

Separatum aus

**Tatsachen
Verfahren
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

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

ISBN 978-3-7255-7090-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

KERN ALEXANDER

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

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism1

RUTH ARNET

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

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

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

Abs. 1 ZGB23

MARTIN BERNET

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

JÖRN ESCHMENT

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

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht41

PETER BREITSCHMID

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

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

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

ALEXANDER BRUNNER

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

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

FELIX DASSER

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

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

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben 103

TANJA DOMEJ

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

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung 113

ANDREAS DONATSCH

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

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

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

CHRISTIAN EXNER

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

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

EUGEN FRITSCHI

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

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

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

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

REINHOLD GEIMER

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

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 185

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

STEFAN HEIMGARTNER

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

DIEGO R. GFELLER

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

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

KARL HOFSTETTER

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

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

YASMIN IQBAL

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

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

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

Der Staat als Gläubiger363

MARTIN KILLIAS

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

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO373

ANGELOS KORNILAKIS

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

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

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

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

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht403

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

WALTER H. RECHBERGER
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO545

HANS REISER
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

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

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

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

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

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

JÜRIG SCHMID
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG639

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

UELI VOGEL-ETIENNE

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

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

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

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator757

ROLF H. WEBER

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

RAINER BAISCH

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

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

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

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

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

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadtammann-
amt und Betreibungsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvoll-
streckung?825

Schrifttumsverzeichnis.....843

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung.....	69
1. Grundlagen der Vergleichsverhandlung.....	71
A. Verantwortung und Vertrauen	71
B. Autonomie der Parteien	71
C. Unparteilichkeit und Neutralität	72
D. Einfühlungsvermögen und Respekt	72
2. Kompetenzen effektiver Verhandlungsführung	73
A. Was ist Kommunikation?	73
B. Emotionen und Interessen der Beteiligten	74
3. Kommunikationsfelder in den Verhandlungen	76
A. Standort und Sichtweise der Verhandlungsführung	76
B. Das Zehnpunkteprogramm	77
4. Problemlagen in den Verhandlungen	79
A. Hindernisse und Blockaden	79
B. Lösungs-Strategien der Verhandlungsführung	81
5. Ablaufschema effektiver Verhandlungsführung	83
A. Vorbereitungsphase	83
B. Eröffnungsphase	84
C. Abklärungsphase	85
D. Verhandlungsphase.....	86
E. Abschlussphase.....	87

Vorbemerkung

Es ist eine schöne akademische Sitte, einem langjährigen, freundschaftlichen Kollegen eine Festschrift auszurichten. Mit dem Jubilar verbindet mich die gemeinsame Überzeugung, dass nur eine Verschränkung von Theorie und Praxis Fortschritte in Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung ermöglicht. ISAAK MEIER und ich hatten am Anfang unserer Laufbahn das Vorrecht, als Gerichtsschreiber am *Zürcher Handelsgericht* zu arbeiten. Dieses besondere Fachgericht zeichnet sich seit Jahrzehnten durch eine praxisnahe Lösung von handelsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Unternehmen aus, nicht in der historisch überholten Form als

Standesgericht, sondern als *Schweizer Innovation eines Expertengerichts*. Die in jahrzehntelanger Praxis der Berufsrichter, Fachrichter und Gerichtsschreiber gemeinsam entwickelte „*méthode zurichoise*“ am Handelsgericht motivierte uns, die Grundlagen von erfolgreichen Vergleichsverhandlungen auch in der Theorie weiter zu verfolgen. ISAAK MEIER hat denn auch allgemein anerkannte Verdienste bei der *Entwicklung der Mediation im Schweizer Recht* erworben.

Nicht zuletzt diese kleine Vorgeschichte führt zwanglos zu meinem Beitrag mit dem Titel: Die Kunst des Vergleiches. Die Wortwahl ist dabei nicht etwa zu hoch gegriffen. Denn was ist Kunst? Kunst kommt von Kennen und von Können. Kunst verschränkt *Theorie und Praxis*. Wer nur kennt, ist bloss ein Theoretiker; und wer nur kann, ist bloss ein Handwerker. Die Verbindung beider gewährleistet erst den angestrebten Erfolg. Eines der Ziele im vorliegenden Kontext ist es daher, Theorie und Praxis von Vergleichsverhandlungen aufzuzeigen, wie sie bei der Arbeit am Zürcher Handelsgericht zur Anwendung kommen. Der Autor des vorliegenden Beitrags macht dabei als langjähriger Oberrichter am Zürcher Handelsgericht die Erfahrung, dass bei der *Schlichtung durch Vergleiche*¹ auch die *Mittel der Mediation*² sehr hilfreich sein können. Nachfolgend daher einige Ecksteine für zielgerichtete Vergleichsverhandlungen.³

¹ BRUNNER ALEXANDER, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in: DONATSCH ANDREAS/FINGERHUTH THOMAS/LIEBER VIKTOR/REHBERG JÖRG/WALDER-RICHLI HANS ULRICH (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht Zürich, Zürich 2000, 159 ff.; EGLI URS, Vergleichsdruck im Zivilprozess: eine rechtstatsächliche Untersuchung, Zürich 1995; HABERBECK PHILIPP, Praktische Hinweise zur früheren Referentenaudienz bzw. heutigen Vergleichsverhandlung vor dem Handelsgericht Zürich, in: Jusletter 6. Januar 2014; HAFTER PETER, Vergleichsverhandlungen und Vergleiche, in: Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2. Aufl., Zürich 2011, 471 ff.; HUGUENIN CLAIRE, Vergleichsvertrag, in: Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, 1215 ff.; MAURER MATTHIAS, Der Vergleichsvertrag, Zürich 2012; NEESE MARTIN, Der Vergleich, Zürich 1999; PLATZ ERNST, Der Vergleich im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2014; SPÜHLER KARL, Der gerichtliche Vergleich, Zürich 2015; ZÜRCHER JOHANN, Der gerichtliche Vergleich – Chancen und Fallstricke: Ein Erfahrungsbericht, in: WEBER (Hrsg.), Schlichten statt Richten, Zürich 2012, 61 ff.

² EIHOLZER HEINER, Die Streitbeilegungsabrede, Freiburg (Schweiz) 1998; MEIER ISAAK, Mediation, in: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, 583 ff.; MEYER VALERIE, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Zürich 2005; MÜRNER DIANA, Gerichtsnaher Zivilmediation, Zürich 2005; PETER JAMES THOMAS, Gerichtsnaher Mediation, Bern 2011.

³ Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche Fassung eines Vortrags vom 30. Oktober 2014 für die Zürcher Richterschaft im Rahmen des internen richterübergreifenden Richterportfolios. Zur „*méthode zurichoise*“ vgl. auch NOBEL PETER, Handelsgerichte und Schiedsgerichte, in: BRUNNER (Hrsg.), Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, 201 ff., insb. 226, FN 72.

1. Grundlagen der Vergleichsverhandlung

Die nachfolgenden vier Ecksteine bilden die Grundlage für jede zielgerichtete Verhandlung zum Abschluss von Vergleich zwischen streitenden Parteien. Sie werden anerkanntermassen sowohl in der Mediationspraxis als auch in der gerichtlichen Schlichtung angewandt.

A. Verantwortung und Vertrauen

Die *erste Grundlage* für den schlichtenden Richter ist Verantwortung den rechtssuchenden Parteien gegenüber und das Schaffen von Vertrauen. Der Richter trägt Verantwortung dafür, dass dem *Recht* zum Durchbruch verholfen⁴ und dass zwischen Gericht und unter den Parteien ein *rationaler Dialog* möglich wird.⁵ Dazu gehört auch die in der Mediation bekannte Verantwortung für die Offenlegung oder die Vertraulichkeit⁶ von Informationen. Allseitiges Vertrauen als Grundlage von Vergleichsverhandlungen wird nur durch das Einhalten der gegenseitigen Informationsrechte und -pflichten gewährleistet. Der Richter informiert beide Seiten auf gleiche Weise über Sach- und Rechtsfragen; er sichert zu, dass vertraulich bezeichnete Informationen nicht die Seite wechseln und er führt die Verhandlung nur im Hinblick auf die unveräusserliche Freiheit der Parteien. Nur ein solches Vorgehen schafft Vertrauen.

B. Autonomie der Parteien

Die *zweite Grundlage* ist die Freiheit. In diesem Umfeld des Vertrauens und in Freiheit kommt es zu guten Lösungen und schliessen die Parteien ihren Vergleich. Es ist nicht der Richter, der den Vergleich „macht“; es sind die *Parteien*, die ihn gegenseitig und in Freiheit abschliessen. Gleichwohl gehen zwei Gespenster um: Der gefürchtete „Vergleichsdruck“ und der geächtete „Basar“; das Erste ist Geschichte; das Zweite ein Missverständnis.

Die erhellende wissenschaftliche Analyse zum *Vergleichsdruck* im Zivilprozess⁷ blieb in der Praxis nicht ohne Wirkung. Persuasive Rhetorik von Richtern

⁴ Art. 57 ZPO: „Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an.“ Dies ist einer der fundamentalen Unterschiede zur Mediation, was trotz ihrer hilfreichen Einflüsse kritisch anzumerken ist; vgl. dazu BRUNNER (FN 1) 164 (Kampf ums Recht, nicht nur Vermittlerhilfe).

⁵ Den rationalen Dialog garantieren Art. 52 ZPO (Handeln nach Treu und Glauben), Art. 53 ZPO (Wahrung des rechtlichen Gehörs) und Art. 56 ZPO (gerichtliche Fragepflicht).

⁶ Vgl. zum unzulässigen Bruch der Vertraulichkeit eines Schreibens: BGE 140 III 6.

⁷ Vgl. EGLI (FN 1).

und Drohkulissen mit unbegründeten Unwägbarkeiten haben keinen Platz. An ihre Stelle sind nützliche Informationen zuhanden der Parteien getreten über begründete Risiken bezüglich Sach- und Rechtsfragen sowie über rationale Kalkulationen betreffend Zeit und Geld. Das sind faktische und ökonomische Zwänge, die den Streitenden nur allzu bewusst sind.

Die Parteien sind *autonom*, eine Einigung zu erzielen, *gestützt* auf ausreichende Informationen durch die Rechtsvertreter und das Gericht. Dazu aber sind Verhandlungen notwendig. Wer solche Verhandlungen abschätzig als „*Basar*“ abtut, verkennt das Wesen des Vertrags. Es ist das unreflektierte Vorverständnis von Juristen, die sich in ihrer Satttheit den Kampf um Bedingungen und Preise abgewöhnt haben. Das Wesen des Vertrags ist der lebhafteste Kampf um Bedingungen und Preise, um Antrag und Gegenantrag, um Ablehnung und Annahme – und schlicht nichts anderes, als schliesslich die „gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung“ der Parteien beim Abschluss des Vergleichs.⁸

C. Unparteilichkeit und Neutralität

Die *dritte Grundlage* ist Unparteilichkeit und Neutralität. *Unvoreingenommenheit*⁹ ist dabei oberstes Gebot. Es ist die Pflicht des Richters, die Offenheit des Denkens zu bewahren sowie voreilige Schlüsse und „Vor-Urteile“ zu vermeiden. Darauf haben die Parteien und ihre Rechtsvertreter einen unverbrüchlichen verfassungsmässigen Anspruch.¹⁰

D. Einfühlungsvermögen und Respekt

Die *vierte Grundlage* ist Einfühlungsvermögen und Respekt. Es ist kaum denkbar, erfolgreiche Verhandlungen im Hinblick auf den Abschluss von Vergleichen zu führen, ohne die Fähigkeit des Richters, sich in die Standpunkte der einen oder anderen Partei versetzen zu können. Das hat nichts mit Anbiederung zu tun, die auf jeden Fall zu vermeiden ist. Gefordert ist Respekt. Mit Einfühlungsvermögen wird vielmehr erst klar, in welcher Vorstellungs- und Lebenswelt die eine oder andere Partei sowie auch ihre Rechtsvertreter denken und handeln. Erst dies ermöglicht das notwendige Verständnis des Richters für allfällige Lösungen.

⁸ Vgl. Art. 1 ff. OR. An diesen Grundnormen des Obligationen- und Wirtschaftsrechts orientieren sich die gerichtlichen Schlichtungs- und Vergleichsverhandlungen.

⁹ Zu späte Rüge der Voreingenommenheit des Gerichts: BGer vom 16.10.2013, 4F_11/2013, E. 4.3.

¹⁰ Vgl. Art. 29 BV (Verfahrensgarantien) und Art. 30 BV (unparteiliches Gericht).

2. Kompetenzen effektiver Verhandlungsführung

Erfolgreiche Vergleichsverhandlungen werden erleichtert, wenn die Gesprächsführung weiss, wie Menschen denken, handeln und fühlen und wie gegenseitiges Verständnis überhaupt möglich ist. *Echtes Verstehen ist ein Wunder*. Es gelingt nur selten. Es wird auch durch die Erkenntnistheorie und die Sprachtheorie nur teilweise entzaubert. Diesen Zusammenhängen soll kurz nachgegangen werden.

A. Was ist Kommunikation?

Kommunikation ist die Bedingung der Möglichkeit von Verständigung durch Rhetorik und Hermeneutik				
Person A →		Sprech-Akte	← Person B	
Erkennen Wissen	Verstehen Meinen	Erkenntnistheorie Sprachtheorie	Verstehen Meinen	Erkennen Wissen
Realität Objekt	Logik Subjekt	Sprache Intersubjektivität	Logik Subjekt	Realität Objekt
Gegenstand Sachverhalte Ontologie	Vorstellung Aussage Konstruktivismus	Wort/Zeichen Text/Kontext Hermeneutik	Vorstellung Aussage Konstruktivismus	Gegenstand Sachverhalte Ontologie
Lebenswelt der Person 'Wirklichkeit' Soziologie	Vorstellungswelt der Person 'Identität' Psychologie	Interpretation von Sprache und Verhalten Person=per-sonare	Vorstellungswelt der Person 'Identität' Psychologie	Lebenswelt der Person 'Wirklichkeit' Soziologie

Kommunikation ist die Grundlage von Verhandlungen. Sie ist die Bedingung der Möglichkeit von Verständigung durch Rhetorik und Hermeneutik. Es geht um die folgende Kunst: Wie *reden* wir, dass andere uns *verstehen*? Wie können wir hernach *wissen*, dass andere nun das Gleiche *meinen*? Solche Fragen scheinen allzu schlicht zu sein. Sie sind jedoch der Antrieb, die menschliche Kommunika-

tion mit Hilfe der Erkenntnis- und Sprachtheorie¹¹ wirklich begreifen und damit die Verhandlungen als Mittler bewusster führen zu können.

Wird dazu noch bedacht, dass der *Rechtsbegriff* „**Person**“ vom klassischen Theater stammt, bei dem die Schauspieler ihre Rollen durch Masken hindurch in Worte fassten („*per-sonare*“ bedeutet „*durch die Maske tönen bzw. sprechen*“), werden *Verhandlungen als Rollenspiel* erst recht begreiflich. In den Vergleichsverhandlungen spielen die Redner und Zuhörer die Rollen als Kläger und Beklagter, als Parteivertreter und als Richter und Schlichter.

B. Emotionen und Interessen der Beteiligten

Die **Parteien** spielen in dieser Kommunikation die *Hauptrolle*. Das wird vielfach vergessen. Der Focus liegt auf den Emotionen und Interessen der Kläger und Beklagten und ihrer Vorstellungs- und Lebenswelt. Aus dieser *realen Welt* stammen die Probleme der Parteien, die zum wiederholten Mal wegen ihrer Streitlage erneut, nun am Gericht, aufeinander treffen. Anwälte und Richter meinen dann vielfach, die *Juristenwelt* sei das wahre Leben und übersehen dabei, dass sich dieses nicht zwischen die Aktendeckel eines Zivilprozesses einsperren lässt. Denn Gericht hin oder her: Die Parteien wollen auch hier *sich selbst verwirklichen*, sie wollen ihre kognitiven Bedürfnisse befriedigen, d.h., *wissen und verstehen*, sie wollen Wertschätzung und verlangen *anerkannt zu sein* und sie wollen Akzeptanz und *das Gefühl, dazu zu gehören*. In den Vergleichsverhandlungen haben daher immer die Parteien die letzte Frage und das letzte Wort. Ihre Rolle als Kläger und Beklagte müssen sie eigenständig¹² wahr nehmen können. Anwälte und Richter sind nur, aber immerhin, in ihrer Rolle als Rat gebende Personen anwesend.

Die **Anwälte** erhalten damit eine klare Zuteilung. Ihr Rollenspiel im Kontext der Kommunikation ist die Funktion¹³ des stellvertretenden Redners, allerdings *nur als Vorbereitung der echten Vergleichsgespräche* zwischen den (autonomen!) Parteien selbst. Rechtsanwälte „übersetzen“ die aus der Vorstellungs- und Lebenswelt der Parteien stammende *Umgangssprache* in das „Juristendeutsch“ des Gerichts (*Fachsprache*). Sie werden daher auch sinnigerweise als Advocaten

¹¹ Vgl. dazu eine Übersicht bei: BRUNNER ALEXANDER, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in: SCHUHMACHER (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht der Justizkritik*, Zürich 1993, 187 ff., insb. 190-215, m.H. auf KANT I., HARTMANN N., POPPER K., GADAMER H.-G., FOERSTER H., WATZLAWICK P., APEL K.O., HABERMAS J. und weitere Quellen.

¹² Art. 69 ZPO als Ausnahme. BGE 132 I 1 ff., E. 3.3: Wenn eine Partei „offensichtlich unfähig“ ist, im Rahmen der Hauptverhandlung die Replik gehörig zu erstatten, dann ist anzunehmen, dass die gleiche Partei ebenso unfähig ist, die Vergleichsverhandlungen sinnvoll zu führen.

¹³ Art. 68 ZPO. Entscheidend ist aber dessen Absatz 4, denn Parteien haben von Gesetzes wegen (vgl. Art. 241 Abs. 1 ZPO) an den Vergleichsverhandlungen persönlich anwesend zu sein.

(„Herbeigerufene“; ad-vocare bedeutet „herbei rufen, zu Hilfe rufen“) oder als Fürsprecher bezeichnet, was ursprünglich das „Vor-Sprechen“ von Formeln der Rechtsbegehren bedeutete. Die vorbereitende Arbeit der Anwälte ist von unschätzbarem Wert. Sie haben die *heilige Pflicht*, die *Interessen* ihrer Partei zu fördern. Diese unantastbare Pflicht findet jedoch am Prozessgegenstand und an den harten Fakten der Sachverhalte ihre *Grenze*. Das Gleiche gilt für die *Emotionen*, denn für Anwälte besteht kein Anlass, die Identität ihrer Partei zu imitieren. Es geht denn auch nicht primär um ihr eigenes Geld und ihr eigenes Prozessrisiko. In echten Vergleichsgesprächen sind daher die Anwälte ausdrücklich aus der Pflicht zu nehmen. *Sie beraten, sie entscheiden nicht*. Ihre Arbeit haben sie durch die Rechtschriften zur Vorbereitung der Verhandlung bereits geleistet. Aus diesem Grund ist der beim Abschluss ausformierte Text nicht von den Anwälten,¹⁴ sondern *der Vergleich von den Parteien persönlich zu unterzeichnen*.

Der **Richter als Schlichter** spielt die Rolle als neutraler Dritter in der Kommunikation. Er kann diese *Rolle als Mittler* deshalb ausfüllen, weil er weder primäre Interessen wie die Parteien, noch sekundäre Interessen wie die Parteivertreter hat. Er ist daher auch völlig frei von Emotionen, die den klaren Blick auf eine rationale Entscheidung trüben. Aber Achtung: Diese Verteilung der drei Rollen in der gerichtlichen Kommunikation ist ein *hohes Ziel*,¹⁵ das nur allzu oft in den Niederungen der Praxis aus den Augen verloren gehen kann und stets erneut anzustreben ist. Der Richter als Schlichter ist dabei nicht nur Katalysator wie der Mediator, der sich eigener Urteile enthält, sondern auch Moderator, der die Sach- und Rechtsfragen ausdrücklich würdigt, einordnet und kreative Vorschläge für Lösungen unterbreitet. Diese Funktion¹⁶ erfüllt der Richter als Schlichter im *Interesse beider Parteien*.

¹⁴ Zum Problem, wenn dieser Grundsatz nicht befolgt wird: BGer vom 9.7.2008, 5A_369/2008, E. 2.2. Vgl. nun die klare neue Norm: Art. 241 ZPO: Der von den Parteien eigenständig unterzeichnete Vergleich ist ohne gerichtliche Genehmigung sofort rechtskräftig.

¹⁵ Dieses Ziel setzte bereits ARISTOTELES (Nik. Eth., V.7), zit. als Ideal bei BRUNNER (FN 1) 159. Vgl. dagegen die lesenswerten Hinweise zur gerichtlichen Kommunikation aus der Perspektive der Anwaltschaft bei: HAFTER (FN 1) 5-37: „Wie denken Richter?“ – Eine analoge Publikation aus der Perspektive der Richterschaft („Wie denken Anwälte?“) steht aus.

¹⁶ Vgl. dazu OGer ZH vom 3.4.2012, RT120050, E. 3e): „Die Gerichte dürfen zwar bei Vergleichsverhandlungen ihre (naturgemäss vorläufige) Rechtsauffassung kund tun, doch ist es ihnen auch in diesem Rahmen verwehrt, eine Partei einseitig zu beraten.“

3. Kommunikationsfelder in den Verhandlungen

A. Standort und Sichtweise der Verhandlungsführung

Der Richter als Schlichter muss also zwischen Interessen vermitteln, irrationale Emotionen im Kontext der Vorstellung- und Lebenswelt der Parteien verstehen und die Ausweglosigkeit ihres Streits durchbrechen können. Es geht dabei nicht nur um den Durchbruch zur vermittelnden Gerechtigkeit, sondern auch um das Wiederherstellen eines *friedlichen Zusammenlebens*. Das ist *menschliche Vernunft* und nicht bloss formaljuristischer Sachverstand und ökonomisches Kalkül. Darin offenbart sich die Berufung des Richters als Schlichter und gründet sein fester *Standort* in Gericht, Staat, Wirtschaft und Gesellschaft. Aus dieser Warte folgt zwanglos auch die entscheidende *Sichtweise*, die Richter als Schlichter haben sollten: *Unvoreingenommene Offenheit des Denkens*.

Was bedeutet das? *Offenheit ist die Bereitschaft und Fähigkeit einer Person, mehrere Perspektiven auf Sachverhalte zu entwickeln und zugleich die Perspektiven anderer Personen anzuerkennen.*¹⁷ Die Realität ist ein Weltall zahlloser Möglichkeiten, die sich zu Wirklichkeiten von Personen verdichten. Auch bei den zwischen den Deckeln der Gerichtsakten fixierten Sachverhalten ist vieles möglich. Was ist Wahrheit? Was ist Fakt? Was ist Fiktion? Hier trifft sich die Sichtweise kritisch denkender Richter und Anwälte.¹⁸ Standort und Sichtweise des Richters als Schlichter in der Kommunikation von Vergleichsverhandlungen mit Parteien und Anwälten ist keine Mentalreservation wie diese: „Meine Meinung steht fest, bitte verwirren Sie mich nicht mit Tatsachen!“ Vielmehr ist *offene Neugierde* gefragt mit Bezug auf die relevanten Sachverhalte, die prozessual zur Diskussion stehen. Dieses Vorgehen der Verhandlungsführung steht nicht im Gegensatz zu der – von Gesetzes wegen – geltenden *Verhandlungsmaxime*.¹⁹ Denn in Vergleichsverhandlungen unterliegen die relevanten Sachverhalte – von Gesetzes wegen – der *freien Erörterung*.²⁰ Wie aber zeigt sich offenes Denken und Handeln des Richters konkret? Eine Anleitung dazu findet sich nachstehend.

¹⁷ Vgl. zur perspektivischen Erkenntnistheorie: BRUNNER (FN 11) 198 ff.

¹⁸ HAFTER (FN 1) 4 f., N 11 ff.: „Dass der Sachverhalt, den das Gericht seinem Urteil zugrunde legte, mit dem übereinstimmt, was sich tatsächlich zugetragen hat, ist oft nicht mehr als eine Fiktion (N 13).“

¹⁹ Art. 55 Abs. 1 ZPO.

²⁰ Art. 124 Abs. 3 ZPO und Art. 226 Abs. 2 ZPO. Protokolliert wird der so genannte offizielle Teil (Art. 235 ZPO), nicht aber – wegen der Vertraulichkeit – der inoffizielle Teil, vgl. dazu die zutreffenden Ausführungen aus Sicht des Anwalts: HABERBECK (FN 1) N 15 ff.

B. Das Zehnpunkteprogramm

Das Zehnpunkteprogramm ist eine aufgrund langjähriger Gerichtspraxis entwickelte *Anleitung* für die Verhandlungsführung. Ihre Anwendung ermöglicht über die Rechtschriften hinaus in *freier Erörterung* der dort festgehaltenen Wirklichkeiten der Parteien zum Kern der Geschichte vorzudringen und möglichst nahe an die Realität heran zu kommen. Gemeinsames Ziel ist es, Fiktionen zu entlarven und Fakten für Vergleichslösungen festzuhalten. Bewährt hat sich dabei stichwortartig folgendes:

Erstens: **Verhältnis aufbauen** zu den Parteien und Anwälten. Eine gleichgültige, mürrische oder überhebliche Haltung vermeiden. Interesse zeigen. Augenkontakt herstellen. Gefragt ist Takt, Stil, Freundlichkeit und Zuvorkommen. Ein guter Gastgeber sein. Wasser und Gläser bereit stellen. Ruhe ausstrahlen und ein angenehmes Klima vermitteln.

Zweitens: **Nonverbale Kommunikation beachten**. Nur ein kleiner Prozentsatz der menschlichen Kommunikation verläuft verbal, d.h., mit Worten, Sätzen und Sprech-Akten. Daher aufmerksamer Beobachter sein. Körperhaltung und Gesichtszüge wahrnehmen. Ihre Veränderung beim Reden und Zuhören beachten. Freundlich auf solche Verhaltensweisen flexibel eingehen und sich nie provozieren lassen.

Drittens: **Aktiv zuhören** und sich währenddessen fragen: Wo liegen die wahren Probleme? Parteien und Anwälte daher nicht mit endlosen und für eine mögliche gütliche Lösung völlig irrelevanten Formalismen langweilen. Den eigenen Redeschwall unter strenger Selbstkontrolle halten. Kein monotones Ablesen von vorgefertigten Texten eines „möglichen Urteils“, das ohnehin nach Fortsetzung des Behauptungs- und Beweisverfahrens grundlegend ändern kann. Und nochmals: Den Parteien zuhören, denn sie haben den Sachverhalt erlebt und wissen mehr als die Anwälte und die Anwälte wissen aufgrund der Klienten-Instruktion mehr als der Richter.

Viertens: **Reden lassen** und dabei geduldig warten können. Der formale Zivilprozess ist eine notwendige Abstraktion und Reduktion auf den Dreischritt von erstens Fakten, zweitens Normen und drittens Subsumption (Frage der juristischen Relevanz). Aber: Der formale Zivilprozess ist nicht das wahre Leben. Für viele Parteien sind die Gefühlslagen und die in der Lebenswelt entstandenen Emotionen subjektiv viel wichtiger als der trockene juristische Dreischritt. Daher: Menschen ernst nehmen und Geduld zeigen. Denn während des Redens und Zuhörens wächst das Verständnis auf allen Seiten. Es schafft Vertrauen.

Fünftens: **Forschen** und Fragen, was wirklich geschehen ist: Das Vorgefallene. Die Geschichte des Klägers! Die Geschichte des Beklagten! Fragend Informationen vervollständigen. Lücken in den Sachverhalten füllen. Das wirkliche Ver-

stehen fördern. Die Texte der Rechtschriften in den Kontext der von beiden Parteien erlebten Wirklichkeit stellen.

Sechstens: **Hinterfragen** und Parteien und Anwälte mit Respekt herausfordern. Widersprüche aufzeigen. Widersprüche bereinigen. Zusammenhänge herstellen. Von Anfang an die Anwälte höflich ersuchen, ihre Parteien direkt zu Wort kommen zu lassen mit dem Hinweis, dass primär die Parteien das Prozessrisiko tragen. Sehr freundlich und mit Respekt Kläger und Beklagter zu ihren Widersprüchen befragen. Hinterfragen von Behauptungen und Bestreitungen, die im Widerspruch zu eingereichten Urkunden stehen.

Siebtens: **Zusammenfassen** und Sicherstellen der Verständigung. Keine voreiligen Schlüsse ziehen. Vielmehr das eigene Verständnis durch das Zusammenfassen des Gehörten verifizieren und ausdrücklich bestätigen lassen. Das eigene Verständnis allenfalls auch falsifizieren lassen und eigene Irrtümer berichtigen durch nochmaliges aktives Zuhören, Reden lassen, Forschen und Hinterfragen: Ausschliessen von Fiktionen, Festhalten von Fakten.

Achtens: **Realisierbarkeit prüfen**. Abklären von Möglichkeiten der Streitlösung, nicht aufgrund von unrealen Fiktionen, sondern von realen Fakten. Respektvoller Appell an Verstand und Vernunft der Parteien, als Grundlage von Lösungen von den gemeinsam festgestellten realen Fakten auszugehen. Beide Seiten gleichermassen zu eigenen Vorschlägen auffordern. Anschliessend gemeinsam deren Realisierbarkeit besprechen.

Neuntens: **Kreativität fördern**. Kreative Lösung von Problemlagen vorschlagen und diskutieren. Den Kampf für gute Lösungen nicht aufgeben. Beharrlich und geduldig Handlungsalternativen aufzeigen. Nach Ablehnung einer Lösung erneut nach möglichen Auswegen fragen. Alle Beteiligten in den suchenden Prozess einbinden. Konsequenzen und Folgeprobleme einer allfälligen Nichtlösung gemeinsam besprechen. Strategien aller Seiten durchschauen und respektvoll aufdecken. Verhandlungspausen einlegen; Stille aushalten und Schweigen können. Dem Nachdenken Raum geben.

Zehntens: **Neue Perspektiven entwickeln**. Hinweis auf die Autonomie der Parteien. Eine Streitbeilegung ist stets im Interesse beider Parteien. Prozessgegenstand in einen grösseren Kontext stellen und aufgrund dieser neuen Perspektive Lösungen vorschlagen und einholen. Ist künftige Kooperation möglich, gibt es Gegengeschäfte? Sind Teillösungen möglich? Stimmt Aufwand und Ertrag des Streits? Sind bei Weiterführung des Streites nicht kalkulierbare Transaktionskosten berücksichtigt worden?

4. Problemlagen in den Verhandlungen

A. Hindernisse und Blockaden

Die *freie Erörterung* der Sachverhalte in den Vergleichsverhandlungen unterbricht für einen kurzen Moment die *strengen und verbindlichen Formalismen* des Zivilprozesses. Der Gesetzgeber hat einen weisen Entscheid getroffen und ein kluges Vorgehen ermöglicht. Er wertet den autonomen Entscheid der Parteien höher als das heteronome Urteil der Staatsgewalt. Durch das gemeinsame Erarbeiten eines Vergleiches entziehen die Parteien dem Staat die Macht, über ihr Rechtsverhältnis zu bestimmen, denn das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Genau dies bestimmen die Parteien selbst durch ihren Vergleich und das Gericht schreibt das Verfahren ab.²¹ Für die Parteien wird mit der freien Erörterung ein letztes Mal das *Tor zur Freiheit* weit geöffnet. Nachher wird es wegen der Uneinigkeit der Parteien geschlossen und es beginnt die *Einschränkung der Realität auf zugegebene und beweisbare Tatsachen* und die Einengung auf den juristisch relevanten Dreischritt von Sachverhalt, Gesetzestatbestand und Subsumption. Es gilt dann der alte römische Grundsatz: QUOD NON EST IN ACTIS, NON EST IN MUNDO. Es ist das Machtwort des Staates, der den Streit der Parteien aktenkonform beendet. Was aber nicht in den Akten steht, kann und darf das Gericht nicht mehr berücksichtigen.²² Das Tor zur Freiheit sollte daher durch die Beteiligten nicht achtlos zugeschlagen werden. Folgende Hindernisse und Blockaden sind zu bedenken.

Falsche Personen am Tisch: Ein kaum überwindbares Hindernis für erfolgreiche Vergleichsverhandlungen ist die Teilnahme von Personen, die über gar keine bzw. nur über eine beschränkte Verhandlungsmacht verfügen oder über den Streitgegenstand nicht wirklich informiert sind. Zeichnet sich dies in der Eröffnungsphase der Verhandlung ab, ist der *sofortige Abbruch* angezeigt. Ein Festhalten wäre *sinnlos*. Echte Kommunikation ist weder Spiegelgefecht noch Geschwätz. Echte Kommunikation ist die Grundlage von Entscheiden autonomer Parteien.²³ Der Richter als Schlichter weist Kläger, Beklagte und Anwälte rechtzeitig darauf hin. Die unbegründete Missachtung dieser Spielregel ist eine leicht durchschaubare und wenig zielführende Strategie. Es ist der Verzicht auf die eigene gestaltende Freiheit und die Unterwerfung unter die Fiktion eines heteronomen Gerichtsurteils.

²¹ Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 241 Abs. 3 ZPO.

²² Problem des Aktenschlusses, vgl. Art. 229 ZPO; BGE 140 III 312.

²³ Vgl. vorstehend Ziff. 1.B.

Gesprächsverweigerung: Ein enger Bezug dazu hat die Strategie der Verweigerung echter Kommunikation.²⁴ Sie ist in aller Regel in nachvollziehbaren Emotionen des Betroffenen zu suchen. Der Verweigerer hat zwar Verhandlungsmacht und Kenntnis. Dennoch will er mit der Gegenseite nichts mehr zu tun haben und zeigt eine *negative Haltung*. Er sitzt zwar am Tisch, fühlt sich aber von der anderen Seite über den Tisch gezogen. Solchen Personen ist die Rückkehr zum rationalen Dialog mit seinen Vorteilen zu erklären. Allenfalls zeigt sich auch eine *positive Haltung*: Die Weigerung zum Vergleich mit dem Willen zum Präjudiz. Das ist zwar eher selten, denn macht es bspw. Sinn, den tausendsten Fall des Schuldnerverzugs zu beurteilen, wofür die bekannten „Blocksätze“ der Gerichtsschreiber erfunden wurden? Ein echter präjudizieller Streitgegenstand jedoch fordert die Kreativität heraus. Der Schlichter bleibt dann lieber Richter und leistet seinen Anteil an der Rechtsfortbildung und -entwicklung.

Vertrauensverlust: Abbruch ist angezeigt,²⁵ wenn gegenseitiges Vertrauen, autonome Haltung, Neutralität und Respekt nicht mehr möglich sind. Dann handelt es sich nicht mehr um einen rationalen Dialog, sondern um die Fortsetzung des irrationalen Streits in den Räumen des Gerichts. Ursache ist meist die Reduktion des Horizonts auf eine sehr subjektive Perspektive oder das Gefühl der Machtlosigkeit gegenüber den realen Fakten der eigenen Lebenssituation.

Rachedgedanken: In solchen Situationen keimen auch Rachedgedanken als Antrieb zur Gewalt. Aber Gewalt ist das Mittel der Machtlosen oder Irregeleiteten. Richter als Schlichter bewegen sich hier in einem äusserst schwierigen Umfeld.²⁶ Gleichwohl lassen sich Personen in vermeintlicher Ausweglosigkeit mit den Grundlagen und den Mitteln echter Kommunikation zur Vernunft bringen. Vernunft ist mehr als Verstand, denn Vernunft ist die Fähigkeit, *mehrere* Perspektiven *wahr* zu nehmen. Aber alles hat seine Grenzen. Rachsüchtige Menschen wollen schaden auch dann, wenn der Schaden auf sie selbst zurück fällt.

Stolz und Vorurteil: Eine persönliche Blockade begründen Parteien, die ihre Person über andere stellen. Sie stehen sich damit selber im Weg. Das Eingeständnis eigener Irrtümer schmerzt, entlarvt Vorurteile und ritzt das Selbstwertgefühl.

²⁴ HGer ZH vom 29.6.1992, ZR 1992, 7 ff.: Eine zur Vergleichsverhandlung vorgeladene Partei, die nicht gewillt ist, die einzige über den Sachverhalt wirklich orientierte Person an die Verhandlung zu entsenden, und/oder nicht gewillt ist, Vergleichsgespräche zu führen, hat dies dem Gericht vorgängig der Verhandlung mitzuteilen. Andernfalls wird sie kosten- und entschädigungspflichtig. Vgl. auch KassGer ZH vom 27.8.2001, ZR 2003 11 ff.

²⁵ OGer ZH vom 29.10.2012, LC120032, E. 1.1: Abbruch der Verhandlungen zufolge Vertrauensverlust. Die Verhandlung gestaltete sich schwierig, sie musste abgebrochen werden, weil schwere Vorwürfe an die Gegenseite und an das Gericht gerichtet wurden, die eine Fortführung der Gespräche unzumutbar werden liessen.

²⁶ Art. 128 ZPO (Verfahrensdisziplin und mutwillige Prozessführung). Um den durch den Staat geschützten rationalen Dialog im Zivilprozess zu gewährleisten, muss in Extremfällen auch Polizeischutz für alle Seiten organisiert werden.

Nicht „Recht haben“ wird als Niederlage und Verlust empfunden, anstatt als Option für Gewinn neuer Erkenntnis. Stolz Menschen sind daher kaum bereit und fähig, über den eigenen Schatten zu springen. Sie bleiben Gefangene ihrer eigenen Vorstellungswelt.

Prinzipienfrage: Eine weitere Blockade ist die bekannte Aussage: „Das ist gegen meine Prinzipien!“ Was steckt hinter einer solchen Haltung? Vorerst sicher eine grundsatztreue und verlässliche Person. Das ist positiv zu werten. Negativ und zum Hindernis wird diese Einstellung aber dann, wenn sich hinter der Grundsatztreue nur Schwäche verbirgt. Schwache Menschen bekunden Mühe, eigenständige Entscheide zu fällen und sie den steten Wechselfällen des Lebens situativ anzupassen. Sie klammern sich unnötigerweise an „Prinzipien“, die in der konkreten Situation keinen Sinn mehr machen.

Unrealistische Erwartungen: Die grösste Blockade ist der märchenhafte Reiz der Fiktion. Es sind Parteien, die in einer vergangenen *Schein-Welt leben, als das Wünschen noch half*. Grund solch unrealistischer Erwartungen sind *Träume und Hoffnungen*; der Traum vom grossen Geld, die Hoffnung auf den Zufall günstiger Entwicklungen. Es ist die Verblendung, dass längst feststehende Fakten weggedacht werden könnten und die irrige Meinung, dass vergangene Geschichten umkehrbar seien.

B. Lösungs-Strategien der Verhandlungsführung

Die Parteien sind am Anfang von Vergleichsverhandlungen ein unbeschriebenes Blatt für den Richter als Schlichter. Es liegen nur, aber immerhin, die Schriftsätze der Anwälte mit den Urkunden und die Beweismittelverzeichnisse bei den Akten. Der Sachverhalt ist daher in seinen Umrissen bekannt. Nicht bekannt ist jedoch in der Regel, *welche Personen* erscheinen und *welche Gesprächshaltung* sie zeigen werden. Erst nach und nach ergibt sich aufgrund der Kommunikationsfelder²⁷ in den Verhandlungen, welche einzelnen Hindernisse und kombinierten Blockaden²⁸ es zu überwinden gilt. Nachfolgend einige Hinweise.

Motiv-Forschung: Es stellt sich die Frage nach den *subjektiven Motiven* von Klägern und Beklagten. Was treibt sie an? Was sind die wirklichen Ursachen und Gründe ihrer persönlichen Streitlage? Ist der Zivilprozess nur die „Fortsetzung des Streits mit andern Mitteln“? Steht hinter dem formell geführten Prozess eine ganz andere materielle Frage, die zur Zeit für eine Partei ausweglos erscheint? Der Blick hinter den Schleier der Akteure und hinter die Kulissen des Streits

²⁷ Vorstehend Ziff. 3.A.-B.

²⁸ Vorstehend Ziff. 4.A.

macht häufig den Weg frei für konkrete Lösungen, die nicht zwingend mit den Rechtsbegehren der eingereichten Schriftsätze übereinstimmen müssen.

Interessen-Analyse: Hier handelt es sich um eine Analyse der *objektiven Zweck-Mittel-Relation*. Es stellt sich die Frage nach den Umständen der Streitlage. Welche Ziele verfolgen Kläger und Beklagte? Was bezwecken sie mit dem formell geführten Prozess? Sind die festgestellten Interessen und Forderungen objektiv nachvollziehbar, rechtlich und ökonomisch begründet und mit dem Zivilprozess auch faktisch erreichbar und durchsetzbar?

Gruppen-Dynamik: Das *Vermeiden von Gesichtsverlust* ist eine der wichtigsten Lösungs-Strategien. Parteien und Anwälte spielen in den Verhandlungen ihre klar zugeteilten Rollen. Es sind Personen mit individuellem Verhalten, subjektiver Sichtweise und entsprechendem Vorverständnis und sie tragen deshalb auch sinngemäss ihre charakteristischen Masken.²⁹ Der Richter als Schlichter muss zwar versuchen, die Menschen dahinter zu entdecken. Verantwortung und Respekt³⁰ verbieten aber, sie bloss zu stellen. Die Verhandlungsführung interveniert daher auch umgehend bei Zumutungen anderer Gesprächsteilnehmer.

Informations- und Machtgefälle: Der Prozessgegenstand und der daraus entstehende Streit der Parteien ist stets das Ergebnis ihres Kenntnisstandes und ihrer Verhandlungsmacht bei dessen Begründung. *Normativ* sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich, *tatsächlich* sind sie in vielfältiger Hinsicht ungleich, denn Wissen und Macht sind trotz der ausgleichenden Zwecksetzung des Staates³¹ in Gesellschaft und Wirtschaft ungleich verteilt. Der Richter als Schlichter hat hier eine anspruchsvolle Aufgabe in zwei entgegengesetzte Richtungen. Einerseits das *Schaffen eines Ausgleichs* gestützt auf die dargelegten Grundlagen und Kompetenzen der Verhandlungsführung, andererseits das *Wahren der Autonomie* der Parteien gestützt auf Respekt und Unparteilichkeit. Diese Aporie bedeutet im Hinblick auf allfällige Lösungsvorschläge aber auch den klaren Verzicht auf Druckversuche gegenüber einer schwächeren Prozesspartei oder auf das permissive Dulden von kaum gerechtfertigten Ansinnen einer stärkeren Prozesspartei. Hilfreich ist in diesem Kontext häufig, dass sich die Beteiligten dieser Ausgangslage selbst bewusst sind. Der Appell zur *Fairness* wirkt manchmal Wunder.

Getrennte Verhandlungen: Ein weiteres Mittel für die Lösung von am „toten Punkt“ angelangten Verhandlungen besteht in der Trennung der Kontrahenten. Es ist ein Vorgehen, das in der Mediation zur *guten Praxis* gehört und sich deshalb auch in der Schlichtung des Richters zum *anerkannten Standard*³² entwickelt hat.

²⁹ Vorstehend Ziff. 2.A.

³⁰ Vorstehend Ziff. 1.A.-D.

³¹ Art. 2 Abs. 3 BV (Die Schweizerische Eidgenossenschaft „sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern“).

³² SCHMID HANS, Einzelgespräche in der Vergleichsverhandlung, SJZ 2014, 359 f.

Damit lassen sich vor allem die folgenden Probleme lösen: Wer unterbreitet die erste Offerte? Wie werden „nicht verhandelbare“ Angebote weiter verhandelt? Wie werden irrationale und fixe Vorstellungen einer Partei behandelt, ohne sie vor der anderen Partei bloss zu stellen? Für getrennte Verhandlungen braucht es aber die beidseitige protokollierte Einwilligung. Aus diesem Grund sind Verhandlungen mit nur einer Partei prozessual unzulässig.³³

5. Ablaufschema effektiver Verhandlungsführung

A. Vorbereitungsphase

Zielführende und wirksame Vergleichsverhandlungen folgen einem praktisch erprobten Ablauf in *fünf Phasen*. Am Anfang steht immer eine seriöse Vorbereitung mit dem Studium der Akten. Es ist die gleichwertige Kenntnisnahme sowohl der *Rechtschriften* (Klage und Antwort) als auch der von beiden Seiten eingereichten *Urkunden* als Beweismittel. Das Studium der Urkunden³⁴ ist dabei von entscheidender Bedeutung. Sie stammen von den Streitparteien selbst und sie sind daher die primären Erkenntnisquellen. Darauf stützen sich auch die Rechtschriften und interpretieren sie aus der Perspektive von Klage und Antwort. Im Hinblick auf diese Interpretationen ist der Richter als Schlichter frei, denn die Urkunden unterliegen – von Gesetzes wegen – der *freien Beweiswürdigung*.³⁵ Das gilt umso mehr im Kontext der *freien Erörterung des Streitgegenstandes* in den Vergleichsverhandlungen.³⁶ In der Praxis bewährt sich häufig eine Analyse aller Urkunden in ihrer Chronologie als Vorbereitung ihrer kritischen Würdigung in der Abklärungsphase.

Zur Vorbereitungsphase gehört auch die Vorladung der Parteien mit den notwendigen Hinweisen, unter welchen Bedingungen die Verhandlung durchgeführt

³³ SJZ 2014, 22 = OGer ZH vom 23.7.2013, PC130031; Gutheissung eines Ausstandsgesuchs gegen einen Bezirksrichter wegen objektiven Anscheins der Befangenheit (Führen eines Vergleichsgesprächs mit nur einer Partei).

³⁴ Art. 177-180 ZPO. Dazu ein Praxishinweis an die Anwälte aus Richtersicht. Häufig werden die Rechtschriften und die Beilagen in der Vorbereitungsphase vom Gericht eingescannt. Deshalb sind Eingaben ohne Buchbindungen und Eisenklammern vorteilhaft. Das Scanning ist eine gleichwertige Handhabe zum digitalen Zivilprozess; vgl. dazu BRUNNER ALEXANDER, Die Anwendung neuer Informations- und Kommunikationstechniken im Zivilprozess und anderen Verfahren, Basel 2000, insb. 9 ff.

³⁵ Art. 157 ZPO.

³⁶ Das ist gesetzeskonform, vorstehend Ziff. 3.A. und 4.A. Nur auf den ersten Blick davon abweichend HAFTER (FN 1) 25 N 148 ff., denn in der freien Erörterung der Sachverhalte im Kontext von Vergleichsbemühungen wird das rechtliche Gehör umfassend gewährt.

werden wird; insbesondere, dass nebst den Anwälten voll zeichnungsberechtigte und informierte Personen für die Parteien zu erscheinen haben. Die Vorladung kann in manchen Fällen auch mit einem Augenschein oder der Einvernahme eines wichtigen Zeugen verbunden werden. Nach der erwähnten „méthode zurichoise“ erfolgt die *Vorladung bereits nach dem ersten Schriftenwechsel*. Das hat sich seit Jahrzehnten bewährt und entspricht den Grundsätzen der Mediation: Einfach, rasch und kostengünstig. Die Rechtschriften und Urkunden erlauben einen ersten Überblick, der erste Gerichtstermin wird nicht verzögert und die Prozesskosten werden tief gehalten.

B. Eröffnungsphase

Die Eröffnungsphase beginnt am Gerichtstermin mit der *Vorbesprechung* der Gerichtsdelegation, die den Streitgegenstand je eigenständig bearbeitet hat. Naturgemäss gibt es auch innerhalb der Gerichtsdelegation übereinstimmende und abweichende Meinungen. Das ist erwünscht und spiegelt die Problemlage. Besprochen wird damit auch das konkrete Vorgehen in der anschliessenden Verhandlung mit den Parteien.

Die Gerichtsdelegation lässt Parteien und Anwälte nicht warten. Pünktlich auf den Vorladungstermin eröffnet der Vorsitzende die Verhandlung, regelt die Sitzordnung und eröffnet der Gerichtsschreiber das Protokoll.³⁷ Nach Klärung der Identität der erschienenen Personen stellt der Vorsitzende auch die Gerichtsdelegation einzeln vor und erläutert ihre Funktion. Im Rahmen dieses *offiziellen und protokollierten Teils* der Verhandlung werden Parteien und Anwälte über den Ablauf der Verhandlung und deren Stellenwert im Zivilprozess informiert. Dazu gehört die wichtige Aufklärung, wonach im anschliessenden *inoffiziellen Teil kein Protokoll*³⁸ mehr geführt wird und die Verhandlung für alle Seiten in keiner Art und Weise präjudiziell sein wird. Vergleichsverhandlungen sind nie präjudiziell und werden auch aus diesem Grund nicht protokolliert.³⁹

Für die *Gerichtsdelegation* ist die Verhandlung deshalb nicht präjudiziell, weil ihre vorläufigen Meinungen zu Sach- und Rechtsfragen nach einem zweiten Schriftenwechsel und nach einem Beweisverfahren noch ändern können. Zudem steht die Würdigung unter dem Vorbehalt einer späteren Urteilsberatung im Kollegialgericht. Für die *Parteien und Anwälte* ist die Verhandlung nicht präjudiziell,

³⁷ Art. 235 ZPO.

³⁸ SJZ 2014, 22 = OGer ZH vom 23.7.2013, PC130031, E. 2.2 („Gerade weil keiner der Beteiligten zu einem späteren Zeitpunkt auf das dort Gesagte behaftet werden soll, wird diese Phase des Verfahrens in der Regel auch nicht protokolliert“).

³⁹ Zum Problem, wenn dieser Grundsatz nicht eingehalten wird: OGer ZH vom 31.7.2013, PC120053, E. 3.2.b).

weil sie auf ihre geäusserten Meinungen nicht behaftet werden können und dürfen, da sonst ein vertrauliches Zwiegespräch verhindert würde. Gerichtsdelegation und Parteien äussern sich daher in der freien Erörterung⁴⁰ offen und kreativ und es ist den Parteien und dem Gericht verwehrt, sich später darauf zu berufen, was in der Verhandlung gesagt wurde. In Prozesseingaben Äusserungen aus der Verhandlung widerzugeben, stellt ein treuwidriges Verhalten dar, das disziplinarische Massnahmen nach sich ziehen kann.⁴¹

Diese wichtigen Informationen und Hinweise übernimmt der Gerichtsschreiber ins Protokoll sowie auch das Einverständnis der Parteien für allfällig getrennte Verhandlungen im Sinne der analogen Grundsätze der Mediation.⁴² *Dann wird das Protokoll geschlossen.*

C. Abklärungsphase

Die Abklärungsphase wird gemäss „méthode zurichoise“ ausserhalb des Protokolls durchgeführt, denn die Parteien werden ausdrücklich nur zu einer *Vergleichsverhandlung*⁴³ und – wegen des strengen Novenrechts⁴⁴ – nicht zu einer formellen Instruktionsverhandlung vorgeladen. Folgende Vorteile sind mit der Zürcher Praxis verbunden. Für echte Gespräche geht keine wertvolle Zeit verloren. Die Anwälte können auf zeitraubende und überdies kostentreibende Plädoyers verzichten und sie haben das Novenrecht nicht verwirkt. Kläger und Beklagte kommen als Parteien direkt zu Wort und die freie Erörterung der Sach- und Rechtsfragen durch die Gerichtsdelegation kann ohne Verzug beginnen.

Als Grundlage der Abklärungsphase stehen zwei Varianten zur Verfügung; erstens die klassische **Schlichtung** des Richters mit vorherigem Referat und Vergleichsvorschlag und nachheriger freier Erörterung; oder zweitens die von der **Mediation** beeinflusste vorherige Erörterung gemäss Zehnpunkteprogramm mit nachherigem Referat und offener Vergleichslösung. Beide Varianten haben Vor- und Nachteile, auch wenn bei beiden das Referat im Zentrum steht. Das **Referat** enthält in kurz gehaltener Form die relevanten Erörterungen zur Zuständigkeit, eine Analyse und *Interpretation* des Sachverhalts anhand der Rechtschriften und Beweismittel, die *Qualifikation* der hierfür anwendbaren Rechtsnormen, die

⁴⁰ Vorstehend Ziff. 3.A.-B.

⁴¹ Konstante Praxis des Handelsgerichts, vgl. HGer ZH vom 4.5.2005, ZR 2006, 97. Praxis allgemein vom Bundesgericht mehrfach bestätigt, vgl. bspw. BGer vom 25.4.2012, 4A_140/2012, E. 4.2; BGer vom 5.5.2009, 5A_91/2009, E. 4.3.3 m.H.; BGer vom 31.1.2000, 5P.430/1999, E. 3.a).

⁴² Vorstehend Ziff. 1.A.

⁴³ Art. 124 Abs. 3 ZPO, nicht formell nach Art. 226 ZPO.

⁴⁴ Art. 229 Abs. 1-2 ZPO.

rechtslogische *Subsumption* und die Informationen zu den Kosten und Entschädigungsfolgen des Rechtsstreits sowie darauf abgestützt die *Einschätzung der Prozessrisiken*.

Die *erste Variante* hat den Vorteil einer eindeutigen Stellungnahme und das Schaffen einer raschen Orientierung für die Parteien. Aufgrund der Akten gut begründete Vergleichsvorschläge mit plausibler Risikoverteilung werden aus diesem Grund häufig ohne Umschweife angenommen. Nicht selten entpuppt sich aber der ausformulierte Vergleichsvorschlag als Nachteil. Der Richter als Schlichter hat sich – wenn auch vorläufig – festgelegt und unterliegt – wenn auch unbegründet – dem Eindruck eines „Vor-Urteils“ und scheinbarer⁴⁵ Befangenheit. Der ausformulierte Vergleichsvorschlag wird abgelehnt und der Richter hört den bekannten Satz: „*Ich danke Ihnen für Ihre fundierte Analyse der Rechtsschriften. Erst aufgrund Ihrer Ausführungen wurde mir jedoch bewusst, dass ich einige wesentlichen Punkte noch nicht klar vorgetragen habe.*“⁴⁶ In solchen Fällen ist die erste Variante häufig nicht mehr zielführend.

Die *zweite Variante* ist eine Folge der ersten Variante. Es stellt sich nämlich die Frage, ob es sinnvoll ist, einen ausformulierten Vergleichsvorschlag zu unterbreiten im Wissen darum, dass Akten die Realität naturgemäss nur teilweise zutreffend abbilden können. Auch ist die *Revision verretener Meinungen* zuweilen schwierig. Hinzu kommt, dass bei allem Respekt die Sachautorität des Schlichters leiden kann, wenn im Referat irrtümliche Annahmen getroffen worden sind, was sich aber erst in der nachherigen freien Erörterung zeigen konnte. Die zweite Variante vermeidet daher anhand des Zehnpunkteprogramms⁴⁷ die Tendenz zur Fiktion und den sehr nachvollziehbaren vorstehend wörtlich zitierten Satz.

D. Verhandlungsphase

Die Verhandlungsphase folgt der Abklärungsphase, die meist plausible Gewissheiten nicht nur beim Richter als Schlichter, sondern auch beim Kläger und Beklagten begründen konnte. Gleichwohl beginnen nun die wirklichen Probleme mit Hindernissen und Blockaden,⁴⁸ die von den Emotionen und Interessen der Beteiligten⁴⁹ herrühren. Neben den vorstehend aufgeführten Lösungs-Strategien⁵⁰ bewährt sich in der Verhandlungsphase der auch in der Mediation erprobte *Drei-*

⁴⁵ KassGer ZH vom 15.11.2010, AA100094 (keine Begründung des Anscheins von Befangenheit durch Äusserung einer vorläufigen Rechtsauffassung).

⁴⁶ HAFTER (FN 1) 490 f., N 2839-2845, insb. N 2840.

⁴⁷ Vorstehend Ziff. 3.B.

⁴⁸ Vorstehend Ziff. 4.A.

⁴⁹ Vorstehend Ziff. 2.B.

⁵⁰ Vorstehend Ziff. 4.B.

*schrift von Recht, Wirtschaft und Psychologie.*⁵¹ Meist einigen sich die Parteien aufgrund ihrer Erkenntnisse der Sach- und Rechtsfragen. Ist dies nicht möglich, folgen ökonomische Überlegungen, was häufig ebenfalls zur Einigung der Parteien führt. In wenigen Fällen ist das psychologische Fingerspitzengefühl und respektvolle Menschenkenntnis erforderlich.

E. Abschlussphase

In der Abschlussphase ist mit der *Einigung der Parteien* das Ziel erreicht, denn **Vergleiche repräsentieren die Realität besser und den Ausgleich gerechter als Urteile**. Der Text wird formuliert und den Parteien und Anwälten zur Prüfung übergeben, Präzisierungen werden festgehalten und Anpassungen redaktionell bereinigt. Darauf haben alle Beteiligten grösste Sorgfalt⁵² aufzuwenden.

⁵¹ Vgl. dazu BRUNNER (FN 1) 166-170.

⁵² Sorgfalt auch bei Saldo-Klauseln, vgl. BGer vom 6.8.2014, 4A_288/2014.