

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

Inhaltsübersicht

XIII

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) „Gesamtvereinigung 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 Risikoubernahme	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