

*Festschrift*

125 Jahre  
Kassationsgericht des Kantons Zürich

*Herausgegeben von*

Andreas Donatsch

Thomas Fingerhuth

Viktor Lieber

Jörg Rehberg

Hans Ulrich Walder-Richli

# Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen

ALEXANDER BRUNNER

*Deshalb nimmt man auch in zweifelhaften Fällen seine Zuflucht beim Richter. Zum Richter gehen bedeutet denn auch zur Gerechtigkeit gehen, da der Richter die lebendige Gerechtigkeit sein soll. Auch sucht man im Richter einen Mann der Mitte, weshalb er oft «Mittelsmann» genannt wird, als träfe er, wenn er die Mitte trifft, das Recht.*

ARISTOTELES, *Nik.Eth.*, V.7

## Inhalt

- I. Sinn und Zweck von Vergleichsverhandlungen im Kontext des Justizsystems
- II. Zur Strategie der rechtssuchenden Parteien
  - 1. Vergleich als Streiterledigung durch Konsens
  - 2. Verfahrensauswahl und Arten des Vergleichs
- III. Zur Strategie des Richters (Dreistufen-Praxis)
  - 1. Rechtliche Stufe als erste Strategie
  - 2. Ökonomische Stufe als zweite Strategie
  - 3. Psychologische Stufe als dritte Strategie
- IV. Grenzen der Gerechtigkeit durch Verfahren
  - 1. *Intellectus infinitus?* – keine vierte Strategie
  - 2. Rechtsmittel gegen die Streiterledigung

## I. Sinn und Zweck von Vergleichsverhandlungen im Kontext des Justizsystems

Der moderne Staat als Rechts- und Friedensordnung teilt der dritten Gewalt (Judikative) neben der Ersten (Legislative) und der Zweiten (Exekutive) eine wesentliche Aufgabe zu. Die Gerichte<sup>1</sup> sollen die richtige Anwendung der Gesetze

---

<sup>1</sup> Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976; Zürcher Gesetzessammlung 211.1; vgl. zum alten GVG, WILLY HAUSER/ ROBERT HAUSER, Erläuterungen zum GVG, Zürich 1978 (Nachdruck).

sicher stellen und damit dem demokratisch gesetzten objektiven Recht in jedem Einzelfall zum Durchbruch verhelfen. Die Judikative wahrt damit die *Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz* und die Rechtssicherheit. Der Weg vom Streitfall zum Urteil verläuft dabei in den verfahrensrechtlichen Formen des Zivilprozesses<sup>2</sup>. Angesichts dieser klaren Ausgangslage stellt sich die Frage nach Sinn und Zweck von Vergleichsverhandlungen im Kontext des Justizsystems. Wenn es die Aufgabe der Gerichte sein soll, die generell-abstrakten Wertentscheide des Gesetzgebers im individuell-konkreten Fall anzuwenden, d.h., das objektive Recht zwischen den Rechtssubjekten zu verwirklichen, bleibt dann noch Raum für eine andere Form der Streitbeilegung? Die Frage erscheint nur auf den ersten Blick als zugespitzt. Denn der Kampf ums Recht ist nicht nur eine abstrakte Frage der Subsumption, sondern ein Kampf um das knappe Gut verfügbarer Zeit, was sowohl für die Parteien als auch für die Gerichte eine stete Herausforderung darstellt. Es fragt sich, ob ein Urteil noch als gerecht gelten kann, wenn es nach Jahr und Tag erfolgt und sich die Verhältnisse des Rechtsstreites in der Zwischenzeit verändert oder die Streitgründe anderweitig entschärft haben. Diese eher rhetorische Frage ist klar zu verneinen; neben der *Rechtssicherheit* war daher das Postulat der *Verfahrensbeschleunigung*<sup>3</sup> schon immer ein weiteres Element der Rechtsverwirklichung.

Die öffentliche Forderung nach einer Beschleunigung der Verfahren hat denn auch die letzte grosse Revision der Zürcher Prozessordnung von 1976<sup>4</sup> von Anfang<sup>5</sup> an begleitet und mündete ausgerechnet bei ihrem Inkrafttreten in eine weitere grosse Debatte<sup>6</sup> um das Zürcher Justizsystem. Obergericht und Kantonsrat<sup>7</sup> haben

<sup>2</sup> Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976; Zürcher Gesetzessammlung 271; vgl. RICHARD FRANK, *Gerichtswesen und Prozessverlauf*, Zürich 1980; RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 1997; MAX GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1979; WALTER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Basel 1990; OSCAR VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 6. Aufl., Bern 1999; HANS ULRICH WALDER, *Zivilprozessrecht*, 4. Aufl., Zürich 1996.

<sup>3</sup> MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz 468 unter Hinweis auf verschleppte Zivilverfahren in Europa.

<sup>4</sup> Vgl. dazu die historische Übersicht von ROBERT HAUSER, *Die Zürcherische Rechtspflege im Wandel 1831–1981 (150 Jahre Zürcher Obergericht)*, ZR 1981, 257–319.

<sup>5</sup> Am Beginn der Totalrevision der Zürcher ZPO 1976 stand der Ruf in der Öffentlichkeit nach einer Beschleunigung der Gerichtsverfahren; *Votum Kantonsrat Bräm*, Zürcher Amtsblatt 1957, 621 ff.

<sup>6</sup> JÜRIG MEISTER, *Bieten unsere Gerichte keinen wirksamen Rechtsschutz mehr?*, *Tages-Anzeiger* vom 27. November 1976; LUKAS BRINER, *Sondergerichte gegen Prozessverschleppung?*, NZZ vom 23. Mai 1977; *th*, *Prozessverzögerung – Regel oder Randerscheinung?*, NZZ vom 18. Dezember 1978; ERNST ETTER/KURT STAUB, *Stärken und Schwächen der Rechtsprechung*, NZZ vom 13. Februar 1979.

<sup>7</sup> Justizverwaltungskommission, *Bericht an den Kantonsrat betreffend Untersuchung über Prozessverschleppungen und Antrag auf gesetzliche Massnahmen*, Zürcher Amtsblatt 1979, 513–535.

in der Folge die prozessualen Instrumente einer Verfahrensbeschleunigung<sup>8</sup> in der revidierten ZPO durch Massnahmen eines «new public management» an den Gerichten verstärkt. Allerdings hat dazu bereits GEORG MESSMER<sup>9</sup> festgehalten, dass das Streben nach rascher Erledigung und das Gebot der Rechtssicherheit miteinander in Konflikt geraten können. *Es besteht ein Zwiespalt zwischen Verbesserung des Rechtsschutzes und Beschleunigung der Verfahren.* Als Ausweg aus diesem Zwiespalt eröffnet sich daher seit jeher eine Streitbeilegung durch die Aufnahme von Gesprächen zwischen den Streitparteien selbst und die geltende Zürcher ZPO enthält für das Stadium des Gerichtsverfahrens die entsprechenden Rechtsgrundlagen<sup>10</sup>. Die im Streit liegenden Parteien haben infolgedessen die Wahl: Vergleich oder Urteil. Das Urteil des Richters muss sich dabei ausschliesslich an die juristisch relevanten Rechtsfragen halten, die sich aus Sachverhalt und Rechtsnorm in ihrer Verschränkung ergeben. Alle anderen Diskussionspunkte sind «irrelevant» und fallen weg, denn «das Urteil ist nicht eine Diskussion mit den Parteien»<sup>11</sup>, wie das Zürcher Kassationsgericht, das heute – im Jahre 2000 – sein 125. Jubiläum begehen kann, in prägnanter Kürze zutreffend festgestellt hat. Dieser Umstand ist es denn auch, der Parteien und Richter nach Alternativen suchen lässt. Im folgenden soll daher vorerst die Strategie der Vergleichshandlungen aus der Sicht der rechtsuchenden Parteien (nachfolgend II.) und hernach des Richters erörtert werden (nachfolgend III.). Abschliessend ist kurz auf die Grenzen einer Verwirklichung der Gerechtigkeit durch Verfahren einzugehen (nachfolgend IV.).

## II. Zur Strategie der rechtsuchenden Parteien

### 1. Vergleich als Streiterledigung durch Konsens

Aus der Sicht jeder Partei ist das *Erfolgsziel* einer Streitbeilegung bei Lichte betrachtet einfach – und wohl immer gleich: Recht haben und Recht bekommen. Diese Zielsetzung kann jedoch naturgemäss nicht für beide Streitparteien gleichzeitig verwirklicht werden; Gegensätze schliessen sich aus. Dies wird bei einer Nichteinigung zwischen den Parteien in aller Klarheit und Härte durch ein Urteil festgestellt. Die Freiheit der eigenen Entscheidung, die *Autonomie*, können die

---

<sup>8</sup> Vgl. nachfolgend Ziff. III.1.

<sup>9</sup> GEORG MESSMER, Tendenzen in der Totalrevision des Zürcher Zivilprozessrechts, FS für Max Guldener, Zürich 1973, 207 ff., insb. 212 f.

<sup>10</sup> Zutreffend EMIL W. STARK, Richterliches Vermittlungsverfahren zur Prozessbeschleunigung, NZZ vom 29. Juli 1988; vgl. auch dazu ANTON PESTALOZZI, «Zürcher Mini-Trial», NZZ 1984 Nr. 247; mit Entgegnung WERNER WICHSER, «Mini-Trial» – nichts Neues, NZZ 1985 Nr. 2; Beiträge insb. zur Auslegung von § 62 und § 118 ZPO.

<sup>11</sup> So der unveröffentlichte Entscheid des KassG, Beschluss vom 24. April 1981, i.S. J.M., 3.

Streitparteien nur dann wahren, wenn sie sich auf direkte gegenseitige Verhandlungen – ohne den Beizug eines Dritten oder die Anrufung eines Gerichtes – einlassen. Diese Art der Streitbeilegung führt zum sog. *aussergerichtlichen Vergleich*<sup>12</sup>.

Die allgemeine Lebenserfahrung zeigt jedoch, dass nicht alle Menschen dazu berufen sind, ihre Freiheit auch tatsächlich wahrzunehmen. Denn dazu gehört die Erkenntnis in die Beschränkungen des eigenen Standortes und die Relativität der daraus folgenden eigenen Meinungen. Nur die Fähigkeit des Hineinversetzens in einen anderen Standort ermöglicht eine gegenseitige Rücksichtnahme der Parteien und schafft die Einsicht in die Notwendigkeit des *do ut des*, des Gebens und Nehmens. Das *Gespräch* ist denn auch die eigentliche Antithese zur *Gewalt*, zu der in letzter Konsequenz jene Menschen greifen möchten, die rücksichtslos nur ihre eigenen Interessen erkennen können und durchsetzen wollen. Jede Partei steht am Anfang eines Streites am Scheideweg: Kämpfen oder Verhandeln. Die Vernunft spricht für das Verhandeln. Der moderne Staat mit seinem Gewaltmonopol und als institutionalisierte Vernunft fordert daher für die Streitbeilegung Gewaltverzicht und fördert Verhandlungslösungen. Mit Bezug auf die Strategie von Vergleichsverhandlungen kann in diesem Sinne vom Grundsatz der *umgekehrten Proportionalität des Vernunftgebrauchs* gesprochen werden. Je mehr die Parteien nach den Erkenntnissen der eigenen Vernunft handeln, desto weniger benötigen sie die Institutionen staatlicher Vernunft; und umgekehrt, je weniger die Parteien fähig sind, ihrer Vernunft zu folgen, desto mehr sind – als notwendiger Ersatz – die staatlichen Institutionen gefragt. Diese Korrelation begründet aus der Sicht der rechtsuchenden Parteien eine natürliche Hierarchie der Mittel zum Zweck der Streitbeilegung.

Auf der *obersten Stufe der Rationalität* steht der bereits erwähnte aussergerichtliche Vergleich in Wahrung der Privatautonomie der Parteien. Ohne Mitwirkung von Drittpersonen suchen solche Parteien nach einer einvernehmlichen Lösung. Der von ihnen abgeschlossene Vertrag ist ein Innominatkontrakt, der den Streitgegenstand betrifft oder eine unsichere Rechtslage regelt. Er untersteht den Regeln des Obligationenrechts<sup>13</sup> und ist wegen Übervorteilung sowie insbesondere wegen Willensmängeln anfechtbar.

Auf einer *mittleren Stufe der Rationalität* reicht die Vernunft beider Parteien nicht aus, um den Streit allein und privatautonom zu lösen. Sie müssen Hilfe bei Drittpersonen suchen. Diese sollen den Parteien Wege aufzeigen, um aus einer verfahrenen Lage herauszufinden. Es ist das weite Feld der privat- und handels-

<sup>12</sup> PETER GAUCH, Der aussergerichtliche Vergleich, FS Schlupe, Zürich 1988, 3 ff.; PATRICK HÜNERWADEL, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. St.Gallen, Bern 1988; ARTHUR MEIER-HAYOZ, Vergleich, Schweizerische Juristische Kartothek 463; MARTIN NEESE, Der Vergleich, Zürich 1999; WALTER R. SCHLUEP, Innominatverträge, Basel 1979; FRANK SEETHALER, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946.

<sup>13</sup> Vgl. zum Begriff des Vergleichs allgemein: BGE 124 II 12 E. 3.b; BGE 121 III 397 E. 2.c.

rechtlichen Mediation. Die Mediation<sup>14</sup> als Mittel der Streitbeilegung ist an und für sich nichts anderes als das Aufzeigen und Aufdecken der grundlegenden Bedingungen menschlicher Kommunikation. Es ist das Hinausführen der Parteien aus den beschränkten Gesichtswinkeln ihrer Subjektivität und ihrer Missverständnisse in die Offenheit und Objektivität der Streitlage. Aus diesem Grunde entscheidet der Mediator denn auch nicht anstelle der Parteien, denn diese sollen infolge seiner Funktion als Katalysator eigenständige Lösungen selbst erkennen, ihren Streit alleine schlichten und einen Konsens finden. Es versteht sich von selbst, dass auch diese Art der Streitbeilegung durch einen Mediator als Geburtshelfer der Vernunft ein hohes Mass an Rationalität bei den Parteien voraussetzt.

Auf der *letzten Stufe der Rationalität* sind die Parteien nicht in der Lage, ohne einen rechtsverbindlichen Rahmen einen Konsens zu erreichen. Eine oder gar beide Parteien verharren auf dem eigenen Standpunkt und ihre Interessen erscheinen als unvereinbar. Der Streit als solcher und die ins Feld geführten Argumente und Meinungen können dabei oft irrationale Formen annehmen und stellt die Parteien und ihr Umfeld auf eine harte Probe. Gälte nicht – man muss es realistischerweise aussprechen – das staatliche Gebot des Gewaltverzichts, so würde manche Partei wohl Zuflucht zu diesem archaischen Mittel nehmen. Gelegentlich, so will es manchmal scheinen, meint eine Partei denn auch das Mittel der Gewalt durch die Macht der Rechtsformen ersetzen zu können. Der Kampf wird dann unerbittlich in den Formen des Prozesses geführt und die Bemühungen des Richters als Mittelsmann fruchten wenig, sodass am Ende nur ein Urteil den Streit erledigen kann.

In den klar überwiegenden Fällen lassen sich *die Stufen der Rationalität im Verlaufe des Prozesses jedoch wieder umkehren*, was ein optimistisches Menschenbild durchaus rechtfertigt. Nach traditioneller schweizerischer Prozessrechtslehre soll schon zu Beginn eines rechtsförmlichen Verfahrens der Frieden zwischen den Parteien wieder hergestellt werden, indem die meisten kantonalen Prozessordnungen, wie auch jene von Zürich, die staatliche Institution des Friedensrichters<sup>15</sup> vorsieht. Zerstrittene Parteien haben daher, können sie selber keinen Konsens finden, die Möglichkeit, den «Rechtsweg» zu beschreiten.

---

<sup>14</sup> ISAAK MEIER/CHRISTIAN DUVE, Vom Friedensrichter zum Mediator. Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, SJZ 1999, 157 ff.; Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Mediation, DACH Schriftenreihe 12, Zürich 1999; SUSY STAUBER, Wirtschaftsmediation – der bessere Weg, NZZ 19.11.1999, 25.

<sup>15</sup> EDGAR LIMBURG, Prozessvorbeugung durch das Friedensrichteramt, Diss. Zürich 1925; vgl. auch: PETER M. ALBORN, Der Friedensrichter im thurgauischen Prozessrecht – Ein Vergleich mit dem Kanton Zürich, Basel 1977; MICHAEL BEGLINGER, Der Friedensrichter im solothurnischen Recht, Zürich 1985; CATHERINE GEIGY WERTHEMANN, Das Vermittlungsverfahren gemäss § 45a der baselstädtischen Zivilprozessordnung, BJM 1986, 233–269; PETER SCHNYDER, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1985; FREDY VEIT, Der Friedensrichter im basellandschaftlichen Recht, Basel 1976.

## 2. Verfahrensauswahl und Arten des Vergleichs

Im Gegensatz zu jenem der Parteien ist das *Erfolgsziel des Richters, Recht zuzuteilen und Recht zu schaffen*. Finden die Parteien im aussergerichtlichen Vergleich keinen Konsens und wählen sie den Rechtsweg, haben sie auf einen Teil ihrer Autonomie bereits verzichtet. Massgebend sind nicht mehr ihre subjektiven Vorstellungen und ihre Freiheit bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse, sondern das an der Rechtsidee orientierte objektive Recht. Der Richter ist kein Mediator; insofern gibt es keinen Rollenkonflikt zwischen «Richten» und «Schlichten». Und wenn es eine Kritik an den neuen Formen der Mediation gibt, so insbesondere dann, wenn Mediatoren meinen, sich auf blosser Kommunikationstheorie und –praxis beschränken zu können. Das «social engineering» beim Ausgleich der Interessen zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei geriete bald auf Abwege, wenn nicht der demokratische Grundkonsens über Fragen der Gerechtigkeit in der Form von Rechtsnormen als Kriterium und Leitgedanke von Vergleichsverhandlungen massgebend bliebe. Der Kampf ums Recht, die Durchsetzung der subjektiven Rechte, ist die Bewährung des objektiven Rechts<sup>16</sup>. Das gilt auch mit Bezug auf die Dreistufen-Praxis als Strategie des Richters und des Schiedsrichters bei Vergleichsverhandlungen. Emotionale Intelligenz, Phantasie und Kreativität sind dabei von Vorteil und insofern würde es dem Richterstand gut anstehen, von den neuen Formen der Mediation zu lernen<sup>17</sup>. Die vornehme Aufgabe des Richters liegt darin, im rechtlichen Interesse der Parteien zu vermitteln, um eine vernünftige Lösung ihres Streites zu finden. Das bedeutet, dass der Richter sich nicht über den Parteien fühlen darf, sondern als Mittelsmann zwischen ihnen. Eine solche richterliche Haltung bereitet den Boden für eine Verhandlungsatmosphäre, in der Vergleiche reifen können. Neben dem bereits erwähnten aussergerichtlichen Vergleich sind daher der gerichtliche und der schiedsgerichtliche Vergleich zu nennen, bei deren Abschluss ein Richter vermittelnd mitwirkt.

Der *gerichtliche*<sup>18</sup> Vergleich ist in § 62 der Zürcher ZPO ausdrücklich vorgesehen. Danach kann das Gericht die Parteien jederzeit zu einer Vergleichsver-

<sup>16</sup> So auch STÜRNER (Fn. 18) 280 oben.

<sup>17</sup> ISAAK MEIER/CHRISTIAN DUVE (Fn. 14) 161, Ziff. VII. Schlussbemerkung. Dies war auch der Grundtenor am Panelgespräch vom 29. November 1999 der Fachgruppe Schiedsgerichtsbarkeit ZAV/Zürcher Gruppe der ASA über Mediation mit Beiträgen von MARC RONCA (Gesprächsleitung), GEORGES FRICK (Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation), REGULA STIEGER (Rechtsanwältin und Mediatorin), MANFRED PUCHNER (Mediator in Oesterreich) und WOLFGANG WÖRNHARD (Institut für Mediation).

<sup>18</sup> HANS FÜRST, Beitrag zur Lehre vom Prozessvergleich im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1927; URS HOFMANN, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Diss. Zürich, Bern 1985; HANS SCHULTZ, Der gerichtliche Vergleich, Diss. Bern 1939; ROLF STÜRNER, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus juristischer Sicht, FS H.U. Walder, Zürich 1994, 273 ff.; HANS ULRICH WALDER, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966, 142–158 (Erledigung auf Grund von Parteierklärungen).

handlung vorladen, die in der Regel vor Anordnung des schriftlichen Verfahrens für Replik und Duplik durchgeführt werden soll. Dieses Vorgehen erspart den Parteien Zeit und Geld, da der Prozess in diesem Verfahrensstadium noch nicht weit fortgeschritten ist.

Der *schiedsgerichtliche Vergleich*<sup>19</sup> richtet sich hingegen nach den Schiedsordnungen der kantonalen Handelskammern und dem Konkordat sowie im internationalen Bereich<sup>20</sup> zur Hauptsache nach den 1998 revidierten Regeln der ICC<sup>21</sup>.

Die Strategie der rechtsuchenden Parteien und der sie beratenden Rechtsanwälte erschöpft sich jedoch oft nicht nur in der Wahl eines aussergerichtlichen Vergleichs oder der Auswahl zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht. Gemeint ist nicht bloss die Kostenfrage<sup>22</sup>. Vielmehr kann neuerdings beobachtet werden, dass Streitparteien das Verfahren vor einem Gericht in eine Gesamtstrategie einordnen, die alle Mittel der modernen Kommunikationstheorie mit ihren Möglichkeiten der Beeinflussung umfasst, wozu u.a. auch die öffentliche Imagepflege und public relation, Pressekonferenzen der Parteien und Berichterstattung in den Massenmedien sowie offen gelegte oder geheim gehaltene Aufträge an angesehene Gutachter mit entsprechenden Publikationen in Fachzeitschriften gehören. Richter und Schiedsrichter müssen daher auf der Höhe der Zeit stehen, wollen sie angesichts dieser neuen Tendenzen ihr unabhängiges und unvoreingenommenes Denken bewahren – ein keineswegs immer leicht erreichbares Ziel. In den Vergleichsverhandlungen als solchen hat sich sodann die sog. Dreistufen-Praxis bewährt, auf die nachfolgend näher einzugehen ist.

---

<sup>19</sup> Zu den kantonalen Handelskammern und den *Bemühungen um eine gesamtschweizerische Schiedsordnung* im Rahmen der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. ASA Bulletin 1999, 225 f. (Aussprache zum Entwurf für ein «Règlement d'arbitrage international de la Fondation d'arbitrage des Chambres suisses du commerce»). Es scheint indessen, dass auf absehbare Zeit die bewährten kantonalen Schiedsordnungen unangetastet bleiben werden.

<sup>20</sup> MARC BLESSING, Einleitung zum Zwölften Kapitel: Grundlegendes zur Internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, in HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Internationales Privatrecht, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996.

<sup>21</sup> CRAIG/PARK/PAULSSON, Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary, (ICC Publ.) 1998; DERAÏNS/SCHWARTZ, A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, (Kluwer) 1998.

<sup>22</sup> MARC RONCA, Der Preis des Schiedsurteils, NZZ 1980 Nr. 54, mit Kritik an den ausschliessenden Schiedsklauseln für Streitigkeiten zwischen Aktionären und Gesellschaft.



### III. Zur Strategie des Richters (Dreistufen-Praxis)

#### 1. Rechtliche Stufe als erste Strategie

Die Grundsätze für erfolgreiche Vergleichsverhandlungen in Gerichten und Schiedsgerichten finden sich in keinem Gesetz. Sie ergeben sich jedoch zwanglos aus den vorstehend dargelegten Abstufungen der Rationalität in den Auseinandersetzungen der Parteien, jedoch in umgekehrter Reihenfolge. Der angerufene Richter muss in erster Linie zur Kenntnis nehmen, dass die Parteien nicht in der Lage waren, ihre Streitfrage mit einem autonomen Entscheid, d.h. einem aussergerichtlichen Vergleich, aus der Welt zu schaffen. Weil ihnen die Rationalität hierzu fehlte, nehmen sie Zuflucht zur Rationalität des objektiven Rechts. Die Parteien wollen daher Klarheit über die Rechtslage ihres Streitfalles, über das geltende Recht sowie die Rechtsprechung und Lehre mit den entsprechenden Lösungsmöglichkeiten. Die Strategie des Richters in Vergleichsverhandlungen verfehlt daher das Ziel, wenn von Anfang an nur ein «arithmetisches Mittel» zwischen Behauptung und Bestreitung bzw. Forderung und Gegenforderung angestrebt wird. Bei der stufenweisen Zurückgewinnung der Rationalität gegenüber der Irrationalität eines Streitfalles gehört dementsprechend die *rechtliche* Stufe zur *ersten* Strategie der Richter als Vermittler<sup>23</sup>. Schlichten und Richten schliessen sich in diesem Sinne nicht aus.

In der Praxis werden Vergleichsverhandlungen im Sinne von § 62 ZPO meist mit einer Referentenaudienz nach § 118 ZPO verbunden; sodann gelten die Grundsätze der Rechtsanwendung von Amtes wegen (§ 57 ZPO), die Wahrung des rechtlichen Gehörs (§ 56) und insbesondere die Ausübung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO). Überdies können anlässlich einer solchen Verhandlung wesentliche Beweise abgenommen werden durch persönliche Befragung der Parteien (§ 149 f. ZPO) und Einvernahme von Hauptzeugen (§ 157 ff. ZPO) sowie mit der Durchführung eines Augenscheines vor Ort (§ 169 ZPO).

Der konkrete Ablauf der Vergleichsverhandlungen wird, vor allem am Zürcher Handelsgericht, in zwei Teile gegliedert, in den «offiziellen Teil» und in den «inoffiziellen Teil», wobei vor der Verhandlung noch eine kurze Aussprache der Gerichtsdelegation, d.h., zwischen dem Richter und seinem assistierenden Sekretär sowie dem beisitzenden Fachrichter stattfindet. Die eigentliche Verhandlung beginnt dann mit dem *offiziellen Teil*, zu dem die Begrüssung der Parteien und An-

<sup>23</sup> ROBERT LEVI, Der Richter als Vermittler, SJZ 63 (1967) 255 ff.; ders., Arbeitsmethoden des Richters, Tagungsunterlage der Schweizerischen Richtervereinigung vom 18. Juni 1977; vgl. zur *Prozessleitung* des Richters auch: OSCAR VOGEL, Prozessuales Management am Handelsgericht, SJZ 1992, 18 ff.; ders., Prozess-Ökonomie?, BJM 1988, 1 ff.; WERNER TAPPOLET, Die formelle richterliche Prozessleitung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1941; MARC PHILIP STERN, Prozessökonomie und Prozessbeschleunigung als Ziele der zürcherischen Zivilrechtspflegegesetzte, Diss. Zürich 1989.

wälte, die namentliche Vorstellung der Gerichtsdelegation, die Erläuterung des Verhandlungsverlaufs und deren Zielvorgaben gehören. Im offiziellen Teil der Verhandlung werden alle wichtigen Abläufe und Vorbringen formell protokolliert; so die Personalien der Parteien, die vorläufige Nennung der im Prozess relevanten Beweismittel nach § 118 ZPO durch die klagende und die beklagte Partei, ihre Antworten zu Fragen über den Streitwert, zur Substanziierung unklarer und unvollständiger Behauptungen und Bestreitungen in der Klage- und Klageantwortschrift, aber auch zur Frage einer möglichen Rechtswahl im Prozess, von Verzugszinsen, allfälliger Verzichtserklärungen untergeordneter oder irrelevanter Forderungen sowie schliesslich Stellungnahmen beider Parteien zu den Hauptpunkten des Prozesses. Sind Ergänzungen erforderlich, kann neben dem Instruktionsrichter auch die übrige Gerichtsdelegation Fragen stellen und protokollieren lassen. Der Übergang zum sog. *inoffiziellen Teil* der Verhandlung wird sodann ausdrücklich festgehalten. Dies ist bedeutsam, weil im inoffiziellen Teil kein Protokoll mehr geführt und darauf hingewiesen wird, dass sowohl die Ausführungen der Gerichtsdelegation als auch jene der Parteien und Anwälte als unpräjudiziell gelten. Hauptsache dieses Teils ist das Referat des Richters mit den Stellungnahmen der übrigen Gerichtsdelegation sowie der Stellungnahmen der Parteien. Danach werden die eigentlichen Vergleichsverhandlungen eröffnet, wobei nur deren Ergebnis – Nichteinigung oder Vergleich – protokolliert wird.

Der Ablauf einer Vergleichsverhandlung vor dem Richter ist daher weniger eine Schlichtung als vielmehr *Rechtsanwendung*, weshalb die rechtliche Stufe zu seiner ersten Strategie gehören muss. Sein Referat erfordert absolute Aktenkenntnis, die Beantwortung der auf den Sachverhalt bezogenen Rechtsfragen mit einwandfreier Subsumption und die vorläufige Würdigung der Beweisfragen mit einer klaren Beweislastverteilung und entsprechender Risikoanalyse für beide Streitparteien im Rahmen einer antizipierten<sup>24</sup> Beweiswürdigung. Die rechtliche Stufe der Vergleichsverhandlung vor dem Richter kann daher auch als Beratung der Parteien mit den Umrissen des voraussichtlichen Urteils am Horizont betrachtet werden. Erfahrungsgemäss lässt sich rund die Hälfte der Streitparteien auf dieser Rationalitätsstufe der Vergleichsverhandlung überzeugen und schliesst dementsprechend einen gerichtlichen Vergleich.

Die *Formulierung des Vergleichs*<sup>25</sup> umfasst einen Ingress, in dem kurz auf Parteien, Streitgegenstand und allfällige Motive eingegangen werden kann und regelt sodann als Hauptpunkt eine Reduktion der Forderung der klagenden Partei bzw. eine Anerkennung durch die beklagte Partei mit anschliessender Saldoklausel. Sodann folgt eine Erledigung von Vor- und Nachverfahren des Prozesses wie Betreuung, Erwähnung von Bauhandwerkerpfandrechten und Grundbucheinträgen<sup>26</sup> sowie allfällige Wirkungen des Vergleichs auf Dritte<sup>27</sup> oder bestimmte Er-

---

<sup>24</sup> JÜRGEN BRÖNNIMANN, Beweisanspruch und antizipierte Beweiswürdigung, FS Oscar Vogel, Freiburg 1991, 161 ff.

<sup>25</sup> Vgl. eingehend: NEESE (Fn. 12) 38 f.

<sup>26</sup> ZR 78 (1979) Nr. 3.

füllungsmodalitäten<sup>28</sup>. Sodann sind auch allfällige Nebenfolgen und eine vorbehaltene Form<sup>29</sup> zu beachten.

Knapp die Hälfte der Streitparteien lässt sich hingegen von der ersten Rationalitätsstufe der Vergleichsverhandlungen nicht ohne weiteres überzeugen. Dafür sind viele Gründe möglich. Verhinderungsstrategien werden bspw. dann offenkundig, wenn eine Seite die in ihrem Besitz befindlichen Beweismittel pflichtwidrig der beweispflichtigen Partei vorenthält, die Risikoanalyse dadurch sabotiert und damit § 118 ZPO illusorisch macht. Neben der verpönten Überraschungstaktik<sup>30</sup> ist in solchen Situationen jeweils stets zu fragen, welche wirklichen Gründe das Verhalten einer ablehnenden Partei leiten. Eine natürliche Vermutung legt es nahe, die Gründe im wirtschaftlichen Bereich zu suchen. Damit kann festgehalten werden: Erst wenn die rechtliche Stufe als rationale Strategie versagt, kommt im Hinblick auf eine Beseitigung des verbleibenden irrationalen Restes im strittigen Verhältnis der Parteien eine Zweite zum Zuge, die Ökonomische.

## 2. Ökonomische Stufe als zweite Strategie

Die Ablehnung eines rechtlich begründeten Vergleichsvorschlages wird oftmals begleitet von der Verzögerungstaktik einer der Parteien. Ein solches Verhalten kann zwar Kostenfolgen<sup>31</sup> und das Aussetzen<sup>32</sup> von Verhandlungen überhaupt nach sich ziehen. Sie sind jedoch meist Indizien für durchaus rationale Gründe der zögernden Partei. Die ökonomische Stufe als zweite Strategie des Richters setzt daher auf das kaufmännische Gespräch unter Einbezug aller Interessen im Umfeld der Prozessparteien. Da in diesem Stadium besonders sensible Fragen zur Diskussion stehen, ist die Vertraulichkeit ein absolutes Gebot der Vergleichsverhandlungen, die ja ohnehin nur mit Bezug auf ihr Ergebnis<sup>33</sup>, niemals aber hinsichtlich der einzelnen Gesprächsinhalte protokolliert werden und auch bei einem allfälligen Fortgang des Prozesses keine Verwendung<sup>34</sup> finden dürfen. So kann eine ökonomische Betrachtungsweise aufzeigen, dass das strittige Verfahren nur ein kleiner Ausschnitt aus einem grösseren wirtschaftlichen Ganzen ist, dessen Eventualitäten berücksichtigt werden müssen. So sind Verwaltungsräte von Tochter-Gesell-

---

<sup>27</sup> BGE 107 II 226; ZR 1982 Nr. 18.

<sup>28</sup> BGE 105 II 273; nicht durch *Hinterlegung* der verglichenen Geldschuld mit neuem Präten-  
dentenstreit!

<sup>29</sup> ZR 95 (1996) Nr. 55.

<sup>30</sup> Zur Überraschungstaktik mit Noven und Beweismitteln im Berufungsverfahren, vgl. bspw.  
BGE 123 III 485 E.1.

<sup>31</sup> BGE 124 V 285; ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 5.

<sup>32</sup> BGE 122 V 47.

<sup>33</sup> ZR 96 (1997) Nr. 35.

<sup>34</sup> Information über die mangelhafte Bonität einer Partei anlässlich von Vergleichsverhandlungen ist bspw. kein Kautionsgrund, ZR 84 (1985) Nr. 13.

schaften in Konzernen verpflichtet, die Zustimmung der Organe der Mutter-Gesellschaft einzuholen, was u.a. einen Ratifikationsvorbehalt<sup>35</sup> beim Vergleichsabschluss rechtfertigen kann. Ausserhalb der rechtlichen Rationalität liegen auch die wirtschaftlichen Interessen einer Partei, die neben einer eingeklagten Prozessforderung weitere Guthaben oder in naher Zukunft fällig werdende Verrechnungsposten an die Gegenpartei geltend machen kann. Von hohem unternehmerischen Interesse ist sodann die Frage nach der Einbringlichkeit einer Forderung und der Bonität des Schuldners, dem sog. Inkasso-Risiko.

In solchen und ähnlichen Fragen führt die rechtliche Stufe allein zu keinem Ergebnis. Die Berücksichtigung der ökonomischen Stufe ist dabei kein Verrat an einer korrekten Rechtsanwendung, auch wenn die Quantifizierung vom Resultat der rechtlichen Stufe abweicht. Entscheidend ist indessen, dass den Parteien beide Begründungen – die rechtliche wie die ökonomische – *offen* gelegt und der Abschluss des Vergleichs ihrer *freien* Entscheidung überlassen wird. Die Erfahrung zeigt hier, dass ein weiterer, erheblicher Teil der Parteien vom Verhandlungsergebnis überzeugt werden kann. Gestritten wird in der Folge jeweils nur noch um die Tragung der Kosten und Entschädigungen<sup>36</sup>, die nach Obsiegen und Unterliegen, meist jedoch je zur Hälfte vereinbart werden.

Können sich die Parteien auch nach eingehender Besprechung im Rahmen der ökonomischen Stufe nicht einigen, so stellt sich die Frage, wie der dann noch verbleibende irrationale Rest, d.h., das *Erklärungsdefizit* für die Unmöglichkeit des Vergleichsabschlusses behoben werden kann. Dies führt zur dritten Strategie des Richters bei Vergleichsverhandlungen.

### 3. Psychologische Stufe als dritte Strategie

Wenn alle rechtlichen und wirtschaftlichen, d.h. rationalen Gründe versagen, um die Weigerung zu einer gütlichen Einigung einer oder beider Parteien zu erklären, so kann allenfalls eine *Motivforschung* weiter helfen. Viele, vorerst hoffnungslos geglaubte Verfahren finden auf diese Weise gleichwohl einen Abschluss durch Vergleich der Parteien. So zeigt sich häufig, dass der Streit seine Wurzeln in einer tiefen persönlichen Verletzung einer Seite hat. Ein ehrenhafter Kaufmann wurde möglicherweise im Rahmen der Vertragsbeziehungen von der Gegenseite grundlos als Halsabschneider und Betrüger verdächtigt. Die verletzte Berufsehre in der Branche, das angeschlagene Selbstwertgefühl als Mensch und Unternehmer können tief sitzen und auch das Handeln in einem Prozess von Grund auf bestimmen und stören. Hier wird ein Vergleichsabschluss nur dann möglich, wenn die

---

<sup>35</sup> ZR 80 (1981) Nr. 101; ZR 79 (1980) Nr. 106; ZR 78 (1979) Nr. 108.

<sup>36</sup> ZR 85 (1986) Nr. 130; ZR 80 (1981) Nr. 11.

korrekte Vorstellung über die eigene Person, das Ansehen und der Ruf zumindest auf Seiten des Gerichts wieder hergestellt werden kann.

Der Streit zwischen den Parteien ist in solchen Fällen oftmals derart irrational und festgefahren, dass nur die getrennte<sup>37</sup> Befragung eine Lösung verspricht. Nach der hier vertretenen Meinung ist allerdings von solchen *getrennten Verhandlungen* nur mit *allergrösster Zurückhaltung*, und auch nur im ausdrücklich erklärten Einverständnis aller Beteiligten, Gebrauch zu machen. Denn es widerspricht dem Grundsatz der Offenheit des Vergleichsgesprächs und birgt die Gefahr von Missverständnissen, da die Kommunikation zwischen den Parteien unterbrochen wird. Besonders problematisch erscheint ein stundenlanges Verhandeln mit lediglich einer der Prozessparteien<sup>38</sup>. Es stellt sich überhaupt die Frage, inwieweit Druck<sup>39</sup> auf die Parteien zulässig sein soll. So wird m.E. zutreffend kritisiert, dass Einschüchterung und Drohung mit Sicherheit keine probate Mittel einer rationalen Konfliktbewältigung sein können<sup>40</sup>.

Dasselbe gilt für eine allzu *persuasive*<sup>41</sup> *Rhetorik* und zielgerichtete Strategie<sup>42</sup> auf Seiten des Gerichts. Auch wenn viele Argumente aus dem langen Katalog der Praktiker jeweils gute Gründe für sich beanspruchen können, wie bspw. der Hinweis auf die voraussichtliche Dauer und die Kosten des Verfahrens, sowie der Appell zu einem vernünftigen Friedensschluss mit der Gegenpartei, zum Überspringen des eigenen Schattens, so ist doch festzuhalten, dass keine Pflicht besteht, einen Vergleich abzuschliessen; manchmal möchte eine Partei mit einem Prozess einfach nur Zeit gewinnen<sup>43</sup>. In aller Regel ziehen die Parteien jedoch einen höheren Nutzen aus einer gütlichen Einigung, weshalb auch in Zukunft mehr Prozesse durch Vergleich als durch ein Urteil erledigt<sup>44</sup> werden. Scheitert aber ein Vergleichsabschluss selbst unter Berücksichtigung der psychologischen Stufe, so steht keine vierte Strategie zur Verfügung.

<sup>37</sup> Rechtsfrieden durch gerichtlichen Vergleich, Bericht zur Tagung des Instituts für zivilgerichtliches Verfahren, unter Podiumseteiligung von ARMAND MEYER, PIERRE MARTIN, PETER NOBEL und MARCO NIEDERMANN, NZZ vom 4./5. Februar 1989. Votum für getrennte Verhandlungen: ARMAND MEYER.

<sup>38</sup> «Ungewöhnliche Richtermethoden»; Bericht im Tages-Anzeiger vom 7. Dezember 1990, 17.

<sup>39</sup> Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von URS EGLI, Vergleichsdruck im Zivilprozess. Eine rechtstatsächliche Untersuchung, Diss. Zürich, Berlin 1996.

<sup>40</sup> a.a.O., 122 ff.

<sup>41</sup> EDWARD E. OTT, Dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe im Rechtsstreit, SJZ 85 (1989) 293 ff.

<sup>42</sup> HARRO VON SENGER, Strategeme. – Band I der Sammlung der 36 Strategeme der Chinesen, Bern/ München/Wien 1994.

<sup>43</sup> BGE 112 III 108.

<sup>44</sup> CHRISTOPH LEUENBERGER, Streiterledigung zwischen Vergleich und Urteil. Modell eines einfachen und raschen Verfahrens, FS Vogel, Freiburg 1991, 51 ff.

## IV. Grenzen der Gerechtigkeit durch Verfahren

### 1. Intellectus infinitus? – keine vierte Strategie

In seltenen Fällen erlebt der Richter Parteien, die meinen, er könne ihnen zur «absoluten Gerechtigkeit» verhelfen. Sie reagieren enttäuscht auf den Hinweis, dass er dazu nicht in der Lage sei und nur, aber immerhin, das demokratisch gesetzte Recht anwende. Der Richter ist kein intellectus infinitus, der sämtliche Umstände in ihrer Totalität auf beiden Seiten der Parteien erfassen könnte, auch solche, welche selbst diesen und den Zeugen verborgen bleiben. Solchen Parteien ist kurz im allgemeinen und mit Bezug auf die Juristen im besonderen die grundsätzliche Beschränktheit des menschlichen Erkenntnisvermögens in Erinnerung zu rufen.

Die Unvollkommenheit von Vergleichsvorschlägen und von Urteilen ist zudem systembedingt. Einerseits ist die Realität zu vielgestaltig, um je durch Gesetze vollständig erfasst zu werden. Das beste Gesetz eines sorgfältigen Gesetzgebers bleibt stets lückenhaft. Andererseits können Fehler bei der Rechtsanwendung bzw. Subsumption entstehen, indem Sachverhalte unzutreffend festgestellt und Rechtsnormen unrichtig qualifiziert werden. Führen Verhandlungen vor dem Richter somit zum Abschluss eines Vergleichs, so kann der Erledigungsbeschluss des Gerichts in bestimmten Fällen angefochten werden.

### 2. Rechtsmittel gegen die Streiterledigung

Einschränkend ist vorerst festzuhalten, dass die psychologische Dimension eines Vergleichs, seine reine Motivlage<sup>45</sup>, nicht überprüfbar ist. Handelt es sich jedoch um einen *Willensmangel* im Sinne des Obligationenrechts (Art. 21 OR, Art. 23 ff.<sup>46</sup>, Art. 28 und Art. 29 OR), so ist je nach Prozesslage der Rekurs<sup>47</sup>, die Nichtigkeitsbeschwerde<sup>48</sup>, die Revision<sup>49</sup> und die Berufung ans Bundesgericht<sup>50</sup> möglich.

Andererseits ist aus dem blossen Umstand einer Mitwirkung des Richters bei den Vergleichsverhandlungen und aufgrund seiner Erläuterungen zur Rechtsan-

---

<sup>45</sup> ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 93.

<sup>46</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berufung auf Irrtum beim Vergleich, SJZ 49 (1953) 117 ff.

<sup>47</sup> ZR 66 (1967) Nr. 105.

<sup>48</sup> ZR 96 (1997) Nr. 114.

<sup>49</sup> BGE 110 II 44; OSCAR VOGEL, Prozessvergleich und Willensmängel, Urteilsanmerkung, recht 1987, 99 ff.

<sup>50</sup> BGE 117 II 218; 110 II 44.

wendung im Rahmen einer Referentenaudienz *kein Ausstandsgrund*<sup>51</sup> für das weitere Verfahren gegeben. Ausstandsbegehren der unterlegenen Partei können insbesondere deshalb nicht durchdringen, weil sonst das System gerichtlicher Vergleichsverhandlungen als solches aus den Angeln gehoben würde. Korrekte Vergleichsverhandlungen sind nach der hier vertretenen Meinung ein Teil der Rechtsanwendung, und die Vorschläge des Gerichts zugunsten der Parteien begründen keine Ausstandspflicht des Richters. *Das Schlichten hindert nicht das Richten*, falls sich die Parteien am Gericht oder in einem Schiedsverfahren nicht einigen können.

---

<sup>51</sup> ZR 81 (1982) Nr. 62; vgl. auch ANDRÉ E. LEBRECHT, Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht, SJZ 1990, 297 ff., insb. 301.