstens: Die vertragliche Grundlage für die Haftung bildet nicht die Abschlussvereinbarung oder die Mediationsvereinbarung, sondern der Mediatorvertrag, den der Mediator mit den Parteien schließt.²²⁷

Zweitens muss dann eben eine Pflicht dieses Mediatorvertrags – schuldhaft²²⁸ – verletzt worden sein, um den Tatbestand des § 280 Abs. 1 BGB zu realisieren.

Welche Pflichten den Mediator treffen und ob er diese verletzt hat, dürfte regelmäßig nur schwer festzustellen sein. Das mag noch nicht zu sehr für die Verletzung von Informations- oder Verschwiegenheitspflichten gelten, sofern diese im Mediatorvertrag vereinbart worden sind,²²⁹ oder für den Fall, in dem der Mediator das Recht falsch anwendet. Macht er, weil dies etwa mit den Parteien ausnahmsweise so vereinbart ist, den Medianden einen Vorschlag, bei dem er die rechtliche Lage falsch darstellt, verstößt er gegen eine vertragliche Pflicht.²³⁰ Hier kommt bei einer Verletzung ggf. eine Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht.²³¹

Sehr viel schwieriger wird die Beurteilung bei der Frage, ob der Mediator seine Hauptleistungspflichten im Sinne des § 241 Abs. 1 BGB verletzt hat. Hauptleistungspflicht des Mediators ist zunächst die Durchführung des Mediationsverfahrens *de lege artis*.²³² Diesbezüglich nimmt das MedG zwar Konkretisierungen vor. Diese helfen jedoch letztlich nicht weiter, da es am Ende auf die Abmachungen im Mediatorvertrag ankommt. Diesbezüglich dann einen Verstoß festzustellen, ist schwierig. Die oben angesprochene Methodenvielfalt, auf die der Mediator bei seiner Moderation zurückgreifen kann, findet hier ihre Kehrseite.²³³

Das MedG äußert sich in § 2 Abs. 3 Satz 2 zur Leistung des Mediators, dort heißt es:

„Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind.“

²²⁴ Handbuch Mediation/*Prütting*, § 46 Rn. 16; Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 38.

²²⁵ Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 38.

²²⁶ *Jost*, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 123, 134; Handbuch Mediation/*Prütting*, § 46 Rn. 18; *Tochtermann*, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 113, 118; *Brieske*, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 49; *Gläßer*, ZKM 2018, 81.

²²⁷ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 124; BGH v. 21.09.2017 – IX ZR 34/17, NJW 2017, 3442, 3443, dazu siehe auch *Riehm*, ZKM 2019, 120ff.

²²⁸ Im Sinne des Vertretenmüssens des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. *Staudinger/Schwarze*, BGB, § 280 Rn. D 6.

²²⁹ Auch die Vertraulichkeit ist dispositiv, vgl. *Tochtermann*, in Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 113, 118.

²³⁰ *Loritz*, FS Stürner, 327, 329.

²³¹ *Jost*, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 29 Rn. 5.

²³² *Gläßer*, ZKM 2018, 81, 82.

²³³ Vgl. insoweit auch *Unberath*, ZKM 2011, 4; *Gläßer*, ZKM 2018, 81, 82.

Die unterschiedlichen Möglichkeiten der Kommunikationsförderung sind bereits angesprochen worden. Auch durch die Ergänzung um die Gewährleistungen im zweiten Halbsatz der wiedergegebenen Vorschrift, die der Mediator zu besorgen hat, wird dessen Aufgabenbeschreibung nicht konkreter. Der Mediator soll den Parteien dabei die Überwachung der vereinbarten Verfahrensregeln schulden.²³⁴ Darüber hinaus soll der Mediator möglichst zielführend auf die Parteien einwirken und nach bestem Wissen und Gewissen alles in seiner Macht stehende tun, um die gesetzten Ziele der Angemessenheit und Fairness zu erreichen.²³⁵

Ob aber der Mediator dieser Pflicht ausreichend nachkommt oder sie im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB verletzt, ist regelmäßig nur schwer festzustellen, da die exakten Beschreibungen dessen, was vom Mediator verlangt werden kann, fehlen.²³⁶ Die Flexibilität im Rahmen der Konfliktvermittlung stellt gerade ein Charakteristikum sowie einen Vorteil des Mediationsverfahrens dar, der sich aber als Nachteil erweist, wenn es um die Frage der Festsetzung der genauen Leistungspflichten des Mediators geht. Es gibt innerhalb des Mediationsverfahrens keine festen Normen oder abstrakten Oberbegriffe, aus denen man das richtige Tun in der einzelnen Situation genau bestimmen könnte.²³⁷ Eine Pflichtverletzung des Mediators ist daher nur schwer festzustellen²³⁸ bzw. zu beweisen²³⁹, besonders dann, wenn sie sich auf den Kern der Mediatorleistung, d. h. die Kommunikationsförderung bezieht und nicht in einer – ggf. noch etwas leichter festzustellenden – Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht besteht.²⁴⁰ Für das Vorliegen von Pflichtverletzungen gibt es (noch) keine allgemeingültigen Regeln.²⁴¹

Doch selbst wenn die Pflichtverletzung nachgewiesen werden sollte, müssten die Parteien dann noch darlegen, dass sie sich bei ordnungsgemäßigem Verhalten des Mediators anders verhalten hätten²⁴² und insbesondere der Abschluss eines Vergleichs zur Streitbeilegung allein aufgrund des Verhaltens des Mediators gescheitert ist.²⁴³

Ließe sich die Pflichtverletzung feststellen, ginge damit keinesfalls automatisch eine Haftung einher, denn die Feststellung eines kausalen Schadens ist nicht minder schwierig.

²³⁴ Pielsticker, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, § 2 Rn. 90.

²³⁵ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 136.

²³⁶ Hager, Konflikt und Konsens, S. 125, der (S. 124) darauf hinweist, dass selbst in einem prozessfreundigen Land wie den USA nur wenige Fälle der Mediatorhaftung existieren würden.

²³⁷ Handbuch Mediation/Kracht, § 12 Rn. 2.

²³⁸ Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 43.

²³⁹ Gläßer, ZKM 2018, 81, 83.

²⁴⁰ Vgl. auch Brieske, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 33.

²⁴¹ Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 48 mit Verweis auf Brieske, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis § 9 Rn. 31 f.

²⁴² Handbuch Mediation/Prütting, § 46 Rn. 48 mit Verweis auf Brieske, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis § 9 Rn. 31 f.

²⁴³ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Brieske, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 32.

b) Schaden

Die Feststellung eines ersatzfähigen Schadens wird regelmäßig auch bei einer erwiesenen Pflichtverletzung durch den Mediator erhebliche Schwierigkeiten bereiten.²⁴⁴

Dabei ist Ausgangspunkt der Überlegungen, dass für den Fall, in dem der Mediator seine (Kern-) Pflichten zurechenbar durch Schlechtleistung verletzt, er im Sinne der Differenzhypothese verpflichtet ist, die Parteien so zu stellen, wie sie ohne seine Pflichtverletzung stünden.²⁴⁵ An dieser Stelle kommt abermals ein Charakteristikum der Mediation zum Tragen, das einen Vorteil der Mediation an sich darstellt, aber der Feststellung eines Schadens im Wege steht. Die durch die Mediation gewollt betonte Autonomie der Parteien unterbricht den notwendigen Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Denn trotz der Pflichtverletzung des Mediators liegt der Abschluss des Vergleichs nach wie vor in den Händen der Parteien.²⁴⁶ Den Wert eines hypothetischen Vergleichs, worin auch immer dieser konkret bestehen könnte, wird man in der Regel nicht als kausalen Schaden ansetzen können. Denn bei pflichtgemäßer Leistung des Mediators schuldet dieser ebenfalls – wie dargestellt – keinen Erfolg im Sinne einer konkreten Einigung.²⁴⁷

Selbst wenn der Konflikt später durch Richterspruch statt Mediation gelöst wird, erscheint einem die Annahme eines Schadens nicht ohne Weiteres möglich, wie *Jost* mit Blick auf die Folgen einer abgebrochenen Mediation anspricht: Wird eine Mediation wegen des regelwidrigen Verhaltens des Mediators abgebrochen, so gewährt der stattdessen geführte Prozess möglicherweise in vollem Umfang Recht und die Parteien bekommen das, was ihnen zusteht.²⁴⁸ Dann fehlt es jedoch am Schaden.

Unberath erkennt in der fehlenden Justiziabilität der Mediatorpflichten eine weitgreifende Problematik, weil so auch die Rechte der Parteien in Gefahr gerieten.²⁴⁹

4. Der moderierte Vertrag in der Mediation

Der moderierte Vertrag im Rahmen der Mediation ist nicht der soeben im Rahmen der Haftungsfragen häufiger angesprochene Mediatorvertrag, sondern die Abschlussvereinbarung, die zwischen den Parteien (ganz) zum Schluss eines erfolgreichen²⁵⁰ Mediationsverfahrens getroffen wird. Die Abschlussvereinbarung stellt die zeitlich letzte Übereinkunft der Mediationsteilnehmer dar. Der Gesetzgeber unterscheidet diesbezüglich in § 2 Abs. 6 MedG zwischen drei verschiedenen Begriffen. Als Einigung wird der Zustand bezeichnet, in dem die Parteien eine Lösung für ih-

²⁴⁴ *Gläßer*, ZKM 2018, 81, 83, vgl. auch auch *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 215.

²⁴⁵ Vgl. *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 98.

²⁴⁶ *Unberath*, ZKM 2011, 4, 7.

²⁴⁷ *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 56; *Brieske*, in: *Henssler/Koch*, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 32.

²⁴⁸ *Jost*, in: *Fischer/Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 123, 126.

²⁴⁹ *Unberath*, ZKM 2011, 4.

²⁵⁰ So die Einschätzung von *Unberath*, in: *Fischer/Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 47, 52; *Handbuch Mediation/Hess*, § 43 Rn. 8, 20.

ren Konflikt gefunden haben. Vereinbarung meint dann die bindende Regelung der Punkte, über die eine Einigung erzielt wurde. Als Abschlussvereinbarung wird schließlich deren schriftliche Fixierung verstanden.²⁵¹ Allerdings existiert im Hinblick auf den Abschluss der Mediation kein konstitutives Schriftformgebot.²⁵² Sowohl bei der Einigung und der Vereinbarung als auch bei der Abschlussvereinbarung handelt es sich um einen Vertrag,²⁵³ in dem zwischen den Teilnehmern der Mediation festgehalten wird, wie der Konflikt beendet wurde und wie die Parteien in Zukunft miteinander umgehen werden.²⁵⁴ Parteien der Abschlussvereinbarung sind regelmäßig nur die Medianden.²⁵⁵ Diese Abschlussvereinbarung wird regelmäßig als Vergleich im Sinne des § 779 BGB eingeordnet,²⁵⁶ der – aufgrund der vom Mediationsverfahren beabsichtigten Stärkung der Autonomie der Parteien – uneingeschränkt der staatlichen Kontrolle im Hinblick auf die Zurechenbarkeit des darin erklärten Willens unterworfen sei.²⁵⁷ Der Mediationsvergleich unterliege den allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit,²⁵⁸ was dann eben auch bedeutet, dass die Gestaltungsfreiheit durch deren allgemeine Grenzen, wie den Nichtigkeits-, Anfechtbarkeits- und Vertragsaufhebungsgründen eine Begrenzung erfährt.²⁵⁹

5. Mediator und moderierter Vertrag

Ist die Abschlussvereinbarung also ein zivilrechtlicher Vertrag wie jeder andere? Dieser Schluss liegt zunächst nahe, zumal der Mediator nicht einmal Vertragspartei wird, sofern er nicht – ausnahmsweise – im Rahmen der Abschlussvereinbarung etwa mit der Umsetzung oder Überwachung der darin festgehaltenen Ergebnisse betraut wird. Legt man weiterhin eine bilaterale Konfliktsituation zugrunde, so handelt es sich bei der durch die Parteien geschlossenen Abschlussvereinbarung um einen zweiseitigen Vertrag, auf den die Vorschriften des BGB, insbesondere die §§ 145 ff. BGB ebenso wie die §§ 104 ff. BGB auf die für den Vertragsschluss notwendigen Willenserklärungen der Parteien Anwendung finden.

Durch die bisherigen Ausführungen ist deutlich geworden, dass die Abschlussvereinbarung im Hinblick auf ihr Zustandekommen eine Besonderheit aufweist: Ohne später Vertragspartei zu werden, nimmt der Mediator auf die Vereinbarung durch Beseitigung von Einigungshindernissen in aller Regel entscheidenden Einfluss.²⁶⁰

²⁵¹ Zu den verschiedenen Bezeichnungen HK-MedG/*Gläßer*, § 2 Rn. 244.

²⁵² HK-MedG/*Gläßer*, § 2 Rn. 302.

²⁵³ Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 1.

²⁵⁴ Handbuch Mediation/*Kracht*, § 12 Rn. 81; zu möglichen Inhalten siehe auch die Übersicht bei HK-MedG/*Gläßer*, § 2 Rn. 247 ff.

²⁵⁵ So *Unberath*, in: Fischer/*Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 47, 52; HK-MedG/*Gläßer*, § 2 Rn. 251.

²⁵⁶ Etwa von Handbuch Mediation/*Hess*, § 43 Rn. 58; *Unberath*, ZKM 2011, 4; *Ganner*, ÖJZ 2003, 710, 712.

²⁵⁷ *Unberath*, ZKM 2011, 4.

²⁵⁸ So *Unberath*, ZKM 2011, 4, 5.

²⁵⁹ *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 122.

²⁶⁰ So auch *Unberath*, in: Fischer/*Unberath*, Das neue Mediationsgesetz, S. 47, 52.

Dass der Tätigkeit des Mediators für die Abschlussvereinbarung eine Bedeutung zukommt, findet im MedG seinen Ausdruck, dort heißt es in § 2 Abs. 6:

„Der Mediator wirkt im Falle einer Einigung darauf hin, dass die Parteien die Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen. Er hat die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen. Mit Zustimmung der Parteien kann die erzielte Einigung in einer Abschlussvereinbarung dokumentiert werden.“

Der Mediator soll – dies ist aus der Verwendung des Verbes „hinwirken“ zu schließen – dazu verpflichtet sein, proaktiv die notwendige Kenntnis und das erforderliche Verständnis der Parteien herzustellen.²⁶¹ Das bedeutet auch, dass der Mediator die zentralen Inhalte und Grundlagen – ähnlich wie ein Notar – ggf. laienverständlich erläutern muss.²⁶² Dieses Gebot erfüllt keinen Selbstzweck. Vielmehr soll durch den Mediator sichergestellt werden, dass die Parteien eine autonome, d. h. selbstbestimmte Entscheidung treffen und das Mediationsergebnis materiell dem Prinzip der Selbstbestimmtheit entspricht,²⁶³ was eben verlangt, dass die Mitwirkung der Parteien an der Abschlussvereinbarung freiwillig, also unbeeinflusst von Irrtum und Zwang, erfolgt.²⁶⁴ Das setzt einen ausreichenden Informationsstand der Parteien voraus.²⁶⁵

a) Motivation des Gesetzgebers

Warum ist dem Gesetzgeber so an der Informiertheit der Parteien und einer darauf basierenden autonomen Entscheidung gelegen, dass er auch dem Mediator insoweit Pflichten auferlegt?

Es existieren zwei Hinweise auf die Motive des Gesetzgebers, die hinter der skizzierten Schaffung der Mediatorpflichten stehen.

Einen ersten Hinweis liefern die Gesetzesmaterialien selbst. In der Begründung zu § 2 Abs. 6 Satz 1 MedG wird im Regierungsentwurf ausgeführt, dass die Mediatoren durch diese Vorschrift verpflichtet würden, sich zu vergewissern, dass die Parteien eine Vereinbarung in Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen.²⁶⁶ Damit wird nahezu nur der Gesetzeswortlaut wiederholt; im Referentenentwurf war zudem noch das Verb „vergewissern“ im Gesetzestext verwendet worden;

²⁶¹ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 283; vgl. insoweit auch schon Handbuch Mediation/Kracht, § 12 Rn. 73, auf den auch der Gesetzgeber Bezug nimmt, BT-Drs. 17/5335, S. 15.

²⁶² HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 283.

²⁶³ MünchKommFamFG/Ulrici, § 2 MedG Rn. 29.

²⁶⁴ Vgl. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 2 MedG Rn. 30 ff.; dies gilt ebenso für die us-amerikanische Mediation: „Parties have every right to agree to a settlement that others might find unfair, but the law contemplates some integrity in the bargaining or mediation process. When fraudulent material statements induce a party to agree, the agreement should not be enforced in the name of self-determination or in the name of freedom to contract“, so Coben/Thompson, Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation, 11 Harv. Negot. L. Rev. 43 (2006) S. 80.

²⁶⁵ HK-MedG/Gläßer, § 2 Rn. 243.

²⁶⁶ BT-Drs. 17/5335, S. 15.