

PETER TOCHTERMANN

Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

210

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

210

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Peter Tochtermann

Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators

Mohr Siebeck

Peter Tochtermann, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft; 2005–2006 Visiting Scholar in Hamline und Harvard Law School; 2008 Promotion; derzeit Richter im höheren Justizdienst des Landes Baden-Württemberg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151395-4

ISBN 978-3-16-149857-2

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2008 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten Rechtsprechung, Schrifttum und gesetzgeberische Aktivitäten bis Juli 2008 Berücksichtigung finden.

Meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Thomas Pfeiffer, danke ich in ganz besonderer Weise für die mir gewährte Unterstützung, die ich in der Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl erfahren habe. Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Burkhard Hess, der freundlicherweise die Anfertigung des Zweitgutachtens übernommen hat. Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Kronke danke ich neben den bereits genannten Direktoren des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht für die anregende Zusammenarbeit im Zusammenhang mit dem Aufbau des *Heidelberg Center for International Dispute Resolution*.

Für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ danke ich den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt sowie Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann.

Besonderer Dank gebührt Professor James Coben, der mich als Visiting Scholar am Dispute Resolution Center der Hamline University, St. Paul, USA, aufnahm und mich in vorbildlicher Weise unterstützt hat. Ferner schulde ich Susan Hackley und Professor Frank E.A. Sander für die freundliche Aufnahme als Visiting Scholar am Program on Negotiation der Harvard Law School ebenso großen Dank wie Katherine González Arrocha, die mir ermöglichte, am ICC International Court of Arbitration in Paris einen Einblick in die Praxis der internationalen Streitbeilegung zu gewinnen.

Ohne die großzügige Förderung der Studienstiftung des deutschen Volkes, der Zeit-Stiftung sowie der Landesgraduiertenförderung des Landes Baden-Württemberg wäre die zügige Erstellung der Dissertation sowie die an Eindrücken reiche akademische Zeit in den USA und Paris nicht realisierbar gewesen.

Gewinnbringend war nicht zuletzt der stete wissenschaftliche Diskurs unter den Mitarbeitern des Heidelberger Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht. Ich danke allen Heidelberger Freunden und Kollegen, die mich auf die eine oder andere Weise unterstützt haben. Insbesondere die Gespräche mit Dr. Stefan Huber, LL.M. und Prof. Dr. Boris Schinkels, LL.M. werden mir stets in Erinnerung bleiben.

Meine Frau Lea hat mich während der gesamten Zeit in einzigartig liebevoller Weise unterstützt und das durch den Forschungsaufenthalt bedingte Jahr der Trennung nicht nur mitgetragen, sondern mich zu diesem prägenden Schritt ermutigt. Dafür danke ich ihr von tiefstem Herzen.

Meine Eltern haben mir während meines gesamten Werdegangs vorbehaltlos Rückhalt gegeben. Ihnen ist die Arbeit gewidmet.

Heidelberg, im August 2008

Peter Tochtermann

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Einführung	1
§ 1 Fragestellung und Gegenstand der Untersuchung	1
§ 2 Gang der Untersuchung.....	6
1. Kapitel: Die Konzepte der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	9
§ 1 Untersuchung der schiedsverfahrensrechtlichen Regelungen	9
§ 2 Terminologie in der Literatur.....	23
§ 3 Zwischenergebnis	27
2. Kapitel: Die Quelle der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators	29
§ 1 Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des staatlichen Richters und der Rechtsprechungs begriff	30
§ 2 Die Quelle der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit	34
§ 3 Die Quelle der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Mediation	40
§ 4 Zwischenergebnis	62
3. Kapitel: Die Bedeutung der Rolle des Mediators für die Anforderung an seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	64
§ 1 Die verschiedenen Rollen des Mediators	66

§ 2 Kontextabhängigkeit des Mediationsstils.....	71
§ 3 Zwischenergebnis	90
4. Kapitel: Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators	93
§ 1 Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Vorfeld der Mediation	95
§ 2 Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit während des Mediationsverfahrens	136
§ 3 Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Abschluss des Mediationsverfahrens	199
5. Kapitel: Verfahrenskombination von Mediation und Schiedsverfahren	251
§ 1 Untersuchung hybrider Verfahrensformen.....	252
§ 2 Sicherung des Mediationsergebnisses durch den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut	258
Ausblick	267
Annex I.....	271
Annex II.....	282
Literaturverzeichnis	295
Sachregister	315

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII

Einführung

§ 1 Fragestellung und Gegenstand der Untersuchung.....	1
I. Fragestellung	1
II. Methode und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	4
1. Methode	4
2. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	5
§ 2 Gang der Untersuchung	6

1. Kapitel

Die Konzepte der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

§ 1 Untersuchung der schiedsverfahrensrechtlichen Regelungen	9
I. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit als Begriffspaar	10
II. Unabhängigkeit als alleiniges Kriterium.....	11
1. ICC-Schiedsgerichtsordnung (1998).....	12
2. Die Regelung im Schweizer IPRG.....	15
III. Unparteilichkeit als alleiniges Kriterium	17
1. Gesetzgebungsgeschichte und Systematik des Art. 24 Arbitration Act	17
2. Entwicklungslinien der Rechtsprechung.....	18
a) Entwicklung der Rechtsprechung zu Befangenheitsfragen	18

b) Übertragung der Rechtsprechung auf das Schiedsverfahrensrecht	19
aa) Gleiche Maßstäbe für Richter und Schiedsrichter	20
bb) Entsprechende Anwendung des real danger test	20
cc) Künftige Anwendung des real possibility test	22
§ 2 Terminologie in der Literatur	23
I. Neutralität	23
II. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit	24
III. Allparteilichkeit des Mediators	27
§ 3 Zwischenergebnis	27

2. Kapitel

Die Quelle der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators

§ 1 Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des staatlichen Richters und der Rechtsprechungsbegriff	30
I. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des staatlichen Richters	30
II. Der Rechtsprechungsbegriff	31
1. Rechtsprechung im formellen Sinn	31
2. Rechtsprechung im materiellen Sinn	31
3. Rechtsprechung im funktionellen Sinn	32
4. Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltungstätigkeit	32
5. Anerkennung eines Bereichs der Rechtsprechung i.w.S.	33
§ 2 Die Quelle der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit	34
I. Anwendbarkeit grundgesetzlicher Vorgaben auf die Schieds- gerichtsbarkeit	34
II. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf Schiedsverfahren ...	36
1. Wortlautinterpretation und unmittelbare Anwendbarkeit	37
2. Mittelbare Geltung in der Schiedsgerichtsbarkeit	39
§ 3 Die Quelle der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Mediation	40
I. Vertragliche Mediationsverfahren	41
1. Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK	42

2. Geltung des verfassungsrechtlichen Gebots der unabhängigen und unparteilichen Verfahrensleitung	43
3. Die vertraglichen Beziehungen als Quelle der Pflicht zur unabhängigen und unparteilichen Verfahrensleitung	43
a) Ableitung aus dem Mediatorvertrag	45
b) Ableitung aus der Mediationsvereinbarung	45
II. Gerichtsverbundene Mediationsverfahren.....	46
1. Ansätze gerichtsverbundener Mediation in Deutschland	46
a) Die Experimentierklausel des § 15 a EGZPO	46
b) § 278 Abs. 5 ZPO	48
2. Mögliche Ausgestaltung gerichtsverbundener Mediationsverfahren.....	49
a) Freiwillige gerichtsverbundene Mediation	49
b) Obligatorische gerichtsverbundene Mediation.....	50
3. Anwendung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK auf die gerichtsverbundene Mediation.....	51
4. Anwendung der aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben abgeleiteten Verpflichtung zur unabhängigen und unparteilichen Verfahrensleitung auf die gerichtsverbundene Mediation.....	52
a) Geltung kraft Aufgabenzuweisung an die Gerichte?.....	53
b) Ableitung qualitativer Mindestanforderungen aus dem Wesen der Mediation.....	54
aa) Ableitung qualitativer Mindestanforderungen aus dem Verfahrenscharakter der Mediation ?	54
bb) Die Erfüllung einer Rechtsprechungsfunktion im weiteren Sinne als entscheidendes Kriterium	56
§ 4 Zwischenergebnis.....	62

3. Kapitel

Die Bedeutung der Rolle des Mediators für die Anforderungen an seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

§ 1 Die verschiedenen Rollen des Mediators.....	66
I. Sachbeurteilung	67
II. Umfassende Beurteilung.....	68
III. Sachmoderation	68
IV. Umfassende Moderation	69

V. Unangemessenheit des evaluierenden Mediationsstils?	70
§ 2 Kontextabhängigkeit des Mediationsstils	71
I. Beeinflussung der Rolle des Mediators durch die Gerichtsanbindung der Mediation in den USA	71
II. Die Rolle des Mediators in der gerichtsverbundenen Mediation in Deutschland	73
1. Rechtsstaatliche Anforderungen an die gerichtsverbundene Mediation	74
a) Bindung des Mediators an Recht und Gesetz?	74
b) Bedeutung des Rechts in der gerichtsverbundenen Mediation	75
c) Gewährleistung hinreichender Informiertheit als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips in der gerichtsverbundenen Mediation	76
d) Interventions- und Hinweispflichten des Mediators	78
2. Konkretisierung der Hinweis- und Interventions- pflicht des Mediators	79
a) Hinweis- und Interventionspflichten gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien?	79
b) Hinweis- und Interventionspflichten gegenüber anwaltlich nicht vertretenen Parteien	82
aa) Unterschiedliches Verhandlungsgeschick	82
bb) Informationsasymmetrie	83
cc) Günstigeres Ergebnis eines Gerichtsverfahrens oder einer direkten Verhandlung	83
dd) Hinweispflicht auf signifikante rechtliche Umstände	84
(1) Unwirksamkeit des Mediationsergebnisses	84
(2) Sonstige signifikante Umstände	85
III. Die Rolle des Mediators in auf vertraglicher Grundlage durchgeführten Mediationsverfahren	87
1. Moderierender Mediationsstil	89
2. Evaluierender Mediationsstil	89
§ 3 Zwischenergebnis	90

4. Kapitel

Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators

§ 1 Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Vorfeld der Mediation	95
---	----

I. Auswahl des Mediators.....	95
1. Mediatorenlisten.....	96
a) Mediatorenlisten in institutionellen Mediationsverfahren.....	96
b) Mediatorenlisten in der gerichtsverbundenen Mediation	98
2. Offenlegungspflichten	99
a) Offenlegungspflichten staatlicher Richter	99
b) Offenlegungspflichten im Schiedsverfahrensrecht.....	99
c) Anerkennung einer Offenlegungspflicht in der Mediation.....	100
aa) Offenlegungspflichten in der vertraglichen Mediation	100
bb) Offenlegungspflichten in der gerichtsverbundenen Mediation	101
cc) Ausmaß der Offenlegungspflicht.....	102
II. Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Vorfeld der Mediation durch berufsrechtliche Tätigkeitsverbote....	103
1. Tätigkeitsverbote nach dem anwaltlichen Berufsrecht.....	104
a) Anwendbarkeit berufsrechtlicher Regelungen auf die Tätigkeit des Rechtsanwalts als Mediator.....	104
b) Tätigkeitsverbot nach § 43 a Abs. 4 BRAO.....	105
c) Tätigkeitsverbot wegen vorheriger anwaltlicher Vertretung nach § 45 Abs. 2 Nr. 1 BRAO	106
aa) Anwendbarkeit von § 45 Abs. 2 Nr. 1 BRAO	107
bb) Dispositionsbefugnis der Parteien	108
cc) Vorherige Tätigkeit des Anwaltsmediators als Parteivertreter in anderen Rechtssachen.....	111
dd) Erstreckung auf Dritte	111
2. Tätigkeitsverbote im notariellen Berufsrecht.....	112
a) Notarielle Vorbefassung in derselben Rechtssache.....	112
b) Selbsteinsetzung als Mediator in einer notariellen Urkunde	113
c) Übertragbarkeit des notariellen Berufsrechts auf sonstige Berufsgruppen	114
3. Der Anwaltsnotar als Mediator.....	114
a) Bestimmung des anwendbaren Berufsrechts.....	114
b) Anwaltliche oder notarielle Vorbefassung des Anwaltsnotars in derselben Rechtssache	116
aa) Notarielle Vorbefassung und sich anschließende Mediation als Rechtsanwalt.....	116
bb) Anwaltliche Vorbefassung und sich anschließende Mediation als Notar.....	116
III. Ergänzende vertragsrechtliche Mechanismen zur Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators im Vorfeld der Mediation	116

1. Nichtigkeit einer individualvertraglichen Mediationsabrede aufgrund eines Verstoßes gegen das allgemeine Gebot überparteilicher Rechtspflege	117
a) Die Entscheidungen in BGHZ 51, 255 und BGHZ 54, 392 zur Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen nach § 134 BGB	117
b) Sittenwidrigkeit von Mediationsvereinbarungen	119
2. Unwirksamkeit einer Mediationsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	121
a) Überraschender Charakter einer Mediationsklausel	124
b) Angemessenheitskontrolle einer Mediationsklausel	126
aa) Grundsätzliche Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung einer Mediationsklausel in AGB	126
(1) Legitime Verwenderinteressen und Vorteile einer Mediationsklausel für den Verwendungsgegner	126
(2) Unangemessenheit von obligatorischen Mediationsklausel	128
(3) Klarstellung des nicht-bindenden Charakters der Mediation	129
bb) Anforderungen an die formelle Ausgestaltung einer Mediationsklausel in AGB	130
cc) Gewährleistung einer unabhängigen und unparteilichen Verfahrensleitung	131
IV. Zwischenergebnis	134
§ 2 Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit während des Mediationsverfahrens	136
I. Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit während der vertraglichen Mediation	137
1. Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit im Mediatorvertrag	137
2. Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch Kündigungs- und Anfechtungsrechte	137
a) Kündigung des Mediatorvertrages nach §§ 626, 627 BGB wegen fehlender Unabhängig- und Unparteilichkeit	138
aa) Außerordentliche Kündigung des Mediatorvertrages nach § 626 BGB	138
bb) Außerordentliche Kündigung des Mediatorvertrages nach § 627 BGB	139
cc) Gesamtwirkung der Kündigung	140
b) Anfechtbarkeit des Mediatorvertrages	141

aa) Anfechtung der auf den Abschluss des Mediator- vertrages gerichteten Willenserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB.....	141
bb) Anfechtung der auf den Abschluss des Mediator- vertrages gerichteten Willenserklärung nach § 123 Abs. 1 BGB.....	143
cc) Anfechtungsberechtigung.....	145
3. Exkurs: Auswirkung der Unwirksamkeit des Mediatorvertrages auf die Mediationsvereinbarung	145
a) Abschluss von Mediationsvereinbarung und Mediatorvertrag in einer einheitlichen Vertragsurkunde	146
b) Separater Abschluss von Mediationsvereinbarung und Mediatorvertrag.....	146
c) Kündigung der Mediationsvereinbarung aus gleichem Grund.....	147
4. Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch berufsrechtliche Mechanismen	148
a) Anwaltliches Berufsrecht	148
aa) Verbot der anwaltlichen Vertretung einer Mediationspartei während des Mediationsverfahrens	148
bb) Verbot der nachträglichen anwaltlichen Vertretung einer Mediationspartei als antizipierendes Schutzkonzept.....	149
(1) Vertretung in derselben Rechtssache.....	149
(2) Vertretung in einer anderen Rechtssache.....	150
b) Zulässigkeit einer sich anschließenden notariellen Tätigkeit... ..	151
c) Rollenkonflikt innerhalb der Tätigkeit eines Anwaltsnotars....	151
aa) Notarielle Tätigkeit eines Anwaltsnotars nach vorangegangener Mediation als Rechtsanwalt.....	151
(1) Kein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG	151
(2) Berichtigende Auslegung der §§ 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO i.V.m. § 14 BNotO	152
bb) Anwaltliche Tätigkeit eines Anwaltsnotars nach vorangegangener notarielle Mediation	152
II. Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit während der gerichtsverbundenen Mediation.....	153
1. Systematik der Ausschließung und Ablehnung des verfahrensleitenden Dritten	153
a) Ausschlussgründe.....	153
b) Ablehnungsverfahren	154
2. Ausschließung und Ablehnung in der ZPO und im obligatorischen Vorverfahren nach § 15 a EGZPO.....	155

a)	Ausschließung und Ablehnung von verfahrensleitenden Dritten in der ZPO	155
b)	Die Regelung im aufgrund von § 15 a EGZPO erlassenen Landesrecht	155
c)	Dualistisches System von Ausschließung und Ablehnung in der gerichtsverbundenen Mediation?	157
3.	Ausschließung des Mediators kraft Gesetzes in der gerichtsverbundenen Mediation	158
a)	Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Katalogs von Ausschließungsgründen	158
aa)	Strukturelle Vorteile eines Katalogs von Ausschließungsstatbeständen	159
bb)	Wesensverschiedenheit von staatlichem Erkenntnisverfahren und gerichtsverbundener Mediation	159
cc)	Systemschwäche der Ausschließungsstatbestände	160
b)	Ausschließung des Mediators bei Identität von Partei und Mediator	161
aa)	Weiter Parteibegriff	162
bb)	Ausschließung der Parteien kraft Amtes?	163
(1)	Insolvenzverwalter als Mediator	163
(2)	Testamentsvollstrecker als Mediator	163
c)	Ausschließung des Mediators in weiteren Fällen?	165
aa)	Die sonstigen Ausschließungsgründe des § 41 ZPO	165
(1)	Systemschwäche der Ausschließungsgründe des § 41 Nr. 1 Alt. 2, 2, 2 a und 3 ZPO	165
(2)	Überflüssigkeit der Ausschließungsgründe des § 41 Nr. 4, 5 und 6 ZPO	166
bb)	Übertragung sonstiger Ausschließungsgründe der Landesschlichtungsgesetze und -ordnungen	170
4.	Ausgestaltung eines verfahrensrechtlichen Mechanismus in der gerichtsverbundenen Mediation	171
a)	Die Verfahrensstruktur in Minnesota	173
aa)	Das Beschwerdeverfahren in Minnesota	173
(1)	Struktur	173
(2)	Erfahrungen	176
bb)	Das Ablehnungsverfahren in Minnesota	178
b)	Die Verfahrensstruktur in Florida	179
aa)	Das Beschwerdeverfahren in Florida	179
(1)	Struktur	179
(α)	Verhaltenskodex	180
(β)	Beschwerdeverfahren	182
(2)	Erfahrungen	184

(3) Das Mediator Ethics Advisory Committee	187
bb) Das Ablehnungsverfahren in Florida	188
c) Beurteilung der Verfahrensstrukturen in Minnesota und Florida	190
aa) Erforderlichkeit eines Ablehnungsverfahrens	191
bb) Der Maßstab im Ablehnungsverfahren	193
cc) Beschwerdeverfahren	196
dd) Beratung durch ein Fachgremium	197
III. Zwischenergebnis	198
§ 3 Absicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Abschluss des Mediationsverfahrens	199
I. Anwendung von §§ 1053 Abs. 1 S. 2, 796 a Abs. 3 ZPO auf den Mediationsvergleich	200
1. Aufhebung entsprechend einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut	200
a) Entgegenstehende dogmatische Erwägungen	201
b) Unangemessenheit in der Sache	201
2. Aufhebung des Mediationsvergleichs bei Verstoß gegen den in §§ 1053 Abs. 1 S. 2, 796 a Abs. 3 ZPO enthaltenen Gedanken	202
II. Anwendung vertragsrechtlicher Mechanismen	203
1. Mechanismen des US-amerikanischen Vertragsrechts	205
a) Anwendbarkeit allgemeinen Vertragsrechts auf Mediationsvergleiche	205
b) Duress und undue influence	206
aa) Duress	206
bb) Undue influence	207
cc) Rechtsprechungsanalyse	208
dd) Auswertung	210
c) Misrepresentation und fraud	212
d) Mistake	214
2. Mechanismen der deutschen Rechtsgeschäftslehre und des Vertragsrechts	215
a) Unwirksamkeit eines Mediationsvergleichs nach § 779 Abs. 1 BGB	215
aa) Irrelevanz der Beeinflussung der Vergleichs- verhandlungen im Rahmen von § 779 Abs. 1 BGB	216
bb) Systematische Argumente gegen eine erweiternde Auslegung von § 779 Abs. 1 BGB	217
b) Anfechtbarkeit des Mediationsvergleichs	217
aa) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB	217

(1) Das Merkmal der Verkehrswesentlichkeit in Rechtsprechung und Lehre	218
(2) Die Verkehrswesentlichkeit der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators für den Abschluss des Mediationsvergleichs	219
(α) Bisher in Lehre und Rechtsprechung diskutierte Fallkonstellationen	219
(β) Die Situation beim Mediationsvergleich	220
bb) Die Anfechtbarkeit nach § 123 BGB	222
(1) Die zur Anfechtung berechtigende Handlung.....	222
(α) Aus der Befangenheit resultierende Täuschungen	223
(β) Täuschung über die Befangenheit selbst	224
(2) Der Mediator als Dritter i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB	225
(α) Die Person des Dritten i. S. v. § 123 Abs. 2 BGB	225
(β) Der parteiische Mediator als Repräsentant der begünstigten Seite ?	225
(3) Infolge der Befangenheit begangene Drohungen des Mediators	226
c) Unwirksamkeit des Mediationsvergleichs nach § 138 BGB	227
aa) Vergleichbarkeit mit klassischen Fällen der Kollusion.....	227
bb) Verhältnis zur Anfechtung nach § 123 BGB	228
d) Aufhebbarkeit des Mediationsvergleichs nach § 311 Abs. 2, 3 BGB	229
aa) Bisher entwickelte Leitlinien zur c.i.c.	229
bb) Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 311 Abs. 2, 3 BGB	230
e) Aufhebbarkeit des Mediationsvergleichs nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).....	231
aa) Anwendbarkeit neben § 779 BGB.	231
bb) Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators als Grundlage des Mediationsvergleichs.	232
cc) Gemeinschaftlicher Irrtum über einen für den Abschluss des Mediationsvergleichs wesentlichen Umstand.....	233
(1) Gerichtsverbundene Mediation	233
(2) Vertragliche Mediation	234
dd) Unzumutbarkeit des Festhaltens am Mediations- vergleich aufgrund verfahrensrechtlicher Fairnesserwägungen.	234
ee) Rechtsfolge: Rücktritt vom Mediationsvergleich.	237

III. Unwirksamkeit des als notarielle Urkunde, Anwaltsvergleich oder Prozessvergleich fixierten Mediationsergebnisses	237
1. Unwirksamkeit der notariellen Beurkundung nach §§ 6, 7 BeurkG	238
2. Unwirksamkeit des als Prozessvergleich fixierten Mediationsergebnisses	239
a) Entscheidung des Bundesgerichtshofs in BGHZ 35, 309	240
b) Auswirkung der Befangenheit des Mediators auf die Wirksamkeit des als Prozessvergleich fixierten Mediationsergebnisses	240
aa) Protokollierung durch den befangenen Richtermediator selbst	240
bb) Protokollierung durch das zur Streitentscheidung berufene Gericht	243
c) Auswirkung der prozessualen Unwirksamkeit auf den materiellrechtlichen Teil des Prozessvergleichs	244
3. Unwirksamkeit eines Anwaltsvergleichs	245
IV. Ausreichende Ergebniskontrolle im deutschen Recht?	246
1. Die vertragsrechtliche Lösung in den USA	246
2. Erweiterung der vertragsrechtlichen Aufhebungsmöglichkeiten durch Sondernormen	247
3. Notwendigkeit einer Sondernorm in Deutschland?	247
4. Exkurs: Das Problem der Vertraulichkeitssicherung	250

5. Kapitel

Verfahrenskombination von Mediation und Schiedsverfahren

§ 1 Untersuchung hybrider Verfahrensformen	252
I. Kombinationsmöglichkeiten von Mediation und Schiedsverfahren	252
II. Personenidentität von Mediator und Schiedsrichter	253
1. Rückwirkung schiedsrechtlicher Verfahrensgrundsätze in die Mediation?	253
2. Mittelbare Auswirkungen auf Rolle und Pflichten des Mediators ..	254
a) Evaluierender Mediationsstil	255
b) Einzelgespräche	255
c) Parteidisposition über den Ablehnungsgrund	256

§ 2 Sicherung des Mediationsergebnisses durch den Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut.....	258
I. Faktischer Entfall der vorgelagerten Kontrollebene des § 1053 Abs. 1 S. 2 ZPO.....	260
II. Kontrolle im Rahmen von §§ 1059, 1060 ZPO.....	264
1. Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 1 d) bzw. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 a) ZPO.....	264
2. Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b) ZPO.....	265
Ausblick.....	267
Annex I.....	271
Annex II.....	282
Literaturverzeichnis.....	295
Sachregister.....	315

Abkürzungsverzeichnis

In der Arbeit werden die üblichen Abkürzungen verwendet. Insoweit wird neben der folgenden Auflistung auf das Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von *Kirchner/Butz* sowie auf den Cardiff Index to Legal Abbreviations (abrufbar unter <http://www.legalabbrevs.cardiff.ac.uk/>) verwiesen.

A.	Atlantic Reporter
a.A.	anderer Ansicht
AAA	American Arbitration Organisation
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACR	Association of Conflict Resolution
ADR	Alternative Dispute Resolution
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht/Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
allg.M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
Alternatives to High Cost Litig.	Alternatives to High Cost Litigation
a.M.	anderer Meinung
Am. Rev. Int'l. Arb.	American Review of International Arbitration
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
Anh.	Anhang
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arb. Int.	Arbitration International
Ariz.	Arizona
Ariz. St. L. J.	Arizona State Law Journal
Ark. L. Rev.	Arkansas Law Review
Art., Artt.	Artikel
ASA Bull.	Bulletin de l'Association Swiss de l'Arbitrage
Aufl.	Auflage
BAFM	Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation

BAG	Bundesarbeitsgericht
BATNA	Best Alternative to A Negotiated Agreement
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BaySchlG	Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften
BB	Der BetriebsBerater
Bd.	Band
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BezG	Bezirksgericht
BG	(Schweizer) Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungssammlung des Schweizer Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	Systematische Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMWa	Bundesverband Mediation in der Wirtschaft und Arbeitswelt e.V.
BNotK	Bundesnotarkammer
BNotO	Bundesnotarordnung
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BRAK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cal.	California/California Supreme Court
Cal. Civ. Code	California Civil Code
Cal. Ct. App.	Court of Appeals of California
Cardozo J. Conflict Resol.	Cardozo Journal of Conflict Resolution
Cir.	Circuit
CJ	Chief Justice
Clinical L. Rev.	Clinical Law Review
Comm. Ct.	Commercial Court
Conn.	Connecticut
CPR	International Institute for Conflict Prevention & Resolution
D.	Digesten
DAC	Departmental Advisory Committee on Arbitration Law
DAC Report	Departmental Advisory Committee on Arbitration Law Report on the Arbitration Bill and Supplementary Report on the Arbitration Act 1996, February 1996
DB	Der Betrieb

ders.	derselbe
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DIS SchlichtungsO	DIS Schlichtungsordnung
Disp. Resol. J.	Dispute Resolution Journal
Disp. Resol. Mag.	Dispute Resolution Magazine
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZW1R	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E.D.N.Y.	Eastern District of New York
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
eff.	effective
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
endg.	endgültig
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EuGVO/EuGVVO	Europäische Verordnung 44/2001/EG des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
e.V.	eingetragener Verein
F. (2nd, 3rd)	Federal Reporter (second, third series)
f., ff.	folgende
FamRZ	Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fla.	Florida (USA)
Fla. 3d DCA	District Court of Appeals of Florida, Third District
Fla. Dist. Ct. App.	Florida District Court of Appeals
Fla. R. Civ. P.	Florida Rules of Civil Procedure
Fla. R. Med.	Florida Rules of Certified and Court-Appointed Mediators
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
F.R.D.	Federal Rules Decisions
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
GB1.	Gesetzblatt
geänd.	Geändert
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz

GüSchlG NRW	Gütestellen- und Schlichtungsgesetz Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
gwmk	Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V.
Hamline J. Pub. L. & Pol'y	Hamline Journal of Public Law and Policy
Hamline L. Rev.	Hamline Law Review
Harv. Negot. L. Rev.	Harvard Negotiation Law Review
Hdb.	Handbuch
Hess.	Hessisches
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
IDR	Journal of International Dispute Resolution
Ill.2d	Illinois Reports, second series
Ind. Ct. App.	Indiana Court of Appeals
InsO	Insolvenzordnung
Int. A.L.R.	International Arbitration Law Review
IntKommEMRK	Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Karl (Hrsg.)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (Schweiz) vom 18. Dezember 1987
i.S.v.	im Sinne von
J. Disp. Resol.	Journal of Dispute Resolution
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports (King's Bench Division)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
Ky. L. J.	Kentucky Law Journal
LAG	Landesarbeitsgericht
LCIA	London Court of International Arbitration
LG	Landgericht
LJ	Lord Justice
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LSchlG	Landesschlichtungsgesetz
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
Mass.	Massachusetts/Massachusetts Reports

Mass. Super. Ct.	Superior Court of Massachusetts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEAC	Mediator Ethics Advisory Committee
Minn.	Minnesota
Minn. Gen. R. Prac.	Minnesota General Rules of Practice for the District Courts
MN	Minnesota (USA)
MQAP	Mediator Qualifications Advisory Panel
MQB	Mediation Qualification Board
M.R.	Master of the Rolls
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.C.	North Carolina
N.C. Gen. Stat.	North Carolina General Statutes
N.D. Cal.	United States District Court, Northern District of California
N.E.2d	North Eastern Reporter, second series
Neb.	Nebraska/Nebraska Reports
Nev. L. J.	Nevada Law Journal
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
No.	Number
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.W.	North Western Reporter
N.W.2d	North Western Reporter, second series
N.Y.2d	New York Reports, second series
N.Y.S.2d	West's New York Supplement, second series
N.Y.Sup.Ct.	Supreme Court New York
Ohio App.	Ohio Court of Appeals
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
Okla. Civ. App.	Court of Civil Appeals of Oklahoma
OLG	Oberlandesgericht
OLGRep.	OLG-Report
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Or.	Oregon
Or. Ct. App.	Oregon Court of Appeals
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
P. (2d, 3d)	Pacific Reporter (second series, third series)
Para.	Paragraph
Penn. St. L. Rev.	Pennsylvania State Law Review
Pepp. Disp. Resol. L. J.	Pepperdine Dispute Resolution Law Journal
Publ.	Publication
QBD	Law Reports (Queen's Bench Division)

RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RDG	Rechtsdienstleistungsgesetz
reh'g	Rehearing
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
RZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslands
s.	section
S.	Seite
Saarl. SchiedsO	Saarländische Schiedsordnung
SchAG NRW	Schiedsamtsgesetz Nordrhein-Westfalen
SchiedsstellenG Brandenburg	Schiedsstellengesetz Brandenburg
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchlG BW	Schlichtungsgesetz Baden-Württemberg
SchlichtungsO	Schlichtungsordnung
SchStG Sachsen-Anhalt	Schiedsstellengesetz Sachsen-Anhalt
S.D.Tex.	Southern District of Texas
S.E. 2d	South Eastern Reporter, second series
SIAC	Singapore International Arbitration Centre
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
So.2d	Southern Reporter, second series
SPIDR	Society of Professionals in Dispute Resolution
SR	Ständerat
St.	Statute
S. Tex. L. Rev.	South Texas Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
SV-Mat.	Materialien der Satzungsversammlung
S.W.2d.	South Western Reporter, second series
Tenn. Ct. App.	Tennessee Court of Appeals
Tex. App.	Texas Court of Appeals
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles Law Review
UMA	Uniform Mediation Act
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCITRAL ML	UNCITRAL Model Law
Urt.	Urteil
U.S.	United States/United States Reports
v.	vom
Va.	Virginia
Va. Cir. Ct.	Circuit Court of Virginia
Va. Ct. App.	Virginia Court of Appeals
Verm. L. Rev.	Vermont Law Review
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht

vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
Wash. Ct. App.	Washington Court of Appeals
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Willamette L. Rev.	Willamette Law Review
WIPO	World Intellectual Property Organization
WL	Westlaw
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung vom 1. Oktober 1879
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International