

Gelbe Erläuterungsbücher

Recht der alternativen Konfliktlösung

Kommentar

Bearbeitet von
Prof. Dr. Reinhard Greger, Prof. Dr. Hannes Unberath, Dr. Felix Steffek

2. Auflage 2016. Buch. XXV, 513 S. In Leinen
ISBN 978 3 406 67689 5
Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht
allgemein, Gesamtdarstellungen > Streitschlichtung, Mediation](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

- Er hat gemäß Abs. 6 S. 2 die Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung „bei Bedarf“ durch **externe Berater** überprüfen zu lassen (→ Rn. 188 ff., 212), womit insbes. die anwaltliche Beratung gemeint ist.
- Er muss einen Hinweis erteilen, wenn die Vereinbarung evident praktisch **undurchführbar** oder **lückenhaft** ist (→ Rn. 213 f.).
- Er darf die Parteien nicht ohne Not unter Zeitdruck setzen oder sonst **unzulässig** auf die Willensbildung **Einfluss** nehmen (→ Rn. 166 ff.).
- Ist eine Abschlussvereinbarung geplant, die **Gesetzesverstöße** beinhaltet und ist dies für den Mediator erkennbar, darf er daran nicht mitwirken (→ Rn. 192).

b) Pflichten und Haftung aus Übernahme der Dokumentation. Welche Art 285
von Abschlussvereinbarung intendiert ist, muss der Mediator auf Grund der Erörterung mit den Parteien nach Abs. 6 S. 1 von sich aus erkennen oder durch gezielte Fragen eruieren.

Dabei hat er auch sicherzustellen, dass die Parteien verstehen, **welche Rechtswirkungen** 286 von der zu treffenden Vereinbarung ausgehen (Abs. 6 S. 1), insbesondere ob sie eine Rechtsbindung erzeugt, gerichtlich durchgesetzt werden könnte oder die Möglichkeit einer unmittelbaren Zwangsvollstreckung eröffnet. Es ist nicht seine Aufgabe, die Parteien in eine rechtliche Vereinbarung oder gar sofort vollstreckbare Verpflichtung zu drängen. Wenn jedoch offensichtlich ist, dass nur eine bindende Vereinbarung die Ziele der Parteien verwirklichen kann, muss der Mediator auf eine etwaige Fehleinschätzung hinweisen (→ Rn. 213 f.). Wenn die Möglichkeit besteht, die angestrebte Rechtswirkung ohne Vollstreckungserfordernis unmittelbar herbeizuführen, hat er auch über eine solche Gestaltungsmöglichkeit aufzuklären (zB eine Aufrechnung, Vereinbarung einer Bedingung für den Eintritt oder Wegfall einer Rechtswirkung, Begründung eines Treuhandverhältnisses, Zurückstellen der Abschlussvereinbarung bis zur Vornahme einer geschuldeten Handlung). Wird eine Handlung oder Unterlassung geschuldet, kann er – nicht direktiv, aber durch entsprechendes Bewusstmachen – darauf hinwirken, dass die Parteien eine Vertragsstrafe vereinbaren, wodurch eine Zwangsvollstreckung vermieden und zugleich ein Schadensausgleich herbeigeführt werden kann.

Übernimmt der Mediator die Abfassung der Abschlussvereinbarung, ist er dafür 287 verantwortlich, dass sie den Willen der Parteien **vollständig und eindeutig** abbildet. Hier ist größte Sorgfalt angezeigt. Kommt es auf Grund von Unklarheiten zu Nachfolgestreitigkeiten, kann der Mediator nicht nur als Zeuge in einen Prozess zwischen den Parteien involviert werden (die Verschwiegenheitspflicht ist insoweit durch § 4 S. 3 Nr. 1 durchbrochen), sondern auch gravierenden Haftungsfolgen ausgesetzt sein (in den U.S.A. werden Pflichtverletzungen des Mediators in der Rechtsprechung ganz überwiegend im Hinblick auf die Abschlussvereinbarung thematisiert, *Coben/Thompson*, 11 Harv. Negot. L. Rev. 43 ff. [2006]). Pflichtverletzungen des Mediators können auch zu dem Zweck behauptet werden, den Bestand der Abschlussvereinbarung anzugreifen (→ Rn. 319, 329); in diesem Fall kann dem Mediator der Streit verkündet werden (§§ 72 ff. ZPO).

In Anbetracht der hohen Anforderungen und Risiken, die mit der Übernahme 288 der Dokumentation verbunden sind, sollte der Mediator diese bei komplexen Vereinbarungen eher ablehnen und empfehlen, dass lediglich die Eckpunkte der Einigung fixiert werden und die Parteien sich verpflichten, auf dieser Grundlage einen Vertrag durch ihre Anwälte oder einen Notar ausarbeiten zu lassen, wobei diese Verpflichtung zeitlich konkretisiert und ggf. mit einer Sanktion (zB Vertrags-

MediationsG § 2

B. Mediationsgesetz (MediationsG)

strafe) versehen werden sollte. Auf diese Weise kann auch gleich ein Vollstreckungstitel geschaffen werden (Anwaltsvergleich nach § 796a ZPO bzw. notarielle Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; näher → Rn. 330 ff.). Es kann sich empfehlen, dass der Mediator in das Beurkundungsverfahren einbezogen wird (*Grüner/Schmitz-Vornmoor* notar 2012, 147 ff.). Wünschen die Parteien ein solches Vorgehen nicht, sind sie aber anwaltlich vertreten, sollte der Mediator die Abschlussvereinbarung zumindest in enger Abstimmung mit den Parteianwälten abfassen und deren abschließende Billigung einholen.

289 Zur Risikominimierung sollte der Mediator den Parteien Abmachungen zur **Konfliktprophylaxe** empfehlen, zB zum Vorgehen bei unerwarteten Entwicklungen. Durch Vereinbarung einer **Evaluation** kann sichergestellt werden, dass im Abstand von einigen Wochen oder Monaten überprüft wird, ob die getroffenen Regelungen umgesetzt werden konnten oder ob Nachbesserungsbedarf besteht. Wichtige Hilfe zur Vermeidung von Nachfolgekonflikten bietet zudem eine der Abschlussvereinbarung vorangestellte **Präambel**, in der die Hintergründe und Ziele der getroffenen Regelung festgehalten werden (nach *Paul* ZKM 2014, 191 [192] sollte eine solche Präambel zumindest in der Familienmediation selbstverständlich sein). Auf jeden Fall sollte verabredet werden, dass bei Streitigkeiten über die Auslegung oder Umsetzung der Abschlussvereinbarung nicht sogleich der Rechtsweg beschritten, sondern eine erneute **Mediation** eingeleitet wird (vgl. *Unberath* ZKM 2012, 12 [15]).

290 Mit der Evaluation kann auch der **bisherige Mediator** beauftragt werden; sie gehört aber, wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart wurde, nicht zu seinen Vertragspflichten. Dasselbe gilt für ein (zB zur eigenen Qualitätskontrolle) eingeholtes Feedback (zu dessen Zweckhaftigkeit s. *Klowait/Gläßer/Gläßer* 2 § 2 Rn. 41), für welches demnach keine Vergütung geschuldet wird. Eine Nachfolge-mediation kann auf Grund neuen Auftrags dem bisherigen Mediator übertragen werden. Auch dies kann bereits in der Abschlussvereinbarung geregelt werden, entfaltet aber keine Bindungswirkung, wenn dem Mediator ein Fehlverhalten, etwa bei der Abfassung der Abschlussvereinbarung, vorgeworfen wird; dies folgt aus § 3 Abs. 1.

4. Besonderheiten bei Beteiligung von Verbrauchern

291 Wird im Rahmen der Abschlussvereinbarung ein **neuer Vertrag** zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 BGB) über eine entgeltliche Leistung geschlossen, gelten seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie am 13.6.2014 besondere Vorschriften (→ Rn. 292 ff., D Rn. 413 ff.). Dies ist insbes. der Fall, wenn die Parteien einen neuen Austauschvertrag abschließen, aber auch bei der vergleichswisen Abänderung eines bestehenden Vertrags (*Erman/Koch*, BGB § 312 Rn. 8). Nach dem Schutzzweck des Gesetzes werden auch solche Vereinbarungen einzubeziehen sein, in denen der Verbraucher zur Herbeiführung eines Vergleichs eine einseitige Erklärung (zB Verzicht, Schuldanerkenntnis, Bestellung einer Sicherheit, Vereinsbeitritt) abgibt (*Erman/Koch*, BGB § 312 Rn. 9). Zu der davon zu unterscheidenden Frage, inwieweit der Verbraucher auf unabdingbare Rechte aus dem Ursprungsvertrag nachträglich verzichten kann, → D Rn. 414.

292 **Allgemein** gilt nach § 312a Abs. 2 BGB, dass der Unternehmer dem Verbraucher die in Art. 246 EGBGB beschriebenen Informationen zu erteilen hat; es

drohen sonst gravierende Haftungs- und Gewährleistungsfolgen (dazu *Wendehorst* NJW 2014, 577 [578 f.]).

Besondere Regeln greifen ein, wenn die Vereinbarung bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit der Parteien **außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers** abgeschlossen oder durch ein Angebot des Verbrauchers angebahnt wird (§ 312b Abs. 1 BGB). Durch diese Erweiterung des früheren Begriffs des Haustürgeschäfts werden hiervon nunmehr auch Vereinbarungen beim Mediator erfasst. Es bestehen dann gesteigerte Informationspflichten (§ 312d BGB iVm Art. 246a EGBGB). Außerdem muss der Unternehmer eine Vertragsurkunde oder -bestätigung zur Verfügung stellen (§ 312f. BGB). Dem Verbraucher steht nach Maßgabe von § 312g BGB ein **Widerrufsrecht** zu. Gem. § 357 Abs. 2 BGB kann er die Vereinbarung innerhalb von 14 Tagen widerrufen; diese Frist beginnt erst zu laufen, wenn er gemäß den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB über sein Widerrufsrecht belehrt wurde, spätestens nach einem Jahr (§ 356 Abs. 3 BGB; zu Sonderregelungen für das Erbringen von Dienstleistungen s. § 356 Abs. 4 BGB). Wird die Vereinbarung widerrufen, sind empfangene Leistungen zurückzugewähren (§ 355 Abs. 3 mit näheren Regelungen in § 357 BGB).

Sondervorschriften sind auch zu beachten, wenn die Abschlussvereinbarung einen Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), ein Teilzeit-Wohnrecht (§§ 481 ff. BGB), einen Ratenlieferungsvertrag (§ 510 BGB), eine Darlehensgewährung (§§ 491 ff. BGB) oder eine Finanzierungshilfe (§§ 506 ff. BGB) zum Gegenstand hat (zu den Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen sa § 246b EGBGB). Eine Finanzierungshilfe liegt zB vor, wenn dem Verbraucher eine entgeltliche Stundung, Teilzahlung oder Nutzung mit Pflicht zu Erwerb oder Wertersatz eingeräumt wird (§ 506 Abs. 2 BGB). Zum Verzicht auf Rechte aus solchen Vorschriften → Rn. 304.

5. Besondere Anforderungen bei Vergleichsverträgen

a) Definition. Ein Vergleichsvertrag liegt gemäß § 779 Abs. 1 BGB vor, wenn Streit oder Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis besteht und der Vergleich den Streit oder die Ungewissheit im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt. Ziel des Vergleichs ist es also, **Rechtsgewissheit** herzustellen (vgl. *Bork* S. 158, der treffend von einem „Bereinigungsvertrag“ spricht). Der **Anwendungsbereich** ist weit gefasst (für eine Typisierung vgl. *Bork* S. 108 ff.). Als **Rechtsverhältnis** iSd Vorschrift gilt jede materiell-rechtliche oder prozessuale Rechtsbeziehung; zum Vergleich bei einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis vgl. *MüKoBGB/Habersack* § 779 Rn. 17 f.

Ob **Ungewissheit oder Streit** über ein Rechtsverhältnis besteht, beurteilt sich vom Standpunkt der Parteien aus zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (*MüKoBGB/Habersack* § 779 Rn. 24). Bei Parteien, die einen Mediator aufsuchen, dürfte dieses Merkmal in aller Regel vorliegen (die reine Vertragsmediation mündet nicht in einen Vergleich, sondern in eine Primärregelung). Die Unsicherheit einer Seite reicht aus, wenn sie der anderen bekannt ist. Auch ein Streit hinsichtlich des Vorliegens von Tatsachen kann bezüglich des Rechtsverhältnisses Unsicherheit auslösen. Die Parteien können darüber streiten, ob überhaupt ein Rechtsverhältnis zustande gekommen ist, ob Einreden oder Einwendungen gegen einen behaupteten Anspruch bestehen oder die Leistung vertragsgemäß erbracht wurde, ferner wem ein bestimmter Gegenstand oder der Nachlass einer Person rechtlich zusteht. § 779 Abs. 2 BGB stellt klar, dass unter § 779 Abs. 1 BGB auch

MediationsG § 2

B. Mediationsgesetz (MediationsG)

die Unsicherheit bezüglich der Verwirklichung eines Anspruchs, also hinsichtlich der Leistungsfähigkeit oder der Vollstreckung, zu fassen ist.

- 297 Ein Vergleich setzt ferner **gegenseitiges Nachgeben** voraus, das jedoch wiederum vom subjektiven Standpunkt der Parteien zu beurteilen ist und noch so geringfügig sein mag (vgl. BGHZ 39, 60 = NJW 1963, 637). Das Nachgeben muss sich nicht auf den ursprünglich aufgetretenen Konfliktpunkt beziehen, sondern kann auch bezüglich einer davon unabhängigen oder neu begründeten Verpflichtung, auch zum Unterlassen eines an sich möglichen Vorgehens, gegeben sein (Eidenmüller/Wagner/Hacke Kap. 6 Rn. 22) – eine beim kooperativen Verhandeln mit *win-win*-Lösungen durchaus häufige Fallgestaltung (→ D Rn. 8 f.).
- 298 Zu den **Rechtswirkungen** des Vergleichs und zu **Kostenfragen** → D Rn. 258 ff.
- 299 **b) Dispositionsbefugnis. aa) Grundsätzliches.** Das Rechtsverhältnis muss der **rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit** der Beteiligten insoweit unterliegen, als die Abschlussvereinbarung, insbesondere der Vergleichsvertrag, darauf einwirken soll. Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich der Mediation sehr weit ist, da in fast allen Rechtsgebieten Spielraum für vertragliche Regelungen besteht. Bezüglich der Rechtsfolgen ist nach dem Grund der fehlenden Dispositionsbefugnis und der Zielrichtung des Vergleichs zu differenzieren. So entfalten etwa **Verträge zu Lasten Dritter** generell keine Wirkung, da Pflichten eines Dritten ohne dessen Beteiligung nicht wirksam begründet werden können. **Statusverhältnisse** (Ehe, Verwandtschaft usw.) sind in der Regel außergerichtlich nicht gestaltbar, ebenso die rechtlich determinierte Erbenstellung. Ein Vergleich etwa über die Auflösung der Ehe oder die Übertragung der Erbenstellung, ginge rechtlich ins Leere. Möglich ist aber die Disposition über ein Verfahren, welches sich auf die nicht disponible Rechtslage bezieht, etwa die Verpflichtung zur Rücknahme eines Scheidungs- oder Erbscheinsantrags oder eines Rechtsmittels gegen ein Statusurteil.
- 300 Ihre Grenze findet die Dispositionsbefugnis auch an den Vorschriften des **zwingenden Rechts**. Wenn eine Rechtsvorschrift bestimmt, dass von ihr nicht durch Vertrag abgewichen werden kann oder bestimmte Rechtsgeschäfte nichtig sind, kann diese auch nicht durch einen Vergleich abbedungen werden. Davon zu unterscheiden ist aber die (jederzeit mögliche) Einigung über tatsächliche Grundlagen der zwingenden Norm oder die Aufgabe bereits entstandener Ansprüche im Vergleichsweg (→ D Rn. 309, 414). Soweit durch einen Vergleich Verpflichtungen begründet werden, die mangels Dispositionsbefugnis nicht erfüllt werden können, liegt regelmäßig **anfängliche Unmöglichkeit** vor (vgl. § 311a BGB).
- 301 Wenn das **Rechtsverhältnis**, das den Gegenstand des Vergleichs bildet, **gesetzes- oder sittenwidrig** ist, schlägt dies grundsätzlich auf den Vergleich durch. Allerdings kann der Vergleich wirksam sein, wenn er objektiv verständige Zweifel über die Wirksamkeit eines möglicherweise nach §§ 134, 138 BGB nichtigen Geschäfts beheben soll (Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 78; vgl. etwa BGH NJW 1963, 1197 [1198] zu § 138 Abs. 1 BGB; BGHZ 65, 147 = NJW 1976, 194 zu § 1 GWB). Ist ein **Teil** des Vergleichs wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht nichtig, hat dies nicht zwingend die Gesamtnichtigkeit zur Folge. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Vergleich ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre (§ 139 BGB).
- 302 **bb) Einzelheiten. Rechtsunwirksam** sind daher zB
- Vereinbarungen, die gegen ein **Verbotsgesetz** verstoßen (§ 134 BGB), zB gegen das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (§ 1 GWB).

- Vereinbarungen, die gegen die **guten Sitten** verstoßen (§ 138 BGB), etwa weil sie eine Partei in eine krasse Überforderung oder in eine mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen nicht vereinbare Benachteiligung oder Abhängigkeit treiben. Für die Frage eines auffälligen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB ist auf das Maß des gegenseitigen Nachgebens, nicht auf das Verhältnis zur objektiven Rechtslage vor Vertragsabschluss abzustellen (Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 76, str.).
- die Übertragung oder Belastung des künftigen Vermögens einer Person oder eines Bruchteils davon (§ 311b Abs. 2 BGB).
- der Vertrag bezüglich des Nachlasses eines noch lebenden Dritten oder über einen Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlass eines noch lebenden Dritten (§ 311b Abs. 4 BGB).
- der Ausschluss des Rechts zur Kündigung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 723 Abs. 3 BGB).
- eine unter einer Bedingung erklärte Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB; gefährliche Haftungsfalle!).
- Beschränkung der Verfügung über ein hypothekarisch belastetes Grundstück (§ 1136 BGB).

Nicht abdingbar sind auch Vorschriften, nach denen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der **Zustimmung** einer anderen Person, einer Behörde oder eines Gerichts abhängig ist. **303**

Handelt es sich bei dem Vergleich (oder einem Teil davon) um einen **Verbrauchervertrag**, sind die zwingenden Vorschriften des Verbraucherschutzrechts zu beachten (dazu → Rn. 291 ff.). Der Verbraucher ist aber nicht gehindert, im Vergleich auf Ansprüche zu verzichten, die ihm nach verbraucherschützenden Normen (tatsächlich oder vermeintlich) zustünden (→ D Rn. 414). **304**

Teilweise zwingend sind auch die Vorschriften über den **Mieterschutz**. Der Mieter kann während des Mietverhältnisses eine Mieterhöhung akzeptieren, die der Vermieter nach § 557 Abs. 3 BGB nicht verlangen könnte; eine Regelung, die den Vermieter für künftige Mieterhöhungen von den Schranken der §§ 558–560 BGB freistellt, wäre dagegen unwirksam (§ 557 Abs. 4 BGB). **305**

Im Bereich des **Familienrechts** (allg. etwa *Weil* FPR 2010, 450 ff.) ist die Scheidung der Ehe nach § 1564 BGB sowie die Zuweisung des Sorgerechts bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern oder bei Getrenntleben nach § 1628 bzw. § 1671 BGB dem Gericht vorbehalten. Die Antragstellung bei Gericht kann jedoch Gegenstand eines Vergleichs sein, ebenso etwa eine Vereinbarung über das Umgangsrecht (§ 1683 BGB; BGH NJW-RR 1989, 195; vgl. § 156 Abs. 2 FamFG; dazu *Salgo* FPR 2010, 456). Für einen Verzicht auf künftige Unterhaltsansprüche gelten gesetzliche Restriktionen (→ D Rn. 363 ff.). **306**

Auch im **Gesellschaftsrecht** (→ D Rn. 373 ff.) oder im **Arbeitsrecht** (→ D Rn. 309) bestehen vielfältige Beschränkungen. **307**

Aus dem **Wettbewerbsrecht** ist insbesondere das Kartellverbot des § 1 GWB zu beachten (vgl. BGHZ 65, 147 = NJW 1976, 194 zum Spielraum für konsensuale Lösungen bei Zweifeln über die Rechtswidrigkeit des zu unterlassenden Wettbewerbsverhaltens). **308**

Für einen umfassenden Überblick über die **Verfügungsbefugnis nach einzelnen Rechtsgebieten** Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 5 ff.; MüKoBGB/*Habersack* § 779 Rn. 5 ff. **309**

MediationsG § 2

B. Mediationsgesetz (MediationsG)

- 310 **c) Verfügungsmacht.** Ein wirksamer Vergleich kann nicht mehr abgeschlossen werden, wenn der Anspruch bereits **abgetreten** oder kraft Gesetzes **übergegangen** ist. Letzteres ist häufig bei Schadensersatzansprüchen aus Körperverletzungen der Fall, die bei Bestehen einer Sozialleistungs- oder Versorgungsberechtigung bereits im Zeitpunkt des Schadensereignisses auf den Versorgungsträger übergehen (vgl. § 116 SGB X, § 76 BBG).
- 311 **d) Form.** Der Vergleichsvertrag nach § 779 BGB ist selbst **formfrei**. Nach § 782 BGB gilt dies auch für ein im Wege des Vergleichs erteiltes **Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis**. Ein **Formzwang** ergibt sich jedoch vielfach im Hinblick auf den Gegenstand des Vergleichs, also etwa die im Vergleich eingegangene Verpflichtung oder vorgenommene Gestaltung bzw. die Beschlussfassung im Gesellschaftsrecht. Hierfür kann zB Schriftform (§ 126 BGB) oder notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) vorgeschrieben sein. Für Mediationsvergleiche sind insbesondere folgende Formvorschriften von Bedeutung:
- 312 **Vertragsrecht:** Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das **Eigentum an einem Grundstück** zu übertragen oder zu erwerben, mit einem Erbbaurecht oder einem dinglichen Vorkaufsrecht zu belasten, bedarf nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung (zur Reichweite im Einzelnen BeckOK BGB/*Gehrlein* § 311b Rn. 5 ff.). Dasselbe gilt, wenn im Vergleich eine **unentgeltliche Zuwendung** vereinbart wird (§ 518 Abs. 1 BGB).
- 313 **Familienrecht:** Notarielle Form ist insbesondere vorgeschrieben für Regelungen der güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag (§ 1410 BGB) sowie für Vereinbarungen zum Zugewinnausgleich (§ 1378 Abs. 3 S. 2 BGB), über den Versorgungsausgleich (§ 7 VersAusglG) und über den Unterhalt für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung (§ 1585c BGB).
- 314 **Erbrecht:** Der notariellen Form bedürfen insbesondere der Erbvertrag (§ 2276 BGB), der Erbschafts Kauf (§ 2371 BGB) und der Erb- oder Pflichtteilsverzicht (§§ 2346, 2348 BGB).
- 315 **Gesellschaftsrecht:** Notarielle Form ist zB erforderlich für die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH (§ 15 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 GmbHG)
- 316 **e) Willensmängel. aa) Allgemeines.** Ein Vergleich kann in vielfacher Weise durch **Fehlvorstellungen der Parteien** beeinflusst sein. Dies kann zu seiner Unwirksamkeit (→ Rn. 318 ff., 328 f.), aber auch zur bloßen Anfechtbarkeit (→ Rn. 321 ff.) führen.
- 317 Ist der Vergleich **unwirksam oder wirksam angefochten**, entfällt dessen Wirkung, die darin bestehen sollte, das frühere Rechtsverhältnis umzugestalten. Somit besteht die alte Rechtslage unverändert fort. Auf Grund des unwirksamen Vergleichsvertrages erbrachte Leistungen sind nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückzugewähren. Zu Zulässigkeit und Folgen eines **Rücktritts** → D Rn. 264.
- 318 **bb) Irrtum über die Vergleichsgrundlage.** Gemäß **§ 779 Abs. 1 BGB** ist der Vergleich **unwirksam**, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der mit dem Vergleich beigelegte Streit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde, dh die Vertragsparteien **demselben Irrtum** hinsichtlich der Vergleichsgrundlage unterlagen und bei Kenntnis der Sachlage bezüglich der im Vergleich geregelten Sachfrage nicht in Streit geraten wären. Entscheidend ist also, dass die Parteien bei Kenntnis der wahren Sachlage keinen Anlass zum Abschluss gerade dieses

Vergleichs hatten; ob über andere Fragen Streit entstanden wäre, ist dagegen irrelevant (Palandt/*Sprau* BGB § 779 Rn. 17).

Gehen die Parteien zB aufgrund gewisser Umstände davon aus, dass eine Ersatzpflicht für Schäden dem Grunde nach besteht und schließen einen Vergleich bezüglich der **Schadenshöhe**, stellt sich aber im Nachhinein heraus, dass die Ersatzpflicht begründenden Umstände nicht vorgelegen haben, ist der Vergleich unwirksam, weil die Ungewissheit über die Schadenshöhe nicht entstanden wäre (vgl. BGHZ 155, 342 = NJW 2003, 3193 [3195]). Eine solche Situation kann auch durch den **Mediator** hervorgerufen werden, wenn er durch eine (pflichtwidrige) Stellungnahme eine zu dem Vergleich führende Fehlvorstellung der Parteien verursacht.

Es ist umstr., ob auch reine **Rechtsfragen** unter § 779 Abs. 1 BGB zu subsumieren sind (dafür etwa MüKoBGB/*Habersack* § 779 Rn. 64; Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 71). Die Rspr. verneint dies ua mit dem Hinweis darauf, dass sich die Vertragsparteien über Rechtsfragen unterrichten könnten, während dies bei Tatfragen oft nicht sicher möglich sei (RGZ 157, 266 [268]; offenlassend jedoch BGH NJW 2007, 838). Für eine auf Tatsachen beschränkte Auslegung dürfte nicht nur der Wortlaut der Vorschrift sprechen, sondern vor allem, dass mit den (erst nach Inkrafttreten des BGB entwickelten) Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (nunmehr **§ 313 Abs. 2 BGB**) ein in den Rechtsfolgen flexibleres Instrument zur Verfügung steht. So nimmt BGHZ 25, 390 = NJW 1958, 297 (298) bei einem Rechtsirrtum infolge einer nachträglich geänderten höchstrichterlichen Rspr. eine **Vertragsanpassung** vor. Sobald sich der Irrtum jedoch auch auf Tatsachen bezieht, ist der Anwendungsbereich von § 779 Abs. 1 BGB jedenfalls eröffnet.

cc) Anfechtbarkeit wegen Irrtums. Im Umkehrschluss aus § 779 Abs. 1 BGB folgt, dass ein **Irrtum** über Umstände, die den **Gegenstand des Streites oder der Ungewissheit** bildeten, nicht zur Anfechtung berechtigt (Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 80). Zweck des Vergleiches ist es gerade, Rechtsgewissheit über das Rechtsverhältnis im Hinblick auf die ungewissen oder im Streit stehenden Umstände zu schaffen. Für die Anwendung des § 242 BGB besteht kein Bedarf (dafür aber OLG Köln NJW-RR 1988, 924 [925] bezüglich der Höhe von Zukunftsschäden bei einem Vergleich über den Schaden), wenn hinreichend sorgfältig zwischen Vergleichsgrundlage und -gegenstand differenziert wird (vgl. *Looschelders* Rn. 994). Die Abgrenzung ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalles vorzunehmen.

Einseitige Vorstellungen über die **Vergleichsgrundlage** beinhalten idR einen (außerhalb von § 779 BGB) unbeachtlichen Motivirrtum und berechtigen allenfalls bei Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder Sache (§ 119 Abs. 2 BGB) zur Anfechtung (Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 80; MüKoBGB/*Habersack* § 779 Rn. 60; Erman/*H.F. Müller* BGB § 779 Rn. 33).

Die Irrtumsanfechtung nach **§ 119 Abs. 1 BGB** bleibt von § 779 Abs. 1 BGB unberührt (BGHZ 87, 227 = NJW 1983, 2034 [2035]), da sie sich nicht auf den Vergleichsgegenstand bezieht, also die im Streit befindlichen Tatsachen, sondern den Vorgang der Erklärung des Vergleichsangebotes oder seiner Annahme betrifft (Eidenmüller/*Wagner/Hacke* Kap. 6 Rn. 54).

dd) Täuschung. Die **Anfechtung wegen arglistiger Täuschung** nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB wird von § 779 Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen (Staudinger/*Marburger* BGB § 779 Rn. 81). Sie setzt eine bewusste und zielgerichtete Vorspiege-

MediationsG § 2

B. Mediationsgesetz (MediationsG)

lung oder Entstellung von maßgeblichen Umständen voraus (MüKoBGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 13 ff.). Ein Verschweigen reicht hierfür nur aus, wenn eine Aufklärungspflicht zu bejahen ist (BGH NJW 1999, 2804). Erklärungen „ins Blaue hinein“ können eine arglistige Täuschung darstellen, wenn der Erklärende vertrags erhebliche Umstände blindlings zusichert und dabei verschweigt, dass ihm entgegen der offensichtlichen Erwartung des Erklärungsempfängers die erforderliche Kenntnis fehlt (BGH NJW 2006, 2839; MüKoBGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 15).

- 325 Hat der **Mediator** eine Partei des Vergleichsvertrages getäuscht (was eine Verletzung einer Pflicht aus dem Mediatorvertrag darstellt, → Rn. 167 f.), so berechtigt diese Täuschung gem. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB nur dann zur Anfechtung des Vergleichsvertrages, wenn der andere Vertragsteil die Täuschung kannte oder kennen musste. Der Mediator ist Dritter iSd Vorschrift, weil er wegen seiner neutralen Stellung als Vermittler nicht etwa bloßer Verhandlungshelfer der anderen Partei ist und nach seiner Aufgabe nicht „in deren Lager steht“ (zur Abgrenzung allg. MüKoBGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 64). Zur Frage der Störung der Geschäftsgrundlage → Rn. 329.
- 326 Führt eine Partei während der Anbahnung eines Vergleichs die andere fahrlässig in die Irre, erkennt die Rspr. ein schadensrechtliches **Vertragsaufhebungsrecht** über § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB iVm dem Grundsatz der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB jedenfalls dann an, wenn der Vertrag wirtschaftlich belastend ist (etwa BGH NJW 1998, 302, str.). Praktisch relevant ist eine solche fahrlässige Irreführung insbesondere im Hinblick auf die Verletzung von **Aufklärungspflichten**. Die Wertung des § 779 Abs. 1 BGB steht der Annahme eines Verschuldens bei Vertragsschluss nicht entgegen. Bestand hinsichtlich eines im Streit befindlichen Umstandes eine Aufklärungspflicht einer Vertragspartei, so hebt der Vergleich die Verletzung der Aufklärungspflicht nicht auf, sondern perpetuiert sie vielmehr.
- 327 **ee) Widerrechtliche Drohung.** Die Anfechtung des Vergleichs nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB wegen widerrechtlicher **Drohung** ist **ohne Einschränkung** möglich. Die Widerrechtlichkeit kann sich aus dem Mittel der Drohung, dem damit bezweckten Erfolg oder der Verbindung von Mittel und Erfolg ergeben (MüKoBGB/*Armbrüster* § 123 Rn. 103 ff.). Die Ausnahme bezüglich Dritter (→ Rn. 325) gilt gemäß § 123 Abs. 2 BGB für die Drohung nicht: Eine durch einen Dritten, also auch den Mediator, erfolgte widerrechtliche Drohung berechtigt die bedrohte Partei zur Anfechtung nach § 123 Abs. 1, §§ 124, 142, 143 BGB.
- 328 **ff) Störung der Geschäftsgrundlage.** Ein **gemeinsamer Irrtum** über die Vergleichsgrundlage führt gem. § 779 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit des Vergleichs. Insofern verdrängt die Vorschrift § 313 Abs. 2 BGB wegen Spezialität. § 313 BGB bleibt zwar im Übrigen anwendbar (vgl. BGH NJW-RR 1994, 434 [435]), jedoch ist der Normzweck von § 779 Abs. 1 BGB zu beachten. Aus § 779 Abs. 1 BGB lässt sich ableiten, dass ein einseitiger oder gemeinschaftlicher Irrtum über den Vergleichsgegenstand und einseitige Irrtümer über die Vergleichsgrundlage unbeachtlich sind, da es Zweck des Vergleichs ist, Rechtsgewissheit über das Rechtsverhältnis zu schaffen (→ Rn. 295). Insofern ist auch die Anwendung der Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen. Da § 779 Abs. 1 BGB nur Fehlvorstellungen bezüglich der anfänglich bestehenden, subjektiven Vergleichsgrundlage betrifft, kommt die Anwendung von § 313 Abs. 1 BGB aber hinsichtlich der **objektiven Geschäftsgrundlage** (*Bork* S. 378) sowie gene-