

[3 | 2013]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

JAMES T. PETER

Der Rechtsanwalt als Parteivertreter
in der Mediation SEITE / PAGE 103

WOLFGANG STRAUB

Mandatsvereinbarungen und IT –
was ist zu regeln? SEITE / PAGE 124

Convention de mandat et informatique –
quels sont les points à régler? SEITE / PAGE 129



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	99
IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	100
IL PUNTO DI MIRA DEL CONSIGLIO FSA	101

THEMA / QUESTION DU JOUR

James T. Peter	Der Rechtsanwalt als Parteivertreter in der Mediation	103
Peter Krepper	Neu: Anwaltsexamen über Mediation	107
Roman Manser	Familienmediation	111
Peter Ruggle	Administrierte Mediation	115

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Markus Fischer	Die Pensionskasse Schweizerischer Anwaltsverband (PK SAV) ist gut unterwegs	121
Wolfgang Straub	Mandatsvereinbarungen und IT – was ist zu regeln?	124
Wolfgang Straub	Convention de mandat et informatique – quels sont les points à régler?	129
Christian Leupi	«Durchklick»: Hosted Exchange in Anwaltskanzleien	134
Christian Leupi	«Clic informatique»: Hébergement des données de l'étude par un hosted exchange	135

RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

137

ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT

Vincenzo Amberg	«Realitätsfremdes» Berufsbild des Anwalts im Entwurf des Schweizerischen Anwaltsgesetzes?	139
-----------------	---	-----

SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit	142
La FSA vous informe	142

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
16. Jahrgang 2013/16^e année 2013
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion /
Edition et rédaction**
Stämpfli Verlag AG
juristisches Lektorat
MLaw Miriam Eggimann-Jordi (Eg)
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 18, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com,
miriam.eggimann-jordi@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli Publikationen AG
Postfach 8326, CH-3001 Bern
Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Abomarketing
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 66 77, Fax 031 300 66 88
order@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel: CHF 198.–, EUR 216.–
Studenten / Etudiants: CHF 98.–, EUR 129.–
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 25.–, EUR 26.–
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt./
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen

erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages./
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken./
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

NEU: ANWALTSEXAMEN ÜBER MEDIATION

PETER KREPPER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Mediator SDM/SAV, Zürich

Stichworte: Freude, Berufsidentität, Nadelöhr, Ressourcenproblem, Bienenhaus

Wer in der professionellen Konfliktarbeit, etwa als Rechtsanwältin oder Richter, auf Mediation als Verfahren zur Konfliktlösung nicht zumindest gelegentlich zurückgreift, arbeitet nicht nach den Regeln der Kunst, Streitigkeiten konstruktiven Lösungen zuzuführen, und ignoriert oder missversteht damit die Interessen etwelcher Konfliktparteien. Wagen Sie es: Vermitteln Sie bei Konflikten Mediation, und gewinnen Sie damit auch für sich selbst – dieser Artikel führt Sie durch eine kurze Selbstreflexion über die eigene berufliche Identität in der Konfliktarbeit.

I. Rechtsanwalt und Mediation: Lieber geht ein Mandat durch ...

Neulich wurde bekannt: Die Prüfungskommission über die Rechtsanwälte¹ des Kantons X. legte den Kandidaten fürs Anwaltspatent an der schriftlichen Prüfung den folgenden Sachverhalt vor:

Ein Ehepaar sucht Ihren Rat. Es eignet im Miteigentum je zur Hälfte ein Einfamilienhaus. Der Nachbar errichtet auf seiner Parzelle ein Bienenhaus, das er zum Hobby betreibt. Die Ehefrau ist hoch allergisch gegen Bienenstiche und getraut sich nicht mehr ins Freie. Der Nachbar reagiert auf die Aufforderung, die Immission «Gefährlicher Bienenflug» zu unterbinden, nicht ...²

Wie üblich analysierten die Prüflinge die Rechtslage, und legten sie dar. Nicht schlecht staunten sie über die Folgefrage: «Wie bringen Sie Ihre Mandanten dazu, sich mit ihrem Nachbarn in eine Mediation zu begeben?» – Der Rest der Geschichte ist rasch erzählt. Die noch frisch gekürten Meister des Rechts hatten vom Verfahren «Mediation» während ihres Studiums kaum je gehört; während der Praktika am Gericht und in den Anwaltskanzleien war es ihnen nicht zum Begriff geworden. Praktisch keiner der künftigen Praktiker in Konfliktarbeit hatte eine Ahnung davon, was hier von ihnen verlangt wurde.

Wäre diese Geschichte wahr und hätte sich tatsächlich so zugetragen, die Kandidaten hätten ihre Anwaltsprüfung dennoch bestanden. Denn Konfliktlösungsverfahren wie die Mediation gehören nicht zum Prüfungsstoff für Rechtsanwälte. Also kommt das im richtigen Leben auch nicht vor: durch Rechtsanwälte veranlasste oder vermittelte Mediation, meine ich, nicht den Nachbarstreit. Damit aber erweisen wir Rechtsanwälte nicht allen unseren Mandanten den bestmöglichen Dienst – was im Folgenden zu zeigen sein wird.

1. Konfliktarbeit: Macht sie Ihnen Freude?

Haben Sie schon an einer Mediation teilgenommen? Empfehlen Sie Ihren Mandanten die Mediation, nehmen Sie Mediationsklauseln in Verträge auf? Als Rechtsanwältin

machen Sie die Erfahrung, dass Anliegen Ihrer Mandanten mitunter riskant, dringend, nicht justiziabel sind – kurz, dass ein Gerichtsverfahren der Interessenlage kaum gerecht werden kann; eine sinnvolle Ausgangslage für ein Mediationsverfahren. Nachdem Sie die Rechtslage für Ihren Mandanten bereits geprüft und ihn beraten haben, kommen Sie selbst als Mediatorin indes nicht mehr infrage, Sie werden nicht mehr als neutral angesehen.

Manch ein Klient fordert die harte Tour, nicht nur bei Scheidungen; hat maximale Ansprüche; will minimalen Aufwand; zeigt kein Verständnis für und macht keine Zugeständnisse an die Gegenseite. Dahinter steckt oft eine persönliche Verletzung, der das Recht allein nicht beikommt. Was tun Sie mit einem Mandanten, der sich schwer tut mit der Vorstellung weiteren Verhandeln, aber eine Lösung braucht? Treten Sie dann beim Gegenanwalt selbst hart auf, fordern, streiten, klagen bei Widerstand sofort, auch ohne Vergleichsgespräch oder das bedingungslose Einlenken der anderen Seite?³

Wenn Sie Konfliktarbeit kundenorientiert angehen: Wie lenken Sie als Profi Konflikte präventiv in konstruktive Bahnen und lösen im Streit entstandene Blockaden möglichst einvernehmlich (um Ressourcen wie Zeit, Geld, Nerven, Reputation zu schonen)? Welchen «Dienst» leisten Sie, wo Sie keine einvernehmliche Lösung mit der Gegenseite (haben) erzielen können? Die wichtigste Frage dabei dürfte sein: Warum kümmern Sie sich überhaupt um fremde Händel, und was für ein Menschenbild leitet Sie dabei an?

¹ In diesem Artikel werden unbestimmte Personen wechselweise männlich oder weiblich bezeichnet und schliessen jeweils beide Geschlechter mit ein.

² Zu diesem Fall aus der Praxis siehe auch Ziffer III.1.

³ Wie wir alle hoffen wahrscheinlich auch Sie, selbst nie in die Verlegenheit eines Konflikts mit Anwälten und Gericht zu geraten. Was bedeutet das für Ihre berufliche Konfliktarbeit?

2. Fördern Sie einvernehmliche Lösungen?

Die Anwalts-Revue ist kein Beichtstuhl, und ich bin nicht Ihr Pastor. Im Gegenteil, der *Advocatus Diaboli* in mir meint: Mediation ist kein Allheilmittel, manche Fälle eignen sich nicht zur Bearbeitung in diesem Verfahren, manche Partei ist dazu nicht in der Lage; zudem infrage steht, welcher Mediator im konkreten Fall zur Vermittlung befähigt und geeignet ist.⁴ Das uralte Diktum aber muss nicht mehr sein, das da hiess:

«Eher geht ein Kamel durchs Nadelöhr, als dass ein Reicher in den Himmel kommt»⁵ – Sie nehmen das so wenig wörtlich⁶ wie die weltlichen Positionsbezüge und Kampfansagen von Parteien im Konflikt. Was die umsichtige Rechtsanwältin auszeichnet, ist nicht der Glaube ans Himmelreich, sondern ein reicher Erfahrungsschatz mit den hinter den Konfliktpositionen stehenden existenziellen Bedürfnissen und Interessen des Mandanten.

Im berufspraktischen Umgang mit weichen Faktoren sind wir Rechtsanwältinnen indes kaum ausgebildet. Fürs Anwaltspatent verlangt man von uns «theoretische und praktische *juristische* Kenntnisse», «Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit in der Berufsausübung» und «Handlungsfähigkeit»⁸. Wie aber «fördern Rechtsanwältinnen die *göttliche Erledigung* von Streitigkeiten»⁹, welche Werkzeuge und Methoden haben Sie sich dafür selbst angeeignet? Und wie gehen Sie, ganz praktisch betrachtet, im Alltag als Profi-Konfliktarbeiter vor?

3. Mut zur Mediation: ein Praxisbeispiel

Die eigene Kundin als Konfliktpartei zu motivieren, sich mit oder ohne Rechtsvertreter – im geschützten Rahmen, kontrolliert – erneut auf die Gegenpartei einzulassen und selbst für ihre Interessen einzustehen, das bedarf Mut: In der Mediation verzichten Sie auf den Status dessen, der die Lösung und den Weg dazu kennt. Mehr noch: Sie geben die Federführung ab und räumen mit dem Beizug professioneller Vermittlung eigene Grenzen ein. Dafür gewinnen Sie für Ihre Mandanten anderes ... ein Beispiel dazu aus meiner Praxis als Mediator:

Die Bauherrin ist auch mit dem neuen Architekten unzufrieden. Zwar liegen die baubewilligten Pläne für die umfassende Renovation mit Umbau ihres denkmalgeschützten Jugendstilhauses vor. Indes scheinen der Planer und sein Team u. a. ihr Bedürfnis nach Erhalt der charmanten Einbauten wie Zierheizkörper, Täferholzschnitzereien usw. nicht zu teilen. Der Architekt kündigt sein Mandat fristlos, die zurückgebaute Liegenschaft steht verwaist, die Baubewilligung verfällt. Die Bauherrin verweigert die Bezahlung des sechsstelligen Planerhonorars.

Von Rechts wegen fragt sich, ob die Kündigung zulässig war, ob geldwerte Leistungen des Architekten vorliegen und zu Honorar berechtigen usw. Die Bauherrin macht Schadenersatz für entgangenen Mietzins geltend sowie für einen Wasserschaden infolge unsachgemässen Rückbaus. Der Streit wird auch mit Rechtsanwälten nicht gelöst.

Da empfiehlt der Vertreter der Bauherrin Mediation, die Parteien treffen sich bei mir. In der ersten Sitzung bringen sie Positionen, Forderungen und Gründe vor und lernen die Sichtweise der Gegenseite besser verstehen. Sachverhaltsfragen werden geklärt. In einer mehrstündigen Shuttle-Phase erkennen beide Parteien einen von Rechts- und Beweislage her riskanten Zivilprozess¹⁰, können sich aber inhaltlich dennoch zu wenig annähern für eine Lösung.

Motiviert und begleitet durch die Rechtsvertreter kommen die Parteien in eine zweite Open-End-Mediationssitzung. Sie wissen zwar nicht, wie, sind aber beseelt davon, den Konflikt noch gleichentags endgültig zu lösen. Nachdem sie nur diesbezüglich Vertrauen zueinander gefasst

haben, führe ich sie auch durchs Thema gegenseitige persönliche Enttäuschung über Verlauf und Scheitern ihrer Zusammenarbeit. Bis zum Ende der mitunter sehr emotionalen sieben Stunden intensiven Verhandlungen vereinbaren sie: die massive Reduktion der Honorarforderung mit Anerkennung und Bezahlung innert sieben Tagen gegen Herausgabe der Baupläne und kostenlose Einführung der Nachfolgerin durch den bisherigen Architekten in den Projektstand.¹¹

Die Rechtsvertreter waren erleichtert über diesen Abschluss. Zu meinem Netzwerk als Rechtsanwalt gehören versierte Mediatoren unabdingbar dazu. Helfen auch Sie als Profi Ihren Mandanten durchs «Nadelöhr» *professionell vermitteltes Vergleichsgespräch*. Vermitteln Sie zumindest einmal einen Konfliktfall in die Mediation – und nehmen auf Wunsch «Ihrer» Partei selbst daran teil. Wetten, dass die Parteien durch ihre Arbeit in der Mediation – gerne mit Ihrer Unterstützung – ihren Konflikt einvernehmlich lösen werden?¹² Dann haben auch Sie einen guten Job gemacht!

II. Mediation im Recht: Und wo bleiben die Gerichte?

Werter Richter, geschätzte Richterin, Sie kennen den Witz: Quittiert der Richter den Parteivortrag mit «Ja, Sie haben Recht»; den Vortrag der anderen Partei hernach mit «Auch Sie haben Recht»; und schliesslich den Zwischenruf eines Dritten: «Aber Herr Richter, es können doch nicht beide Recht haben!» mit «Da wiederum haben Sie Recht.» Was zum einen heisst: Das Gericht kann es nie allen Seiten recht machen. Zum anderen zeigen sich hierin die beschränkten Möglichkeiten zum Ausgleich:

Das Recht als generell-abstrakte Regelung eines Lebenssachverhalts, den die Parteien im Streit unterschiedlich erfahren und bewerten, erweist sich in der Auslegung stets als parteiisch. Auch richterliches Ermessen bewirkt selten ein «Das ist Recht so»-Empfinden der unterlegenen Partei; «Rechtsfrieden» bleibt für sie ein Diktat.

4 Diese berechtigten Fragen des Rechtsanwalts lassen sich beantworten: vgl. PETER KREPPER, «Mediation in der Praxis: Erfolg dank Eignung», in AJP 10/2012, 1427 ff.

5 Oder hier: «... als dass ein Anwalt Mediation empfiehlt». – Zitiert MATTHÄUS, Vers 19,24.

6 «Nadelöhr» meint ein enges Stadttor zum Beispiel von Jerusalem, durch das (mit seinem Kamel oder auch ohne) nur gelangt, wer seine Habe – oder metaphorisch: seine sperrigen Gewohnheiten – zurücklässt.

7 Vgl. Art. 7 I b BGFA, eigene kursive Hervorhebung. Der «Bachelor of Law UZH» erfordert im Februar 2013 vermittelnde Konfliktlösungsfähigkeiten, doch wird aktuell keine einzige Lehrveranstaltung zur Mediation angeboten, ebenso wenig beim Master-Lehrgang.

8 Art. 12 a. Art. 8 I a BGFA. Die Förderung göttlicher Erledigung sieht das Anwaltsgesetz dagegen nirgends vor.

9 ... «sofern dies im Interesse der Mandanten liegt» (Art. 9 Abs. 1 Standesregeln Schweizerischer Anwaltsverband).

10 Fristlose Kündigung eher unrechtmässig, Honoraranspruch unbegründet hoch – Kausalitäten des Wasserschadens nicht ermittelbar, entgangener Mietzins wegen evtl. unklaren Termins für den Umbau fraglich.

11 Die Per-Saldo-Lösung kostete die Parteien insgesamt CHF 5000.– inkl. schriftlicher Vertragslösung beim Mediator.

12 Lassen Sie mich Ihr Wettangebot wissen: krepper@bellevue-mediation.ch.

Heute gilt daher in der ZPO (Art. 197) «Schlichten vor Richten». Tatsächlich erlebt der Prozessanwalt zunehmend um Vergleich bemühte Richterinnen. Diese Tendenz ist zu begrüssen, treibt in der Praxis mitunter indes seltsame Blüten (vgl. II.2.) und bedarf der kritischen Reflexion. Jedenfalls darf es beim gerichtlichen Vergleich nicht primär um die Erledigungsmaxime gehen; es schadet dem Ansehen der Justiz, wenn die Parteien dem unter dem Eindruck des Gerichts geschlossenen Vergleich innerlich nicht zustimmen können.

1. *FriedensrichterIn und Mediation*

Allgemein kann gelten, dass die Chance, einen Konflikt einvernehmlich zu lösen, umso grösser ist, je früher die Parteien professionell vermittelt daran arbeiten. Ist der Konflikt über eine gewisse Stufe hinaus eskaliert, kann häufig nur noch ein autoritatives Machtwort ihn beenden. Zuvor braucht es indes ebenso oft erhebliche Anstrengungen, um die Parteien nur schon an den «runden» Tisch zu bringen. In diesem Sinne ist die beachtliche Erledigungsrate der Friedensrichter¹³ zu würdigen, aber auch zu relativieren:

Es ist sinnvoll, dass Konfliktparteien heute in den meisten Fällen vor dem Gericht zunächst in die Schlichtung gehen müssen. Und deren Arbeit ist sehr wichtig. Wer sich beim Friedensrichter einfindet, hat sich allerdings bereits auf den Weg gemacht, die Sache kontradiktorisch und autoritativ klären zu lassen, und ist nurmehr bedingt zu Kompromissen bereit. Deshalb ist entscheidend, dass Rechtsanwältinnen ihre Mandanten möglichst früh, vor Klageeinleitung, zur Mediation führen. Nochmals zur Schlichtung:

Im Kanton Zürich wurde im Jahr 2012 in über 3000 Fällen die Klagebewilligung ausgestellt; vermutlich haben in diesen Konflikten die (zeitlichen) Ressourcen oder die Werkzeugkiste (Methoden) des Friedensrichters für eine einvernehmliche Lösung nicht ausgereicht. In meiner Praxis als Mediator werden Konfliktfälle selten in weniger als acht bis zwölf Stunden bzw. zwei bis vier Sitzungen gelöst; das bedeutet harte Arbeit der Parteien mit dem Mediator in Richtung Verstehenlernen der Interessenlagen, Optionensuche, Priorisieren und Formulieren in eine schriftliche Vereinbarung der schliesslich gewählten Konfliktlösung.

2. *Gerichtlicher Vergleich und mediative Vereinbarung*

Das soeben Gesagte legt auch für Gerichte nahe, vom Artikel 214 ZPO vermehrt Gebrauch zu machen und den Parteien mit dem nötigen Nachdruck Mediation zu empfehlen. Steht im Zentrum der Bemühungen des Richters um einen Vergleich doch nicht nur, wohl aber auch sein Ressourcenproblem, insbesondere die für eine einvernehmliche Lösung nötige Zeit.¹⁴ Es fragt sich zudem, inwiefern der Richter neben rechtlichen und ökonomischen in seiner spezifischen Rolle auch die psychologischen Aspekte des Vergleichsgesprächs zu berücksichtigen vermag.¹⁵ Ein Beispiel aus meiner anwaltlichen Praxis dazu:

Die Geschwister Hans (67) und Hedi (69) haben als Erben das Haus ihrer Eltern abrechnen und, als Altersvorsorge für sich, eine grosse Wohnsiedlung erstellen lassen. Hans als Architekt hatte die Pläne erstellt und nach Ausschreibung den GU mit dem Bauwerk beauftragt, der mit CHF 3 Mio. Baukosten rund eine halbe Million unter den vier weiteren Anbietern offeriert hatte. Ohne jede Kommunikation bis zur Fertigstellung des Bauwerks, forderte der GU mit der Schlussrechnung von den Erben zusätzlich CHF 0,4 Mio. als Nachtragspositionen zum Voranschlag, was diese zu bezahlen verweigerten.

Die Referentin des gestützt auf eine Vertragsklausel zuständigen Handelsgerichts erachtete die Klageschrift des GU in sämtlichen Sachverhaltsvorbringen für nicht substantiiert und kaum zu beweisen sowie von Rechts wegen ohne Anspruchsgrundlage. Dennoch (!) unterbreitete sie den Parteien den Vorschlag, dass gestützt auf eine Wahrscheinlichkeit von 20 Prozent, dass die Klägerin im weiteren Verfahren doch noch obsiege, die Beklagten die Klage im Umfang von CHF 0,08 Mio. anerkennen.

Die schockierten Beklagten liessen sich vom Anwalt über die möglichen Verfahrensweiterungen wie Zeitdauer, Beweisverfahren mit Zeugen und Expertisen, Kosten und Risiken beraten; gerieten darob untereinander in Konflikt, weil die schwer kranke Schwester dem Bruder vorhielt, er habe als Bauherrenvertreter zu wenig aufgepasst, und das Ganze enden wollte; und verglichen sich entgegen dem Rat des Anwalts schliesslich, psychisch erschöpft und ohne jede innere Überzeugung für per Saldo CHF 0,07 Mio. Hans blieb noch Monate danach schlaflos.

So falsch solche Ergebnisse sind, fussen sie oft weder auf Fehlern der Parteien noch des Richters persönlich. Sie ergeben sich systemisch aus dem Umstand, dass der Richter kein neutraler Vermittler in «seinem» Prozess sein kann;¹⁶ und die Parteien darob zu ihm als Autoritätsperson nicht das Vertrauen fassen und die Offenheit zeigen können, welche die Konfliktbetroffenen für das Erarbeiten einer (auch nicht justiziable) Interessen-basierten Lösung brauchen.¹⁷

3. *Ja das Gericht kann (mit Mediation weiterhelfen)*

Nicht erst der moderne Zeitgenosse unseres Gesellschafts- und Kulturkreises schätzt fremde Richter nicht (also jeden, der ihm nicht Recht gibt), will seine Interessen nicht einem Urteil Dritter unterwerfen. In der Schweiz herrscht hierin Tradition. Weshalb lassen Sie als Richter also nicht ab und an Streitparteien selbst nach Lösungen suchen? Nachdruck für ein konstruktives, Interessen-basiertes Verfahren zur Konfliktlösung wie die Media-

¹³ Im Kanton Zürich etwa erledigten die Friedensrichter im Jahr 2012 66 Prozent der Fälle selbst (www.friedensrichter-zh.ch/News).

¹⁴ Für Aktenstudium und Reflexion, so JOHANN ZÜRCHER, Der gerichtliche Vergleich – Chancen und Fallstricke, Ein Erfahrungsbericht, bei: STEPHAN WEBER (Hrsg.), Schlichten statt richten, Zürich 2012, S. 64 f.

¹⁵ Bejahend ALEXANDER BRUNNER, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 159 ff., 169, m. H. a. die evtl. hilfreiche Motivforschung bei persönlich verletzten Parteien.

¹⁶ Nach BRUNNER (Fn. 15): «Das Schlichten hindert nicht den Richter» bei Nicht-Einigung der Parteien (S. 172). Vgl. zur Mediation im Verhältnis zur gerichtlichen Auseinandersetzung auch IVO SCHWANDER, Mediation und Rechtssystem, bei ALEX VON SINNER/MICHAEL ZIRKLER (Hrsg.), Hinter den Kulissen der Mediation. Kontexte, Perspektiven und Praxis der Konfliktbearbeitung, Bern 2005, S. 64 ff.

¹⁷ Wobei im obigen Fall die klagende Partei es von Beginn weg auf ein solches «Verhandlungs-»Ergebnis mithilfe des Handelsgerichts angelegt hatte. Hier war richterliches Fehlverhalten denn leider auch offenkundig.

tion erscheint nach dem soeben geschilderten Fall mitunter besser als Nachdruck im gerichtlichen Vergleichsgespräch.

Das Bundesgericht hat bereits 2009 die Zulässigkeit der behördlichen Anordnung von Mediation bejaht.¹⁸ M.E. macht eine angeordnete Mediation auch vor dem «kann» von Artikel 214 ZPO nicht halt. Und Artikel 124 Absatz 3 ZPO schreibt dem Gericht nicht vor, wie es jederzeit eine Einigung der Parteien herbeizuführen versuchen kann. Damit kann der Richter den Parteien Mediation mehr als nur vage empfehlen. Wagen Sie es:

Versetzen Sie als Richter Konfliktparteien versuchs- halber in den Stand selbstverantwortlicher Mitbürger zurück – und wenn Sie merken, dass das einlässliche Vergleichsgespräch Ihre Ressourcen (an Zeit, Methodik, Nerven usw.) womöglich sprengt, ist das ein guter Moment für eine Mediation. Zur Frage der Falleignung siehe sogleich III.2. und Fn. 22.

III. Mediation 2.0 – Zwischenstand

1. Konfliktarbeit im Bienenhaus (Auflösung)

Soll der Profi in Konfliktarbeit die Partei stets zur aus deren Sicht optimalen Lösung führen? Wie gehen Sie damit um, falls Ihnen selbst eine andere Lösung richtig erscheint? Welche Qualitäten soll eine gute Konfliktlösung aufweisen? Im Berufsalltag geht es vorab darum, Konflikte pragmatisch zu lösen. Selbst in einem pendenden Zivilprozess müssen die Fronten nicht so verhärtet sein, dass eine mediativ erarbeitete Lösung nicht mehr möglich ist – der Bienenhausfall (Fortsetzung von I.1.):

Der Nachbar reagiert auch auf ein Schreiben des Rechtsanwalts der Eheleute nicht. Diese lassen gegen das Bienenhaus gestützt auf Art. 641 II und Art. 684 i. V. m. 679 ZBG Klage erheben und verlangen dessen Entfernung. Der Schlichtung bleibt der Nachbar fern. Das Gericht lädt nach dem ersten Schriftenwechsel zur Instruktionsverhandlung vor.

Dort zeigt die Referentin für die gesundheitliche Gefährdung der Klägerin durch die Bienen Verständnis, erachtet das Prozessrisiko indes für gross, weil eine Übermässigkeit der Immission nach dem objektivierten Empfinden eines «normalen Durchschnittsmenschen» (Lehre und Praxis) zu beurteilen sei. Der beklagte Nachbar räumt ein, dass die Eheleute gegen seine Baubewilligung damals «gutnachbarschaftlich» nicht rekuriert hätten; ein Abbruch des CHF 40 000.– teuren Bienenhauses (Streitwert) kommt für ihn indes nicht infrage.

Viele Fragen stellen sich der RichterIn etwa auch zu den Vorbringen Gefährdungshaftung, Imkerversicherung, Frontausrichtung des Bienenhauses usw. Da sie zudem den Wunsch der Parteien nach einer raschen und einvernehmlichen Lösung spürt, empfiehlt sie Mediation.

In der ersten Mediationssitzung verstehen die Kläger, dass der Nachbar sich mit dem Bienenhaus einen Jugendtraum erfüllt sowie pensions- halber beschäftigt. Ihm tut die Gefährdung der Ehefrau leid, und er ist bereit, wo möglich entgegenzuwirken. Die zweite Mediationssitzung wird unterstützt durch die örtliche Bieneninspektorin. Die Parteien wollen die Idee klären, das Bienenhaus an den Siedlungsrand zu verlegen. Nach Abklärungen vereinbaren die Parteien in der dritten Mediationssitzung: Der Nachbar stellt sein Bienenhaus auf einem nahen Bauernhof am Waldrand auf; die Eheleute übernehmen zwei Drittel der Verlegungskosten; der Bauer erhält als «Zins» Honig; die Klage wird zurückgezogen, Gerichts- gebühr und Anwaltskosten werden geteilt. Für allfällig künftige Streitigkeiten vereinbaren die Nachbarn Mediation.

2. Wann eignet sich Mediation (nicht)?

Das Verfahren Mediation und seine vielfältigen Methoden (Werkzeuge) sind gut beschrieben¹⁹ und mittlerweile auch

in der Schweiz etabliert.²⁰ In der Praxisliteratur finden sich viele Beispiele erfolgreicher Mediationen.²¹

Seien auch Sie erfolgreich mit Mediation, und leiten diese Papierbiene in der ZPO (Art. 214 Abs. 1 ZPO) zur Blüte, will heissen: helfen damit beispielsweise den Nachbarn (vorne I.) oder den Werkeigentümern (oben I.3.), ihr Haus neu zu bestellen. Der Mehrwert solcher Arbeit fällt auf Sie zurück.

Fragt sich nur noch, woran ein geeigneter Fall für die Mediation zu erkennen ist.²²

3. Eine Frage der Konfliktkultur

Mediation ist nichts für Softies. Die Parteien leisten mitunter mühselige, harte Arbeit am Konflikt und entscheiden dafür auch selbst darüber, ob und welche Lösung sie annehmen. Sie übernehmen somit Selbstverantwortung im Streitfall und belasten das Gemeinwesen nicht (mehr) damit. Im Grundsatz ist und bleibt die Teilnahme an der Mediation freiwillig; je nach konkreter Sachlage vermitteln Rechtsanwältinnen und Richterinnen diese Teilnahme jedoch mehr oder weniger nachdrücklich.

In der Mediation liegt das Pragmatische von Lösungen nicht, wie zumeist bei gerichtlichen Vergleichen, im Umstand, dass die Parteien damit das Risiko beenden, im Laufe der weiteren Auseinandersetzung, Zeit, Nerven, Reputation und (noch mehr) Geld zu verlieren – dem Vermeiden von Nachteilen also. Vielmehr räumen die Parteien in der mediativ gefundenen Lösung ihrer Streitigkeit sich gegenseitige Wahrung ihrer Interessen ein – was neudeutsch als sogenanntes Win-win-Ergebnis bezeichnet wird.

Solche Ergebnisse befördern eine neue, nicht auf Sieg und Niederlage basierende Konfliktkultur. Mediatoren engagieren sich auch für den konkreten Inhalt der Konfliktlösung, vor allem aber für die zwischenmenschliche und je innerliche «Lösung» der Parteien vom Konflikt. Diese werden damit im besten Fall noch konfliktfähiger. Fortsetzung folgt.

¹⁸ In einem Besuchsrechtsstreit der Eltern, vgl. BGE 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009. Das Verhältnis von Artikel 297 Absatz 2 ZPO zu Artikel 214 ZPO harret soweit ersichtlich noch einer vertieften Klärung.

¹⁹ Vgl. z. B. STEPHAN BREIDENBACH, Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995; FRIEDRICH GLASL, *Konfliktmanagement* – Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater, 6. A. Bern 1999; GERHARD SCHWARZ, *Konfliktmanagement, Konflikte erkennen, analysieren, lösen*, 6. A. Wiesbaden 2003; GARY FRIEDMAN/JACK HIMMELSTEIN, *Challenging Conflict, Mediation Through Understanding*, Chicago 2008; JOHN M. HAYNES/AXEL MECKE/REINER BASTINE/LARRY S. FONG, *Mediation – Vom Konflikt zur Lösung*, 2. A. Stuttgart 2012.

²⁰ Vgl. von Rechts wegen etwa Art. 213 ff., 297 ZPO; Art. 33b VwVG; Art. 5 I b, 17 JStPO.

²¹ So z. B. von JAMES T. PETER, Gerichtsnahe Wirtschaftsmediation: ein Erfahrungsbericht, in *Anwalts-Revue* 1/2012, S. 464 ff.; KREPPER (Fn. 4), *Mediation in der Praxis: Erfolg dank Eignung*.

²² Vgl. Download-Übersicht unter www.krepper.ch/Mediation/Konflikt-Analyse_Indikatoren-für-Mediation.pdf.