

[11/12 | 2020]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

CORINA BÖLSTERLI / CINTHIA LÉVY

Mediation SAV: Neue Ausbildung –
neues Konzept / Médiation FSA:
Nouvelle formation – nouveau concept

SEITE / PAGE 438 / 439

CINTHIA LÉVY / MAYA KIEPE

Médiation judiciaire:
volontaire ou obligatoire?

SEITE / PAGE 446

DANIEL KETTIGER

Das Anwaltsgeheimnis
im Coronavirus-
Contact-Tracing

SEITE / PAGE 465



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

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

IMPRESSUM

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

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

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten/ Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

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

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

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

WIRTSCHAFTSMEDIATION – IDEALE ERGÄNZUNG ZUR SCHIEDSGERICHTSBARKEIT

URS WEBER-STECHER

Dr. iur., LL. M., FCI Arb, Mediator SAV/SKWM/CEDR, Rechtsanwalt, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation, Wenger & Vieli AG, Zürich

KATIA RENER

Dr. iur., LL. M., Maîtrise en droit, Rechtsanwältin, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich

Stichworte: Wirtschaftsmediation, Schiedsgerichtsbarkeit, «Arb-Med-Arb»-Verfahren

Wirtschaftsmediation ist in der Schweiz bisher nur wenig verbreitet. Noch gibt es bei allen involvierten Personengruppen zu viele psychologische Barrieren. Dabei können gerade «Arb-Med-Arb»-Verfahren eine erhebliche Steigerung der Verfahrenseffizienz bewirken. Sie können auch dazu beitragen, die Vertrautheit und Akzeptanz der Mediation für internationale Wirtschaftsfälle zu fördern. Für die Durchführung von «Arb-Med-Arb»-Verfahren kann auf verschiedene Regelwerke zurückgegriffen werden, so etwa von der Swiss Chamber's Arbitration Institution (SCAI) und der International Chamber of Commerce (ICC).

I. Einleitung

In einer Zeit der wirtschaftlichen Unsicherheiten und administrativen Beschränkungen steigt auch die Nachfrage nach effizienten und kostengünstigen Streitbelegungsmechanismen. Streitige Verfahren sind in der Regel zeit- und kostenintensiv und hindern die wirtschaftliche Aktivität der Unternehmen zusätzlich. Auch für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten kann daher eine aussergerichtliche Lösung wie Mediation – allenfalls auch während eines schon anhängigen Schiedsverfahrens – eine geeignete Alternative darstellen, eine Auseinandersetzung rasch und effizient zu erledigen und eine bestehende Geschäftsbeziehung zu erhalten oder sogar zu verbessern. Dieser Beitrag soll kurz aufzeigen, was Mediation ist (II.), weshalb Wirtschaftsmediation (B2B-Mediation) in der Schweiz noch immer wenig verbreitet ist (III.) und welche Vorteile eine Kombination von Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation («Arb-Med-Arb») hat und so zu einer weiteren Verbreitung von Wirtschaftsmediation beitragen könnte (IV. und V.).

II. Was ist Mediation?

In einer Mediation versuchen zwei oder mehr Parteien, unter Beiziehung eines oder mehrerer unabhängiger Dritter einen Konflikt unter Einbezug aller wichtigen Interessen einvernehmlich zu lösen.¹ Es ist ein flexibles Verfahren,

in dem die Parteien die abschliessende Kontrolle über die Entscheidung zur Beilegung des Streits und die Bedingungen der Lösung haben.²

1. Die Rolle der Mediationsperson

Eine Mediationsperson unterstützt als unabhängige und unparteiliche Dritte die Konfliktparteien darin, ihren Konflikt auf dem Verhandlungsweg eigenverantwortlich und einvernehmlich zu lösen.³ Abgesehen vom Kriterium der Neutralität⁴ sind die Parteien in der Auswahl der Mediationsperson frei und können sie aufgrund ihrer Eignung, Erfahrung oder Zusatzqualifikationen auswählen.⁵

1 DANIEL GIRSBERGER/JAMES T. PETER, Aussergerichtliche Konfliktlösung, 2019, Rz. 11.

2 Vgl. Definition des Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) in London, abrufbar unter: <https://www.cedr.com/commercial/>; s. auch DANIEL MARUGG, Arb-Med-Arb – eine erfolgversprechende Variante für Schiedsverfahren, ZZZ 2020, S. 11–20, S.13; Art. 216 ZPO für die gerichtliche Mediation; zu den Regelungen in den Swiss Rules und den ICC Rules s. unten IV. 3.

3 Definition des Schweizerischen Anwaltsverbands: <https://www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/ueber-den-mediator.html>.

4 Vgl. dazu ausführlicher GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 452 ff.

5 GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 818.

Der Vorteil einer über eine entsprechende Ausbildung⁶ verfügenden Mediationsperson besteht darin, dass diese unter Einsatz der ihr zur Verfügung stehenden spezifischen Verhandlungstechniken und -strategien (ihrer «Mediations-Toolbox») besser in der Lage ist, die Parteien in ihren Verhandlungen aktiv zu unterstützen, ihnen dabei zu helfen, sich von festgefahrenen Positionen zu lösen und stattdessen ihre Interessen einzubeziehen, aber auch mit ihren Emotionen umzugehen und diesen – mehr als dies in «normalen» Vergleichsverhandlungen der Fall ist – Rechnung zu tragen.⁷

2. Grundelemente einer Mediation

Eine Mediation bietet für die Parteien grosse Gestaltungsfreiheit, ist aber insbesondere im Bereich der Wirtschaftsmediation üblicherweise in fünf Phasen gegliedert, in die Vorbereitungsphase und dann vier Phasen im Rahmen der Mediationsverhandlung:⁸

Vorbereitungsphase: In dieser Phase wird zunächst die Mediationsperson ausgewählt und ein erster Kontakt zwecks Organisation der weiteren Verfahrensschritte hergestellt. In der B2B-Mediation geschieht dies oft unter Mitwirkung von Anwälten auf beiden Seiten.⁹ Diese verfassen in dieser Phase in der Regel kurze schriftliche Eingaben (10–15 Seiten) mit wenigen (oft abgesprochenen) Beilagen, die der Mediationsperson als Ausgangsbasis zur Verfügung gestellt werden. Diese Phase endet mit dem Abschluss einer Mediationsvereinbarung, in der wichtige Aspekte, u. a. das Honorar der Mediationsperson und die Vertraulichkeit geregelt werden.

Eröffnungsphase: Die Parteien und die Mediationsperson treffen sich erstmals persönlich oder – vor allem in der gegenwärtigen Lage der COVID-19-Pandemie – online mittels Videokonferenz. Die Mediationsperson erläutert einleitend den Ablauf des Verfahrens und ihre Rolle, und die Parteien erhalten anschliessend die Gelegenheit, ihre Eröffnungsvoten zu präsentieren.

Sondierungsphase: Die Mediationsperson hilft ihnen, durch Fragen und aktives Zuhören die Positionen und Interessen der Parteien in einer Kombination von Plenumsdiskussionen und – mit dem Einverständnis der Parteien – separaten Privatgesprächen noch genauer zu verstehen. Sie stimmt mit der jeweiligen Partei genau ab, was (wenn überhaupt etwas) sie aus einer separaten vertraulichen Besprechung wie und wann gegenüber der anderen Partei erwähnen darf. Die Privatgespräche mit den Parteien (sog. «caucuses») sind ein zentrales Element der Mediation, das festgefahrene Positionen lösen und neue Perspektiven für die anschliessende Diskussion im Plenum eröffnen kann.¹⁰

Verhandlungsphase: Die Mediationsperson arbeitet mit den Parteien die Differenzen zwischen den Parteipositionen und -interessen deutlicher heraus und hilft ihnen, eine zumindest in Grundzügen skizzierbare Lösung zu finden.¹¹

Abschlussphase: Die Verhandlungsergebnisse werden konkretisiert, wenn möglich wird ein Vereinbarungsvorschlag formuliert und dieser auf seine Praktikabilität ge-

testet. Neben der Praktikabilität ist nochmals zu prüfen, ob die Vereinbarung wirklich beide Parteien zufriedenstellt, alle relevanten Streitpunkte behandelt und das Risiko künftiger Streitigkeiten minimiert.¹²

Gelingt keine Einigung, stellen die Mediationsperson und die Parteien das Scheitern der Mediation fest. Die Mediationsperson kann aber – falls gewünscht – die Dynamik des Mediationsprozesses für allfällige spätere Einigungsversuche durch entsprechende Nachfolgekontakte aufrechterhalten.¹³

3. Wirtschaftsmediation (B2B-Mediation) im Besonderen

Die meisten kommerziellen Streitigkeiten, die Gegenstand von Schiedsverfahren oder staatlichen Gerichtsverfahren sind, können auch Gegenstand einer Wirtschaftsmediation sein. Vor allem bei grösseren Unternehmen gewinnt die Idee der Mediation zunehmend an Zuspruch, weil sie im Erfolgsfall einen grossen Zeitgewinn und eine erhebliche Reduktion von Opportunitätskosten bedeutet und im Fall des Misslingens gegenüber einem direkt eingeleiteten streitigen Verfahren nur einen verhältnismässig kleinen Zeitverlust und wenig Mehrkosten mit sich bringt.¹⁴ KMUs scheinen etwas konservativer zu sein und die Konfliktlösung vor staatlichen Richtern nach wie vor eher zu bevorzugen.¹⁵ Das ist an sich schade, weil gerade für KMUs, für die in der Regel die Unternehmerin direkt (und nicht ein angestellter Manager) die Verantwortung trägt, Mediation ein sehr geeignetes Konfliktlösungstool bietet.

Für die Wirtschaftsmediation ist besonders hervorzuheben, dass sich Unternehmen in den Mediationsverhandlungen nicht nur durch ihre Parteianwälte vertreten lassen, sondern vor allem auch durch eigene Entscheidungsträger teilnehmen sollten.¹⁶

III. Warum ist Wirtschaftsmediation so wenig verbreitet?

Wirtschaftsmediation hat in der Schweiz und in Kontinentaleuropa bisher nur relativ wenig Verbreitung erfahren. Warum ist das so? An sich sind sich viele der potenziellen

⁶ Entsprechende Zertifizierungen werden z. B. vom oben erwähnten CEDR in London, aber auch vom Schweizerischen Anwaltsverband angeboten.

⁷ MARUGG, a. a. O., S. 14 f.

⁸ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 484 und Rz. 637 ff.; vgl. auch den Überblick bei MARUGG, a. a. O., S. 14–15.

⁹ Ausführlicher zur Rolle des Rechtsanwalts GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 665 ff.

¹⁰ S. auch MARUGG, a. a. O., S. 15.

¹¹ Für einen ausführlicheren Überblick über mögliche Taktiken, die die Mediationsperson anwenden kann, s. z. B. The CEDR Mediator Handbook, 2015, S. 68 ff.

¹² The CEDR Mediator Handbook, 2015, S. 74.

¹³ MARUGG, a. a. O., S. 15; s. auch The CEDR Mediator Handbook, 2015, S. 81.

¹⁴ Zum Ganzen GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 472 ff.

¹⁵ Vgl. GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 447.

¹⁶ So auch MARUGG, a. a. O., S. 13.

Nutzer einig, dass Mediation eine sehr effiziente und kostengünstige Möglichkeit zur Konfliktlösung bietet. Es muss also irgendwelche (versteckte) Gründe geben, die in einer Zeit, in der einer effizienten Konfliktlösung grösste Bedeutung beigemessen wird, einer weiteren Verbreitung der Wirtschaftsmediation im Wege stehen. Im Folgenden soll deshalb kurz erörtert werden, welches solche Gründe sein könnten. Dafür ist ein Blick auf die persönliche Situation und Interessenlage der Streitparteien (Nutzer), ihrer internen Vertreter und externen Berater sowie der Anbieter von «*Dispute Resolution Services*» erforderlich.

1. Nutzer von Mediationsdienstleistungen

Die Streitparteien haben oft vor Einleitung einer Mediation schon lange erfolglos verhandelt und somit den Glauben an eine gütliche Einigung mit der Gegenseite verloren.¹⁷ Sie fürchten, dass eine nachfolgende Mediation nur einen zusätzlichen Zeitaufwand und Kosten mit sich bringt, aber keine Lösung. Mindestens eine Streitpartei ist in dieser Phase in der Regel reif für die Einleitung eines streitigen Verfahrens, sei dies eines staatlichen Gerichtsverfahrens oder eines Schiedsverfahrens. Abhängig davon, ob es sich bei dem jeweiligen Nutzer um eine Unternehmerin (bspw. Inhaberin eines KMU) oder um einen Manager eines grossen Konzerns handelt, können persönliche Bedenken oder eine beschränkte Entscheidungsbefugnis dem Entscheid für eine Mediation entgegenstehen. Sehr häufig sieht sich der entsprechende Verantwortliche innerhalb der Unternehmensstruktur einem höheren persönlichen Risiko ausgesetzt und möchte einen Gesichtsverlust im Fall des Scheiterns der Mediation vermeiden.¹⁸

2. Inhouse-Juristen

Inhouse-Juristen können – ähnlich wie die oben genannten Nutzer bzw. Unternehmensvertreter – ein Mediationsverfahren aufgrund ihrer persönlichen Verantwortung in diesem Prozess als ein erhöhtes Risiko empfinden. So kann der Vorschlag eines Inhouse-Juristen, für einen Streitfall eine Mediation zu versuchen, unternehmensintern kritisch beurteilt werden, weil der zuständige Manager sich im Rahmen der Mediationsverhandlung exponieren und im Falle eines Scheiterns einen Gesichtsverlust riskieren muss.

Ganz grundsätzlich kann es schwierig sein, den richtigen Zeitpunkt zu finden, um die Durchführung einer Mediation vorzuschlagen. Aus Furcht, dass dies von der Gegenseite sofort als Zeichen der Schwäche gewertet werden könnte, schreckt ein Inhouse-Jurist davor vielfach zurück.¹⁹

3. Externe Parteivertreter

Externe Parteivertreter oder Rechtsberater stehen der Mediation womöglich kritisch gegenüber, weil sie mit Mediation im Allgemeinen und ihrer Rolle in einem solchen Verfahren zu wenig vertraut sind. Zudem fühlen Rechtsanwälte oft ein Unbehagen, wenn ihnen nicht die Verhandlungsführung für ihre Partei obliegt, wie dies in einem streitigen Verfahren der Fall ist, sondern sie in der Mediations-

verhandlung neben ihrem Klienten nur eine beratende Rolle haben. In grenzüberschreitenden Streitigkeiten können bei Rechtsvertretern aus verschiedenen Rechtskulturen zudem die Vorstellungen, wie eine Mediation durchzuführen sei, voneinander abweichen.²⁰

Sind im Vorfeld der Mediation Einigungsverhandlungen erfolglos durchgeführt worden, bezweifeln die Rechtsvertreter mangels Vertrautheit mit dem Mediationsprozess, dass durch die zusätzliche Anwesenheit einer Mediationsperson die divergierenden Vorstellungen der Parteien besser auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können.²¹ Und im Rahmen eines bereits hängigen Gerichts- oder Schiedsverfahrens zögern die Rechtsvertreter, den Vorschlag einer Mediation einzubringen, weil dies von der Gegenseite als Zeichen der Schwäche interpretiert werden könnte.

Schliesslich ist noch anzufügen, dass für externe Parteivertreter Mediation auch deshalb weniger interessant sein kann, weil sie im Erfolgsfall mit wenig Aufwand zeitnah erledigt wird und damit weniger Honorar generiert als ein streitiges Verfahren, das in aller Regel viel aufwendiger ist und erheblich länger dauert.

4. Anbieter von «Dispute Resolution Services»

Vor allem auf internationale Gerichts- oder Schiedsverfahren spezialisierte Rechtsanwältinnen und -anwälte sind oft neben ihrer Rolle als Parteivertreter gewohnt, als Schiedsrichter zu agieren, mit der Rolle einer Mediationsperson jedoch nicht so vertraut. Es bestehen möglicherweise auch ganz grundsätzliche Zweifel an der Wirksamkeit bzw. am Platz einer Mediation zwischen der Phase der Verhandlungen und der Einleitung eines Schiedsverfahrens (oder staatlichen Gerichtsverfahrens).

Auch wenn die Rolle eines Schiedsrichters und einer Mediationsperson gewisse Ähnlichkeiten aufweist, gibt es doch einen signifikanten Unterschied: Ein Schiedsgericht darf und soll (Rechts-)Fragen beurteilen und beantworten. Eine Mediationsperson soll sich dagegen sowohl in Bezug auf die Parteien als auch auf die Einordnung oder Beantwortung von Rechtsfragen zurückhalten. Das entspricht nicht der üblichen Rolle von Anwälten.

Schliesslich kann auch für diese Personengruppe die Tatsache, dass eine Mediation grundsätzlich weniger aufwendig (aber nicht weniger anspruchsvoll!) ist und meistens viel schneller erledigt wird (und folglich mit kleineren Honorarvolumen verbunden ist) als ein Schiedsverfahren, zu einer gewissen Zurückhaltung führen.

¹⁷ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 633.

¹⁸ Vgl. The CEDR Mediator Handbook, 2015, S. 126.

¹⁹ Vgl. JEREMY LACK/RENATE DENDORFER, The Interaction Between Arbitration and Mediation: Vision vs. Reality, SchiedsVZ 2007, S. 204.

²⁰ Vgl. GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 631, 636.

²¹ Vgl. GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 634; LACK/DENDORFER, a. a. O., S. 204.

5. Folgerungen

Insgesamt zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass jede der in eine Auseinandersetzung zwischen Unternehmen involvierten Personengruppen nachvollziehbare Gründe hat, Mediation als Streitbeilegungsmechanismus nicht zu favorisieren. Entweder glauben sie mangels besserer Kenntnis nicht an die Wirksamkeit eines Mediationsverfahrens, fühlen sich in der ihnen zugedachten Rolle im Rahmen des Mediationsverfahrens nicht wohl, interpretieren den Vorschlag einer Mediation als Schwäche oder scheuen sich vor der Übernahme der Verantwortung für das Verfahren, weil das Risiko eines Scheiterns besteht. Im Folgenden soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob dieser Zurückhaltung mit einer geschickten Verbindung von Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation entgegengewirkt werden kann.

IV. Kombination von Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation («Arb-Med-Arb»-Verfahren)

1. Merkmale von «Arb-Med-Arb»-Verfahren

Mit «Arb-Med-Arb» wird ein Verfahren bezeichnet, bei dem – allenfalls nach gescheiterten Verhandlungen zwischen den Parteien – zuerst ein Schiedsverfahren eingeleitet wird. Nach Konstituierung des Schiedsgerichts wird das Schiedsverfahren sistiert und eine Mediation durchgeführt.²² Sind die Parteien in der Lage, ihre Streitigkeiten durch Mediation beizulegen, kann die getroffene Einigung in einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut festgehalten werden, der in Rechtskraft erwächst und vollstreckbar ist.²³ Gelingt es den Parteien nicht, ihren Streit durch die Mediation zu lösen, wird das Schiedsverfahren fortgesetzt.²⁴

Ein «Arb-Med-Arb»-Verfahren kann bereits mit dem Hauptvertrag zwischen den Parteien vereinbart werden. Die Parteien können sich aber auch später, z. B. während eines bereits laufenden Schiedsverfahrens, auf die Durchführung einer Mediation einigen, wobei der beste Zeitpunkt für das Mediationsfenster in jedem Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände geprüft werden muss.²⁵

Ein weiteres entscheidendes Merkmal eines «Arb-Med-Arb»-Verfahrens ist die konsequente Trennung der Funktionen von Mediationsperson und Schiedsrichter; d. h., die Rolle der Mediationsperson sollte nicht durch ein Mitglied des bereits konstituierten Schiedsgerichts wahrgenommen werden.²⁶ Nur so kann gewährleistet werden, dass die Parteien ihre Interessen dem Mediator in Privatgesprächen offen kommunizieren können, ohne befürchten zu müssen, dass vertrauliche Informationen, die sie in diesem Rahmen preisgeben, bei Scheitern der Mediation im anschliessenden Schiedsverfahren gegen sie verwendet werden oder das Schiedsgericht (allenfalls unbewusst) beeinflussen.²⁷

2. Vorteile eines «Arb-Med-Arb»-Verfahrens

Ein «Arb-Med-Arb»-Verfahren hat verschiedene Vorteile. Eine Streitpartei, die nach langen, zähen Einigungsversuchen verhandlungsmüde ist, kann die Einleitung eines

Schiedsverfahrens als Befreiungsschlag nutzen und so der anderen Partei zeigen, dass sie nicht mehr bereit ist, sich im Kreis zu drehen, sondern endlich einen Schritt vorankommen will. Werden nun im Rahmen des Schiedsverfahrens in einem ersten Schriftenwechsel die gegenseitigen Positionen und Forderungen detailliert dargelegt, kann sich daraus die Möglichkeit ergeben, auf der Basis des deutlich höheren Wissensstands über die eigenen Positionen (einschliesslich der eigenen Schwächen) und die Gegenpositionen erneut die Verhandlungen aufzunehmen.²⁸ Für *Unternehmen* kann die zusätzliche Offenlegung der weiteren Interessen im Rahmen einer Mediation der gegenseitigen Aufklärung dienen, wodurch das wechselseitige Verständnis verbessert werden kann. Werden diese – strenger Vertraulichkeit unterliegenden – Verhandlungen zusätzlich durch eine professionelle Mediationsperson begleitet, erhöht dies die Chancen auf ein erfolgreiches Verhandlungsergebnis.

Inhouse-Juristen und *externe Parteivertreter* konnten im Rahmen des zuerst eingeleiteten Schiedsverfahrens die Position ihrer Partei gründlich ausarbeiten. Sie sind also im Prozess voll integriert und haben ein vertieftes Wissen über den Streit. So kann das Verständnis für die Mediation als professionelle Möglichkeit der Konfliktlösung wachsen, und die Bedenken, dass Mediation als Zeichen der Schwäche angesehen werden könnte, können in den Hintergrund treten.²⁹ Zudem zeigt die Erfahrung, dass ein besseres Verständnis für die Positionen und Interessen der Gegenpartei die Wahrscheinlichkeit einer Einigung erhöht. Parteien und ihre Vertreter sind eher bereit, ein gewisses Risiko einzugehen, um am Verfahren effizient mitzuwirken und Vergleichsverhandlungen zu fördern.

Da die Parteien die volle Kontrolle darüber haben, welche Informationen im Rahmen der Mediation weitergegeben werden, können sie deren Umfang und den damit verbundenen zeitlichen Aufwand bestimmen. Dies führt regelmässig zu Effizienzsteigerungen und Kosteneinsparungen.

²² MARUGG, a. a. O., S. 16. In diesem Beitrag wird vor allem das Schiedsverfahren behandelt; eine vergleichbare Kombination ist aber auch im Rahmen von staatlichen Gerichtsverfahren jederzeit möglich (Art. 214 ZPO), vgl. GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 770.

²³ Dasselbe ist gemäss Art. 217 ZPO auch im Rahmen eines staatlichen Verfahrens möglich.

²⁴ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 949.

²⁵ In der Regel wird im Rahmen der Verfahrensmanagementkonferenz besprochen, in welcher Phase des Schiedsverfahrens ein Mediationsverfahren durchgeführt werden soll, was entsprechend im Verfahrenskalender eingetragen wird.

²⁶ Gleicher Meinung GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 949. Den Autoren dieses Beitrags ist aber bewusst, dass es dazu verschiedene Meinungen gibt, so insbesondere auch zum Ansatz, dass das Schiedsgericht oder einer der Schiedsrichter die Rolle der Mediationsperson übernehmen kann.

²⁷ MARUGG, a. a. O., S. 17.

²⁸ CAROLINE MING/CHRISTIAN IOVENE, Advantages and Benefits of the Revised Swiss Rules of Mediation 2019 – In Light and in Line with the Singapore Convention, ASA Bulletin 2/2020, S. 292.

²⁹ Vgl. LACK/DENDORFER, a. a. O., S. 205.

Durch die Einbettung der Mediation in ein Schiedsverfahren erreichen die Parteien die zusätzliche Sicherheit, dass ein in der Mediation erzielter Vergleich durch die Überführung in einen Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut wenn nötig direkt vollstreckt werden kann.³⁰

Schliesslich ist das Risiko des Ablaufs einer Verjährungsfrist gebannt: Bei Schiedsverfahren mit internationalem Bezug ist das Schiedsverfahren gemäss Art. 181 IPRG mit Einreichung der Schiedsanzeige rechtshängig; bei einer Binnenstreitigkeit ergibt sich die Rechtshängigkeit aus Art. 372 ZPO.³¹

3. «Arb-Med-Arb»-Verfahren auf Basis von institutionellen Schiedsregeln

Der grösste Teil der kommerziellen internationalen Schiedsverfahren basiert heute auf Vertragsklauseln, die die Schiedsregeln einer Institution für anwendbar erklären. Für internationale Schiedsverfahren in der Schweiz sind das vor allem zwei Regelwerke: die Internationale Schweizerische Schiedsordnung der SCAI von 2012 («Swiss Rules») und die Schiedsgerichtsordnung der Internationalen Handelskammer³² von 2017 («ICC-Schiedsgerichtsordnung»).

Zudem haben viele dieser Institutionen in den letzten Jahren auch Mediationsregeln herausgegeben, so auch die SCAI im Juli 2019 eine revidierte Schweizerische Mediationsordnung («Swiss Rules of Mediation») und die ICC im Januar 2014 die ICC-Mediations-Regeln.

Diese Regelwerke erlauben eine massgeschneiderte Kombination von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit. Im Folgenden wird kurz darauf eingegangen.

A) *Swiss Rules und Swiss Rules of Mediation*

Die Swiss Rules sehen zwar nicht ausdrücklich vor, Schiedsgerichtsbarkeit mit Mediation zu verbinden, bieten jedoch mehrere Optionen, ein «Arb-Med-Arb»-Verfahren durchzuführen. So bestimmt Artikel 15 (8) Swiss Rules, dass das Schiedsgericht mit Zustimmung aller Parteien «*Schritte zur Beilegung des Streitfalls durch einvernehmliche Einigung unternehmen*» kann. Diese Bestimmung wird heute zwar oft noch so verstanden, dass die Schiedsrichter oder die Vorsitzende des Schiedsgerichts sich zur Verfügung stellen können, um die Streitparteien in Vergleichsgesprächen zu unterstützen. Solche Vergleichsverhandlungen gleichen dann oft eher einer Art Referentenaudienz, wie sie das Handelsgericht Zürich kennt. Ausgehend von Art. 15 (8) Swiss Rules kann ein Schiedsgericht den Parteien aber auch vorschlagen, ein Mediationsfenster zu integrieren, um mithilfe einer Mediationsperson in einem vom Schiedsverfahren getrennten vertraulichen³³ Mediationsverfahren eine Einigung zu erzielen. In der Praxis empfiehlt sich in der Regel, das Mediationsfenster nach der Durchführung des ersten umfassenden Schriftenwechsels vorzusehen, um die vorne beschriebenen Vorteile der Kombination von Schiedsverfahren und Mediation voll nutzen zu können. Einigen sich die Parteien, kann das Schiedsgericht anschliessend die Einigung in Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut ohne Begründung zu Protokoll nehmen (Art. 34 [1] Swiss Rules; s. auch Art. 18 [1] Swiss Rules of Mediation).

Gemäss Art. 16 (5) Swiss Rules of Mediation kann das Sekretariat der SCAI den Parteien und der Mediationsperson bescheinigen, dass eine Mediation stattgefunden hat und mit einem Vergleich abgeschlossen wurde; gemäss Art. 17 (2) und (3) Swiss Rules of Mediation kann das Sekretariat auf Ersuchen und nach entsprechender Prüfung eine beglaubigte Kopie der Vergleichsvereinbarung ausstellen und den Parteien deren Echtheit bescheinigen. Dies kann vor staatlichen Gerichten in Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren von grossem Nutzen sein.³⁴

Die Artikel 18 und 19 der Swiss Rules of Mediation enthalten zudem spezifische Regeln zur Kombination von Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation, so insbesondere auch betreffend die unterstützende Mitwirkung des Sekretariats der SCAI.

B) *ICC-Schiedsgerichtsordnung und ICC-Mediations-Regeln*

Die ICC-Schiedsgerichtsordnung bietet ebenfalls die Möglichkeit, innerhalb eines anhängigen Schiedsverfahrens eine Mediation durchzuführen. So können das Schiedsgericht und die Parteien in der nach Konstituierung des Schiedsgerichts durchzuführenden Verfahrensmanagementkonferenz vereinbaren, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt im Rahmen des Schiedsverfahrens ein Mediationsfenster eingefügt wird.³⁵ Die ICC-Schiedsgerichtsordnung enthält zudem unter den Musterklauseln einen Verweis auf mehrstufige Streitbeilegungsklauseln, die eine Kombination von Schiedsverfahren und Mediation vorschlagen.³⁶ Das Mediationsverfahren ist streng vertraulich, und zwischen Schiedsrichtern und Mediationspersonen und Schiedsverfahren und Mediationsverfahren erfolgt eine strikte Trennung.³⁷

Ein durch eine Mediation erreichter Vergleich kann anschliessend in einem Schiedsspruch aufgrund Einvernehmens der Parteien nach Artikel 33 ICC-Schiedsgerichtsordnung festgehalten werden. Auch wenn dies nicht explizit in dieser Vorschrift genannt wird, bedarf ein solcher Schiedsspruch keiner Begründung, um den Anforderungen der ICC-Schiedsgerichtsordnung zu entsprechen.³⁸

³⁰ MING/IOVENE, a. a. O., S. 292.

³¹ GIRSBERGER/PETER, a. a. O., Rz. 931.

³² International Chamber of Commerce (ICC).

³³ Art. 13 Swiss Rules of Mediation.

³⁴ MING/IOVENE, a. a. O., S. 285.

³⁵ Artikel 24 ICC-Schiedsgerichtsordnung i. V. m. Anhang IV «Verfahrensmanagementtechniken», Bst. h (i).

³⁶ S. 82 der Schiedsgerichtsordnung und Mediationsregeln, abrufbar unter: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-german-version.pdf>.

³⁷ Art. 9 und 10 (3) und (4) ICC-Mediations-Ordnung.

³⁸ JASON FRY/SIMON GREENBERG/FRANCESCA MAZZA: The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration, 2012, Art. 32 Rz. 3–1176.

V. Schlussfolgerungen

Obwohl auch in Wirtschaftskreisen grundsätzlich anerkannt ist, dass Mediation ein effizienter und kostengünstiger Konfliktlösungsmechanismus sein kann, ist Wirtschaftsmediation in internationalen Fällen im Vergleich zur Schiedsgerichtsbarkeit bis heute wenig verbreitet; in Binnenstreitigkeiten wird nach wie vor die staatliche Gerichtsbarkeit bevorzugt. Verantwortlich dafür sind nicht in erster Linie sachliche Argumente, sondern vielmehr psychologische Barrieren bei allen Personengruppen, die in solche Streitfälle involviert sind. Eine Möglichkeit, diesen Barrieren entgegenzuwirken, wurde in diesem Beitrag dargestellt. Wenn eine Mediation bspw. im Rahmen von institutionellen Regelwerken der SCAI oder der ICC in ein Schiedsverfahren eingebettet wird, können die damit verbundenen verfahrenstechnischen Absicherungen und Vorteile vor allem bei den involvierten Juristen, seien dies Inhouse-Juristen oder externe Rechtsanwälte, gewisse Bedenken ausräumen und ihre Haltung gegenüber einer Mediation verändern; der Zugang ist einfacher, wenn das Verfahren klar definiert und die Positionen der Parteien zuvor detailliert ausgearbeitet werden konnten, und das Unbehagen nimmt ab, wenn man die eigene Rolle klarer sieht und weiss, dass notfalls das Schiedsverfahren ohne grossen Zeitverlust weitergeführt werden kann. Wenn die Inhouse-Juristen und die externen Rechtsanwälte ihre Hemmschwellen abbauen konnten, führt dies automatisch auch zu einer anderen Haltung in der Beratung ihrer Mandanten. Sie getrauen sich eher, entsprechende Klauseln in die Verträge aufzunehmen und ihren Mandanten in einem Schiedsverfahren ein Mediationsfenster vorzu-

schlagen oder es direkt mit einer Mediation zu versuchen, bevor ein streitiges Verfahren initiiert wird.

Gut strukturierte «Arb-Med-Arb»-Verfahren können also durchaus dazu beitragen, dass Wirtschaftsmediation vermehrt verwendet wird. Sie sind aber wohl nicht ausreichend. Zwingend erforderlich ist zusätzlich, dass eine grössere Anzahl von Inhouse-Juristen, Anwälten und Anbietern von «Dispute Resolution Services» sich mit der Mediation vertraut machen und die verschiedenen Kommunikations- und Verhandlungstechniken kennenlernen, die in einer Mediation zum Einsatz kommen. Dies geschieht am besten durch Teilnahme an einer entsprechenden Aus- oder Weiterbildung. Es ist sehr zu begrüessen, dass der SAV ab dem Jahr 2022 eine spezifische Mediationsausbildung mit Fokussierung auf die Zielgruppe Anwältinnen und Anwälte anbietet, die nach bestandenen Prüfungen zur Führung des Titels Mediator SAV, Mediatorin SAV berechtigt.³⁹ Zu wünschen ist, dass die unternehmensspezifischen Aspekte der Wirtschaftsmediation darin gebührend Platz finden, um so auch die Kolleginnen und Kollegen, die sich sonst primär in der Welt der Gerichts- und Schiedsgerichtsbarkeit bewegen, für diese Ausbildung zu begeistern. Dann hat auch die Wirtschaftsmediation eine reelle Chance, den ihr gebührenden Platz zur Lösung von Wirtschaftskonflikten zu erhalten.

³⁹ Vgl. die Informationen zum neuen Ausbildungskonzept Mediation des SAV sowie künftige Reglemente in diesem Heft.

ARCANO

Sicherer Datenaustausch für Anwalt*innen





<https://arcano.app>