

Separatum aus

**Tatsachen  
Verfahren  
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid  
Ingrid Jent-Sørensen  
Hans Schmid  
Miguel Sogo

Schulthess §

# Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier  
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid  
Ingrid Jent-Sørensen  
Hans Schmid  
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015

ISBN 978-3-7255-7090-4

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

## **Inhaltsverzeichnis**

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism .....1

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Zürich

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736

Abs. 1 ZGB .....23

MARTIN BERNET

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

JÖRN ESCHMENT

Dr. iur., LL.M., M.A., Rechtsanwalt bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht .....41

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

Zeit im Prozess, der Prozess in der Zeit und die Zeit und das Personal, das

Prozesse brauchen ... nebst dem Geld, das man für den Prozess braucht..... 57

ALEXANDER BRUNNER

Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor für  
Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität  
St. Gallen, Obergericht am Handelsgericht des Kantons Zürich und ne-  
benamtlicher Bundesrichter (Lausanne)

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht.....69

FELIX DASSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Partner bei Homburger AG in Zürich

Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag? – Ein Ausflug zu den

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen .....89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben ..... 103

TANJA DOMEJ

Prof. Dr. iur., ausserordentliche Professorin an der Universität Zürich

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung ..... 113

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im  
Strafprozess..... 125

CHRISTIAN EXNER

lic. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner in Küsnacht-Zürich

Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen..... 139

EUGEN FRITSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte  
in Zürich

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

Dr. iur., LL.M., Solicitor, Rechtsanwältin, Handelsrichterin am Handels-  
gericht des Kantons Zürich

Are you ready for E-technology?..... 173

REINHOLD GEIMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität München,  
Notar a.D. in München

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 ..... 185

ROGER GIROUD Prof. Dr. iur., LL.M., Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt und Partner bei Giroud & Anderes in Küsnacht-Zürich Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung.....	217
TARKAN GÖKSU Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt und Partner bei Zaehringen Rechtsanwälte AG in Freiburg i.Ü. Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens .....	233
PETER GOTTWALD Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Regensburg Insolvenzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz .....	249
ALAIN GRIFFEL Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts.....	263
PASCAL GROLIMUND Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
EVA BACHOFNER MLaw, Gerichtsschreiberin am Zivilgericht Basel-Stadt Schweizer Zuständigkeit über im EU-Raum belegene Liegenschaften im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung.....	279
ULRICH HAAS Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Yael STRUB Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin an der Universität Zürich Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht.....	293

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Privatdozent an der Universität Zürich,  
Staatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in  
Zürich

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Adhäsionsprozess.....311

KARL HOFSTETTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich, exekuti-  
ves Mitglied des Verwaltungsrats der Schindler Holding AG in Hergiswil

Unternehmen als „Prügelknaben“ des Wirtschaftsrechts?.....327

YASMIN IQBAL

Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Zürich,  
Rechtsanwältin in Zürich

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., emeritierter Professor an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich

Der Staat als Gläubiger .....363

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., lic. phil., ständiger Gastprofessor an der Universität  
St. Gallen und emeritierter Professor an der Universität Zürich

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO .....373

ANGELOS KORNILAKIS

Prof. Dr. iur., Assoc. Professor an der Universität Thessaloniki

Privatautonomie, Treu und Glauben und „effiziente“ Vertragsauslegung.....381

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Thessaloniki

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht .....403

DIETER LEIPOLD	
Prof. Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
Anordnung der Urkundenvorlage von Amts wegen ohne Vorlagepflicht der Partei? .....	421
MATTHIAS MAHLMANN	
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Theorie und Verfahren .....	437
KALLIOPI MAKRIDOU	
Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Thessaloniki	
Speeding up civil litigation in Greece through ADR methods .....	449
ARNOLD MARTI	
Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Zürich, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen	
Zwei interessante Zivilprozesse mit öffentlich-rechtlichen Nebenaspekten um Kulturgüter in Schaffhausen.....	471
HEINRICH ANDREAS MÜLLER	
Dr. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich	
Beweisen nach der ZPO.....	487
PETER NOBEL	
Prof. Dr. rer. publ., em. Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen, Rechtsanwalt und Partner, Nobel & Hug Rechtsanwälte in Zürich	
Iura novit curia.....	507
WOLFGANG PORTMANN	
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
RAHEL NEDI	
MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich	
Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing .....	525



WALTER H. RECHBERGER  
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien  
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO .....545

HANS REISER  
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN  
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,  
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich  
Der Vergleich und seine Anfechtung.....557

ARNOLD RUSCH  
PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich  
Will das Recht, dass man klagt? .....569

PETER SCHLOSSER  
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität München  
Brüche im EuGVVO-LugÜ-Gefüge? .....587

ERNST F. SCHMID  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Niederer Kraft & Frey AG  
in Zürich  
Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des wider-  
spenstigen Gesuchsgegners? ..... 605

HANS SCHMID  
Dr. iur., alt Obergerichter am Obergericht und am Handelsgericht des Kantons  
Zürich, Konsulent Roesle Frick & Partner in Zürich  
Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus  
schutzwürdigem Interesse ..... 621

JÜRIG SCHMID  
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN  
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,  
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich  
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG .....639

ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Ausgewählte Exponenten des Internationalen Zivilverfahrensrechts an der Universität Zürich.....	655
ROLF A. SCHÜTZE Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Rechtsanwalt in Stuttgart Armut im Prozess.....	667
KURT SIEHR Prof. Dr. iur. Dr. h.c., M.C.L., emeritierter Professor an der Universität Zürich Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO.....	681
MIGUEL SOGO PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich Vermögenswerte Unterlassungsansprüche im Konkurs des Unterlas- sungsverpflichteten .....	697
ADRIAN STAEHELIN Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter a.o. Professor an der Universität Basel, alt Appellationsgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt Zur Geschichte der Konkursprivilegien.....	711
DANIEL STAEHELIN Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat, Notar und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
LUKAS BOPP Dr. iur., LL.M., Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest .....	723
ROLF STÜRNER Professor Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
BEATRICE STAPF Assessorin in Freiburg i. Br. Grundzüge des rechtlichen Gehörs im spanischen Zivilprozess.....	739

UELI VOGEL-ETIENNE

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich, Mediator SAV/SKWM

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

lic. iur., Rechtsanwältin und Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich, Mediatorin SAV

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator .....757

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Visiting Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich

RAINER BAISCH

Dipl.-Kfm. univ., MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin in Zürich

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Pestalozzi in Zürich

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte ..... 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadttammannamt und Betriebsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvollstreckung? .....825

Schrifttumsverzeichnis.....843

## Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator

### Konfliktlösungen im Wandel der Zeit

#### Inhaltsübersicht

<b>1. Rechtsstaatlichkeit und Rechtsprechung .....</b>	<b>758</b>
A. Justizsystem .....	758
I. Rechtsstaatlichkeit .....	758
II. Effizienz .....	758
a) Verfahrensdauer .....	759
b) Qualitätskontrolle .....	759
c) Alternative Streitbelegungsverfahren .....	760
d) Akzeptanz .....	760
III. ADR steigert die Effizienz des Justizsystems .....	760
B. Justizmanagement in der Schweiz .....	761
I. Organe der Justiz .....	761
II. Anwaltschaft .....	761
III. Mediatoren .....	762
C. Selbsthilfe – Staatshilfe .....	762
<b>2. Alternative Streitbelegungsverfahren .....</b>	<b>764</b>
A. Ursprung .....	764
B. Spielarten .....	764
I. Schiedsgerichtsbarkeit .....	765
II. Mediation .....	765
C. Gerichtliche und aussergerichtliche Streitbelegung .....	765
I. Unterschiede .....	766
II. Vorteile privater Streitbelegung .....	766
III. Schnittstellen .....	767
a) Gerichtsinterne Mediation .....	767
b) Aussergerichtliche Streitbelegung .....	767
c) Gerichtsnahe Mediation .....	768
d) Angeordnete Beratung .....	769
<b>3. Aussergerichtliche Streitbelegung als Pflicht (Angeordnete Mediation) .....</b>	<b>770</b>
A. Grundsätze .....	770
I. Freiwilligkeit der Teilnahme/Parteiautonomie .....	770
II. Vertraulichkeit .....	772
III. Allparteilichkeit .....	773
B. Nichtteilnahme an der Pflichtmediation und Pflichtberatung .....	773

# 1. Rechtsstaatlichkeit und Rechtsprechung

## A. Justizsystem

### I. Rechtsstaatlichkeit

Die Schweiz ist ein Rechtsstaat. Die schweizerische Bundesverfassung bestimmt in Art. 5: Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben. Bund und Kantone beachten das Völkerrecht. *Nach der schweizerischen Bundesverfassung hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht.*<sup>1</sup>

Den Gerichten obliegt die Wahrheitsfindung, und am Ende eines jeden Prozesses erhält die eine Prozesspartei recht und die andere unrecht. Die Annahme, dass eine Konfliktpartei recht habe und die andere unrecht, ist aber selten zielführend sondern lösungsfeindlich und wird meist im Ergebnis zumindest von einer Partei nicht als gerecht empfunden.

Die Autoren dieses Festschriftbeitrages zeigen auf, dass die von Prof. ISAAK MEIER an der Universität Zürich gelehrte Mediation im Spannungsfeld von Recht und Gerechtigkeit in der Schweiz an Bedeutung gewinnt.

### II. Effizienz

Das rechtsstaatlich weit ausgebaut und föderalistisch organisierte Rechtssystem der Schweiz führt mitunter zu langwierigen und trägen Abläufen. Prozesse über alle Instanzen der drei Staatsebenen dauern regelmässig viele Jahre. Sie sind für den Mittelstand kaum mehr erschwinglich.<sup>2</sup>

Auch für das Bestreben, das staatliche Handeln durch Rechtsnormen kontrollierbar zu machen, ist das rechte Mass zu finden. Ein Übermass an Verrechtlichung verliert sich in Banalitäten, bringt eine unzutragliche Schematisierung von Lebensvorgängen mit sich und bedrängt die Freiheiten der Bürger.<sup>3</sup> Dies ge-

---

<sup>1</sup> Art. 30 Abs. 1 BV.

<sup>2</sup> SCHERRER LUCIEN, Ein Vermögen für den Eintritt ins Gericht, NZZ 17.07.2014, 13.

<sup>3</sup> SCHERRER (FN 2) 13.

schieht insbesondere durch die fortschreitende Bürokratisierung. Darüber hinaus leidet auch die Rechtssicherheit unter einer Normeninflation.<sup>4</sup>

Am 27. März 2013 hat die Europäische Kommission einen neuen EU-Justizbarometer vorgestellt, der zu effektiven Justizsystemen in der EU und damit zu einer Stärkung des Wirtschaftswachstums beitragen soll.<sup>5</sup> Dieser EU-Justizindex zeigt unter anderem, dass Gerichtsverfahren in einigen Mitgliedstaaten wesentlich länger dauern als in anderen. Erhebliche Unterschiede bestehen innerhalb der EU auch darin, inwieweit die Justiz von den Bürgern als unabhängig wahrgenommen wird.

Mit dem EU-Justizbarometer 2013 wurden schwerpunktmässig die Parameter der Justiz erfasst, die zur Verbesserung des Geschäfts- und Investitionsklimas beitragen. Ausgewertet wurden insbesondere Effizienzindikatoren für zivil- und handelsrechtliche Streitigkeiten, die für die Beilegung von Konflikten mit bzw. zwischen Gewerbetreibenden von Bedeutung sind.

Die Europäische Kommission fasst die wichtigsten Ergebnisse der ersten Ausgabe ihres Justizbarometers wie folgt zusammen:

#### **a) Verfahrensdauer**

Die Dauer der Gerichtsverfahren unterscheidet sich erheblich von einem Mitgliedstaat zum anderen. In einem Drittel der Mitgliedstaaten dauern die Verfahren mindestens doppelt so lang wie in der Mehrheit der Mitgliedstaaten. Wenn eine niedrige Verfahrensabschlussquote und eine wachsende Zahl anhängiger Fälle zusammenkommen, können sich die Probleme zuspitzen.

#### **b) Qualitätskontrolle**

Eine Beobachtung und Bewertung der Verfahrensabwicklung trägt zu kürzerer Verfahrensdauer und besserer Qualität der Justiz bei. Die meisten Mitgliedstaaten verfügen über ein umfassendes Kontrollsystem, während einige andere Länder Nachholbedarf haben.

---

<sup>4</sup> ZIPPELIUS REINHOLD, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2011, § 23 III.

<sup>5</sup> Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, die europäische Zentralbank, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 27.03.2013, COM (2013) 160 final: Das EU-Justizbarometer, Ein Instrument für eine leistungsfähige, wachstumsfördernde Justiz [zit. COM (2013) 160].

### c) **Alternative Streitbeilegungsverfahren**

Alternative Streitbeilegungsverfahren wie Mediation und Schlichtung entlasten die Gerichte und sollten breitere Verwendung finden.

### d) **Akzeptanz**

Erhebliche Unterschiede herrschen darin, inwieweit eine Justiz in den verschiedenen Mitgliedstaaten der EU als unabhängig wahrgenommen wird.

Ein zugängliches und leistungsfähiges Justizwesen ist wichtig für die politische Stabilität und das wirtschaftliche Wachstum eines Landes. Das Vertrauen in das uneingeschränkte Funktionieren des Rechtsstaats wirkt sich unmittelbar auf die politische Stabilität und auf das Investitionsklima aus.

## **III. ADR steigert die Effizienz des Justizsystems**

Die Schweiz ist nicht Mitglied der EU. Ihr Justizsystem unterscheidet sich aber nicht grundsätzlich von den Rechtssystemen der EU-Mitglieder. Deshalb lässt sich sehr wohl auch für die Schweiz festhalten, dass alternative Streitbeilegungsverfahren die Effizienz der Justiz zu steigern vermögen:

„Effective mediation and other alternative dispute resolution (ADR) methods provide an early settlement between parties on voluntary basis, reduce the number of pending cases and can thus have an important positive impact on the workload of courts, which are then more able to keep reasonable time frames. High quality ADR methods can be a credible alternative to the traditional judicial procedures and can contribute to a culture of peaceful resolution of disputes.“<sup>6</sup>

„Member States should encourage the availability and quality of mediation and other ADR methods.“<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> COM (2013) 160 (FN 5).

<sup>7</sup> COM (2013) 160 (FN 5).

## **B. Justizmanagement in der Schweiz**

### **I. Organe der Justiz**

Um eine effiziente Rechtsprechung zu gewährleisten, ist ein gutes Justizmanagement unabdingbar.<sup>8</sup> Die Rechtspflege, das heisst die Rechtsanwendung, erfolgt durch die Organe der Justiz. Zu den Organen der Justiz gehört im Rechtsstaat die Judikative, also alle Gerichte, seitens der Exekutive etwa die Staatsanwaltschaften, Verwaltungsabteilungen aller staatlichen Ebenen wie Polizeirichter, Statthalter, Rekurskommissionen und die Notariate. Zu den Organen der Justiz werden aber auch die Rechtsanwälte gezählt.

### **II. Anwaltschaft**

In Deutschland wird der Rechtsanwalt berufsrechtlich ausdrücklich als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ bezeichnet (§ 1 BRAO). Diese „Organformel“ wurde erstmals vom Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte in einer Entscheidung vom 25. Mai 1883 gebraucht.<sup>9</sup> Inhaltlich bedeutet dies, dass der Anwalt nicht nur seinem Mandanten verpflichtet ist, sondern auch der Rechtsordnung; allerdings gehen die Interessen des Mandanten im Rahmen der Gesetze vor. Der Anwalt darf deshalb vor Gericht nicht bewusst die Unwahrheit vortragen. In Österreich werden Rechtsanwälte dagegen nicht als Organe der Rechtspflege angesehen. Sie üben einen freien Beruf aus, in dessen Rahmen sie Klienten sowohl rechtlich beraten als auch vor Gerichten (und anderen Behörden) vertreten.<sup>10</sup>

MAX GULDENER, Professor an der Universität Zürich, veröffentlichte Mitte des letzten Jahrhunderts sein Standardwerk über das schweizerische Zivilprozessrecht.<sup>11</sup> Er legte damit einen roten Faden durch die damaligen 25 unterschiedlichen Prozessordnungen der Schweiz. GULDENER widmete auch ein Kapitel seines Buches dem Anwaltsrecht. Der Anwalt solle den Richter bei der Erfüllung seiner

---

<sup>8</sup> Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz: <<http://www.justizforschung.ch>> (besucht am 10. Februar 2015).

<sup>9</sup> WOLF GERHARD, Ein neuer Historikerstreit? – Zur Entstehung der „Organformel“, JuS 1991, 976.

<sup>10</sup> MAYR PETER G., Kapitel „Personen der Rechtspflege“, in: BARTA HEINZ, Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, 2. Aufl., Wien 2004, 1078 f., online abrufbar unter <<http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch>> (besucht am 16. Februar 2015).

<sup>11</sup> GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.



Aufgaben unterstützen, schrieb GULDENER damals:<sup>12</sup> *Der Anwalt erscheine als „Hilfsorgan der Rechtspflege“ und stehe „im Dienst am Recht“.*

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte verlangt, dass sie in der Lage sein müssten, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben,<sup>13</sup> unabhängig ganz selbstverständlich auch von den Organen der Rechtspflege. Der Anwalt/die Anwältin ist Verfechter von einseitigen Parteiinteressen und als solcher einseitig für die Mandantschaft tätig. Trotzdem hat das Bundesgericht den Anwalt schon als „Diener des Rechts“ und „Mitarbeiter der Rechtspflege“ bezeichnet,<sup>14</sup> dies aber relativiert und nun neu wie folgt definiert:

„Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht Gehilfe des Richters, sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig.“<sup>15</sup>

### III. Mediatoren

Die erste gesamtschweizerische Zivilprozessordnung<sup>16</sup> könnte nun eine neue Kategorie von Justizorganen geschaffen haben: die freiberuflichen Mediatorinnen und Mediatoren. Sie können den Schlichter ersetzen<sup>17</sup> oder auch im Auftrag des Gerichtes tätig werden.<sup>18</sup> Auch im Rahmen internationaler Abkommen wurden Mediatorinnen und Mediatoren in den vergangenen Jahren justiz-organ-ähnliche Funktionen übertragen.<sup>19</sup>

### C. Selbsthilfe – Staatshilfe

Ab dem späten Mittelalter, seit der Frühen Neuzeit, hat sich in Europa der Staat allmählich als einziger Gewaltinhaber gegenüber anderen sozialen Kräften durchgesetzt. Das Gewaltmonopol des Staates hat Konfliktlösungen wie Fehde und Blutrache als Mittel der Rechtsdurchsetzung abgelöst. Angehörige eines Gemeinwesens verzichten darauf, Selbstjustiz auszuüben und tatsächliche oder ver-

---

<sup>12</sup> GULDENER (FN 11) 636.

<sup>13</sup> BGFA (SR 935.61) Art. 8 Abs. 1 lit. d und Art. 12 lit. b; BGE 130 II 93 ff.

<sup>14</sup> BGE 103 Ia 431; BGE 98 Ia 58.

<sup>15</sup> BGE 106 Ia 105.

<sup>16</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272.

<sup>17</sup> Art. 213 ZPO.

<sup>18</sup> Art. 297 ZPO.

<sup>19</sup> Bundesgesetz vom 21. Dezember 2007 über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE), SR 211.222.32.

meintliche Rechte und Ansprüche durch eine individuelle Ausübung von Zwang durchzusetzen. Vielmehr übertragen sie deren Schutz und Durchsetzung ganz auf die staatlichen Justiz- und Exekutivorgane; also an Gerichte beziehungsweise Polizei und Verwaltung. Diese wiederum sind in einem demokratischen Staat an das von der Legislative sanktionierte Recht und Gesetz gebunden. Das Gewaltmonopol des Staates ist ein Prinzip aller modernen Staaten und gilt als eine der Grundlagen für das Funktionieren des Rechtsstaates. *Streitbeilegung wird heute grundsätzlich als Aufgabe des Staates und innerhalb des Staatsapparates als Aufgabe der Justiz verstanden.*

In den letzten Jahren hat die Streitbeilegung durch den Staat eine enorme Bürokratisierung und Formalisierung erfahren. Eine bezahlbare Rechtsanwendung innert nützlicher Frist ist immer weniger gewährleistet. Im Kanton Tessin etwa wollte sich eine Ehefrau scheiden lassen. Ihr Ehemann widersetzte sich der Scheidung und erklärte Berufung an das Tessiner Obergericht. Vor dem Obergericht versöhnten sich die Ehegatten. Doch das Obergericht beschied ihnen, diese Versöhnung komme jetzt prozessual zu spät; sie würden nun zwangsweise geschieden. Erst das Bundesgericht stoppte dann diesen übertriebenen Formalismus.<sup>20</sup>

Eine Befragung in 26 Kantonen über die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung ergab, dass viele Personen die kantonalen Gerichte hinsichtlich Gleichbehandlung und Unabhängigkeit von der Politik durchaus skeptisch betrachten.<sup>21</sup>

Der Bürokratisierung und Formalisierung der Rechtsprechung und Rechtsanwendung steht eine rasch zunehmende Bedeutung alternativer Streitbeilegungsverfahren gegenüber. Mehr noch: *Alternative Streitbeilegungsverfahren werden, wie bereits erwähnt, mehr und mehr in die staatliche Rechtsanwendung mit eingebunden.* Dies kann sowohl der Justiz als auch dem rechtssuchenden Bürger zum Vorteil gereichen, denn, wie die Europäische Justizkommission feststellte, können alternative Streitbeilegungsverfahren die Justiz entlasten.

---

<sup>20</sup> BGer vom 5. Juni 2012, 5A\_538/2011.

<sup>21</sup> SCHWENKEL CHRISTOF/RIEDER STEFAN, Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung, Justice - Justiz – Giustizia 2014.

## 2. Alternative Streitbeilegungsverfahren

### A. Ursprung

Die ADR-Bewegung (Alternative Dispute Resolution) begann in den frühen 1970ern in den USA. *Man begann nach Alternativen zum staatlichen Gerichtsverfahren zu suchen, um Zeit und Kosten sparen zu können.* Ein grosser Schritt wurde 1976 getan, als die Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice (sog. Pound Conference) in Saint Paul, Minnesota, gegründet wurde. Akademiker, Gerichtsmitarbeiter und Anwälte taten sich zusammen, um nach neuen Wegen der Streitbeilegung zu suchen.

Zu den wichtigsten alternativen Streitbeilegungsverfahren zählen die Schlichtung, die Schiedsgerichtsbarkeit und die Mediation.

### B. Spielarten

In den letzten 50 Jahren haben sich zahlreiche Unter- und Nebenarten alternativer Streitbeilegung entwickelt, beispielsweise Verbindungen von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>22</sup> Dazu zählen das Med-Arb-Verfahren<sup>23</sup> und das Med-Arb-Opt-Out-Verfahren,<sup>24</sup> aber auch viele andere wie beispielsweise das Ombudsverfahren oder Collaborative Law.

Allen Arten alternativer Streitbeilegung ist gemeinsam, dass sie zu einer wesentlichen Zeiteinsparung und Kostenreduktion führen sollen. Zudem können die Konfliktparteien den Ablauf des Streitbeilegungsverfahrens weitgehend selber bestimmen.<sup>25</sup>

Bereits in vielen früheren kantonalen Zivilprozessordnungen geregelt war die Schiedsgerichtsbarkeit.<sup>26</sup> In der schweizerischen Zivilprozessordnung erstmals erwähnt wird die Mediation.<sup>27</sup> Dazu kommen in den kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzen Bestimmungen über das Ombudsverfahren.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> PETER JAMES T., *Gerichtsnaher Mediation*, Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011, 23 ff.

<sup>23</sup> PETER (FN 22) 24 f.

<sup>24</sup> PETER (FN 22) 25.

<sup>25</sup> Art. 373 Abs. 1 ZPO.

<sup>26</sup> Z.B. ZPO ZH § 238 ff.; ZPO AG § 419 f.; ZPO SH Art. 330 ff. etc.

<sup>27</sup> Art. 213 ff. ZPO und Art. 297 ZPO.

<sup>28</sup> VRG ZH § 87 ff.

## I. Schiedsgerichtsbarkeit

Die ZPO definiert den Begriff des Schiedsgerichtes nicht. Aus den Verfahrensbestimmungen der ZPO ergibt sich aber, dass es sich bei einem Schiedsgericht um ein nicht-staatliches, privates Gericht handelt, dessen Zusammensetzung von den Streitparteien selbst bestimmt werden kann und das allein durch Abrede der jeweiligen Streitparteien zusammentritt. Der Schiedsspruch ist für die Parteien in der Regel rechtlich bindend und kann von staatlichen Gerichten für vollstreckbar erklärt werden.

## II. Mediation

Auch den Begriff der Mediation definiert die ZPO nicht.<sup>29</sup> Der Bundesrat bezeichnet die Mediation in seiner Botschaft als „aussergerichtliche Vermittlung durch eine neutrale und unabhängige Drittperson ohne Entscheidungsbefugnis.“<sup>30</sup> Der Gesetzgeber wollte nicht vorgeben, was bei der aussergerichtlichen Streitbeilegung zu geschehen hat.<sup>31</sup>

Wenn es um die Aussetzung des staatlichen Verfahrens gemäss Art. 213 oder 214 ZPO geht, spielt es keine Rolle, wie die neutrale und unabhängige Drittperson genannt wird: Mediator, Schlichter, Vermittler, Klärungshelfer.<sup>32</sup> Ebenso wenig massgebend ist, wie das aussergerichtliche Verfahren abläuft.<sup>33</sup> Entscheidend im Sinne der ZPO ist nur, dass die Konfliktparteien eine Streitbeilegung auf aussergerichtlichem privatem Weg durch eine unbeteiligte Drittperson oder unbeteiligte Dritte wünschen. *Die ZPO ermöglicht somit das „Outsourcen“ der Streitbeilegung.*

## C. Gerichtliche und aussergerichtliche Streitbeilegung

Die ZPO unterscheidet nicht zwischen Prozessführung, Schlichtung und Mediation, sondern zwischen staatlicher und privater Streitbeilegung.<sup>34</sup> Die private Streitbeilegung ist sozusagen in die staatliche Rechtsanwendung und Rechtsprechung integriert worden. Dafür sind gemäss JAMES T. PETER drei Bedingungen

---

<sup>29</sup> PETER (FN 22) 12.

<sup>30</sup> Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7335.

<sup>31</sup> PETER (FN 22) 12.

<sup>32</sup> PETER (FN 22) 12.

<sup>33</sup> PETER (FN 22) 12.

<sup>34</sup> PETER (FN 22) 13.

erforderlich:<sup>35</sup> a) Die Parteien einigen sich auf eine Streitvermittlung, b) sie ziehen dafür eine (oder mehrere) Drittpersonen bei, c) mit dem Zweck, eine aussergerichtliche, parteiautonom getroffene Streitbeilegung zu erzielen.

## I. Unterschiede

Was macht den Unterschied zwischen staatlichen und privaten Streitbeilegungsverfahren aus? Handelt es sich bei den privaten Streitbeilegungsverfahren einfach um Streitbeilegungsverfahren „light“ für Streitparteien, die eine harte Auseinandersetzung scheuen?<sup>36</sup> Nein: Während die staatliche Rechtsprechung sich um die zentralen Fragen *recht haben, recht bekommen, Obsiegen, Unterliegen, Verschulden und Schuldlosigkeit* dreht, sucht insbesondere die Mediation nach einer *Win-win-Lösung, die den Interessen der Streitparteien am besten entspricht*. Die Mediation erkundet nicht eine prozessuale Scheinwahrheit, sondern eine dauerhafte und möglichst beziehungserhaltende Streitbeilegung. Während der Richter durch zurückhaltendes, keine Partei unterstützendes Verhalten neutral bleibt, bemüht sich der Mediator aktiv um ein ausgleichendes, allseitiges Verstehen aller Sichtweisen.<sup>37</sup> Der Zivilprozess dreht sich zur Hauptsache um die Vergangenheitsbewältigung, während sich die private Streitbeilegung der Zukunftsgestaltung widmen kann. Private Streitbeilegungsverfahren sind insbesondere ergebnisoffen, sie müssen die Streitbeilegung nicht einer rechtlich vorgegebenen Lösung unterordnen, sondern können auch rechtsfremde Elemente, zum Beispiel eine Teilung des Streitgegenstandes anstelle dessen Zusprechung an die eine oder andere Streitpartei, in die Streitbeilegung einbeziehen.

## II. Vorteile privater Streitbeilegung

Aussergerichtliche, private Streitbeilegungsverfahren basieren auf der Überzeugung, dass niemand den Konfliktstoff und die Lösungsmöglichkeiten besser kennt als die Streitparteien selber. Weil Konflikte aber regelmässig mit Kommunikationsstörungen beginnen, muss eine neutrale und unabhängige Drittperson ohne Entscheidungskompetenz die Streitbeilegung moderieren.

Die private Streitbeilegung war im Expertenentwurf für eine gesamtschweizerische ZPO nicht vorgesehen. Erst als Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens schlug der Bundesrat die Regelung der Mediation in der ZPO vor. Der Gesetzge-

---

<sup>35</sup> PETER (FN 22) 12.

<sup>36</sup> VOGEL-ETIENNE UELI/LAUTENBACH-KOCH ANNEGRET, *Mediation in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2014, 32 f.

<sup>37</sup> PETER (FN 22) 5.

ber der ZPO will, dass private Streitigkeiten unter den Konfliktparteien möglichst selbständig geregelt werden; der Gesetzgeber erwartet von den Streitparteien, dass sie zumindest versuchen, ihre privaten Probleme ohne Einschaltung des staatlichen Gerichtes zu lösen.<sup>38</sup> Zwar stellt die Rechtsanwendung und Rechtsprechung eine verfassungsmässige Pflicht des Rechtsstaates dar, doch soll der Gang zum Zivilgericht als ultima ratio gelten.<sup>39</sup> JAMES T. PETER spricht sogar von einer „gesetzlichen Pflicht“<sup>40</sup> zur privaten Streitbeilegung, mit welcher der Gerichtsapparat entlastet werden soll.<sup>41</sup> Die private Streitbeilegung als Selbsthilfe wird damit Teil des rechtsstaatlichen Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungssystems.

### III. Schnittstellen

#### a) Gerichtsinterne Mediation

Die ZPO sieht keine gerichtsinterne Mediation vor. Dabei würde es sich auch nicht mehr um eine private Streitbeilegung handeln. Art. 216 ZPO klärt das Verhältnis zwischen gerichtlichem Verfahren und der Mediation: Die Mediation ist von der Schlichtungsbehörde und vom Gericht unabhängig und vertraulich. Die Organisation und Durchführung der Mediation ist Sache der Konfliktparteien.<sup>42</sup>

#### b) Aussergerichtliche Streitbeilegung

Die aussergerichtliche Streitbeilegung steht in keinem Zusammenhang mit einem gerichtlichen Verfahren. Sie findet dann statt, wenn sich Streitparteien auf irgendein aussergerichtliches, alternatives Streitbeilegungsverfahren einigen. Damit befasst sich die ZPO nicht. Die Europäische Union hingegen – zu welcher die Schweiz nicht gehört – will auch solchen aussergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zum Durchbruch verhelfen. Am 21. Mai 2008 hat die EU eine „Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte Aspekte der Media-

---

<sup>38</sup> PETER (FN 22) 11.

<sup>39</sup> LIATOWITSCH PETER/MORDASINI CLAUDIA M., in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 213 ZPO N 12; GLOOR URS/UMBRICHT LUKAS BARBARA, in: OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 213 ZPO N 1.

<sup>40</sup> PETER (FN 22) 11.

<sup>41</sup> BBI 2006 7241 f. (FN 30).

<sup>42</sup> Art. 215 ZPO.

tion in Zivil- und Handelssachen<sup>43</sup> erlassen, mit welcher der Zugang zur alternativen Streitbeilegung erleichtert werden soll. Die Richtlinie der EU soll insbesondere die Vollstreckbarkeit einer Mediationsvereinbarung und die Auswirkungen der Mediation auf Verjährungsfristen harmonisieren. Nach Artikel 6 der vorerwähnten EU-Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass von den Parteien beantragt werden kann, dass der Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung vollstreckbar gemacht wird.“ Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass während des Mediationsverfahrens die Verjährungsfristen nicht ablaufen können. Die EU-Mitgliedstaaten wären verpflichtet gewesen, die Mediationsrichtlinie bis am 21. Mai 2011 umzusetzen. Neun Mitgliedstaaten haben dies aber nicht getan. Gegen sie hat die EU-Kommission Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

### c) **Gerichtsnaher Mediation**

Von gerichtsnaher Mediation sprechen wir, wenn die Mediation erst dann einsetzt, wenn sich bereits staatliche Stellen, namentlich Gerichte, mit der Streitsache befassen.<sup>44</sup> Dabei ist die Gerichtsnähe von sehr unterschiedlicher Intensität. Nach Art. 214 ZPO kann das Gericht den Parteien jederzeit eine Mediation „empfehlen“. In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht die Eltern zu einer Mediation „auffordern.“<sup>45</sup> Bereits mit Entscheid vom 9. Dezember 2009 hat sich das Bundesgericht im Bereich des Kindesschutzes für die Zulässigkeit einer angeordneten Mediation ausgesprochen.<sup>46</sup> Ebenso bestimmt Artikel 4 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen,<sup>47</sup> dass die zentrale Behörde ein Vermittlungsverfahren oder eine Mediation „einleiten“ kann mit dem Ziel, die freiwillige Rückführung des Kindes zu erreichen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen. Die zentrale Behörde „veranlasst“ die betroffenen Personen in geeigneter Weise, am Vermittlungsverfahren oder an der Mediation teilzunehmen.

Auch im Jugendstrafrecht können die Untersuchungsbehörde und die Gerichte das Verfahren jederzeit sistieren und eine auf dem Gebiet der Mediation geeignete

---

<sup>43</sup> Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU vom 24. Mai 2008, L 136/3 [zit. RL 2008/52/EG].

<sup>44</sup> PETER (FN 22) Einleitung N 14.

<sup>45</sup> Art. 297 ZPO.

<sup>46</sup> BGer vom 9.12.2009, 5A\_457/2009.

<sup>47</sup> SR 211.222.32 (FN 19).

Organisation oder Person mit der Durchführung eines Mediationsverfahrens „beauftragt“.<sup>48</sup> Gelingt die Mediation, so wird das Verfahren eingestellt.<sup>49</sup>

Justizorgane, das heisst Gerichte und Verwaltungsbehörden, können also Pflichtmediationen anordnen.

#### **d) Angeordnete Beratung**

Einen neuen Weg des Einbezuges aussergerichtlicher Streitbeilegung geht der Kanton Basel-Stadt: Sind in einem Eheschutz- oder Scheidungsverfahren kindesrechtliche Belange wie Obhut, Betreuung oder Sorgerecht strittig, kann das Gericht eine angeordnete Beratung verfügen.<sup>50</sup> Mit der Durchführung der angeordneten Beratung wird die Kindes- und Jugendschutzbehörde beauftragt. Diese Behörde setzt aus einem Pool von Fachpersonen den geeigneten Berater ein. Die Streitparteien, die Eltern, sind zur Kooperation verpflichtet. Eine Problemlösung darf ihnen aber nicht diktiert werden.

Die zuständige Fachperson darf, anders als in der angeordneten Mediation, mit dem Gericht Kontakt aufnehmen, über den Gang der angeordneten Beratung berichten und auch Empfehlungen abgeben. Die angeordnete Beratung unterscheidet sich von der angeordneten Mediation also dadurch, dass die beauftragte Fachperson eine „klare Führungsrolle übernimmt“.<sup>51</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER bezeichnen die Rolle des Beraters in der angeordneten Beratung als „Tabubruch“,<sup>52</sup> da dieser bei Misslingen einer Einigung vor Gericht zur Stellungnahme aufgefordert wird. Das Dogma der Mediationslehre, wonach die Mediationsperson inhaltlich nicht in den Lösungsfindungsprozess einwirkt und für den Inhalt einer Einigung keinerlei Verantwortung übernimmt, ist damit umgangen.<sup>53</sup>

Rechtlich stützt sich die angeordnete Beratung wie die angeordnete Mediation als Pflicht auf Art. 307 ZGB, wonach die Kindesschutzbehörde die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen kann, der Einblick und Auskunft zu geben ist.<sup>54</sup> Das Gesetz konkretisiert

---

<sup>48</sup> Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (JStPO), SR 312.1.

<sup>49</sup> Art. 17 Abs. 2 JStPO.

<sup>50</sup> BANHOLZER KARIN/DIEHL REGULA/HEIERLI ANDREAS/KLEIN ANNE/SCHWEIGHAUSER JONAS, „Angeordnete Beratung“ – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 2012, 111 ff.

<sup>51</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 120.

<sup>52</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 120.

<sup>53</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 120.

<sup>54</sup> Art. 307 Abs. 3 ZGB.



die Weisungskompetenz der Kindesschutzbehörde in den Artikeln 315a und 315b ZGB.

Gerichtsentscheide über die Zulässigkeit der angeordneten Beratung nach der Praxis des Kantons Basel-Stadt gibt es bis heute nicht.<sup>55</sup> Mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Pflichtmediation<sup>56</sup> dürfte aber auch die angeordnete Beratung ohne weiteres möglich sein.<sup>57</sup>

Mit der angeordneten Beratung im Sinne der Balsler Praxis wird die aussergerichtliche Fachperson, sei sie nun Anwalt, Sozialarbeiter oder Mediator, definitiv zum Hilfsorgan der Rechtspflege.

### **3. Aussergerichtliche Streitbeilegung als Pflicht (Angeordnete Mediation)**

#### **A. Grundsätze**

Das klassische Mediationsverfahren als strukturierte Verhandlungsmethode ist durch die folgenden Grundprinzipien geprägt:<sup>58</sup>

#### **I. Freiwilligkeit der Teilnahme/Parteiautonomie**

Das Prinzip der Freiwilligkeit ist auch in die Richtlinie der EU zur Definition der Mediation eingeflossen.<sup>59</sup>

„Mediation ist ein strukturiertes Verfahren, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen.“

Diese Definition bringe „das wichtigste Prinzip der Mediation, die Freiwilligkeit“, zum Ausdruck.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 122.

<sup>56</sup> BGer vom 22.6.2011, 5A\_72/2011; BGer vom 9.12.2009, 5A\_457/2009; BGE 137 III 529.

<sup>57</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 122.

<sup>58</sup> STAUB LISELOTTE, Die Pflichtmediation als scheidungsbezogene Kinderschutzmassnahme, ZBJV 2009, 405 ff.

<sup>59</sup> RL 2008/52/EG (FN 43) Art. 3.

<sup>60</sup> HAKENBERG MICHAEL, Die Mediationsrichtlinie und ihre Umsetzung in der Europäischen Union, <<http://www.cecluxembourg.lu/online/www/content/10/18/6517/6893/6899/6902/containercentco/6921/1492/FRE/Hakenberg%20Manuskript%2011%2010%202010.pdf>> (besucht am 11. Februar 2015).

Während die Verfechter der klassischen Mediation die unfreiwillige Mediation heute noch ablehnen, hat die Mediationsszene in denjenigen US-Bundesstaaten mit gesetzlich vorgeschriebener Pflichtmediation entsprechende Bedenken längst überwunden.<sup>61</sup> Die „mandatory mediation“ wird in diesen Bundesstaaten der freiwilligen Mediation gleichgestellt.

Nach JAMES T. PETER ist die Freiwilligkeit nur innerhalb der Mediation zu gewährleisten, „damit die darin getroffenen Entscheidungen Ausdruck freier Willensbildung sind.“<sup>62</sup> Dies sei deshalb wichtig, weil nur eine eigenverantwortlich erarbeitete Lösung den Rechtsfrieden nachhaltig sichere;<sup>63</sup> die freiwillige Teilnahme an der Mediation sei keine zwingende Voraussetzung für ein Mediationsverfahren und erweise sich als ein „überliefertes Dogma“.<sup>64</sup> So gilt es zu unterscheiden zwischen der *freiwilligen Teilnahme an der Mediation* und der *Freiwilligkeit während des Verfahrens, was ein jederzeitiges Beendigungsrecht einschliesst*.

Im Einklang mit diesen Überlegungen hat das Bundesgericht, wie erwähnt, bereits vor Jahren entschieden, dass die Anordnung einer Mediation als Kinderschutzmassnahme zulässig sei.<sup>65</sup>

LISELOTTE STAUB relativiert das Prinzip der Freiwilligkeit in der angeordneten Mediation damit, dass gerichtliche Scheidungsverfahren per se in einem Zwangskontext stünden. Alle Verfahren zur Regelung von Kindesbelangen seien Zwangsverfahren, welche die elterliche Pflicht gemäss Art. 301 ZGB verstärkten, alles Zumutbare zur Wahrung des Kindeswohls zu unternehmen – einschliesslich einer Mediation.<sup>66</sup> Zudem sei das Mediationsverfahren ein dynamisches Verfahren, in dessen Verlauf sich die Motivation der Beteiligten verändern könne: „Die Eltern realisieren, dass erst die Pflicht zur Mediation ihnen wieder Autonomie verschafft und ihnen damit die Möglichkeit eröffnet, alternative Handlungsspielräume zu nutzen.“<sup>67</sup>

Schliesslich gibt LISELOTTE STAUB zu bedenken, dass emotionale Konflikte den Wahrnehmungsradius bezüglich möglicher Lösungen einschränken. Je stärker ein Machtkampf zwischen den Streitparteien tobe, desto unwahrscheinlicher werde die Inanspruchnahme einer freiwilligen Mediation. Der Machtkampf verhinde-

---

<sup>61</sup> STAUB (FN 58) 406.

<sup>62</sup> PETER (FN 22) 6.

<sup>63</sup> Vgl. auch BBl 2006 7242 (vgl. FN 30).

<sup>64</sup> PETER (FN 22), 6.

<sup>65</sup> BGer vom 9. Dezember 2009, 5A\_457/2009.

<sup>66</sup> STAUB (FN 58) 407.

<sup>67</sup> STAUB (FN 58) 407.

re dann, dass sich die Streitparteien „freiwillig in eine von Gleichheit und Kompromiss beabsichtigende Intervention“ begäben.<sup>68</sup>

## II. Vertraulichkeit

Der Inhalt der „Verhandlungen“ wird vertraulich behandelt. Dies gilt als zentrales Prinzip der Mediation. Die Vertraulichkeit soll es den Streitparteien ermöglichen, offen über alle Umstände zu sprechen und so eine konstruktive Streitbeilegung zu ermöglichen. Äusserungen im Mediationsverfahren dürfen in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren nicht verwendet werden. Der schweizerische Gesetzgeber hat das Prinzip der Vertraulichkeit so stark gewichtet, dass er dem Mediator ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt hat. Zudem dürfen die Aussagen der Parteien im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden.<sup>69</sup>

An die gesetzlichen Vorgaben ist auch der von einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde beauftragte Mediator gebunden.

Eine gelungene angeordnete Mediation führt zu einer Streitbeilegungsvereinbarung der Konfliktparteien. Meist ist dann kein weiteres Handeln der Behörde nötig. Es genügt der Bericht der Mediationsperson(en), dass die Mediation den Konflikt beendet hat, oder aber die Mediationsvereinbarung wird im Einverständnis der Beteiligten der anordnenden Behörde zur Kenntnisnahme oder Genehmigung vorgelegt.<sup>70</sup> *Grundsätzlich unzulässig erscheint die Berichterstattung an die beauftragende Behörde, wenn die angeordnete Mediation abgebrochen wird.* Wenn eine angeordnete Mediation scheitert, wird die eine Konfliktpartei ein ebenso grosses Interesse an der Berichterstattung haben wie die andere Partei an der Geheimhaltung. Eine inhaltliche Berichterstattung darf nur dann erfolgen, wenn beide Parteien dieser Berichterstattung bereits zu Beginn der angeordneten Mediation schriftlich zugestimmt haben und beim Abbruch der Mediation nicht ausdrücklich widerrufen.<sup>71</sup> *Sieht der gerichtlich oder behördlich beauftragte Mediator höher gewichtete Kinderschutzinteressen gefährdet, muss er sich gegebenenfalls von seiner Schweigepflicht entbinden lassen.*

Die angeordnete Beratung nach der Basler Praxis unterliegt nicht den Regeln des Mediationsverfahrens gemäss ZPO. Hier ist die Auftragsklärung deshalb besonders wichtig.<sup>72</sup> Die beauftragte Fachperson stellt in einer Auftragsvereinbarung fest, dass sie am Ende des Beratungsprozesses die von den Eltern getroffene

---

<sup>68</sup> STAUB (FN 58) 407.

<sup>69</sup> Art. 216 Abs. 2 ZPO.

<sup>70</sup> VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH (FN 36) 114.

<sup>71</sup> VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH (FN 36) 114.

<sup>72</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 117.

Vereinbarung schriftlich fixiert und an das Gericht sendet, das Gericht über Verlauf und Ergebnis des Beratungsprozesses informiert, auch wenn die Eltern keine Einigung finden können, und im Fall eines Abbruchs der Beratung das Gericht darüber informiert.<sup>73</sup>

### III. Allparteilichkeit

JAMES T. PETER bezeichnet die Neutralität des Mediators<sup>74</sup> als „zentralsten Grundsatz in der Mediation“. Er setzt die Neutralität mit der Unparteilichkeit gleich. Die Neutralität und Unparteilichkeit des Mediators wird verwirklicht durch eine allparteiliche Haltung, das heisst durch ein allseitiges Verständnis allen Konfliktparteien gegenüber: „Wird das Mediationsverfahren unter Beachtung des Grundsatzes der Allparteilichkeit geführt, so wird die Mediationsperson von den Parteien als neutral wahrgenommen.“<sup>75</sup> LISELOTTE STAUB stellt den Grundsatz der Neutralität des Mediators für die Familien- bzw. Scheidungsmediation in Frage.<sup>76</sup> Denn hier habe der Mediator die Aufgabe, das Kindeswohl zu schützen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden; sie stellt den ganzen Mediationsprozess in Frage. Zuständig für den Schutz des Kindeswohles sind und bleiben Gericht oder Behörde, die eine Mediation als Kinderschutzmassnahme angeordnet hat. Erhält der Mediator, der nach den Regeln der ZPO arbeiten soll, einen ergebnisbezogenen Auftrag, wird er zum Berater im Sinne der Basler Praxis zur angeordneten Beratung. *Ziel einer jeden Mediation ist die Erarbeitung einer eigenverantwortlichen Lösung und nicht die Umsetzung der Erkenntnisse des Mediators.*

Auch in der angeordneten Mediation bleibt die Mediationsperson der Allparteilichkeit verpflichtet: Der Mediator sucht eine ausgeglichene Nähe und Distanz zu den Parteien und bleibt in der Sache neutral. Der Mediator übernimmt immer nur die Verantwortung für den Prozess, nie aber für die Lösung.

### B. Nichtteilnahme an der Pflichtmediation und Pflichtberatung

Wenn Gerichte und Verwaltungsbehörden gerichtsnahe bzw. behördennahe Mediationen und Beratungen anordnen können, stellt sich die Frage nach der Konsequenz einer Nichtteilnahme an einer Pflichtmediation oder einer Pflichtberatung.

---

<sup>73</sup> BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER (FN 50) 118.

<sup>74</sup> PETER (FN 22) 3.

<sup>75</sup> PETER (FN 22) 5.

<sup>76</sup> STAUB (FN 58) 409.

Die ZPO regelt diese Frage nicht. Ob die Verweigerung einer Pflichtmediation oder einer Pflichtberatung sanktioniert werden darf, ist in der Lehre bis heute umstritten geblieben. Folgt man der Auffassung von JAMES T. PETER, wonach die Teilnahme an einer angeordneten Mediation nicht freiwillig erfolgen muss, sondern verpflichtend angeordnet werden kann,<sup>77</sup> dann muss eine Verletzung der Mitwirkungspflicht auch sanktioniert werden können. Nach JAMES T. PETER stehen dem Gericht im Verweigerungsfall die Zwangsmassnahmen gemäss Art. 343 ZPO zur Verfügung: Lautet eine gerichtliche Anordnung auf eine Verpflichtung zu einem Tun, so kann das Vollstreckungsgericht insbesondere eine Strafdrohung nach Artikel 292 StGB, eine Ordnungsbusse bis zu 5000 Franken oder eine Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken für jeden Tag der Nichterfüllung anordnen.

Das Bundesgericht hat bereits einmal die mit einer Strafdrohung verbundene Anordnung einer Therapie eines Elternteils in einem Familienkonflikt als verhältnismässig beurteilt.<sup>78</sup>

In der Regel dürfte aber die Furcht vor einem schlechten Eindruck gegenüber der anordnenden Behörde bereits genügend Druck hinsichtlich einer Teilnahme ausüben. Denn wer nicht an der Mediation teilnimmt, wird mit einer weitergreifenden Massnahme rechnen müssen. Klarerweise nicht erzwungen werden kann das Resultat der Pflichtmediation oder Pflichtberatung. Die fehlende Einigungsbereitschaft stellt keine Mitwirkungsverweigerung dar.<sup>79</sup>

Die Einbindung aussergerichtlicher, aber gerichtsnaher privater Lösungsverfahren ist hierzulande nicht zuletzt auf die zunehmende Bürokratisierung der Justiz zurückzuführen. Zwar kann das Gericht den Parteien in allen Verfahren eine Mediation empfehlen.<sup>80</sup> Pflichtmediationen kommen aber erst und nur in familienrechtlichen Verfahren vor. Damit steht die Einbindung alternativer, privater Streitbeilegungsverfahren noch immer in ihren Anfängen. Der Gang zum staatlichen Zivilgericht soll gemäss LIATOWITSCH/MORDASINI als „ultima ratio“ gelten,<sup>81</sup> doch bildet die alternative Streitbeilegung in allen Konflikten noch lang nicht erste Pflicht.

---

<sup>77</sup> PETER (FN 22) 110.

<sup>78</sup> BGer vom 11. Juni 2010, 5A\_140/2010.

<sup>79</sup> PETER (FN 22) 111.

<sup>80</sup> Art. 214 ZPO.

<sup>81</sup> LIATOWITSCH/MORDASINI (FN 39) Art. 213 ZPO N 12; GLOOR/UMBRICHT LUKAS (FN 39) Art. 213 ZPO N 1.