

TIM HUSEMANN

Der moderierte Vertrag

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 249



Tim Husemann

Der moderierte Vertrag

Mohr Siebeck

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

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft – 462268963.

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

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

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

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

meinem lieben Großvater

Vorwort

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

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

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

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

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

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

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich für die Übernahme der Druckkosten.

Bochum, im Frühjahr 2021

T.H.

Inhaltsübersicht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hinweis zu Abkürzungen

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Vgl. *Risse*, ZKM 2015, 75.

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

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

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

I. Begriff der Moderation

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

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

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

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

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

¹² Rohde, AiB 2004, 165.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ *Greger*, ZKM 2014, 140.

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

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

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

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

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

II. Begriff des (zivilrechtlichen) Konflikts

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

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

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

³² So *Greger*, ZKM 2014, 140.

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

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

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

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

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

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

1. Gegensatz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Rolle der Kommunikation

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

3. Verhandelnd zum Vertrag

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁵ *Breidenbach*, Mediation, S. 210.

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

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

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

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

4. Das Zivilrechtliche des Konflikts

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

⁵⁸ Breidenbach, Mediation, S. 211.

⁵⁹ Röhl, Rechtssoziologie, S. 511.

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

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

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

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

⁶⁴ Haft, in: FS Söllner, S. 391, 392.

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

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

III. Gang der Darstellung

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

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

B. Der moderierte Vertrag des zivilrechtlichen Konflikts

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

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

I. Mediator

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Vorschrift lautet:

„§ 1 Begriffsbestimmungen

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

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

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

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

⁶ BGBl. I 2012, S. 1577.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ *Greger*, ZKM 2012, 36.

¹⁷ *Greger*, ZKM 2012, 36.

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

Sachregister

- Abstufbarkeitsthese 569
- Abwägung 579
- Abwägungsthese 569
- Akteneinsicht 66
- Akzeptanzbereitschaft 406
- Amtspflicht 60, 81, 82, 130, 246, 334, 351, 369
- Amtsverschwiegenheit 71
- Anerkennende Privatautonomie 588, 613
- Anerkennungswürdigkeit 406
- Anfechtung 432
- Äquivalenz 575
- Äquivalenzstörung 525
- Arbeitsförderungsrecht 338
- Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge 196, 475, 476
- Aufhebungsverträge 196, 475–477, 479
- Auseinandersetzungspan 356, 363
- Ausgleichsstelle 311, 317
 - *siehe auch* Täter-Opfer-Ausgleich
 - als Moderator 310
 - Freiwilligkeit 312
 - Interesse 317
 - Neutralität 312
 - Unabhängigkeit 312
 - Vertraulichkeit 312
- Aussagegenehmigung 71
- Autonomieprinzip 459

- Beratung nach § 17 Abs. 2 SGB VIII 317
- Beschlussvergleich 178
- Besorgnis der Befangenheit 597
 - Glaubhaftmachung 599
 - Kennenmüssen 601
 - Prüfungsmaßstab 597
 - Verfahren 597
- Bestätigter Vergleich 226
- Bestätigung 365, 366
- Beteiligter Unbeteiligter 268, 269, 275, 312, 393, 492, 586
 - als Garant der Selbstbestimmung 492
- Betriebspartner 343

- Betriebsverfassungsrecht 339
- Beurkundung 364, 366
- Bewegliches System
 - Abstufbarkeitsthese 569
 - Abwägung 579
 - Abwägungsregeln 580
 - Abwägungsthese 569
 - Äquivalenz 575
 - das elastische Band 580
 - des Normalvertrags 572
 - drei Thesen 568
 - Elemente 569
 - Funktionsweise 578, 592
 - kommunizierende Röhren 583
 - Kritik 577
 - moderierter Vertrag 611
 - Öffentliche Interessen 577
 - Orientierung an Rechtsfolge 581
 - Pluralitätsthese 568
 - Privatautonomie 574
 - Sandhaufentheorem 581
 - Sozialstaatsprinzip 578
 - Stehen zum gegebenen Wort 576
 - Verkehrssicherheit 574
 - Wettbewerbsprinzip 577
- Beweisverwertung 80
- Bundesagentur für Arbeit 338, 340, 341, 344
 - Vermittlung 338

- Case-Manager 98
- Charakteristika der Mediation 17
 - Mediation 17
 - Neutralität 244
 - Vertraulichkeit 245
 - vor dem Güterichter 56
- Culpa in contrahendo 439, 469, 471, 473, 519, 551, 564

- Das elastische Band 580
- Der beteiligte Unbeteiligte 269
- Doppeldrohung 466
- Doppeltätigkeit 375

- Doppeltäuschung 446
- Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB 436
 - Erfüllungsgehilfe 438
 - Lagerzugehöriger 439
 - Makler 441
 - Moderator 440
- Drohen 432
- Drohung 447
 - durch Dritte 447
 - Einschränkungen 447
 - Finalität 450
 - Hinweis 451
 - Konnexität 464
 - künftiges Übel 455
 - Mittel 459
 - Schutzobliegenheiten 448
 - subjektiver Tatbestand 456
 - Überrumpelung 454
 - Warnung 451
 - Widerrechtlichkeit 457, 460
 - Zeitdruck 454
 - Zweck 462
 - Zweck-Mittel-Relation 464
- durch Dritte, *siehe* Drohung

- Einigungshilfen 391, 604, 605
- Einigungsstelle
 - Freiwilligkeit 331
 - Haftung 334
 - Interesse 333
 - Moderation 328
 - moderierter Vertrag 335
 - Neutralität 333
 - Unabhängigkeit 333
- Einzelgespräch 54–57, 67, 122, 553
- Elastisches Band 580
- Entscheidungsfreiheit 469
- Entwurf, neutraler 346
- Erbengemeinschaft 353
- Erfüllungsgehilfe 438
- Evolution des Rechts 270

- Faire Verhandlung, *siehe* Gebot fairen Verhandeln
- Freiwilligkeit
 - bei der maklerischen Vermittlung 382
 - bei der Moderation 394
 - bei der notariellen Vermittlung 357
 - bei Vermittlung durch Jugendamt 323
 - beim Täter-Opfer-Ausgleich 312
 - Einigungsstelle 331
 - Güterrichter 56
 - Güteverhandlung 117
 - in der Mediation 18
- Garant der Selbstbestimmung 416, 590, 603, 604, 609
- Gebilligter Vergleich 225
- Gebot fairen Verhandeln 478, 479
 - Betriebsverfassungsrechtliche Annäherung 480
 - Fallgruppen der Imparität 486
 - Inhalt 479
 - privatautonomer Ansatz 481
 - rechtlicher Standort 478
 - Strukturelle Unterlegenheit 484
 - Unangemessenheit der Vereinbarung 483
 - Vertragsfreiheit 490
 - Vertragsgerechtigkeit 491
 - vertragstheoretischer Ansatz 481
- Gegenseitiges Nachgeben 424
- Gegenseitigkeit 428
- Genehmigter Vergleich 228
- Gerechtigkeit
 - als Fairness 539
 - ausgleichende Gerechtigkeit 542
 - austeilende Gerechtigkeit 538
- Gerichtlich gebilligter Vergleich 322
- Gerichtlicher Vergleich 168
- Gerichtsakte 63
- Gerichtsvollzieher
 - Charakteristika des Verfahrens 240
 - Einsetzung 236
 - Freiwilligkeit 241
 - Moderation 236
 - Moderierter Vertrag 248
 - Ratenzahlung 248
 - Unabhängigkeit 244
 - Widerspruchslösung 253
 - Zahlungsaufschub 248
- Gerichtsvollzieher als Moderator 235
- Geschäftsgrundlage
 - Äquivalenzstörung 525
 - Gerechtigkeit 537
 - objektiv 522
 - Öffentliche Interessen 546
 - Richtigkeitsgewähr 532
 - Risikoverteilung 527
 - subjektiv 522
 - Unzumutbarkeit 524
 - Vertragsmechanismus 534
 - Vorhersehbarkeit 526

- Wertungsgrundlage 532
- Zurechenbarkeit 526
- Gesetzliche Normierung
 - Begründung 593
 - Vorschlag 592
- Gesinnung, verwerfliche 559, 563
- Gesteigerte Legitimation 606
 - Absicherung 421, 609
 - Garant der Selbstbestimmung 416, 609
 - Geschäftsgrundlage 519
 - Grundlagen 411
 - Öffentlichkeit 413, 607
 - Richtigkeitsgewähr 415, 608
 - Verfahrensgerechtigkeit 414, 607
 - Vertragsgerechtigkeit 414, 607
- Goldene Regel 14, 491, 588, 604, 613
- Gütedanke 238
- Güterabwägungsprinzip 458
- Gütergemeinschaft 354
- Güterichter
 - Charakteristika des Verfahrens 56
 - Einsetzung 42
 - Freiwilligkeit 56
 - Gerichtsakte 63
 - Haftung 80
 - Kräfteparität 90
 - Moderation 45
 - moderierter Vertrag 87
 - Ne ultra petita 89
 - Neutralität 58
 - Protokollierung 88
 - Unabhängigkeit 58
 - Vergleich im schriftlichen Verfahren 219
 - Vertraulichkeit 61
- Güterichterliche Tätigkeit
 - Ausrichtung am Parteiinteresse 51
 - Einzelgespräch 54
 - Lösungsvorschläge 51
 - Transparenz 50
- Güterichtermodell 41
- Güteverhandlung 117
 - Freiwilligkeit 117
 - Neutralität 119
 - Unabhängigkeit 119
 - Vertraulichkeit 126
- Haftung
 - *siehe auch* Haftung des Gerichtsvollziehers
 - *siehe auch* Haftung des Güterrichters
 - *siehe auch* Haftung des Prozessrichters
 - der Schlichtungsstelle 294
 - des Maklers 382
 - des Notars 369
 - Einigungsstelle 334
 - Güterichter 80
 - Mediator 29
 - Haftung des Gerichtsvollziehers 245
 - Amtshaftung 246
 - Erinnerung 247
 - Haftung des Güterrichters
 - Haftungsgrund 81
 - Privilegierung 83
 - Schaden 87
 - Haftung des Prozessrichters 129
 - Amtspflichtverletzung 130
 - Schaden 132
 - Spruchrichterprivileg 130
 - Haftungsprivilegierung 84, 86, 130, 131
 - Handelsmakler 377, 378, 383,
 - Harvard-Konzept 14, 15, 115, 346, 355, 584, 585
 - Heimliche Theorie des Verfahrens, *siehe* Theorie des Verfahrens
 - Imparität 486
 - personenbedingte 487
 - situationsbedingte 488
 - Inadäquanz von Mittel und Zweck 465
 - Informierte Autonomie 300, 394, 418, 419, 588, 591, 612
 - Interesse
 - Ausgleichstelle 317
 - der Einigungsstelle 333
 - des Maklers 384
 - des Mediators 28
 - des Moderators 266, 393, 606
 - des Notars 369
 - Prozessrichter 231
 - Streitmittler 305
 - Interessenausgleich 340
 - Jugendamt 317, 320, 325, 326, 604
 - Einsatz als Moderator 318
 - einvernehmliches Konzept 321
 - Freiwilligkeit 323
 - gerichtlich gebilligter Vergleich 322
 - Moderation 319
 - Neutralität 324
 - Unabhängigkeit 324
 - Justizgewährleistungsanspruch 101, 143

- Kardinalspflichten 347
 - Belehrung 348
 - Erforschung des Willens 348
 - Klärung des Sachverhalts 347
 - Wiedergabe der Erklärungen 348
- Kollusion 550
- Kommunikation 6
- Kommunikationsmittler 4, 40
- Kommunizierende Röhren 583
- Konflikt
 - Begriff 4
- Konfliktlösungsmonopol 556
- Kräfteungleichgewicht 91

- Lagerzugehöriger 439
- Legitimation
 - Absicherung 400, 410, 420
 - des moderierten Vertrags 411
 - des Urteils 397, 401, 403
 - des Vertrags 406
 - durch Selbstbestimmung 406
 - durch Verfahren 397
 - durch Verhandeln 408
 - Richtigkeitsgewähr 408
 - und Vertragstypus 422
 - Verfahrensgerechtigkeit 399
- Legitimation, gesteigert, *siehe* gesteigerte Legitimation

- Machtmissbrauch 550, 552, 553
 - und Moderation 550
- Makler
 - Alleinauftrag 372
 - als Dritter 441
 - Aufklärungspflicht 381
 - Doppeltätigkeit 375
 - Freiwilligkeit 382
 - Haftung 382
 - Interesse 384
 - Moderation 372
 - moderierter Vertrag 383
 - Neutralität 378
 - Unabhängigkeit 378
- Maklerische Vermittlung, *siehe* Makler
- Maklervertrag 371
- Manipulation 471
- Mediation
 - Charakteristika 17
 - Freiwilligkeit 18
 - Neutralität 22
 - Unabhängigkeit 23
 - Vertraulichkeit 27
- Mediationsgesetz 12, 34, 164
- Mediationsrichtlinie 10, 28, 46
- Mediator
 - Charakteristika des Verfahrens 17
 - Einsetzung 11
 - Haftung 29
 - Interesse 28
 - Mediatorvertrag 11
- Mediatorvertrag 11
- Methodenklarheit 50
- Methodenvielfalt 51
- Methodenwahl 48
- Missbrauch der Vertretungsmacht 551
- Missbrauchskontrolle 548
 - Kollusion 550
 - Konfliktlösungsmonopol 556
 - Machtmissbrauch 550
 - Rechtsgutsorientierung 556
 - Sittenwidrigkeit 557
 - Untreue 554
 - Vertretungsmacht 551
 - verwerfliche Gesinnung 559
- Moderation
 - Begriff 2
 - beim Täter-Opfer-Ausgleich 310
 - der Bundesagentur für Arbeit 341
 - des Gerichtsvollziehers 236
 - des Maklers 372
 - des Mediators 17
 - durch die Ausgleichsstelle 311
 - durch die Einigungsstelle 328
 - durch Güterichter 45
 - durch Mediator 33
 - durch Notar 346
 - durch Prozessrichter 97, 102
 - Einigungshilfen 391
 - Freiwilligkeit 394
 - Inhalt 603
 - Jugendamt 319
 - Selbstbestimmung 548
 - Streitmittler 281
 - undue influence 492
 - Verbraucherstreitbeilegungsverfahren 281
- Moderation des Güterichters 45
- Moderator
 - als der beteiligte Unbeteiligte 269
 - als Dritter 440, 442
 - Interesse 393, 590, 606
 - Neutralität 392, 589, 613

- Tätigkeit 262
- Unabhängigkeit 392, 589, 614
- Vermittlungstätigkeit 391
- Moderierter Vertrag
 - Begriff 394
 - bei der Vermittlung durch das Jugendamt 321
 - beim Güterichter 87
 - beim Notar 352
 - Bewegliches System 566, 611
 - Definition 262, 270
 - des Maklers 383
 - Einigungsstelle 335
 - Gesetzliche Normierung 592
 - gesteigerte Legitimation 411
 - in der Evolution des Rechts 271
 - in der Mediation 32
 - Legitimation 396
 - Neutralität 263
 - Prozessvergleich 133
 - Rechtsphänomen 602
 - rechtssoziologische Bedeutung 395
 - Streitmittler 295
 - Unabhängigkeit 263
 - und reflexives Recht 271
 - Verbraucherstreitbeilegungsverfahren 295
 - Vergleich 422
 - Vertraulichkeit 268
- Musterfeststellungsklage 222
- Musterverfahren 220

- Nachgeben, gegenseitiges 426
- Nachweismakler 374
- Neutraler Entwurf 346
- Neutralität
 - bei Vermittlung durch Jugendamt 324
 - beim moderierten Vertrag 263
 - beim Täter-Opfer-Ausgleich 312
 - des Notars 360
 - Einigungsstelle 333
 - Güterichter 58
 - Güteverhandlung 119
 - Makler 378
- Notar
 - Auseinandersetzungspan 356, 363
 - Bestätigung 365, 366
 - beurkundende Tätigkeit 345
 - Beurkundung 364, 366
 - Einsetzung 354
 - Freiwilligkeit 357
 - Haftung 369
 - Interesse 369
 - Kardinalspflichten 347
 - Moderation 346
 - moderierter Vertrag 352
 - Neutralität 360
 - Säumnisverfahren 357
 - Unabhängigkeit 360
 - Vermittlung 344, 354
 - vorbereitende Vereinbarungen 356, 362
- Notarielle Vermittlung, *siehe* Notar

- Objektive Geschäftsgrundlage 522
- Öffentliche Interessen 546
- Opferautonomie 315
- Ordnungsgeld 44, 56, 75, 332

- Pluralitätsthese 568
- Prinzip des mangelnden Zusammenhangs 458
- Privatautonomie, anerkennende 588, 603, 613
- Privatautonomie, informierte 588, 603, 612
- Prozessrichter
 - als Moderator 102
 - Druckausübung 143
 - Einsetzung 97
 - Gesetzesbindung bei Vermittlungstätigkeit 137
 - Haftung 129
 - Interesse 231
 - Kräftegleichgewicht 144
 - Kräfteparität 108
 - Manipulation durch Autorität 142
 - Moderation 102
 - moderierter Vertrag 133
 - Protokollierung 148
 - Sicherung von Drittinteressen 220
 - Tätigkeit 114
 - Vergleichsvorschlag 144
- Rechtspflege, vorsorgende 344
- Rechtssoziologische Bedeutung 395
- Rechtsstaatsprinzip 350
- Rechtsverhältnis 424
- Rechtswidrigkeitsprinzip 458
- Reflexives Recht 271
- Richtigkeitschance 401–403, 405
 - Kritik 401
 - Voraussetzungen 403
- Richtigkeitsgewähr 608

- Verstärkung 415
- Voraussetzungen 409
- Riskin-Raster 14

- Sandhaufentheorem 581
- Säumnisverfahren 357
- Schiedsgutachten 388
- Schiedsverfahren 388
- Schlichtung 286, 386
- Schlichtungsvorschlag
 - Rechtsbindung 298
- Sittenwidrigkeit 557, *siehe auch*
 - Missbrauchskontrolle
- Sozialplan 341
- Sozialstaatsprinzip 578
- Spruchrichterprivileg 83, 84, 130, 131, 334
- Stat pro ratione voluntas 407, 410, 483, 484
- Stehen zum gegebenen Wort 576
- Störung der Geschäftsgrundlage, *siehe*
 - Geschäftsgrundlage
- Streit 423
- Streitmittler
 - Interesse 305
 - Moderation 281
 - moderierter Vertrag 295
 - Qualifikation 280
 - Schlichtungsvorschlag 296
 - Tätigkeit 281
- Subjektive Geschäftsgrundlage 522

- Täter-Opfer-Ausgleich
 - *siehe auch* Ausgleichstelle
 - Ausgleichstelle 310
 - Freiwilligkeit des Opfers 313
 - Freiwilligkeit des Täters 314
 - Freiwilligkeit 312
 - Moderation 310
 - Moderator 308
- Täuschen 432
- Täuschung 433
 - durch Dritten 436
 - durch Moderator 444
 - durch Nicht-Vertragspartner 435
 - durch Unterlassen 434
- Theorie des Verfahrens 398
 - Öffentlichkeit 399
 - Verfahrensgerechtigkeit 399
 - Voraussetzungen 398
- Treu und Glauben, *siehe* Missbrauchs-
kontrolle

- Übel, künftiges 455
- Überrumpelung 454, 455, 475–477, 510
- Überrumpelungssituation 476
- Unabhängigkeit
 - bei Vermittlung durch Jugendamt 324
 - beim moderierten Vertrag 263
 - des Notars 360
 - Einigungsstelle 333
 - Güterichter 58
 - Güteverhandlung 119
 - Makler 378
 - Mediation 23
- Undue influence 493
 - Begriff 493
 - bei der Moderation 516
 - Class 1 498
 - Class 2 499
 - Class 2A 501
 - Class 2B 501
 - explicable by relationship 504
 - Gegenbeweis 505
 - Kategorien 497
 - Kriterienkatalog 506
 - manifest disadvantage 503
 - Vermutungsregel 502
 - Zweck 493
- Ungewissheit 423
- Untreue 554
- Unzumutbarkeit 524

- Verbraucherschlichtung 289
 - Freiwilligkeit 290
 - Neutralität 293
 - Schlichtungsvorschlag 296
 - Unabhängigkeit 293
- Verbraucherstreitbeilegungsverfahren 277
 - Moderation 281
 - moderierter Vertrag 295
 - *siehe auch* Streitmittler
 - *siehe auch* Verbraucherschlichtung
- Vereinbarungen, vorbereitende 356, 362
- Verfahrensgerechtigkeit 607
- Vergleich
 - Gegenseitiges Nachgeben 424
 - Rechtsverhältnis 424
 - Streit 423
 - Ungewissheit 423
 - Unwirksamkeitsgrund 429
- Vergleich im schriftlichen Verfahren 178
 - Güterichter 219

- Kreuzende Angebote 184
- Zustimmung zu Vertragstext 179
- Verhaltenskodex für Mediatoren 35, 90
- Verhandlungsführer 438
- Verhandlungsgeschichte 417
- Verkehrssicherheit 574
- Vermittlung
 - durch die Bundesagentur für Arbeit 338
 - durch Notar 344
 - Notar 354
- Vermutung 560, 563
- Verstoß gegen gute Sitten, *siehe* Missbrauchskontrolle
- Vertragsgerechtigkeit 607
- Vertragsmechanismus
 - bei der Moderation 534
- Vertraulichkeit
 - beim moderierten Vertrag 268
 - Güterichter 61
 - Güteverhandlung 126
 - Mediation 27
- Vertraulichkeitsabrede 77
- Vertretungsmacht 551
- verwerfliche Gesinnung 559, 563
 - Vermutung 560, 563
- Volenti non fit iniuria 407, 421, 484, 542
- Vorbereitende Vereinbarungen 356, 362
- Vorhersehbarkeit 526
- Vorsorgende Rechtspflege 344
- Wächteramt 205
- Waffengleichheit 109
- Wegfall der Geschäftsgrundlage, *siehe* Geschäftsgrundlage
- Wertungsgrundlage 532
- Wettbewerbsprinzip 577
- Widerlegbarkeit 560
- Widerrechtlichkeit 457, 460
- Widerspruchslösung
 - Prüfungskompetenz des Gerichtsvollziehers 254
- Wiedergutmachung 309
- Wirksamkeitskontrolle 348
- Zeitdruck 451, 454, 475, 488, 508, 600, 601
- Zeugnisverweigerungsrecht 28
- Zivilmakler 371, 375
- Zurechenbarkeit 526
- Zusammenfassung 602
- Zweck-Mittel-Relation 464