

[11/12 | 2020]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

CORINA BÖLSTERLI / CINTHIA LÉVY

Mediation SAV: Neue Ausbildung –
neues Konzept / Médiation FSA:

Nouvelle formation – nouveau concept SEITE / PAGE 438 / 439

CINTHIA LÉVY / MAYA KIEPE

Médiation judiciaire:
volontaire ou obligatoire?

SEITE / PAGE 446

DANIEL KETTIGER

Das Anwaltsgeheimnis
im Coronavirus-
Contact-Tracing SEITE / PAGE 465



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	435
IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	437
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Corina Bölsterli Mediation SAV: Neue Ausbildung – neues Konzept	438
Cinthia Lévy Médiation FSA: Nouvelle formation – nouveau concept	439
Urs Weber-Stecher/Katia Renner Wirtschaftsmediation – ideale Ergänzung zur Schiedsgerichtsbarkeit	440
Cinthia Lévy/Maya Kiepe Médiation judiciaire: volontaire ou obligatoire?	446
Jennifer Dürst/Julia Jung «Gerüchteküche» um die Mediation	454
Stéphanie Wietlisbach Mediation als Chance bei Trennung oder Scheidung	459
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Daniel Kettiger Das Anwaltsgeheimnis im Coronavirus-Contact-Tracing	465
Bruno Pasquier/Marilyne Pasquier États locatifs, outil statistique et protection des données	472
Julia Kalenberg Herausfordernde Zeiten – handlungsfähig und erfolgreich bleiben	481
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	486
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Tano Barth/Fabio Burgener Tensions entre avocats et magistrats: récusation du magistrat ou incapacité de postuler de l'avocat?	487
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	494

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
23. Jahrgang 2020 / 23^e année 2020
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

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

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Koehnergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

Kontakt Verlag / Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

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 AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@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 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten/ Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
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.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

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.

«GERÜCHTEKÜCHE» UM DIE MEDIATION

JENNIFER DÜRST

Rechtsanwältin, Mediatorin SAV, STAIGER Rechtsanwälte AG, Zürich
Rechtsanwältin & Mediatorin im Familien-, Erb- und Wirtschaftsrecht

JULIA JUNG

Rechtsanwältin, LL. M., Mediatorin SAV, Jung Legal Solutions, Zürich
Unabhängige Wirtschaftsmediatorin und Schiedsrichterin

Stichworte: Mediation, Alternative Dispute Resolution (ADR), Conflict Management, Conflict Prevention

Mediation ist ein strukturierter Lösungsfindungsprozess, der in den letzten Jahren weite Bekanntheit erlangt hat. Das moderne Mediationsverfahren kommt aus den USA und ist dort in sämtlichen Rechtsbereichen stark verbreitet. Mittlerweile ist die Mediation auch in Europa und insbesondere in der Schweiz ein anerkanntes Verfahren zur Konfliktlösung.¹ Doch was ist eigentlich eine Mediation bzw. was ist sie nicht? Der vorliegende Beitrag befasst sich mit 10 häufigen Missverständnissen im Zusammenhang mit der Mediation. Es brodelt in der Gerüchteküche – ein Bericht aus der Praxis.

I. Warum gibt es Konflikte?

Konflikte sind Alltag und treten immer wieder auf, sei dies zwischen und in Unternehmen, in der Familie oder in der Politik. Grund für die Konfliktenstehung sind unterschiedliche Sachverhaltswahrnehmungen und misslungene Kommunikation. Entspricht die Rückmeldung des Empfängers nicht der Absicht und den Erwartungen desjenigen, der eine Botschaft mitteilt (Sender), können Konfliktsituationen entstehen.² Die Kommunikation im Rahmen von Konfliktsituationen kann zusätzlich durch Vorurteile, Misstrauen, eigene Einbildungen und Täuschungen beeinträchtigt werden. Dies kann zur Folge haben, dass sich die Konfliktpartner missverstehen. Ein Konflikt eskaliert, wenn sich die Beteiligten nicht mehr zuhören sowie das Vertrauen und den Respekt verlieren.³

Menschen, die miteinander kommunizieren, fungieren als Sender und Empfänger. Der Sender möchte etwas mitteilen, während der Empfänger die Botschaft empfängt. Erfahrungsgemäss empfängt der Empfänger lediglich 30% (!) des ausgesandten Inhalts.⁴ Nur was wir selbst erlebt und gesehen haben, empfinden wir als wahr.⁵ Folglich sind Konflikte vorprogrammiert.

Empfindet beispielsweise der Betrachter A das Glas als halb voll, beurteilt der Betrachter B das Glas als halb leer. Die Frage «Hat es noch Wasser?» kann, abhängig davon, wie sie gemeint ist, verschiedene Botschaften enthalten: Entweder i) eine harmlose Frage nach dem Wasservorrat oder ii) einen Appell, Wasser zu kaufen, oder iii) die Äusserung des eigenen Wunsches nach mehr Wasser oder iv) die Botschaft darüber, dass das Gegenüber nicht gastfreundlich ist.⁶

Verhindern kann man Konflikte nicht, mithilfe der Mediation kann man die Kommunikation aber verbessern und dadurch Konflikte in einen konstruktiven Diskurs umwandeln.

II. Gerüchte um die Mediation

1. Wir brauchen keinen Mediator, wir können selbst miteinander reden

Selbstverständlich können Konfliktparteien auch ohne einen Mediator⁷ miteinander reden und im besten Fall sogar effizient verhandeln. Scheitert eine direkte Verhandlung jedoch oder befindet sie sich auf dem Weg dort-

1 BGE 142 III 296 E. 2.3.1: «*Sous l'influence des milieux économiques et juridiques américains et anglais, des méthodes alternatives de règlement des litiges (Alternative Dispute Resolution ou ADR) ont rencontré un très vif succès en Europe et plus particulièrement en Suisse au cours de ces dernières années. La conciliation et la médiation constituent de telles méthodes.*»

2 DANIEL GIRSBERGER/JAMES T. PETER, Aussergerichtliche Konfliktlösung, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 22.

3 ELKE MÜLLER, Arbeitsbündnis und Themenentwicklung in der Mediation, Konstanz 2017, S. 15; UELI VOGEL-ETIENNE/ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH, Von der Mediation zum Kooperativen Verhandeln, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 23; GIRSBERGER/PETER, a. a. O., S. 35 f.

4 VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH, a. a. O., S. 24.

5 MÜLLER, a. a. O., S. 18.

6 VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH, a. a. O., S. 23; MÜLLER, a. a. O., S. 15; GIRSBERGER/PETER, a. a. O., S. 25 ff.

7 Unter dem Begriff «Mediator» ist die weibliche Form «Mediatorin» mit umfasst.

hin, sollte eine Mediation in Betracht gezogen werden. Das «Reden miteinander» ist dabei die optimale Ausgangslage – jedoch keine Voraussetzung – für die Durchführung eines Mediationsverfahrens.

Die Mediation schafft insofern einen Mehrwert, als sie einen formellen und geschützten Rahmen ausserhalb des gewohnten Umfelds bietet, wo Konflikte üblicherweise ausgetragen werden, z.B. zwischen Geschäftspartnern, im Unternehmen oder zu Hause. Die Mediation wirkt entschleunigend und dadurch deeskalierend. Es gelingt, den Verhandlungsvorgang zwischen den Parteien im Vergleich zur direkten Verhandlung noch einmal zu optimieren.⁸

Der Mediator fungiert dabei als Leiter des Verfahrens. Er unterstützt die Parteien darin, den positionsbehafteten, bisweilen emotional geführten Schlagabtausch durch einen interessenbasierten, lösungsorientierten Dialog zu ersetzen. Anstelle des schnellen, intuitiven Denkens kommt nun das langsame, sachliche, rationale Denken zum Zug.⁹ Dies führt schliesslich dazu, dass allfällige Blockaden überwunden und konstruktive Verhandlungen wieder möglich werden. Der Mediator stellt sicher, dass das gesamte Verhandlungspotenzial ausgelotet wird.

In der Wirtschaftsmediation genügen in der Regel ein bis zwei Tage, bzw. im innerbetrieblichen und familienrechtlichen Bereich reichen oft wenige Sitzungen (à je 2–4 Stunden), um grossartige Erfolge zu erzielen.

2. Die Partei, die eine Mediation vorschlägt, zeigt Schwäche

Mediationen sind mit dem Vorurteil behaftet, dass nur verhandlungsschwache Parteien und solche, die «keinen Biss haben», ein Gerichtsverfahren zu führen, ein Mediationsverfahren vorschlagen.

In unserer Gesellschaft greift es wohl zu kurz, wenn ständig nur der absolute Sieg gesucht wird. Das Wirtschaftsleben ist geprägt von stetigem Verhandeln. Wie oft bekommt man nicht das, was man meint, verdient zu haben, sondern das, was miteinander ausgehandelt wird?¹⁰ Neben einem Schwarz-Weiss-Denken sollten die Graubereiche nicht vergessen werden, die in verschiedenen Situationen den Weg zum Ziel darstellen.

Mediation ist kein Fertiggericht, hier muss selbst gekocht, angerichtet und präsentiert werden. Das erfordert Fingerspitzengefühl, Kreativität, Durchhaltevermögen, Belastbarkeit und souveränes Verhandeln – also wirklich nichts für schwache Parteien.¹¹

3. Mediation ist gleich «Meditation»

Die sprachliche Nähe von «Mediation» zu «Meditation» erweckt schnell den Eindruck einer spirituellen Praxis. Die Realität hat mit diesem Image aber nichts gemein: Der Begriff Mediation geht auf das englische Verb «to mediate» (vermitteln, aushandeln) zurück, das wiederum seine Wurzel im lateinischen «mediare» (in der Mitte sein) hat. Der Mediator vermittelt und strukturiert die Verhandlung.¹²

Im Mediationsverfahren ist – im Gegensatz zum Gerichtsverfahren – nicht die Wahrheitsfindung zentral («Wie war es wirklich?»). Es geht vielmehr darum, zu akzeptie-

ren, dass verschiedene Wahrnehmungen einer bestimmten Situation existieren, und zu ergründen, wieso eine Partei eine bestimmte Wahrnehmung hat respektive einen bestimmten Standpunkt vertritt. Bedürfnisse, Interessen, Wünsche und Neigungen der Streitparteien sind zentral in der Mediation und werden durch den Mediator mit gezielter Fragetechnik herausgeschält.¹³ Anders in einem Urteil, das aufgrund von prozessualen Vorgaben schliesslich die eine oder die andere Wahrheit nach rechtlichen Massgaben beurteilt, ohne andere Kriterien zu berücksichtigen.

Das von SIGMUND FREUD entwickelte Bild des Eisbergs, dessen Spitze die *Positionen* und dessen unsichtbare Eisschicht unterhalb des Meeresspiegels die *Interessen* darstellt, ist hilfreich (Abbildung 1). Die grossflächigere Ebene der Interessen bietet im Bereich der gemeinsamen Interessen Überlappungspotenzial und ist dazu geeignet, nach Lösungsschnittmengen zu suchen, die für beide Seiten – trotz unterschiedlicher Wahrnehmung einer spezifischen Situation – akzeptabel sind.

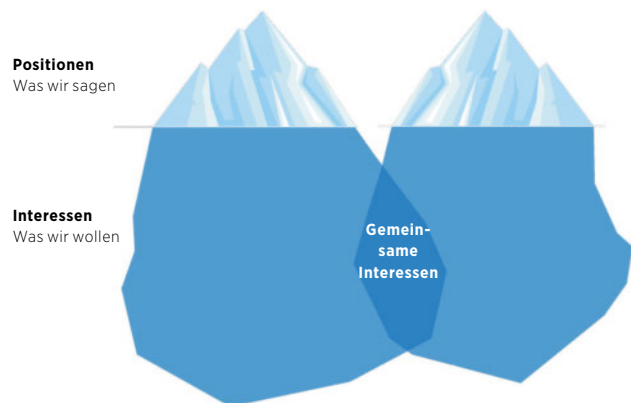


Abbildung 1: Darstellung von Positionen und Interessen gemäss SIGMUND FREUD

Dieses Konzept der Mediation basiert auf Erkenntnissen der Verhandlungsforschung und hat nichts mit einer spirituellen Praxis zu tun.

Fakt ist, es handelt sich bei der Mediation um einen vom streitbetroffenen materiellen Recht unabhängigen Prozess. Er kann je nach Ausgangslage angepasst werden: Während in Familienmediationen die persönliche Gefühlswelt der Streitparteien in der Regel aufgearbeitet werden muss, können Wirtschaftsmediationen stärker sachverhaltsbezogen und rechtlich ausgerichtet sein. Unsere Er-

⁸ JÖRG RISSE, Wirtschaftsmediation, München 2003, S. 36.

⁹ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., S. 49 ff.

¹⁰ CHESTER L. KARRASS, The Negotiating Game, 1994, S. 3.

¹¹ WOLFGANG LUBERT/MICHAEL TIGGERS, Mediation im Beteiligungsgeschäft, in: Venture Capital Magazin, 16. September 2015, abrufbar unter: <https://www.vc-magazin.de/blog/2015/09/16/mediation-im-beteiligungsgeschaef>.

¹² RISSE, a. a. O., S. 5.

¹³ VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH, a. a. O., S. 25.

fahrungen mit Mediationen in der Schweiz und in den USA zeigen, dass die Mediation in vielen Konfliktsituationen aus sämtlichen Rechtsbereichen erfolgreich eingesetzt werden kann.

4. *Anwälte gehören nicht in die Mediation*

Es stimmt *nicht*, dass Anwälte keinen Platz in der Mediation haben. Insbesondere in der Wirtschaftsmediation ist es üblich und in der Regel empfehlenswert, dass sich die Parteien von einem Rechtsbeistand begleiten lassen. Der Anwalt hat dabei in erster Linie die Funktion eines Beraters mit Bezug auf die rechtlichen Aspekte des Konfliktthemas, da der Mediator die Parteien in rechtlicher Hinsicht nicht berät. Zudem sind Anwälte Stützen sowohl in strategischer als auch in verhandlungstaktischer Hinsicht und helfen ihrer Partei dabei, sich sachlich und verständlich auszudrücken.¹⁴ Auch in Familien- und Erbrechtsmediationen besteht eine Tendenz, dass sich die Parteien vermehrt von einem Anwalt unterstützen lassen, der entweder im Hintergrund tätig ist («unsichtbarer Anwalt») oder aktiv am Mediationsverfahren teilnimmt («sichtbarer Anwalt»). Generell sollten Anwälte die Instrumentarien der Mediation kennen, um ihre Mandanten in einem Mediationsverfahren optimal unterstützen zu können.¹⁵

In der Wirtschaftsmediation finden in der Regel Vorgespräche mit den Anwälten statt. Dabei werden die folgenden Eckpunkte der Mediation abgesteckt: Es wird definiert, i) wer die essenziellen Mediationsteilnehmer sind. Zudem werden ii) der Zeitrahmen, iii) der Sitzungsort und iv) die Kosten(übernahme) festgelegt. Ferner werden v) die Mediationsvereinbarung zwischen dem Mediator und den Parteien sowie vi) die Erwartungen an die Mediation bzw. vii) deren Ablauf besprochen. Schliesslich wird diskutiert, ob viii) die Anwälte vor der Durchführung der Mediation den Sachverhalt und die relevanten Rechtsfragen bereits mündlich oder in Form von Positionspapieren vorbringen wollen.

Kurze, in der Regel auf rund zehn Seiten beschränkte Positionspapiere verschaffen dem Mediator einen Überblick über den relevanten Sachverhalt, die wesentlichen Unterlagen und die rechtlichen Standpunkte der Parteien. Es muss festgelegt werden, ob die Positionspapiere unter den Medianden ausgetauscht oder ob sie vertraulich abgefasst und ausschliesslich dem Mediator zugestellt werden. Vertrauliche Positionspapiere können auch bereits Ausführungen zu den eigenen Interessen, den vermuteten Interessen der Gegenseite, möglichen Spielräumen für ein Entgegenkommen sowie zur eigenen BATNA («Best Alternative To a Negotiated Agreement») bzw. WATNA («Worst Alternative To a Negotiated Agreement») enthalten. So oder anders dienen die Positionspapiere dazu, dass sowohl die Parteivertreter als auch der Mediator auf die Mediation vorbereitet sind, wodurch am Tag der Mediation Zeit gespart wird.

In Familien- und Erbrechtsmediationen werden die Konfliktthemen und Standpunkte der Parteien üblicherweise im Rahmen der Mediationssitzungen präsentiert, ohne Positionspapiere zu erstellen. Ein vorgängiges Zu-

sammenstellen der wesentlichen Unterlagen ist aber oftmals sinnvoll.

5. *Eine Mediation mit hochstrittigen Parteien ist nicht möglich*

Werden Parteien als «hochstrittig» qualifiziert, so besteht ein hoher Grad an Wut, Misstrauen und Kommunikationsschwierigkeiten sowie schwere Anschuldigungen.¹⁶ Auch eine Lösungsfindung mit hochstrittigen Parteien ist möglich. Der Mediator ist dabei allerdings stärker gefordert. So sollte er seine Führungsrolle aktiver und ausgeprägter wahrnehmen, ganz speziell auf seine Mimik, Gestik, Haltung und Wortwahl achten, den Sachverhalt detaillierter strukturieren, den Prozess stärker entschleunigen sowie den Parteien noch bewusster zuhören.¹⁷

6. *Mediation ist reine Zeitverschwendung*

Mediationsverfahren sind – in der Regel – kurze und ressourcenschonende Verfahren. Sie dauern im Durchschnitt rund 2 bis 6 Monate.¹⁸ Die Erfolgsquote von Mediationen mit einem statistischen Wert von 70% oder mehr ist gross.¹⁹

Mediationsverfahren lassen abschliessende Gesamtlösungen zu, unabhängig davon, ob diese justiziabel sind oder nicht. Zudem verhindern Mediationsverfahren in der Regel das Wiederaufflammen der Konflikte. Insbesondere im familiär-emotionalen Bereich treten die in einem Gerichtsverfahren – aus prozessualen Gründen – nicht behandelten Konfliktthemen nach Abschluss des Gerichtsverfahrens oft wieder auf, was zu weiteren Verfahren und/oder Mediationen führen kann.

Für den Fall, dass eine Mediation nicht mit einem vollständigen Vergleich endet, trägt sie in der Regel zu einer Straffung des künftigen Gerichtsprozesses bei. Dies, weil gewisse Teilaspekte allenfalls bereits in der Mediation erledigt wurden bzw. sämtliche Mediationsteilnehmer nach Durchführung eines Mediationsverfahrens wissen, welches die effektiv relevanten Streitpunkte und welches ihre eigenen Schwachpunkte sind.

7. *Bei der Mediation handelt es sich um ein Streitbeilegungsverfahren*

Richtig, die Mediation ist ein alternatives Streitbeilegungsverfahren; aber nicht nur. Um die Jahrtausendwende wurde in den USA das Konzept der sogenannten «Deal

¹⁴ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., S. 168.

¹⁵ JAMES T. PETER, Der Rechtsanwalt als Parteivertreter in der Mediation, in: Anwaltsrevue 3/2013, S. 103 ff., S. 103.

¹⁶ HEINER KRABBE, Hochstrittige Parteien, Juni 2019, S. 6.

¹⁷ KRABBE, a. a. O., S. 15 ff.

¹⁸ SDM-FSM, Ergebnisse der Umfrage Mediation 2014. November 2014, S. 7, abrufbar unter: https://www.mediation-ch.org/cms3/fileadmin/doc/umfragen/Umfrage_Mediation_2014.pdf.

¹⁹ SDM-FSM, Kurzbericht, Ergebnisse der Umfrage Mediation Schweiz 2008. Oktober 2009, S. 2, abrufbar unter: https://www.mediation-ch.org/cms3/fileadmin/doc/umfragen/Umfrage_Mediation_2008.pdf, und SDM-FSM, Ergebnisse der Umfrage Mediation 2014, a. a. O.: 70% der Mediationen enden in einer Vereinbarung.

Mediation» entwickelt. Dabei ziehen Parteien, die in komplexen und vielschichtigen Vertragsverhandlungen stecken, einen neutralen Dritten bei, der sie beim Verhandeln unterstützt, ohne dass ein eigentlicher Konflikt vorliegt.²⁰

8. In Mediationen gibt es keine Ex-parte-Kommunikation

Die Wahrung der Eigenverantwortlichkeit der Parteien ist zentral in der Mediation. Dies beginnt bereits bei der Festlegung der massgeblichen Verfahrensregeln durch die Parteien, wozu auch die Regelung möglicher Ex-parte-Kommunikation zählt. Dabei kann es zu verschiedenartig ausgeprägten Mediationsverfahren kommen.

Im Regelfall finden Mediationen in den Räumlichkeiten des Mediators oder – bei Wirtschaftsmediationen – auch in externen Konferenzzimmern statt. Persönlich anwesend sind in der Regel der Mediator und sämtliche Parteien sowie ihre Rechtsvertreter (falls vorhanden). Auch Video-mediationen sind möglich. Ob physisch oder online, den Parteien sollten sogenannte «Breakout-Rooms» zur Verfügung gestellt werden, um sich mit der Rechtsvertretung austauschen und in den Mediationspausen zurückziehen zu können. Mit Einverständnis der Medianten können zwischen den gemeinsamen Mediationssitzungen auch Einzelgespräche zwischen dem Mediator und den Parteien eingebaut werden.

Eine alternative Form der Mediation ist die sogenannte «Shuttle Mediation», die vom Prinzip der direkten Kommunikation abweicht. Die Mediation erfolgt in dieser Form gestaffelt, indem der Mediator stets von der einen Partei zur anderen Partei pendelt. Dadurch können direkte Konfrontationen gänzlich verhindert werden. Der Mediator kontrolliert die Kommunikation zwischen den Parteien. Er achtet darauf, dass er jedes Mal, wenn er von der einen zur anderen Partei pendelt, eine Offerte mitnehmen kann. Diese Art der Mediation eignet sich unter anderem dann, wenn es darum geht, eine Verhandlung über limitierte Ressourcen zu führen (z.B. bei klassischen Forderungstreitigkeiten), oder wenn im familiär-emotionalen Bereich die direkte Konfrontation zwischen den Parteien eingeschränkt werden soll.²¹

Nicht nur mit Bezug auf das Ergebnis einer Mediation, sondern auch mit Bezug auf die Verfahrensgestaltung stehen den Medianten unzählige Möglichkeiten zur Verfügung. In Shuttle Mediationen wird die direkte Kommunikation zwischen den Parteien gänzlich durch Ex-parte-Kommunikation ersetzt.

9. Der Mediator unterbreitet einen Lösungsvorschlag

Das Unterbreiten von Lösungsvorschlägen durch den Mediator ist umstritten. Es hängt vom persönlichen Mediationsstil des Mediators bzw. von dem Wunsch der Parteien ab, ob der Mediator einen konkreten Lösungsvorschlag unterbreitet bzw. unterbreiten soll.

Im klassischen Grundmodell der Mediation, in der sogenannten «Facilitative Mediation» beschränkt sich der Mediator darauf, das Verfahren zu strukturieren und die Parteien beim kooperativen Verhandeln zu unterstützen.²² Der Lösungshorizont soll erweitert werden, ohne dabei

konkrete Vorschläge einzubringen.²³ Es sind die Parteien selbst, die ihre Lösung erarbeiten, wobei der Mediator weder Empfehlungen abgibt noch Lösungsvorschläge unterbreitet. Dies, weil die Gefahr besteht, dass sich die Parteien ansonsten auf die vom Mediator unterbreiteten Lösungsvorschläge fixieren und von der eigenen kreativen Lösungsfindung abkommen würden. Beweggrund für diesen Mediationsstil ist die Überzeugung, dass die Konfliktparteien ihren Konflikt und die sonstigen Rahmenbedingungen selbst am besten kennen.²⁴

In dieser hierzulande wohl am häufigsten praktizierten Ausprägung unterscheidet sich die Mediation wesentlich von Schlichtungs-, gerichtlichen Instruktions- oder Vergleichsverhandlungen, in welchen der Friedensrichter bzw. das Gericht den Parteien in der Regel eine provisorische Einschätzung und/oder einen Lösungsvorschlag unterbreitet.

Insbesondere in den USA sind jedoch auch viele ehemalige Richter (sogenannte «retired judges») als Mediatoren tätig. Parteien, die beispielsweise kurz vor einem Gerichtsprozess stehen, wählen solche Mediatoren aufgrund ihres evaluativen Mediationsstils. Es ist in dieser Art von Mediation geradezu die Aufgabe des Mediators, Stellung zu den relevanten Rechtsfragen bzw. Prozessrisiken zu nehmen. In den USA gilt es als die hohe Kunst des Mediirens, wenn ein Mediator seinen Mediationsstil den Bedürfnissen der Parteien anpassen kann.

Das Gerücht, wonach Mediatoren einen Lösungsvorschlag unterbreiten, stimmt im Mediationsumfeld Schweiz somit wohl eher nicht. Ausgeschlossen ist das Unterbreiten eines Lösungsvorschlags jedoch nicht.

10. Das «Recht» gehört nicht in die Mediation

Kontrovers diskutiert wird die Frage nach der Rolle des Rechts in der Mediation. Das Recht hat dabei zumindest eine Art «Leitplankenfunktion», indem es den Vereinbarungsmöglichkeiten der Parteien Grenzen setzt, als Lösungsoption und Orientierungshilfe dienen kann. Auch bietet es eine verlässliche Alternative für den Fall, dass eine Mediation abgebrochen wird.²⁵ In der Wirtschaftsmediation muss das erreichte Ergebnis sodann regelmässig von den Mediationsteilnehmern gegenüber einem weiten Kreis von Stakeholdern gerechtfertigt werden. Angesichts dieses objektiven Rechtfertigungsdrucks ist klar, dass die Rechtslage und das Prozessrisiko, das durch den Vergleich vermieden werden konnte, eine grosse Rolle spielen.²⁶

²⁰ SARAH J. K. RAUBER/NICOLA E. TOGNI, Deal Mediation – Einführung in das Verfahren drittunterstützter Vertragsverhandlungen, in: GesKR 2/2020, S. 282 ff.

²¹ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., S. 156 f.

²² GIRSBERGER/PETER, a. a. O., S. 150.

²³ ELKE MÜLLER, Lösungen und Vereinbarung, Konstanz 2017, S. 13 f.

²⁴ MÜLLER, a. a. O., S. 13; VOGEL-ETIENNE/LAUTENBACH-KOCH, a. a. O., S. 36.

²⁵ MÜLLER, a. a. O., S. 7.

²⁶ RISSE, a. a. O., S. 33.

Unseres Erachtens kann das Recht in einem Mediationsverfahren nicht ausgeschaltet werden. Im Gegenteil: Das Recht ist Teil der Mediation. Der Mediator soll allerdings verhindern, dass das Recht die Kontrolle im Verfahren übernimmt und als Druckmittel verwendet wird. Der Mediator soll dabei stets darauf achten, dass die Parteien nach ihren Wünschen und Bedürfnissen verhandeln und nicht «nur» nach dem, was ihnen rechtlich «zusteht».²⁷

Es ist Sache der Rechtsvertreter der Parteien, die rechtlichen Aspekte in die Mediation einzubringen. Im Familien- und Erbrechtsbereich kann es – je nach Komplexität der Konfliktthemen – ebenfalls hilfreich sein, wenn sich die Parteien rechtlich begleiten lassen.

Nach unserer Ansicht muss der Mediator selbst nicht Experte im streitbetroffenen Rechtsgebiet sein, da er die Parteien nicht in Rechtsfragen berät und grundsätzlich auch keine Lösungsvorschläge unterbreitet. Viel wichtiger ist, dass er ein ausgebildeter Mediator ist. Allerdings muss der Mediator auf dem rechtlichen Niveau der Parteienanwälte mitdiskutieren können, um die Mediation professionell leiten zu können. Genauso muss er in Wirtschaftsmediationen aber auch die «Sprache» der Parteien selbst sprechen.

III. Fazit

Eine Auswertung der 10 häufigsten Gerüchte um die Mediation ergibt das folgende Ergebnis:

- 1) Wir brauchen keinen Mediator, wir können selbst miteinander reden
Spätestens wenn das Verhandlungspotenzial ausgeschöpft zu sein scheint und die direkte Verhandlung zu scheitern droht, ist ein Mediationsverfahren sinnvoll, denn es kann ganz neue Verhandlungsgrundlagen und -spielräume eröffnen.
- 2) Die Partei, die eine Mediation vorschlägt, zeigt Schwäche
Falsch, Mediationsverfahren sind nichts für schwache Parteien.
- 3) Mediation ist gleich «Meditation»
Die Begriffe haben nichts miteinander zu tun, und eine Mediation eignet sich auch in einem wirtschaftlichen Kontext.
- 4) Anwälte gehören nicht in die Mediation
Doch, Anwälte braucht es in der Mediation.
- 5) Eine Mediation mit hochstrittigen Parteien ist nicht möglich
Im Gegenteil: Medierbar sind auch hochstrittige Parteien.
- 6) Mediation ist reine Zeitverschwendung
Statistisch betrachtet ist das Risiko, dass eine Mediation ohne Einigung endet – und damit zur Zeitverschwendung mutiert – gering (Erfolgsquote von rund 70%). Sodann ist die Zeitinvestition in ein Mediationsverfahren auch im Nichteinigungsfall sinnvoll.
- 7) Bei der Mediation handelt es sich um ein Streitbeilegungsverfahren
Auch, aber nicht nur.
- 8) In Mediationen gibt es keine Ex-parte-Kommunikation
Falsch: Die Parteien sind frei in der Ausgestaltung ihres Mediationsverfahrens.
- 9) Der Mediator unterbreitet einen Lösungsvorschlag
Ausgeschlossen ist es auf Wunsch der Parteien nicht, dass Lösungsvorschläge unterbreitet werden. In der Regel befähigt der Mediator die Parteien jedoch, die Lösung selbst zu finden.
- 10) Das «Recht» gehört nicht in die Mediation
Das Recht ist ein stetiger Begleiter in der Mediation. Dennoch gibt es in der Mediation auch Platz für andere Kriterien wie die Wünsche und Bedürfnisse der Parteien.

²⁷ Vgl. auch MÜLLER, a. a. O., S. 8.