

Streitbeilegung durch Schlichtung und Vermittlung

Vergleichsverhandlungen

Erster Teil

Verhandeln und Prozessieren
(Theoretische Grundlagen, Strategien und Methoden)

Zweiter Teil

Conciliation and Mediation
(Verhandlungstaktik)

Hinweis: Beide Teile bilden ein Ganzes. Der erste Vortrag befasst sich mit der Wahrheitsfindung aufgrund von Erkenntnistheorie und Hermeneutik mit dem Ziel eines gerechten Urteils oder eines angemessenen Vergleichs; der zweite Vortrag versucht die Methoden der Mediation, die eine alternative Streitbeilegung zwecks Vermeidung einer unversöhnlichen Prozessstrategie von Parteien ermöglicht, auf gerichtliche Einigungsverhandlungen anzuwenden.

Inhaltsübersicht

- Negotiation / **Litigation** / **Mediation** (Übersicht I)
- **Conciliation** / **Mediation** in der Praxis (Übersicht II)
- **Gerichtliche Schlichtung** und **Vermittlung (Mediation)**
- Thesen zur **gerichtlichen Schlichtung** und **a.g. Vermittlung**
- Diskussion der Thesen

Übersicht I

Negotiation / **Litigation** / **Mediation**

nach **CEDR**

Centre for Effective Dispute Resolution
(London)

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Negotiation

Parteien und Vertreter



Litigation

Gerichte / Schiedsgerichte



Mediation

Parteien und Mediatoren



Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Negotiation Parteien und Vertreter	Litigation Gerichte / Schiedsgerichte	Mediation Parteien und Mediatoren
Autonom und freiwillig (Vertragsfreiheit)	Pn nicht (mehr) autonom Nicht freiwillig	In der Regel freiwillig (wieder autonom)
Vertrag vollstreckbar	Gerichtsentscheid Rechtsmittel / vollstreckbar	Einigungsvereinbarung vollstreckbar
Parteien direkt Kein dritter Vermittler	Auferlegte Lösung Ermessen des Gerichts	Wahl der Parteien Mediator fachlich/neutral
Privat und informell Autonomes Vorgehen	Öffentlich und formell Strenge Verfahrensregeln	Privat und informell Flexibles Verfahren
Nachweis von Fakten frei Vergangenheit und Zukunft	Strenge Beweisregeln Focus: Vergangenheit	Nachweis von Fakten frei Focus: Zukunft
Suche nach gegenseitiger Übereinstimmung	Durch Gesetz und Gericht begründete Meinung	Suche nach gegenseitiger Übereinstimmung
Parteien oder ihre Rechtsvertreter	Entscheidsträger sind Gericht und Rechtsanwälte/ nicht Pn	Parteien direkt und voll in Entscheid eingebunden

Übersicht II

Conciliation / Mediation in der Praxis

nach ZPO-CH und

CEDR / EU-RL 2008/52/EG

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Conciliation within Litigation	Mediation (CEDR Model)
Instruktions- / Einigungsverhandlung	Vermittlungsverhandlung
Parteien und Vertretung	Parteien und Vertretung
Klageschrift / Klageantwortschrift	Vorbereitungsunterlage Partei 1 und 2
Rechtsbegehren	Anträge
I. VORBEREITUNG INSTRUKTIONSD- UND EINIGUNGSVERHANDLUNG	I. FRAMEWORK OF MEDIATION (RAHMEN FÜR DIE VERMITTLUNG)
1. Vorbereitung intern (Vorbesprechung)	1. Preparation phase (Vorbereitung)
2. Instruktionsverhandlung (1. Teil) Begrüssung/ Protokoll/ Vorstellung	2. Opening phase (Eröffnung) Begrüssung und gemeinsame Sitzung
Beweisfragen Befragung der Parteien	3. Exploration phase (Abklärungen) Austausch Informationen
3. Instruktionsverhandlung (2. Teil) Referate (II.) / Vergleichsverhandlung	4. Bargaining phase (Verhandlung) Problems and strategies in negotiation
4. Formeller Abschluss (Vergleich oder Verfahrensfortsetzung)	5. Closing phase (Abschluss) Doing the deal

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

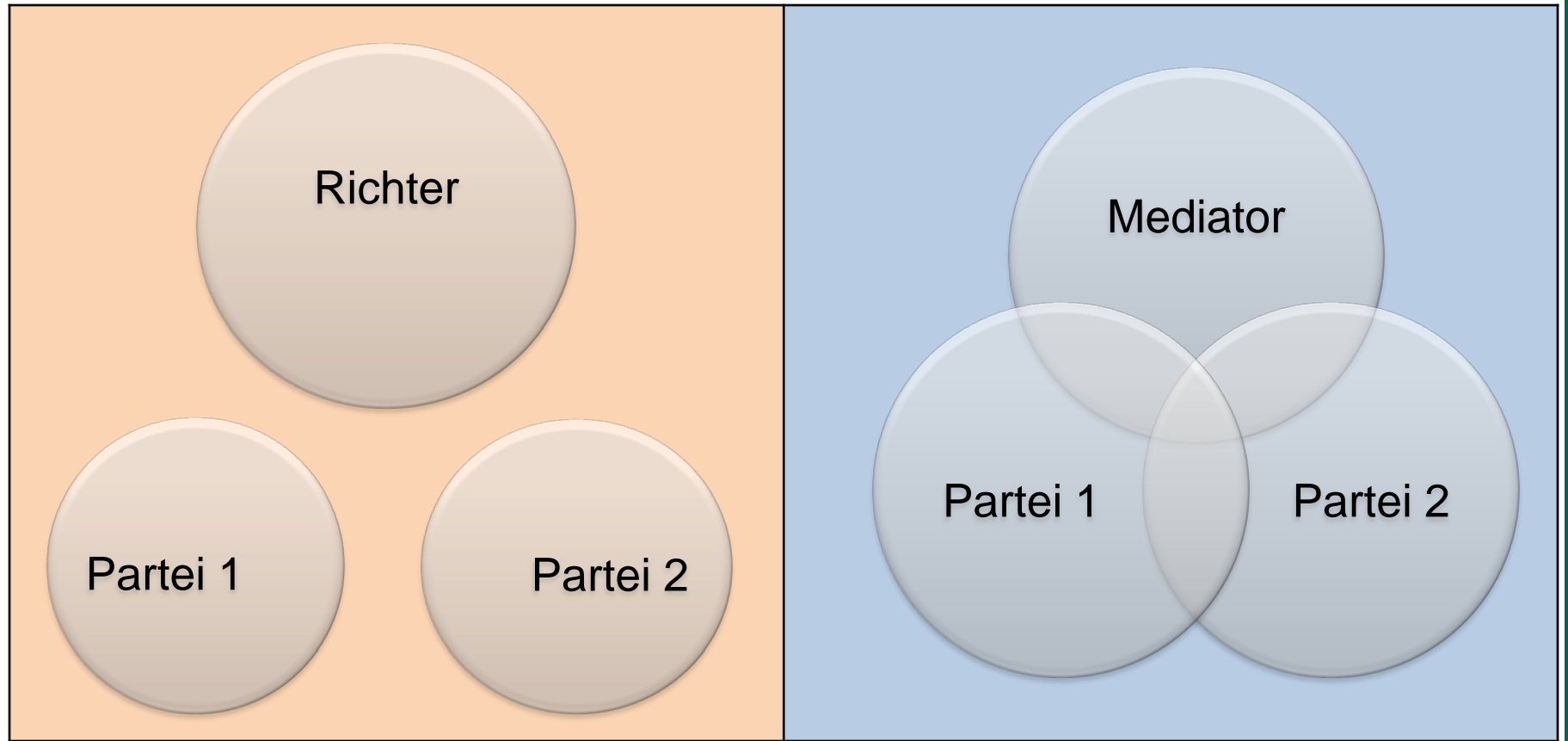
II. REFERAT INSTRUKTIONSRICHTER	II. MEDIATION CORNERSTONES (→ 3. Exploration phase)
<ol style="list-style-type: none"> 1. Allgemeines und Prozessverlauf 2. Sachverhalt 3. Partei-Standpunkte 4. Rechtliche Würdigung 5. Kosten- und Entschädigung 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Confidentiality 2. Ownership by the parties 3. Neutrality and Impartiality 4. Respect and Empathy <p><i>Kein Referat des Mediators !</i></p>
III. EINIGUNGSVERHANDLUNG	III. MEDIATOR AS A NEGOTIATOR
1. Rechtliche Stufe (vgl.: IR-Referat)	Triangle Proceeding
2. Wirtschaftliche Stufe Berücksichtigung ökonomische Frage; wenn kein Vergleich:	Skills for effective mediation Emotions Communication
3. Psychologische Stufe wenn kein Vergleich: Wichtige Rechtsfrage? Präjudiz?	(→ 4. bargaining phase) Negotiation Problems in negotiation Strategies in negotiation
4. Ergebnis	4. Ergebnis

(Gerichtliche) Schlichtung und Vermittlung (Mediation)

Detailvergleich
der beiden Systeme der Streitbeilegung

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Schematische Darstellung Zivilprozess und Mediation



Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Litigation/ Conciliation (ZPO)	Mediation (EU-RL/ ZPO/ CEDR)
Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO-CH) vom 19. Dezember 2008 (Inkrafttreten: 1. Januar 2011)	EU-RL 2008/52/EG vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen
<p>2. Teil: Besondere Bestimmungen</p> <p>1. Titel: Schlichtungsversuch</p> <p>1. Kapitel: Geltungsbereich und Schlichtungsbehörde</p> <p>ZPO-CH Art. 197 Grundsatz Dem Entscheidverfahren geht ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus.</p> <p>ZPO-CH Art. 198 Ausnahmen Das Schlichtungsverfahren entfällt: (f.) bei Streitigkeiten, für die nach den Artikeln 5 und 6 dieses Gesetzes eine einzige kantonale Instanz zuständig ist;</p>	<p>2. Titel: Mediation</p> <p>ZPO-CH Art. 213 Mediation statt Schlichtungsverfahren</p> <p>1 Auf Antrag sämtlicher Parteien tritt eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens.</p> <p>2 Der Antrag ist im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen.</p> <p>3 Teilt eine Partei der Schlichtungsbehörde das Scheitern der Mediation mit, so wird die Klagebewilligung ausgestellt.</p>

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Fall Nr.	Fall Nr.
Instruktions- und Einigungs- verhandlung vom ...	Vermittlungsverhandlung vom ...
Parteien und Vertretung Klagende Partei und kl. Vertretung Beklagte Partei und bkl. Vertretung	Parteien und Vertretung Partei 1 und Vertretung 1 Partei 2 und Vertretung 2
3. Titel: Ordentliches Verfahren 1. Kapitel: Geltungsbereich ZPO-CH Art. 219 Die Bestimmungen dieses Titels gelten für das ordentliche Verfahren sowie sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. 2. Kapitel: Schriftenwechsel und Vorbereitung der Hauptverhandlung ZPO-CH Art. 220 Einleitung Das ordentliche Verfahren wird mit Einreichung der Klage eingeleitet.	(EU-RL 2008/52/EG, Erw.12) Diese Richtlinie sollte für Fälle gelten, in denen ein Gericht die Parteien auf die Mediation verweist oder in denen nach nationalem Recht die Mediation vorgeschrieben ist. Ferner sollte diese Richtlinie dort, wo nach nationalem Recht ein Richter als Mediator tätig werden kann, auch für die Mediation durch einen Richter gelten, der nicht für ein Gerichts-verfahren in der oder den Streitsachen zuständig ist. Diese Richtlinie sollte sich <i>jedoch nicht auf Bemühungen zur Streitbeilegung durch das angerufene Gericht oder den angerufenen Richter im Rahmen des Gerichtsverfahrens</i> über die betreffende Streitsache oder auf Fälle erstrecken, in denen das befasste Gericht oder der befasste Richter eine sachkundige Person zur Unterstützung oder Beratung heranzieht.

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Klageschrift Klageantwortschrift	Vorbereitungsunterlage Partei 1 Vorbereitungsunterlage Partei 2
ZPO-CH Art. 221 Klage ZPO-CH Art. 222 Klageantwort ZPO-CH Art. 223 Versäumte Klageantwort ZPO-CH Art. 224 Widerklage ZPO-CH Art. 225 Zweiter Schriftenwechsel	ZPO-CH Art. 214 <i>Mediation im Entscheidverfahren</i> 1 Das Gericht kann den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen. 2 Die Parteien können dem Gericht jederzeit gemeinsam eine Mediation beantragen. 3 Das gerichtliche Verfahren bleibt bis zum Widerruf des Antrages durch eine Partei oder bis zur Mitteilung der Beendigung der Mediation sistiert .
Rechtsbegehren	Anträge

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

I. VORBEREITUNG INSTRUKTIONS- UND EINIGUNGSVERHANDLUNG

ZPO-CH Art. 124 Grundsätze

1 Das **Gericht leitet** den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens.

2 Die **Prozessleitung** kann an eines der Gerichtsmitglieder **delegiert** werden.

3 Das Gericht kann jederzeit versuchen, eine **Einigung** zwischen den Parteien herbeizuführen



I. FRAMEWORK OF MEDIATION (RAHMEN FÜR DIE VERMITTLUNG)

ZPO-CH Art. 215 Organisation und Durchführung der Mediation

Organisation und Durchführung der Mediation ist **Sache der Parteien.**



(EU-RL 2008/52/EG, Erw.10) Diese Richtlinie sollte für Verfahren gelten, bei denen **zwei oder mehr Parteien einer grenzüberschreitenden Streitigkeit mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine gütliche Einigung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen.** Sie sollte für Zivil- und Handelssachen gelten. ...

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

1. Vorbereitung intern (Vorbereitung)

Fragen an interne
Gerichtsdelegation:
Instruktionsrichter (IR)
Beisitzer und juristischer Sekretär

ZPO-CH Art. 226 Instruktionsverhandlung

- 1 Das Gericht kann **jederzeit Instruktionsverhandlungen** durchführen.
- 2 Die Instruktionsverhandlung dient der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhaltes, dem Versuch einer **Einigung** und der Vorbereitung der Hauptverhandlung.
- 3 Das Gericht kann **Beweise** abnehmen.

1. Preparation Phase (Vorbereitung)

Mediator/Assistent des Mediators
Initial inquiry (explanation of the process)
Contract to mediate (agreeing ground rules)
Preliminary communication
(mediation agreement approved)

ZPO-CH Art. 47 Ausstandsgründe

- 1 **Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn sie:**
 - b. in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeiständin oder Rechtsbeistand, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, **als Mediatorin oder Mediator in der gleichen Sache tätig war;**

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

2. Instruktionsverhandlung (1. Teil)

Begrüssung

Protokoll

Personalien/ Stellung im Unternehmen und

Zeichnungsberechtigung:

Beklagte Partei:

Klagende Partei:

Vorstellung

Gerichtsdelegation

Erläuterung Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO-CH) und Einigung (Art. 124 Abs. 3 ZPO-CH)

Zweck: Ende des Prozessierens - ökonomische Vernunft

2. Opening Phase (Eröffnung)

Arrivals

Meeting the parties in separate rooms

Initial private meetings

Mediation agreement signed

Opening joint session

Receiving and seating the parties

Everyone present and/or represented

Opening statements

Outlining issues / creating agenda

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Beweismittel? (Art. 226 Abs. 3 ZPO-CH)

Beklagte Partei:
Klagende Partei:

Fragen und Bemerkungen IR zu:

Streitwert / Substantiierung
Rechtswahl (Vereinbarung?)

Verzugszins

Verzichte
zur Sache

Klagende Partei:
Beklagte Partei:

Fragen übrige Gerichtsdelegation:

3. Exploration Phase (Abklärungen)

Understanding what matters to the Parties (building relationship and trust)

Confidential private meetings
Understanding parties' agendas

Preparing negotiations

Clarifying needs, issues, interests
Using / exchanging information
Identifying possibilities for settlement

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

ZPO-CH Art. 216 Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren

1 Die **Mediation** ist von der Schlichtungsbehörde und vom Gericht **unabhängig und vertraulich**.

2 Die **Aussagen der Parteien** dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden. (*Anm.: vgl. dazu Art 166 Abs. 1 lit. d; Verweigerung der Mitwirkung im Beweisverfahren durch Mediator*).

ZPO-CH Art. 166 Beschränktes Verweigerungsrecht

1 **Eine dritte Person kann die Mitwirkung verweigern:**

d. wenn sie als Ombudsperson, Mediatorin oder Mediator über Tatsachen aussagen müsste, die sie im Rahmen der betreffenden Tätigkeit wahrgenommen hat;

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

(EU-RL 2008/52/EG, Art. 7 Abs. 1)
Da die Mediation in einer Weise erfolgen soll, die die **Vertraulichkeit** wahrt, gewährleisten die Mitgliedstaaten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, dass **weder Mediatoren noch in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen gezwungen sind, in Gerichts- oder Schiedsverfahren in Zivil- und Handelssachen Aussagen zu Informationen zu machen**, die sich aus einem Mediationsverfahren oder im Zusammenhang mit einem solchen ergeben, **es sei denn, ...**

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

3. Instruktionsverhandlung (2. Teil)

Unpräjudiziell und vertraulich
für Gerichtsdelegation
für Parteien

keine Protokollierung
keine Behaftung

Referate (siehe II. nachfolgend)

IR und übrige Gerichtsdelegation

Vergleichsverhandlung

Protokollverzicht
weiteres Vorgehen

4. Bargaining Phase (Verhandlung)

Facilitating movement

Working creatively (direct / indirect negotiations)

Breaking problem down

Reality testing

Overcoming emotional deadlock

Getting to the settlement

Parties own problem and solution

Coaching the parties in framing and timing; shaping the settlement

Letting parties finalize

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

4. Formeller Abschluss

**(Vergleich oder
Verfahrensfortsetzung)**

Einigung

Keine Einigung (prozessuale
Besonderheiten; Fortsetzung
schriftlich/ mündlich?)

5. Closing Phase (Abschluss)

Settlement agreement

Satisfying and workable for parties

Documenting

Parties lawyers write content

Post-settlement role of mediator

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

II. INSTRUKTIONSRICHTER REFERAT	II. MEDIATION CORNERSTONES (→ 3. Exploration Phase) (s. oben)
1. Allgemeines und Prozessverlauf Zuständigkeit örtlich und sachlich	1. Confidentiality 2. Ownership by the parties 3. Neutrality and Impartiality 4. Respect and Empathy
2. Sachverhalt	MEDIATOR KEIN REFERAT
2.1. Parteien, Dritte und ihre Relationen Klagende Partei Beklagte Partei Dritte Relationen	III. MEDIATOR AS A NEGOTIATOR (→ 4. Bargaining Phase) (s. unten)

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

Bildliche Darstellung Litigation and Mediation



Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

2.2. *Relevanter Sachverhalt*

Irrelevante Teile des behaupteten Sachverhaltes ausscheiden aufgrund des Entscheidungskriteriums der rechtlichen Qualifikation, vgl. nachfolgend Ziff. 4.2.2.

Relevanter verbleibender Sachverhalt analysieren:

Chronologisch allgemein (evtl./ mit Beilage 1)

Chronologisch themenbezogen (evtl./ mit Beilage 2): bereits hier:

Risiken von Beweis und Interpretation aufzeigen, vgl. nachfolgend Ziff. 4.1.

3. Partei-Standpunkte

3.1. *Wesentliche Behauptungen klagende Partei*

3.2. *Wesentliche Behauptungen beklagte Partei*

4. Rechtliche Würdigung

4.1. *Interpretation*

Sachverhalt (bisheriges Hauptverfahren und antizipiertes Beweisverfahren)

Beweiswürdigungs-Hypothesen aufgrund verschiedener Beweismittel:

Risiken (aufgrund der im Urteil unzulässigen, nach Art. 226 Abs.2 ZPO in der Instruktionsverhandlung aber zulässigen antizipierten Beweiswürdigung; Risiko-Analyse der verschiedenen Hypothesen):

4.2. Qualifikation

Ermittlung und Auslegung der gesetzlichen Grundlagen -
Juristische Methodenlehre –
Auslegungskriterien:

1. grammatisch,
2. systematisch,
3. historisch,
4. teleologisch)



4.2.1. Kollisionsrecht (IZPR/ IPR)

4.2.2. Anwendbares Materielles
Recht / Schweizerisches Recht/
ausländisches Recht

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

4.3. Subsumption

Qualifikationsergebnis: Gesetzes-Erkenntnis, evtl. mit Var. (vgl. 4.2.2.)

Interpretationsergebnis: Tatsachen-Erkenntnis, evtl. mit Var. (vgl. 4.1.)

Subsumption Sachverhalt unter Gesetz



Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gemäss ZPO-CH
Vgl. Rechtsbegehren → GG 50%

ZPO-CH Art. 218 Kosten der
Mediation

1 Die **Parteien tragen die Kosten**
der Mediation.

...

3 Das kantonale Recht kann weitere
Kostenerleichterungen vorsehen.

(EU-RL 2008/52/EG, Erw.6) Die Mediation
kann durch auf die Bedürfnisse der Parteien
zugeschnittene Verfahren eine **kosten-
günstige und rasche außergerichtliche
Streitbeilegung in Zivil- und Handels-
sachen** bieten. Vereinbarungen, die im
Mediationsverfahren erzielt wurden, werden
eher freiwillig eingehalten und wahren eher
eine wohlwollende und **zukunftsfähige
Beziehung zwischen den Parteien**. Diese
Vorteile werden in Fällen mit grenzüber-
schreitenden Elementen noch deutlicher.

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

III. EINIGUNGSVERHANDLUNG

Alexander Brunner, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, FS KassG, Zürich 2000, 159 ff.

1. Rechtliche Stufe

Ausgangslage

Referate IR (Ziff. II)

Übrige Gerichtsdelegation

Parteien *akzeptieren* Vorschlag
Vergleichsabschluss

wenn kein Vergleich

2. Wirtschaftliche Stufe \leftrightarrow

III. MEDIATOR AS A NEGOTIATOR

Karl Mackie/ David Miles/ William Marsh/ Tony Allen, The ADR Practice Guide, Commercial Dispute Resolution, London 2007

Triangle Proceeding

law problems $\leftarrow \rightarrow$

commercial problems \leftrightarrow

emotional problems \leftrightarrow

Parties *own* problem
and solution

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

2. Wirtschaftliche Stufe

Ausgangslage

Zusätzliche Fragen aufgrund gewisser Indizien im Verfahren; insb.:

Vergleichsthema nur Teilaspekt eines grösseren Ganzen?

Bonität Parteien?

Erneuerung der Geschäftsbeziehungen möglich?
etc.?

Vergleichsabschluss
wenn kein Vergleich

3. Psychologische Stufe ↔

Skills for effective mediation

Emotions

Mediator

Parties

Lawyers and Advisers

Communication

Rapport building

Non-verbal communication

Active listening

Silence and minimal prompt

Questioning

Challenging

Summarizing

Reality testing

Problem solving

Developing other perspectives

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

3. Psychologische Stufe

Ausgangslage

"Irrationale" Ablehnung von Ergebnissen der 1. und 2. Stufe; insb.:
Erklärung durch andere - nicht rechtliche und wirtschaftliche – Motive

Versuch einer Einigung durch Mittel der **Mediation**

Vergleichsabschluss

wenn kein Vergleich:
Wichtige Rechtsfrage? Präjudiz?

Negotiation (4. Bargaining Phase)

Problems in negotiation

Unrealistic expectations
Issues of “principle”
Emotions (ego and pride)
Desire of revenge
Breakdown of trust
Failure of communication
Wrong people at the table

Strategies in negotiation

What drives parties?
Problem solving techniques
Group dynamic
Avoid losing face
Using information (value difference)
Hurdle of first offer
Bottom lines
Global sums

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation

4. Ergebnis

Fallbezogene Ausformulierung
Vergleichstext

ZPO-CH Art. 241 Vergleich,
Klageanerkennung, Klagerückzug

1 Wird ein **Vergleich**, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug dem Gericht zu **Protokoll** gegeben, so haben die Parteien das Protokoll zu **unterzeichnen**.

2 Ein **Vergleich**, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug **hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides**.

3 Das Gericht schreibt das Verfahren ab.

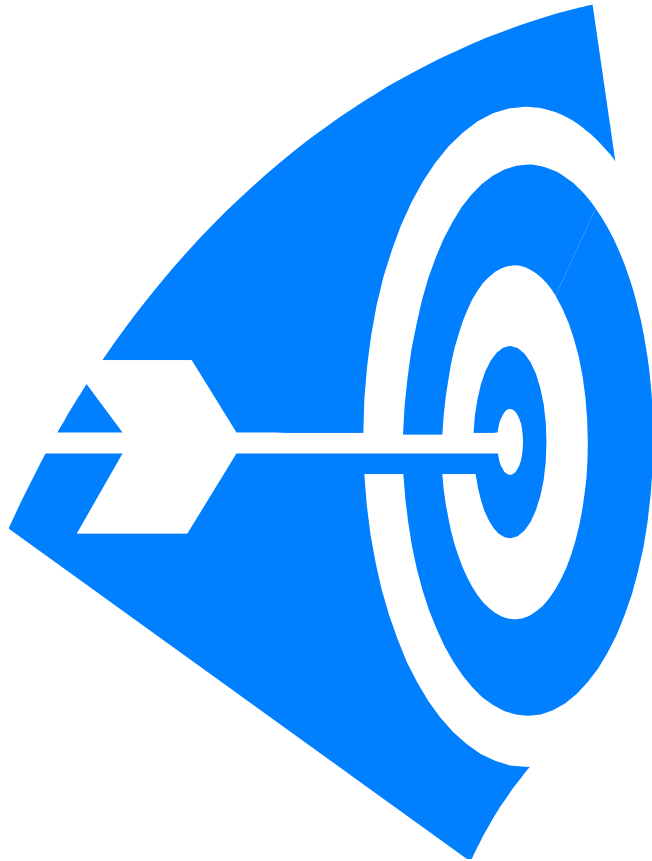
4. Ergebnis

Doing the deal !
Model settlement agreement (CEDR)

ZPO-CH Art. 217 Genehmigung einer Vereinbarung

Die Parteien können gemeinsam die Genehmigung der in der **Mediation** erzielten Vereinbarung beantragen. Die **genehmigte Vereinbarung** hat die Wirkung eines **rechtskräftigen Entscheids**.

Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation



(EU-RL 2008/52/EG, Art. 6 Abs. 1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass von den Parteien - oder von einer Partei mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen - beantragt werden kann, dass der **Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung vollstreckbar gemacht** wird. Der Inhalt einer solchen Vereinbarung wird vollstreckbar gemacht, es sei denn, in dem betreffenden Fall steht der Inhalt der Vereinbarung dem Recht des Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wurde, entgegen oder das Recht dieses Mitgliedstaats sieht die Vollstreckbarkeit des Inhalts nicht vor.