



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 13

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Susanne Lehmann

Hinwirken im Einvernehmen – Die interessenbasierte Güteverhandlung im Zivilprozess

Chancen – Risiken – Möglichkeiten der
Implementierung – Ein Beitrag zur systematischen
Einordnung einer neueren Praxis



Wolfgang Metzner Verlag

Band 13

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von

Dipl.-Psych. Nicole Becker, M. A.

Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.

Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter

Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Susanne Lehmann

**Hinwirken im Einvernehmen –
Die interessenbasierte
Güteverhandlung im Zivilprozess**

Chancen – Risiken – Möglichkeiten der
Implementierung – Ein Beitrag zur systematischen
Einordnung einer neueren Praxis



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2015/2017



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2017

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-016-6 (Print)

ISBN 978-3-96117-017-3 (Online)

ISSN 2365-4155

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Inhalt

Inhalt 1

1. Einleitung **5**
 - 1.1. Ausgangssituation: Die Praxis der interessenbasierten Gerichtsverhandlung **7**
 - 1.1.1. Interessen und Bedürfnisse **8**
 - 1.1.2. Vorschläge aus der Praxis **10**
 - 1.2. Ziel der Masterarbeit **12**
 - 1.3. Herleitung der Forschungsfrage **14**
 - 1.4. Begriffsklärungen und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes **15**
 - 1.4.1. Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO **16**
 - 1.4.2. Mediationsbegriff und Einsatz mediativer Interventionen **16**
 - 1.5. Methodik und Aufbau der Masterarbeit **17**
2. Untersuchungskontext: Die zivilprozessuale Verhandlung, das Hinwirken auf Einvernehmen **20**
 - 2.1. Juristischer Bezugsrahmen der justiziellen Rechtsanwendung **20**
 - 2.1.1. Juristische Sicht auf Streit und die Komplexitätsreduktion durch Verrechtlichung des Konflikts **20**
 - 2.1.2. Funktion des Rechts und der Rechtsprechung **21**
 - 2.1.3. ZPO-Maximen **22**
 - 2.1.4. Richterliche Pflichten **22**
 - 2.1.5. Vergleich: Vom Diskussionsobjekt zum Leitbild **22**
 - 2.1.6. Hinwirken auf Einvernehmen **23**
 - 2.2. Psychologischer und soziologischer Bezugsrahmen der justiziellen Rechtsanwendung **24**
 - 2.2.1. (Un-) Zufriedenheit der Rechtssuchenden **24**
 - 2.2.2. ZPO-Verhandlung als soziales System **25**
 - 2.2.3. Macht und Machtungleichgewichte **26**
 - 2.2.4. Juristisches Denken kennt keine Relevanz von Bedürfnissen und Interessen **27**
 - 2.2.5. Gesetzmäßigkeit der Relevanz von Interessen und Bedürfnissen **28**
 - 2.2.6. Vorverständnis und Rollenbilder **28**

2.3. Zwischenergebnis **29**

- 3. Für und Wider mediativer Interventionen in der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO: Ist die Zeit reif für die Weiterentwicklung des Zivilprozesses durch Implementierung der Praxis interessenbasierter Gerichtsverhandlung? **30**
- 3.1. Spannungsverhältnisse zwischen den Rechtsprinzipien richterlicher Tätigkeit und mediativer Gestaltung des Verfahrens **30**
- 3.1.1. Rechtsgewährungsanspruch vs. Interessen- und Bedürfnisorientierung **30**
- 3.1.2. Entmonopolisierung des Gerichtsverfahrens? Privatautonomie vs. Anspruch der Gesellschaft auf Rechtsentwicklung durch Rechtsprechung **32**
- 3.1.3. Einführung in den Sach- und Streitstand durch den potentiellen Entscheider vs. Grundsatz der informierten Entscheidung **33**
- 3.1.4. Richterliche Entscheidung/Hinwirken auf Einvernehmen vs. selbstbestimmte Lösungsfindung **34**
- 3.1.5. Gesetzlicher Richter vs. Freiwilligkeit **35**
- 3.1.6. Öffentlichkeit vs. Vertraulichkeit **37**
- 3.1.7. Neutralität/Unbefangenheit vs. Allparteilichkeit **38**
- 3.2. Weitere Spannungsverhältnisse **40**
- 3.2.1. Juristische Perspektive und Bedürfnis nach psychologischer Kontrolle (Ausblenden psychologischer Erkenntnisse) **40**
- 3.2.2. Machtphänomene in Gerichtsverhandlung und Mediation **41**
- 3.2.3. Richter mit dem Doppelhut? Rollenkonflikte **42**
- 3.2.4. Ressource Zeit und Komplexität **43**
- 3.2.5. Gefahr der Manipulation durch Prozessparteien, Rechtsanwalt oder Richter **45**
- 3.2.6. Akzeptanz einer interessenbasierten Gerichtsverhandlung in der Richterschaft? **45**
- 3.3. Diskussion der Forschungsfrage **47**
- 3.3.1. Risiken **47**
- 3.3.2. Chancen **52**
- 3.3.3. Notwendigkeiten **54**
- 3.4. Ergebnis der Forschungsfrage **56**
- 4. Vorschlag für ein Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung **61**

5. Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO zur interessenbasierten Gerichtsverhandlung: Wie kann das Modell abgesichert werden?	63
5.1. Ausdifferenzierung des Modells	63
5.2. Implementierung in das Gesetz	64
5.2.1. Wozu gesetzliche Definitionen?	64
5.2.2. Gesetzliche Definition der Berücksichtigung von Interessen und Bedürfnissen in der Güteverhandlung (§ 278 II ZPO)	66
5.2.3. § 278 ZPO bis § 278 b ZPO de lege ferenda	67
5.3. Setting	68
5.4. Qualifizierung der Richterschaft	69
5.4.1. Von Anfang an und danach regelmäßig	69
5.4.2. Vermittlung passender mediativer Interventionen	69
5.5. Supervision/Intervision/kollegiale Beratung	70
5.6. Weitere Ideen zur Motivationsförderung	71
6. Resümee	72
Literaturverzeichnis	74
Abkürzungsverzeichnis	82

Diese Masterarbeit entstand im Rahmen des Masterstudiengangs Mediation und Konfliktmanagement an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in Kooperation mit dem Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich möchte mich sehr herzlich bei allen Dozenten des Masterstudiengangs sowie meinen Kommilitonen des 8. Studienjahrganges für die wertvolle und intensive Zusammenarbeit während des gesamten Studiums bedanken.

Ich widme diese Arbeit meinem Mann und unseren Töchtern, verbunden mit meinem Dank, mir geduldig den nötigen Freiraum und ihre Unterstützung gewährt zu haben.

Susanne Lehmann,
Minden, Juli 2017

1. Einleitung

Der moderne Zivilprozess basiert auf der 1877 in Kraft getretenen ZPO, in der die Regeln zur Lösung zivilrechtlicher Probleme in einem gerichtlichen Verfahren normiert sind. Das Verfahren ist darauf angelegt, Gewinner und Verlierer hervorzubringen.¹ Dieses gesetzliche Primat des „Entweder-Oder“ findet nur eine Ausnahme in § 278 ZPO, indem dort die Pflicht des Richters², auf Einvernehmen der Parteien hinzuwirken, in verschiedenen Konstellationen geregelt wird.³ Ziel ist jeweils die nichtstreitige⁴ Erledigung des Verfahrens durch Vergleich,⁵ übereinstimmende Erledigungserklärung (§ 91 a ZPO), Klagrücknahme (§ 269 ZPO), Verzicht (§ 306 ZPO) und Anerkenntnis (§ 307 ZPO).⁶ Obwohl in der Praxis diese Erledigungsarten einen großen Anteil der Verfahrensabschlüsse ausmachen,⁷ widmen Gesetz und Literatur, unabhängig vom gesetzgeberischen Bestreben aufgrund verschiedener Gesetzesnovellen, ihnen wenig Aufmerksamkeit. Es finden sich sogar Stimmen, die das Eintreten für nichtstreitige Verfahrenserledigung als „rufschädigend“ und deshalb „eine Portion Mut“ voraussetzend be-

¹ Stellvertretend für diese Struktur des Zivilprozesses sei beispielhaft auf die Grundregel der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen in §§ 91, 92 ZPO verwiesen.

Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, 118 geht sogar so weit, den Rechtsstreit als „Nullsummenspiel“ zu bezeichnen, weil ausschließlich kompetitiv gestritten werde.

² Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Bezeichnung gewählt. Gemeint sind selbstverständlich auch alle Richterinnen.

³ *Greger*, in: Gläßer, *Gerichtliche Mediation*, 357.

⁴ Von nicht streitiger Erledigung spricht man, wenn das Gericht über den Streitgegenstand keine Entscheidung getroffen hat.

⁵ Die ZPO enthält keine Legaldefinition des gerichtlichen Vergleichs. §§ 98, 278 VI ZPO und 794 I Nr. 1 ZPO setzen ihn voraus.

⁶ Diese weiteren Erledigungsarten sind nur gemeint, wenn sie auf der Basis hergestellten Einvernehmens erklärt wurden. Oft werden prozessuale Erklärungen mit Blick allein auf Prozessaussichten oder aus Kostengründen abgegeben.

⁷ 2015 wurden deutschlandweit 60,3 % der Zivilverfahren beim Amtsgericht (ohne Familiengericht) und 51,3 % der Zivilverfahren beim Landgericht durch nichtstreitige Erledigung beendet. Die Motivation ist aus der Statistik nicht abzulesen.

Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege*,

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210157004.pdf?__blob=publicationFile, S. 22 und 52, aufgerufen am 15.07.2017.

zeichnen.⁸ In der Ausbildung spielt Verhandlungsführung eine unbedeutende Rolle.⁹

Im Schatten dessen entwickelte sich ab den 1980er Jahren in Deutschland, ausgehend von den USA, die moderne Form der alternativen Konfliktbeilegung. Jenseits des Atlantiks entstand, beeinflusst von einer weltweiten „Access-to-Justice“-Bewegung, über die letzten 50 Jahre die sog. ADR.¹⁰ Damit steht ein Konfliktbehandlungsangebot zur Verfügung, das sich nicht auf ein einziges alternatives Verfahren beschränkt, wenn auch die Mediation das prominenteste darstellt. Durch die Abgrenzung zum Gerichtsverfahren erfuhr die Mediation in der Folge als Konfliktbearbeitungsverfahren ihre Kontur.

Während die Rechtspolitik, etwa mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 2008/52/EG, vor allem die Förderung der außergerichtlichen Mediation im Blick hatte,¹¹ tat sich ab dem Jahre 2000 eine weitere, aus der Praxis geborene Entwicklung auf. Modellprojekte der gerichtlichen Mediation wurden, ausgehend von Niedersachsen, in etlichen Bundesländern initiiert.¹² In der Folgezeit wurden mitunter polarisierende Diskussionen geführt, die sich thematisch von der geschäftsschädigenden Konkurrenz von Richtermediatoren für die Vertreter der freien Mediation bis hin zur Frage erstreckten, ob ein mediiender Richter eine Aufgabe der Rechtsprechung wahrnimmt.¹³ Richtern wurde nicht zugetraut, qualitativ ausreichend hochwertig zu mediiieren.¹⁴ Daneben wurde aber auch eine an die amerikanische Idee des „Multi-Door-Courthouses“¹⁵ angelehnte Diskussion geführt, ob nämlich weitere Verfahren der alternativen Konfliktbeilegung in

⁸ *Haft*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 100.

⁹ *Ortloff*, in: *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, 114.

¹⁰ Alternative Dispute Resolution, zu Deutsch: Alternative Konfliktbeilegungsverfahren Vgl. dazu *Breidenbach*, in: *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, 1 und *Greger*, ZKM 2014, 140 ff.

¹¹ *Röthemeyer*, Mediation, 54 ff.

¹² *Gottwald/Greger*, ZKM 2016, 85. *Bamberger*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 242 weist darauf hin, dass 2012 an 250 deutschen Zivilgerichten gerichtliche Mediatoren bzw. ab 2012 Güterichter tätig waren.

¹³ *Röthemeyer*, Mediation, 98, zur Historie: 4 ff., 54 f.

¹⁴ In diese Richtung schon *Stürner*, JR 1979, 136, bezogen auf psychologische Schulungen von Richtern.

¹⁵ Dazu *Nelle*, in: *Eidenmüller*, Alternative Streitbeilegung, 123; *Trossen* (Hrsg.), Mediation (un)gerecht, 732. Leitidee war danach schon 1976, das Verfahren der Art des Streits anzupassen.

das Gerichtsverfahren integriert werden sollten.¹⁶ Manche Frage wurde 2012 im Zusammenhang mit der Schaffung des Mediationsgesetzes und durch die gesetzliche Neuregelung der Mediation im Güterichterkonzept gemäß § 278 V ZPO beantwortet.¹⁷

1.1. Ausgangssituation: Die Praxis der interessenbasierten Gerichtsverhandlung

Im Zuge der Modellprojekte wurden inzwischen rund 10 % der in Deutschland tätigen Richter¹⁸ mediativ ausgebildet.¹⁹ Diese Richter verhandeln nicht mehr wie bisher, da neben ihren Kommunikationsfähigkeiten auch ihr Blick für Interessen und Bedürfnisse geschärft ist.²⁰ Die Mediationsausbildung prägt aufgrund ihres hohen Selbsterfahrungsanteils die Person und wirkt sich dadurch bewusst oder unbewusst auf die richterliche Verhandlungsführung aus. Bestätigt wird dies durch Beobachtungen von Anwälten, die Veränderungen wahrnehmen. Es finden sich hierzu auch Belege in der Literatur.²¹ Selbstverständlich gilt auch hier die berühmte Erkenntnis von Watzlawick: „Man kann sich nicht *nicht* verhalten.“²² Und mehr noch, das Bewusstsein dieser Richter hat sich geändert. Hierzu stellt Greger fest, dass „die Initiativen der Gerichtsinternen Mediation ... sich bleibenden Wert dadurch erworben (haben), dass sie das Bewusstsein von der Notwendigkeit und Möglichkeit einer grundlegenden Veränderung der justiziellen Streitkultur geweckt haben.“²³ Inzwischen haben Richterfortbildungen mit mediativen

¹⁶ Dazu *Gottwald/Greger*, ZKM 2016, 86; vgl. auch die Dissertation von *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, aus dem Jahr 1981.

¹⁷ Dazu ausführlich *Röthemeyer*, Mediation, 97 ff.

¹⁸ Am 31.12.2014 gab es in der Bundesrepublik Deutschland 20.300,96 Richterstellen (nach Arbeitskraftanteilen);

https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Gesamtstatistik.pdf?__blob=publicationFile&v=6, aufgerufen am 15.07.2017

¹⁹ Die aktuellste Statistik weist für 2013 2097 ausgebildete Güterichter aus: <http://www.gueterichterforum.de/wp-content/uploads/2013/01/Bund-2013.pdf>, aufgerufen am 15.07.2017. Diese Zahl dürfte angesichts der von den Landesjustizverwaltungen weiterhin angebotenen Ausbildungen seither, auch unter Berücksichtigung der üblichen Fluktuation durch Dezernatswechsel, noch gestiegen sein. Ein Überblick zur Ausbildung findet sich bei *Koch/Vitens*, in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 97 ff.

²⁰ Vgl. *Böttger/Hupfeld*, ZKM 2004, 159.

²¹ *Böttger/Hupfeld*, ZKM 2004, 158 f.

²² *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 58.

²³ *Greger*, in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 357.

Inhalten einen festen Platz in den Programmen der Richterakademien, nicht nur für Güterichter.²⁴ Trossen weist zurecht darauf hin, dass die Mediation im Gericht angekommen und diese Entwicklung nicht mehr rückgängig zu machen sei.²⁵

Es gibt sie also praktisch schon, die interessenbasierte Gerichtsverhandlung. Eine systematische Einordnung, insbesondere die Berücksichtigung in der Verfahrensordnung für den Zivilprozess, der ZPO, fehlt aber bislang.

Bevor die bisher in der Literatur beschriebenen Konzepte vorgestellt werden, ist zunächst zu erläutern, was „interessenbasiert“ bedeutet.

1.1.1. Interessen und Bedürfnisse

Interessenbasiert ist eine Güteverhandlung nach hiesigem Verständnis, im Gegensatz zum Verharren auf den Positionen, wenn die Interessen jedes Beteiligten in die Verhandlung einbezogen werden.

Das Verständnis für Interessen und Bedürfnisse ist, ähnlich der Diskussion um den Begriff der Mediation,²⁶ sehr unterschiedlich. Interessen werden als die „Bedürfnisse, Wünsche und Befürchtungen der Parteien in Bezug auf den Prozessgegenstand“ bezeichnet.²⁷ Eine etwas andere Annäherung erfolgt bei Abgrenzung zu den Positionen: „Also Positionen sind das, was man, im Gegensatz zu einem anderen, möchte oder behalten will, was man fordert oder einklagt – wie zum Beispiel einen juristischen Anspruch – während Interessen das sind, was „dahintersteht.“²⁸ Ähnlich ist die Definition, die sich an der Motivation orientiert, nach dem „Warum?“ fragt und Interessen als das definiert, worum es den Beteiligten

²⁴ Bspw. bietet die Deutsche Richterakademie im Februar 2017 eine mehrtägige Fortbildung zum Thema „Mediative Elemente im Bauprozess“ an: <http://www.deutsche-richterakademie.de/icc/drade/nav/a65/broker.jsp?uMen=a6514b8a-cef3-751c-383c-d036350fd4c2&uCon=fca57205-93f5-751c-383c-d036350fd4c2&press=true&pagesize=1&page=1&mode=detail>, aufgerufen 15.07.2017.

²⁵ So Trossen, ZRP 2012, 23.

²⁶ Röthemeyer, ZKM 2016, 152 spricht von dem Weihnachtseffekt, indem jeder irgendwie wisse, wie dieses Fest begangen werde und wie jedenfalls nicht. Sobald man aber Einblick in die Art bekäme, wie andere feiern, drohe Enttäuschung, weil das individuelle Vorverständnis die Auslegung präge. Nichts anderes sei hinsichtlich des Verständnisses von Mediation und § 1 MediationsG zu erwarten.

²⁷ Fleindl/Haumer, Der Prozessvergleich, 55.

²⁸ von Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 34; so auch schon Gottwald, in: Gottwald, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 76.

jenseits der Jurisprudenz geht mit der Schlussfolgerung, Interessen begründeten Positionen.²⁹

Was aber bedeutet das? Bei genauer Betrachtung stehen die Interessen im Zusammenhang mit dem Konzept der „emotionalen Grundbedürfnisse“. Gemeint ist damit, dass die Entstehung und Wirkweise starker Emotionen in Verhandlungen beschrieben und berücksichtigt werden können.³⁰

Deshalb wird für die weitere Untersuchung Bezug genommen auf die Definition von Gläßer/Kirchhoff,³¹ die sich an den Funktionen der Interessenermittlung orientiert und auf die Kriterien emotionaler Resonanz, Lösungsoffenheit, Greifbarkeit und positive Formulierung zurückgreift. Wenn schon für den Kontext der Mediation eine saubere Definition als Navigationshilfe zwischen Präzision und Emotion verlangt wird,³² muss das für den Richter, der Interessen in einer Verhandlung thematisiert, erst recht gelten. Interessen sind danach „die im Einzelfall relevanten Kriterien, die in einer Konfliktlösung berücksichtigt werden müssen, damit diese im Ergebnis für die Parteien umfassend befriedigend ist.“³³ Darunter lassen sich übrigens auch die Verfahrensinteressen³⁴ aller Beteiligten subsumieren.

Um die Begriffsbestimmung abzurunden, ist die Abgrenzung von den Bedürfnissen vorzunehmen. Bedürfnisse sind universell gültig und allgemeiner gehalten, spiegeln aber ebenso das für eine Person wirklich Wichtige wieder. Beispielsweise ist „Sicherheit“ ein Bedürfnis. Das Interesse im hier verstandenen Sinne ergibt sich bei der Antwort auf die Frage, welcher Aspekt von Sicherheit im konkreten Kontext relevant ist. Dies könnte bspw. die Sicherheit der wirtschaftlichen Existenz oder die Sicherheit im Sinne körperlicher Unversehrtheit sein.

²⁹ von Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 34.

³⁰ Vgl. Berger/Bernhardt/Bernhardt, ZKM 2011, 68; Fisher/Shapiro, Beyond Reason, 11: „Emotions affect your body [...] your thinking [...] your behaviour.“

³¹ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131 f.

³² Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

³³ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

³⁴ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

1.1.2. Vorschläge aus der Praxis

In der Literatur finden sich in unterschiedlichen Ausprägungen Vorschläge zur interessenbasierten Gerichtsverhandlung.

Schon ab den 1970ern fand eine rege Diskussion rund um den gerichtlichen Vergleich statt, initiiert durch die Rechtssoziologie, die ein differenziertes Verständnis von Konflikt und seinen Regelungsmechanismen in den Fokus der Rechtswissenschaften rückte.³⁵ So enthält beispielsweise das Sammelwerk aus der Reihe zur Rechtstatsachenforschung „Der Prozessvergleich“ aus dem Jahr 1983 eine Fülle von Abhandlungen zu den verschiedenen Perspektiven auf den Prozessvergleich, dessen Rechtsschutzqualität, die Befriedungswirkung und weiterführende Forschungsfragen.³⁶ Hervorzuheben ist der Aufsatz zum Güteverfahren.³⁷ Schuster sucht darin bereits nach besonders geeigneten Konfliktbearbeitungsverfahren, wehrt sich dabei aber gegen die „soziologische Brille“, Mängel in der Justiz ausgleichen zu wollen.

Aus dieser Zeit stammt etwa der Vorschlag, Strukturen zu bilden.³⁸ Ortloff schlägt schon 1997 auf der Grundlage der Erkenntnisse der Verhandlungslehre³⁹ ein Drei-Phasen-Modell vor, in dessen erster Phase der Richter nach Anhörung der Parteien den Streit „objektiviert“, indem er den unstreitigen Sachvortrag und die insoweit gesicherte Rechtslage darstellt und Ungeklärtes hervorhebt. Die weitere Diskussion schließt mit der vorläufigen Einschätzung des Richters. In der zweiten Phase lässt der Richter den Parteien die Wahl zwischen Streitentscheidung oder -beilegung, wobei er einen Vergleichsvorschlag unterbreitet. Je nach Entscheidung der Parteien klärt er entweder weiter auf, gibt nochmals Gelegenheit zur Äußerung und entscheidet oder führt die Vergleichsverhandlung weiter. Dazu nutzt er Techniken wie Pausen, Gespräche der Beteiligten untereinander oder Zwischenberatungen des Gerichts.⁴⁰

³⁵ Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

³⁶ Gottwald, Der Prozeßvergleich.

³⁷ Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

³⁸ Vgl. Haft, in: Gottwald, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 14; Gottwald/Treuer, Vergleichspraxis, 16 ff. und 35 ff.

³⁹ Gemeint ist das kooperative Verhandeln, als deren prominenteste Vertreter stellvertretend Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept genannt seien.

⁴⁰ Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 116 f.