

# Streitbeilegung – Mediation / ADR

RA lic. iur. Marc L. Goetz, dipl. Mediator FH

Goetz & Patak Rechtsanwälte

8700 Küsnacht

[goetz@gplegal.ch](mailto:goetz@gplegal.ch) / [www.gplegal.ch](http://www.gplegal.ch)

**„Wenn zwei sich streiten,  
haben beide Recht“**

1

## Ziele

- Die Teilnehmenden kennen die Voraussetzungen und die Anwendungsmöglichkeit der Mediation;
- Die Teilnehmenden kennen die Chancen und Risiken der Mediation im Wirtschaftsalltag.

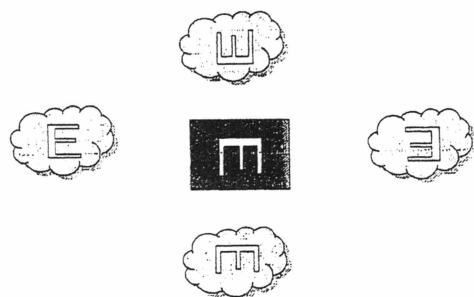
2

Mediation ist eine Konfliktlösungsmethode

- Sie findet ausserhalb der Justiz statt
- Das Resultat ist eine zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung, nicht ein Urteil

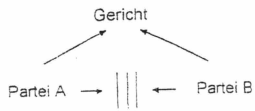
3

Wahrnehmung ist individuell ...



4

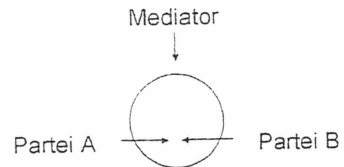
### Die Parteien im Justizverfahren...



...müssen das Gericht überzeugen, um „ihr“ Urteil zu erhalten.

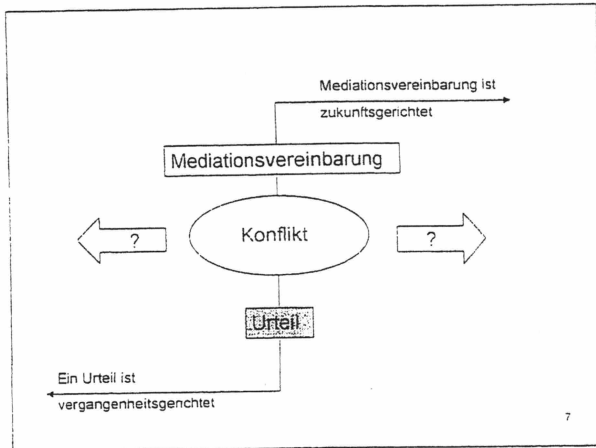
5

### Die Parteien in der Mediation...

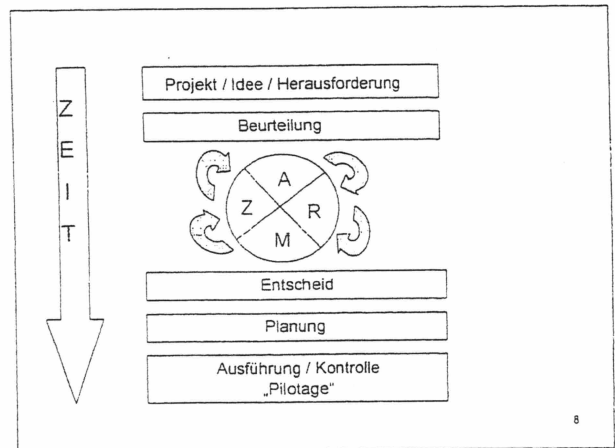


...sollen im Gespräch ihre Haltungen erkennen und verstehen, um eine gemeinsame Vereinbarung treffen zu können.

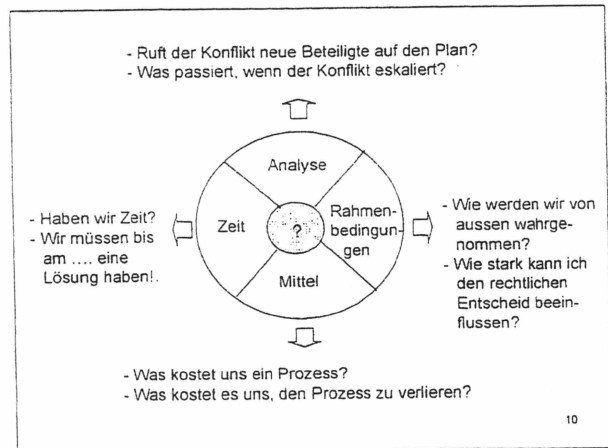
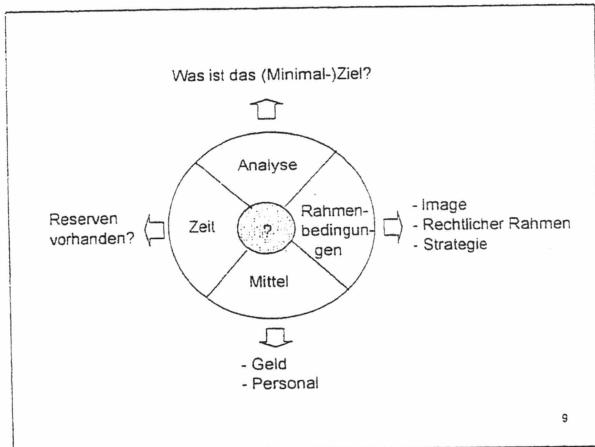
6



7



8



### Merkmale der Mediation

- Grosse Autonomie der Parteien über den Verlauf des Verfahrens
- Die Mediatorin/der Mediator ist „allparteilich“, d.h. von allen Parteien im gleichen Umfang beauftragt
- Die Mediation schafft Raum für kreative Lösungssätze

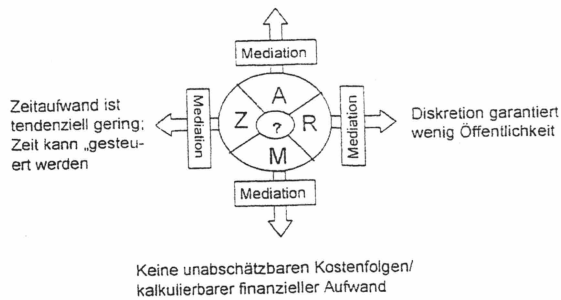
11

### Merkmale der Mediation II

- Die Mediation kann sehr rasch zu einem Ergebnis führen
- In der Regel günstiger als ein Gerichtsverfahren
- Mediation bewertet nicht, beurteilt nicht
- Die zwischen den Parteien getroffene Lösung ist immer eine WIN-WIN-Lösung

12

Kein Verlust der Kontrolle über den Prozess:  
Mediation findet unter Direktbeteiligten statt



13

Wenn also:

- Zeit Geld ist,
- konstruktive Lösungen möglich sind,
- und das Problem den normalen Fortgang des Führungsprozesses stört,

braucht es:

- Ein hohes Mass an Autonomie bei der Problembewältigung

14

### Ablauf einer Mediation

- „Klima schaffen“
  - Kontaktaufnahme
  - Erste „Sitzung“ zwecks Information und Abklärung zur Eignung des Verfahrens und der mediiierenden Person, Abschliessen eines „Mediationsvertrages“ und Vereinbarung über die „Spielregeln“ (z.B. Vertraulichkeit)
- „Bearbeiten des Konflikts in Phasen“
  - Klären des Sachverhaltes, Darlegen und Zusammenfassen der gegensätzlichen – Standpunkte
  - Interessen, Motive und Hintergründe des Konfliktes klären und aufzeigen
  - Zusammentragen von Lösungsansätzen und –möglichkeiten
  - Zusammenfassen der von den Parteien gewählten Vereinbarung

15

Es braucht:

- Zeit
- Wille
- Hoffnung

16

### Wo ist eine Mediation sinnvoll?

- Überall dort, wo Personen oder Parteien den Zugang zueinander nicht finden und der Konflikt mit Hilfe der Justiz nicht oder nur mit unverhältnismässig hohem finanziellem und persönlichem Aufwand gelöst oder gemildert werden kann.

17

### Und wenn die Mediation nicht zu einer Vereinbarung führt?

... ist nichts verloren, denn:

- Die Parteien haben den Konflikt (teilweise) bearbeitet
- die Parteien kennen die gegenseitigen Positionen und Interessen und können damit die Grenzen und Risiken einer justiziellen „Lösung“ besser beurteilen

18

**„We should all be concerned about the future because we will have to spend the rest of our lives there“**

C.F. Kettering

19



## Das private Schiedsgericht: Eigenarten sowie Vor- und Nachteile

Samuel Lemann, Fürsprecher

**In unseren Breitengraden gilt es als Errungenschaft, einen Streit nach geordnetem Verfahren zu verlieren, anstatt den Schädel eingeschlagen zu erhalten. Auch das Siegen und Vollstrecken auf dem Weg rechtsstaatlich geordneter Staatsmacht ist angenehmer als Selbstjustiz und Faustrecht. Gute Gerichte sind ein Pfeiler des Rechtsfriedens, ihr Funktionieren ist eine Kernaufgabe jedes Gemeinwesens. Dafür stellt es staatliche Gerichte zur Verfügung.**

Wenn die Parteien hinreichend frei über ihre Streitigkeit entscheiden können,<sup>1</sup> steht es ihnen auch frei, diese Streitigkeit nicht durch ein staatliches, sondern durch ein privates, unter sich vereinbartes Gericht entscheiden zu lassen. Um dieses private Schiedsgericht geht es in diesen Ausführungen.

Das Schiedsgericht als vertragliches Gebilde des Privat- bzw. Prozessrechts hat ausser dem Auftrag und der Zuständigkeit zum Entscheid in der Sache keine Möglichkeit von Zwangsanwendung: Vorsorgliche Massnahmen wie Handlungs- oder Unterlassungsbefehle vor dem oder während des Prozesses, Vollstreckung, aber auch Massnahmen gegenüber widerspenstigen Zeugen etc. obliegen auch bei Zuständigkeit eines Schiedsgerichts staatlichen Gerichten und Behörden. So steht es einem Schiedsgericht auch nicht zu, die Verurteilung unter Strafandrohung im Unterlassungsfalle zu stellen. Derartige Kompetenzen darf der Staat nicht aus der Hand geben. Unser Staat hilft aber privaten Gerichten gerne, solange rechtsstaatliche Prinzipien gewahrt bleiben.

Als Schiedsgericht wird verstanden, was eine Streitigkeit mangels Einigung definitiv, also mit materieller Rechtskraft, zu entscheiden vermag. Darin unterscheidet es sich von anderen, weniger weit gehenden Streitlösungsmechanismen wie etwa der Mediation (Vermittlung) oder einem Schlichtungsverfahren. Es ist auch vom Schiedsgutachten zu unterscheiden: Hier übertragen die Parteien einem Dritten die definitive Klärung einzelner Sachverhalte einer Differenz (Fragen zur «Geschichte», z. B. «Bestehen Mängel?», «Wer hat sie zu vertreten?», «Warum ist ein Ereignis eingetreten?» etc.). Wenn das Gericht später zu entscheiden hat, ist es an das Schiedsgutachten grundsätzlich gebunden, hat aber weitere Sach- und vor allem Rechtsfragen noch zu entscheiden.

Der Staat hat auch für Schiedsgerichte minimale Vorschriften erlassen. Zentrale Bestimmungen sind häufig zwingend, die Parteien können von ihnen also nicht abweichen:

- Für schweizerische Streitigkeiten (Binnenschiedsverfahren, beide Parteien haben Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz) gilt das KSG<sup>2</sup>. Dazu gehören z. B. die Unbefangenheit der Richter oder die Möglichkeit, krasse Verfahrensfehler oder willkürliche, also grob fehlerhafte Urteile bei einem kantonalen (Ober)Gericht anzufechten.<sup>3</sup> Die Überprüfung willkürlicher Urteile ist aber wiederum dann schwierig, wenn die Parteien dem Gericht den Auftrag gegeben haben, nach Billigkeit zu urteilen.<sup>4</sup>
- Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (mindestens eine Partei hat Sitz bzw. Wohnsitz im Ausland) gilt das IPRG<sup>5</sup>. Die Autonomie der Parteien ist hier grösser: Die Anfechtung von Urteilen ist noch einmal beschränkt auf den so genannten *ordre public*, auf Anfechtung kann im Extremfall überhaupt verzichtet werden.

Alles andere bzw. die Details für das Verfahren sind unter den Parteien zu vereinbaren oder werden durch das Schiedsgericht geregelt.

Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts kann im Voraus festgelegt werden, dann handelt es sich um eine Schiedsklausel. Die Streiterledigung ist z. B. im Vertrag oder im Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft geregelt. Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts ist auch nach Ausbruch der Streitigkeit möglich, man spricht dann von einem Schiedsvertrag. Die Vereinbarung über die Art und Weise einer Streitentscheidung setzt minimale Sachlichkeit und Reife beider Parteien voraus. Je nach Umständen kann dem staatlichen Gericht der Vorzug gegeben oder der «Apparat» massgeschneidert werden (z. B. Einer- oder Dreierschiedsgericht, Beschränkung auf ein Schiedsgutachten etc.). Bei «mühsamen» Verhältnissen, also wenn eine Partei beispielsweise vorab auf Verzögerung macht, bieten sich ihr beim Schiedsgericht bessere Möglichkeiten. So gesehen ist ein Schiedsgericht mit Vorteil erst nach Entstehung des Streits zu vereinbaren (Schiedsvertrag).

Es gibt zahlreiche Schiedsgerichtsmodelle, erwähnt seien hier die Folgenden:

- Richtlinie für das Verfahren vor einem Schiedsgericht des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins SIA,<sup>6</sup>
- Reglement über die Schiedsgerichtsbarkeit der Berner Handelskammer,
- Verfahrensordnung des Schiedsgerichtshofs der ICC (Internationale Handelskammer),
- Schlichtungs- und Schiedsordnung des Bernischen Anwaltsverbandes BAV,
- Sportschiedsgericht CAS (englisch) oder TAS (französisch) am Sitz des Internationalen Olympischen Komitees in Lausanne und
- Swiss Rules of International Arbitration, kurz Swiss Rules oder Schweizerische Schiedsordnung.<sup>7</sup>

Was ist bei der Wahl zwischen dem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht zu bedenken?

- Schiedsgerichte sind teuer. Der Streit hat für ein Schiedsgericht gross genug zu sein. Für Streitigkeiten von weniger als Fr. 100 000,- ist das Schiedsgericht wohl deutlich teurer. Gerade dieser Punkt lässt die Frage aufkommen, ob die in bernischen Landen übliche Schiedsklausel in Baurechtsverträgen und Stockwerkeigentümerreglementen richtig ist. Das gilt sicher bei Dreierschiedsgerichten mit bis zu sechs privat beizuziehenden, recht teuren Personen (Obmann und zwei von den Parteien ernannte Schiedsrichter mit Sekretär sowie die beiden Parteianwälte).
- Schiedsgerichte können schneller sein. Mit entsprechender Vereinbarung kann auch die Vertraulichkeit besser gewahrt werden (Verhandlungen vor staatlichen Gerichten sind grundsätzlich öffentlich).
- Schiedsgerichte kennen keine unentgeltliche Prozessführung. Die Schiedsgerichtsbarkeit kann dahinfallen, wenn eine Partei ihren Kostenanteil bzw. Vorschuss nicht bezahlt.
- Bei vernünftiger «Bestückung» des Schiedsgerichts durch die Parteien kann besonderes Fachwissen sichergestellt werden, staatliche Gerichte müssen dieses in der Regel über Expertisen etc. holen.
- Bei der Verrechnung (Tilgung der Forderung mit einer Gegenforderung), beim Einbezug Dritter (Intervention und Streitverkündung) oder wenn mehr als zwei Parteien betroffen sind, entstehen beim Schiedsgericht mangels Vereinbarung Schwierigkeiten, die die staatliche Justiz häufig nicht kennt.

Wenn es wirklich um einen raschen Entscheid gehen soll, sei hier das Verfahren der so genannten MEDALOA (Mediation and Last Offer Arbitration) erwähnt. Nach dem Scheitern der Mediation oder einem Schlichtungsverfahren unter einem oder mehreren Vermittlern haben beide Parteien die Möglichkeit, eine letzte, bestmögliche Offerte abzugeben. Der oder die Vermittler haben alsdann gleichsam als Schiedsrichter zu entscheiden, auf der Grundlage welcher dieser Offerten der Konflikt beendet wird.<sup>8</sup>

Bei allen Varianten bleibt es beim Grundsatz:  
Ein vermiedener Prozess ist immer noch der beste Prozess.

- 1 Wo öffentliche oder vom Staat als wichtig erachtete Gründe entgegenstehen, gibt es keine oder nur beschränkte Möglichkeiten einer Alternative zum staatlichen Gericht (Monopol). Beispiele: Strafrecht, Steuer- bzw. allgemeines Verwaltungsrecht, Familienrecht wie Scheidung oder Vaterschaftsklagen etc., aber auch Streitigkeiten über Wohnungsmiete (bei Geschäftsmiete sind Schiedsgerichte möglich). Die Schiedsgerichtsbarkeit findet sich deshalb vor allem im Privatrecht, und hier schwergewichtig im Vertragsrecht.
- 2 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (BSG 279.2). Dieses wird dereinst abgelöst durch ein Kapitel des zur Zeit entstehenden Bundesgesetzes über eine schweizerische Zivilprozessordnung.
- 3 Nichtigkeitsbeschwerde nach KSG Art. 36 und etwa BGE 15.1.1984 in Pra 74/1985, Nr. 33
- 4 KSG Art. 31 Abs. 3
- 5 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
- 6 Richtlinie 150, Ausgabe 1977
- 7 [www.swissarbitration.ch](http://www.swissarbitration.ch)
- 8 Hans Peter Walter in: Tagungsunterlagen zur Baurechtstagung 1997 in Freiburg, Band I, S. 50, mit Verweis auf Blessing in BullASA 1996, S. 123 ff.