



SJWZ

stiftung
juristische
weiterbildung
zürich



26. Oktober 2020

Vergleichsverhandlungen – Ziele und bewährte Methoden

Tagungsleitung: Alexander Brunner

Postfach 3334 | 8034 Zürich
Telefon 043 541 17 17 | Fax 043 541 17 74

sjwz@sjwz.ch | www.sjwz.ch

Inhalt Tagungsunterlagen

Teil 1: Informationen

Programm / Referierende / Zweck und Ziele der Stiftung

Teil 2: Unterlagen Alexander Brunner

Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Teil 3: Unterlagen Meinrad Vetter

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen

Teil 4: Unterlagen Roland Oskar Schmid

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines
Vergleichs

Teil 5: Unterlagen Daniel Girsberger

Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters

Teil 6: Unterlagen Peter Nobel

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Programm

- 13:30** Begrüssung und Einführung
- 13:35** Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten
- 14:00** Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen
- 14:30** Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale
Voraussetzungen eines Vergleichs
- 15:00** Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters
- 15:30** Kaffeepause
- 16:00** Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen
- 16:30** Streitgespräch zu den Vor- und Nachteilen:
Mediation, Vergleichsverhandlungen oder Urteil?
- 17:00** Verbesserungspostulate aus dem Publikum:
Wie Vergleichspraxis optimieren?
- 17:30** Fazit und Ende der Veranstaltung mit anschliessendem Apéro

Tagungsleitung

Alexander Brunner

**Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London),
Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich,
Titularprofessor em, an der Universität St. Gallen und
ständiger Lehrbeauftragter an der Universität Zürich,
Konsulent bei swisslegal Rechtsanwälte**

Referierende

Daniel Girsberger

**Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Konsulent bei
Wenger & Vieli AG, Ordinarius an der Universität
Luzern für Schweizerisches und Internationales
Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrecht sowie
Privatrechtsvergleichung; Vorsitzender des
Direktoriums des CCR (Center for Conflict
Resolution), Schiedsrichter und Mediator SAV/SKWM**

Peter Nobel

**Prof. Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, em. Ordinarius für
schweizerisches und internationales Handels- und
Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em.
Extraordinarius für Privat-, Handels- und
Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen,
vormals Ersatzrichter am Obergericht des Kantons
Zürich sowie Fachrichter am Handelsgericht des
Kantons Zürich, Schiedsrichter in nationalen und
internationalen Verfahren**

Roland Oskar Schmid

**Lic. iur., Rechtsanwalt, Oberrichter, Präsident des
Handelsgerichts des Kantons Zürich, Mitglied der
Aufsichtskommission über die Anwältinnen und
Anwälte im Kanton Zürich**

Meinrad Vetter

**Dr. iur., LL.M., Oberrichter, Vizepräsident des
Handelsgerichts des Kantons Aargau,
Lehrbeauftragter für Privatrecht an der
Universität St. Gallen (HSG), Ko-Redaktor
Schweizerische Juristenzeitung**

Wer wir sind. Zweck und Ziele.

Die Stiftung juristische Weiterbildung Zürich führt durch ausgewiesene Referentinnen und Referenten aktuelle und praxisnahe Weiterbildungsveranstaltungen durch. Diese Veranstaltungen richten sich an Juristinnen und Juristen in Gerichten, Anwaltschaft, Verwaltungen und Unternehmen.

Die vor über dreissig Jahren durch den Kanton (Gerichte und rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität), den Zürcherischen Juristenverein und den Zürcher Anwaltsverband gegründete Stiftung hat neben der Weiterbildung den Erfahrungsaustausch von Dozenten und Praktikern zum Zweck.

Der Stiftungsrat setzt sich aus Vertreterinnen und Vertretern der Gerichte, der Universität, der Anwaltschaft, des Zürcher Juristenvereins sowie der Verwaltung und der Wirtschaft zusammen und zeichnet für die Gestaltung des Jahresprogrammes verantwortlich. Ihr gegenwärtiger Präsident ist RA Dr. iur. Markus Vischer, LL.M.

Unterlagen Referierende

Teil 2: Unterlagen Alexander Brunner

Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Teil 3: Unterlagen Meinrad Vetter

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen

Teil 4: Unterlagen Roland Oskar Schmid

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines
Vergleichs

Teil 5: Unterlagen Daniel Girsberger

Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters

Teil 6: Unterlagen Peter Nobel

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Vergleichsdruck

Zum Stand der „Facts and Fakes“ - Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Alexander Brunner
Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich

www.sjwz.ch

Inhaltsübersicht

- 1. Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“**
 - 1.1 Justizielle Effizienz und «Erledigungsdruck»
 - 1.2 «Vergleichsdruck» - damals und heute
 - 1.3 Flexible und dynamische Anwaltschaft und Gerichte
- 2. Zur Interessen-Analyse bei Konflikten - Zielkonflikte**
 - 2.1 Was treibt die Parteien?
 - 2.2 Was will die Anwaltschaft?
 - 2.3 Was soll das Gericht?
- 3. Zielkonflikte und Methodenwahl der Vergleichsverhandlung**
 - 3.1 Methodenentscheid bei «kausalen» oder «finalen» Fällen
 - 3.2 Referat-Methode bei «objektiv-kausalen» Fällen (Ursachen)
 - 3.3 Mediation-Methode bei «subjektiv-finalen» Fällen (Gründe)
- 4. Interessen-Analyse und Methoden-Flexibilität**
- 5. Dokumentation**

www.sjwz.ch

1. Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“

1.1 Justizielle Effizienz und «Erledigungsdruck»

GOG-ZH § 77 (Präsidium Obergericht und Bezirksgerichte)

2 Sie oder er überwacht die Pflichterfüllung der Mitglieder des Gerichts und der Gerichtskanzlei und **sorgt für beförderliche Erledigung der Geschäfte.**

Erster Grundsatz: **Justizielle Effizienz** – «beförderliche Erledigung»

Zweiter Grundsatz: **Rechtmässige**, präzise und faire **Verfahren**

Antinomie zwischen Effizienz und Rechtmässigkeit

Effizienz-Prinzip kontra Sorgfalt-Prinzip

Problem «Erledigungsdruck»

www.sjwz.ch

1.2 «Vergleichsdruck» - damals und heute

Vormals traditionelles Verhalten seitens gewisser Richter zum Zweck eines Vergleichs durch «Druckmethoden» (*Diss. Urs Egli*)

- **Rhetorik** anstelle Sach- und Rechtsanalyse von Vorbringen
- **Überredung** ohne nachvollziehbare Begründungen
- **Ungenügende Vorbereitung** der Verhandlungen – «Ignoranz»
- **Zuflucht** zu nicht gegebener richterlicher «Kompetenz»

Überwindung der traditionellen «Druckmethoden»

- Gut begründete **Sach- und Rechtsanalyse**
- **Überzeugung** und nachvollziehbare Begründung
- **Genügende Vorbereitung** der Vergleichsverhandlung
- **Nachvollziehbare** richterliche Kompetenz

www.sjwz.ch

1.3 Flexible und dynamische Anwaltschaft und Gerichte

Unterschiedliche Perspektiven der Parteien

Begründung und «**heilige Pflicht**» der **Anwaltschaft**, die Interessen der Parteien zu wahren

- Klägeranwältin einerseits
- Beklagteranwalt andererseits

Anerkennung der unterschiedlichen Perspektiven der Parteien durch Anerkennung seitens des Gerichts

- Flexible und dynamische Einordnung des Sachverhalts
- Offenheit und Akzeptanz der unterschiedlichen Meinungen
- Einordnung des Sachverhalts nach Gesetz und Rechtsprechung
- Subsumtion und entsprechend rationaler Vergleichsvorschlag

www.sjwz.ch

2. Zur Interessen-Analyse bei Konflikten - Zielkonflikte

2.1 Was treibt die Parteien?

Rationale (sachliche) **Interessen** der Parteien (Kläger/Beklagte)

- Forderungsklage mit reinem **wirtschaftlichen** Zweck
- Behauptung und Bestreitung strittiger **Sachverhalte**
- Fortsetzung der **Zusammenarbeit** zwischen Parteien als Ziel
- **Beendigung** als Ziel und ökonomischer Interessenausgleich

Emotionale (persönliche) **Interessen** der Parteien (Kläger/Bekl.)

- **Rein persönliche** Interessen (Prozess als sachfremdes «Mittel»)
- **Vertrauensverlust** zwischen den Parteien (Gesprächsabbruch)
- **Vergeltung** und Sanktionierung der Gegenseite - «Keulenprinzip»
- Verfolgung **unrealistischen** Wunschenkens - «Fiktionen»

www.sjwz.ch

2.2 Was will die Anwaltschaft?

Nochmals: Grundsatz des Anwaltsrechts

Anerkennung durch das Gericht:

Anwältinnen und Anwälte haben die «heilige Pflicht», die Interessen der Klienten zu wahren!

Hauptziel der Anwaltschaft:

Wunsch und Wille, die strittigen Verfahren im Interesse der Parteien möglichst zu gewinnen.

Anerkennung der Grenzen durch die Anwaltschaft:

Entscheide werden durch die Gerichte gefällt – dies hat Folgen!

www.sjwz.ch

2.3 Was soll das Gericht?

Anerkennung der legitimen Interessen der Streitparteien

- Verständnis für die stets unterschiedlichen Perspektiven
- Empathie und Einfühlungsvermögen durch das Gericht

Anerkennung und Einbezug der Argumentation der Anwaltschaft

- Achtung der wertvollen Hinweise der anwaltlichen Rechtschriften
- Kombination und Koordination der gegenseitigen Sachverhalte

Wie soll das Gericht vorgehen?

- Sachverhalt analysieren *Referat Meinrad Vetter*
- Rechtsfragen abklären
- Risiken Sachverhalt aufzeigen *Referat Roland O. Schmid*
- Risiken Rechtsprechung zeigen

www.sjwz.ch

3. Zielkonflikte und Methodenwahl der Vergleichsverhandlung

3.1 Methodenentscheid bei «kausalen» oder «finalen» Fällen

Unterschiedliche Ziele der Streitparteien:

Welche Methoden wählen für die Vergleichsverhandlung?

Unterscheidung von «kausalen» oder «finalen» Fällen

Objektiv-kausale Fälle (naturwissenschaftliche **Kausalität**)

→ Typische Beispiele: Sachgewährleistung, Baumängel, Lieferverzug, Unfallfolgen mit Schäden und Körperverletzungen etc.

Subjektiv-finale Fälle (zweckbestimmte **Finalität**)

→ Typische Beispiele: unterschiedliche Interpretation der Umstände bei Vertragsauslegung, Differenzen innerhalb Handelsgesellschaft

www.sjwz.ch

3.2 Referat-Methode bei «objektiv-kausalen» Fällen (Ursachen)

Objektiv-kausale Fälle (naturwissenschaftliche **Kausalität**)

Für diese Fälle eignet sich die klassische Methode mit dem

**Referat durch das Gericht und
anschliessender Vergleichsverhandlung**

Vgl. dazu im Detail

→ Präsentation Meinrad Vetter

→ Präsentation Roland O. Schmid

www.sjwz.ch

3.3 Mediation-Methode bei «subjektiv-finalen» Fällen (Gründe)

Subjektiv-finale Fälle (zweckbestimmte Finalität)

Für diese Fälle eignet sich die Methode der Mediation

Mediative Verhandlung ab Beginn der Verhandlung

Anloge «Tools» der Mediation durch das Gericht mit getrennten Parteien zwecks Ermittlung möglicher WIN/WIN-Ergebnisse

Wichtig: Auch bei einer mediativen Verhandlung ist es zentral, dass das Gericht (intern) ein Referat mit Sachverhalts- und Rechtsanalyse erarbeitet hat

Vgl. dazu im Detail

➔ Präsentation Daniel Girsberger (mit Schwerpunkt Mediation)

➔ Präsentation Peter Nobel (mit Schwerpunkt Referat)

www.sjwz.ch

4. Interessen-Analyse und Methoden-Flexibilität

Entscheidung zwischen dem Vorgehen:

Referat-Methode und Mediations-Methode

Die Referat-Methode ist der Normalfall und das übliche Vorgehen des Gerichts zur Erzielung eines Vergleichs zwischen den Parteien ohne Vergleichsdruck durch rationale und nachvollziehbare Argumentationen

Die Mediations-Methode ist dann hilfreich, wenn mit Bezug auf den Sachverhalt sehr unterschiedliche Interpretationen offen sind. Diese Methode ist mit den Parteien und der Anwaltschaft vorweg kurz zu besprechen und die **Einwilligung dazu zu protokollieren** (v.a. wegen der getrennten Verhandlungen gemäss Mediation)

www.sjwz.ch



5. Dokumentation

Separate Beilage mit Kopie von Aufsätzen zur Thematik

www.sjwz.ch



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!
Alexander Brunner

www.sjwz.ch

Vergleichsverhandlungen – Ziele und bewährte Methoden

Tagung vom Montag, 9. März 2020, 13:30–17:30h
Pädagogische Hochschule Zürich, Gebäude LAA,
Hauptbahnhof Zürich, Lagerstrasse 2, 8004 Zürich

Dokumentation zu: Alexander Brunner - Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“ - Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

- Alexander Brunner, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 159-172
Nachfolgend abgedruckt →
- Alexander Brunner, Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 69-87
Nachfolgend abgedruckt →
- Alexander Brunner, Vergleichsverhandlungen am Handelsgericht Zürich - «la méthode zurichoise», in: Alexander R. Markus et al. (Hrsg.), Der handelsgerichtliche Prozess, Bern 2019, 43-54
Nachfolgend abgedruckt →
- Alexander Brunner: Vergleichsverhandlungen Erster Teil: Verhandeln und Prozessieren, abrufbar:
<https://svrh.ch/wp-content/uploads/2019/04/Brunner-Verhandeln-und-Prozessieren.pdf> oder: www.handelsrichter.ch / Dokumente
- Alexander Brunner, Vergleichsverhandlungen Zweiter Teil: Schlichtung und Vermittlung – Conciliation and Mediation, abrufbar:
<https://svrh.ch/wp-content/uploads/2019/04/Brunner-Conciliation-and-Mediation.pdf> oder: www.handelsrichter.ch / Dokumente

Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen

ALEXANDER BRUNNER

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

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

Inhalt

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

I. Sinn und Zweck von Vergleichsverhandlungen im Kontext des Justizsystems

Der moderne Staat als Rechts- und Friedensordnung teilt der dritten Gewalt (Judikative) neben der Ersten (Legislative) und der Zweiten (Exekutive) eine wesentliche Aufgabe zu. Die Gerichte¹ sollen die richtige Anwendung der Gesetze

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

sicher stellen und damit dem demokratisch gesetzten objektiven Recht in jedem Einzelfall zum Durchbruch verhelfen. Die Judikative wahrt damit die *Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz* und die Rechtssicherheit. Der Weg vom Streitfall zum Urteil verläuft dabei in den verfahrensrechtlichen Formen des Zivilprozesses². Angesichts dieser klaren Ausgangslage stellt sich die Frage nach Sinn und Zweck von Vergleichsverhandlungen im Kontext des Justizsystems. Wenn es die Aufgabe der Gerichte sein soll, die generell-abstrakten Wertentscheide des Gesetzgebers im individuell-konkreten Fall anzuwenden, d.h., das objektive Recht zwischen den Rechtssubjekten zu verwirklichen, bleibt dann noch Raum für eine andere Form der Streitbeilegung? Die Frage erscheint nur auf den ersten Blick als zugespitzt. Denn der Kampf ums Recht ist nicht nur eine abstrakte Frage der Subsumption, sondern ein Kampf um das knappe Gut verfügbarer Zeit, was sowohl für die Parteien als auch für die Gerichte eine stete Herausforderung darstellt. Es fragt sich, ob ein Urteil noch als gerecht gelten kann, wenn es nach Jahr und Tag erfolgt und sich die Verhältnisse des Rechtsstreites in der Zwischenzeit verändert oder die Streitgründe anderweitig entschärft haben. Diese eher rhetorische Frage ist klar zu verneinen; neben der *Rechtssicherheit* war daher das Postulat der *Verfahrensbeschleunigung*³ schon immer ein weiteres Element der Rechtsverwirklichung.

Die öffentliche Forderung nach einer Beschleunigung der Verfahren hat denn auch die letzte grosse Revision der Zürcher Prozessordnung von 1976⁴ von Anfang⁵ an begleitet und mündete ausgerechnet bei ihrem Inkrafttreten in eine weitere grosse Debatte⁶ um das Zürcher Justizsystem. Obergericht und Kantonsrat⁷ haben

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

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

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

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

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

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

in der Folge die prozessualen Instrumente einer Verfahrensbeschleunigung⁸ in der revidierten ZPO durch Massnahmen eines «new public management» an den Gerichten verstärkt. Allerdings hat dazu bereits GEORG MESSMER⁹ festgehalten, dass das Streben nach rascher Erledigung und das Gebot der Rechtssicherheit miteinander in Konflikt geraten können. *Es besteht ein Zwiespalt zwischen Verbesserung des Rechtsschutzes und Beschleunigung der Verfahren.* Als Ausweg aus diesem Zwiespalt eröffnet sich daher seit jeher eine Streitbeilegung durch die Aufnahme von Gesprächen zwischen den Streitparteien selbst und die geltende Zürcher ZPO enthält für das Stadium des Gerichtsverfahrens die entsprechenden Rechtsgrundlagen¹⁰. Die im Streit liegenden Parteien haben infolgedessen die Wahl: Vergleich oder Urteil. Das Urteil des Richters muss sich dabei ausschliesslich an die juristisch relevanten Rechtsfragen halten, die sich aus Sachverhalt und Rechtsnorm in ihrer Verschränkung ergeben. Alle anderen Diskussionspunkte sind «irrelevant» und fallen weg, denn «das Urteil ist nicht eine Diskussion mit den Parteien»¹¹, wie das Zürcher Kassationsgericht, das heute – im Jahre 2000 – sein 125. Jubiläum begehen kann, in prägnanter Kürze zutreffend festgestellt hat. Dieser Umstand ist es denn auch, der Parteien und Richter nach Alternativen suchen lässt. Im folgenden soll daher vorerst die Strategie der Vergleichshandlungen aus der Sicht der rechtsuchenden Parteien (nachfolgend II.) und hernach des Richters erörtert werden (nachfolgend III.). Abschliessend ist kurz auf die Grenzen einer Verwirklichung der Gerechtigkeit durch Verfahren einzugehen (nachfolgend IV.).

II. Zur Strategie der rechtsuchenden Parteien

1. Vergleich als Streiterledigung durch Konsens

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

⁸ Vgl. nachfolgend Ziff. III.1.

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

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

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

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

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

Auf der *obersten Stufe der Rationalität* steht der bereits erwähnte aussergerichtliche Vergleich in Wahrung der Privatautonomie der Parteien. Ohne Mitwirkung von Drittpersonen suchen solche Parteien nach einer einvernehmlichen Lösung. Der von ihnen abgeschlossene Vertrag ist ein Innominatkontrakt, der den Streitgegenstand betrifft oder eine unsichere Rechtslage regelt. Er untersteht den Regeln des Obligationenrechts¹³ und ist wegen Übervorteilung sowie insbesondere wegen Willensmängeln anfechtbar.

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

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

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

rechtlichen Mediation. Die Mediation¹⁴ als Mittel der Streitbeilegung ist an und für sich nichts anderes als das Aufzeigen und Aufdecken der grundlegenden Bedingungen menschlicher Kommunikation. Es ist das Hinausführen der Parteien aus den beschränkten Gesichtswinkeln ihrer Subjektivität und ihrer Missverständnisse in die Offenheit und Objektivität der Streitlage. Aus diesem Grunde entscheidet der Mediator denn auch nicht anstelle der Parteien, denn diese sollen infolge seiner Funktion als Katalysator eigenständige Lösungen selbst erkennen, ihren Streit alleine schlichten und einen Konsens finden. Es versteht sich von selbst, dass auch diese Art der Streitbeilegung durch einen Mediator als Geburtshelfer der Vernunft ein hohes Mass an Rationalität bei den Parteien voraussetzt.

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

In den klar überwiegenden Fällen lassen sich *die Stufen der Rationalität im Verlaufe des Prozesses jedoch wieder umkehren*, was ein optimistisches Menschenbild durchaus rechtfertigt. Nach traditioneller schweizerischer Prozessrechtslehre soll schon zu Beginn eines rechtsförmlichen Verfahrens der Frieden zwischen den Parteien wieder hergestellt werden, indem die meisten kantonalen Prozessordnungen, wie auch jene von Zürich, die staatliche Institution des Friedensrichters¹⁵ vorsieht. Zerstrittene Parteien haben daher, können sie selber keinen Konsens finden, die Möglichkeit, den «Rechtsweg» zu beschreiten.

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

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

2. Verfahrensauswahl und Arten des Vergleichs

Im Gegensatz zu jenem der Parteien ist das *Erfolgsziel des Richters, Recht zuzuteilen und Recht zu schaffen*. Finden die Parteien im aussergerichtlichen Vergleich keinen Konsens und wählen sie den Rechtsweg, haben sie auf einen Teil ihrer Autonomie bereits verzichtet. Massgebend sind nicht mehr ihre subjektiven Vorstellungen und ihre Freiheit bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse, sondern das an der Rechtsidee orientierte objektive Recht. Der Richter ist kein Mediator; insofern gibt es keinen Rollenkonflikt zwischen «Richten» und «Schlichten». Und wenn es eine Kritik an den neuen Formen der Mediation gibt, so insbesondere dann, wenn Mediatoren meinen, sich auf blosser Kommunikationstheorie und –praxis beschränken zu können. Das «social engineering» beim Ausgleich der Interessen zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei geriete bald auf Abwege, wenn nicht der demokratische Grundkonsens über Fragen der Gerechtigkeit in der Form von Rechtsnormen als Kriterium und Leitgedanke von Vergleichsverhandlungen massgebend bliebe. Der Kampf ums Recht, die Durchsetzung der subjektiven Rechte, ist die Bewährung des objektiven Rechts¹⁶. Das gilt auch mit Bezug auf die Dreistufen-Praxis als Strategie des Richters und des Schiedsrichters bei Vergleichsverhandlungen. Emotionale Intelligenz, Phantasie und Kreativität sind dabei von Vorteil und insofern würde es dem Richterstand gut anstehen, von den neuen Formen der Mediation zu lernen¹⁷. Die vornehme Aufgabe des Richters liegt darin, im rechtlichen Interesse der Parteien zu vermitteln, um eine vernünftige Lösung ihres Streites zu finden. Das bedeutet, dass der Richter sich nicht über den Parteien fühlen darf, sondern als Mittelsmann zwischen ihnen. Eine solche richterliche Haltung bereitet den Boden für eine Verhandlungsatmosphäre, in der Vergleiche reifen können. Neben dem bereits erwähnten aussergerichtlichen Vergleich sind daher der gerichtliche und der schiedsgerichtliche Vergleich zu nennen, bei deren Abschluss ein Richter vermittelnd mitwirkt.

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

¹⁶ So auch STÜRNER (Fn. 18) 280 oben.

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

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

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

Der *schiedsgerichtliche Vergleich*¹⁹ richtet sich hingegen nach den Schiedsordnungen der kantonalen Handelskammern und dem Konkordat sowie im internationalen Bereich²⁰ zur Hauptsache nach den 1998 revidierten Regeln der ICC²¹.

Die Strategie der rechtsuchenden Parteien und der sie beratenden Rechtsanwälte erschöpft sich jedoch oft nicht nur in der Wahl eines aussergerichtlichen Vergleichs oder der Auswahl zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht. Gemeint ist nicht bloss die Kostenfrage²². Vielmehr kann neuerdings beobachtet werden, dass Streitparteien das Verfahren vor einem Gericht in eine Gesamtstrategie einordnen, die alle Mittel der modernen Kommunikationstheorie mit ihren Möglichkeiten der Beeinflussung umfasst, wozu u.a. auch die öffentliche Imagepflege und public relation, Pressekonferenzen der Parteien und Berichterstattung in den Massenmedien sowie offen gelegte oder geheim gehaltene Aufträge an angesehenen Gutachter mit entsprechenden Publikationen in Fachzeitschriften gehören. Richter und Schiedsrichter müssen daher auf der Höhe der Zeit stehen, wollen sie angesichts dieser neuen Tendenzen ihr unabhängiges und unvoreingenommenes Denken bewahren – ein keineswegs immer leicht erreichbares Ziel. In den Vergleichsverhandlungen als solchen hat sich sodann die sog. Dreistufen-Praxis bewährt, auf die nachfolgend näher einzugehen ist.

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

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

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

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

III. Zur Strategie des Richters (Dreistufen-Praxis)

1. Rechtliche Stufe als erste Strategie

Die Grundsätze für erfolgreiche Vergleichsverhandlungen in Gerichten und Schiedsgerichten finden sich in keinem Gesetz. Sie ergeben sich jedoch zwanglos aus den vorstehend dargelegten Abstufungen der Rationalität in den Auseinandersetzungen der Parteien, jedoch in umgekehrter Reihenfolge. Der angerufene Richter muss in erster Linie feststellen, dass die Parteien nicht in der Lage waren, ihre Streitfrage mit einer autonomen Entscheidung, d.h. einem aussergerichtlichen Vergleich, aus der Welt zu schaffen. Weil ihnen die Rationalität hierzu fehlte, nehmen sie Zuflucht zur Rationalität des objektiven Rechts. Die Parteien wollen daher Klarheit über die Rechtslage ihres Streitfalles, über das geltende Recht sowie die Rechtsprechung und Lehre mit den entsprechenden Lösungsmöglichkeiten. Die Strategie des Richters in Vergleichsverhandlungen verfehlt daher das Ziel, wenn von Anfang an nur ein «arithmetisches Mittel» zwischen Behauptung und Bestreitung bzw. Forderung und Gegenforderung angestrebt wird. Bei der stufenweisen Zurückgewinnung der Rationalität gegenüber der Irrationalität eines Streitfalles gehört dementsprechend die *rechtliche* Stufe zur *ersten* Strategie des Richters als Vermittler²³. Schlichten und Richten schliessen sich in diesem Sinne nicht aus.

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

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

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

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

Der Ablauf einer Vergleichsverhandlung vor dem Richter ist daher weniger eine Schlichtung als vielmehr *Rechtsanwendung*, weshalb die rechtliche Stufe zu seiner ersten Strategie gehören muss. Sein Referat erfordert absolute Aktenkenntnis, die Beantwortung der auf den Sachverhalt bezogenen Rechtsfragen mit einwandfreier Subsumption und die vorläufige Würdigung der Beweisfragen mit einer klaren Beweislastverteilung und entsprechender Risikoanalyse für beide Streitparteien im Rahmen einer antizipierten²⁴ Beweiswürdigung. Die rechtliche Stufe der Vergleichsverhandlung vor dem Richter kann daher auch als Beratung der Parteien mit den Umrissen des voraussichtlichen Urteils am Horizont betrachtet werden. Erfahrungsgemäss lässt sich rund die Hälfte der Streitparteien auf dieser Rationalitätsstufe der Vergleichsverhandlung überzeugen und schliesst dementsprechend einen gerichtlichen Vergleich.

Die *Formulierung des Vergleichs*²⁵ umfasst einen Ingress, in dem kurz auf Parteien, Streitgegenstand und allfällige Motive eingegangen werden kann und regelt sodann als Hauptpunkt eine Reduktion der Forderung der klagenden Partei bzw. eine Anerkennung durch die beklagte Partei mit anschliessender Saldoklausel. Sodann folgt eine Erledigung von Vor- und Nachverfahren des Prozesses wie Betreuung, Erwähnung von Bauhandwerkerpfandrechten und Grundbucheinträgen²⁶ sowie allfällige Wirkungen des Vergleichs auf Dritte²⁷ oder bestimmte Er-

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

²⁵ Vgl. eingehend: NEESE (Fn. 12) 38 f.

²⁶ ZR 78 (1979) Nr. 3.

füllungsmodalitäten²⁸. Sodann sind auch allfällige Nebenfolgen und eine vorbehaltene Form²⁹ zu beachten.

Knapp die Hälfte der Streitparteien lässt sich hingegen von der ersten Rationalitätsstufe der Vergleichsverhandlungen nicht ohne weiteres überzeugen. Dafür sind viele Gründe möglich. Verhinderungsstrategien werden bspw. dann offenkundig, wenn eine Seite die in ihrem Besitz befindlichen Beweismittel pflichtwidrig der beweispflichtigen Partei vorenthält, die Risikoanalyse dadurch sabotiert und damit § 118 ZPO illusorisch macht. Neben der verpönten Überraschungstaktik³⁰ ist in solchen Situationen jeweils stets zu fragen, welche wirklichen Gründe das Verhalten einer ablehnenden Partei leiten. Eine natürliche Vermutung legt es nahe, die Gründe im wirtschaftlichen Bereich zu suchen. Damit kann festgehalten werden: Erst wenn die rechtliche Stufe als rationale Strategie versagt, kommt im Hinblick auf eine Beseitigung des verbleibenden irrationalen Restes im strittigen Verhältnis der Parteien eine Zweite zum Zuge, die Ökonomische.

2. Ökonomische Stufe als zweite Strategie

Die Ablehnung eines rechtlich begründeten Vergleichsvorschlages wird oftmals begleitet von der Verzögerungstaktik einer der Parteien. Ein solches Verhalten kann zwar Kostenfolgen³¹ und das Aussetzen³² von Verhandlungen überhaupt nach sich ziehen. Sie sind jedoch meist Indizien für durchaus rationale Gründe der zögernden Partei. Die ökonomische Stufe als zweite Strategie des Richters setzt daher auf das kaufmännische Gespräch unter Einbezug aller Interessen im Umfeld der Prozessparteien. Da in diesem Stadium besonders sensible Fragen zur Diskussion stehen, ist die Vertraulichkeit ein absolutes Gebot der Vergleichsverhandlungen, die ja ohnehin nur mit Bezug auf ihr Ergebnis³³, niemals aber hinsichtlich der einzelnen Gesprächsinhalte protokolliert werden und auch bei einem allfälligen Fortgang des Prozesses keine Verwendung³⁴ finden dürfen. So kann eine ökonomische Betrachtungsweise aufzeigen, dass das strittige Verfahren nur ein kleiner Ausschnitt aus einem grösseren wirtschaftlichen Ganzen ist, dessen Eventualitäten berücksichtigt werden müssen. So sind Verwaltungsräte von Tochter-Gesell-

²⁷ BGE 107 II 226; ZR 1982 Nr. 18.

²⁸ BGE 105 II 273; nicht durch *Hinterlegung* der verglichenen Geldschuld mit neuem Prätendentenstreit!

²⁹ ZR 95 (1996) Nr. 55.

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

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

³² BGE 122 V 47.

³³ ZR 96 (1997) Nr. 35.

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

schaften in Konzernen verpflichtet, die Zustimmung der Organe der Mutter-Gesellschaft einzuholen, was u.a. einen Ratifikationsvorbehalt³⁵ beim Vergleichsabschluss rechtfertigen kann. Ausserhalb der rechtlichen Rationalität liegen auch die wirtschaftlichen Interessen einer Partei, die neben einer eingeklagten Prozessforderung weitere Guthaben oder in naher Zukunft fällig werdende Verrechnungsposten an die Gegenpartei geltend machen kann. Von hohem unternehmerischen Interesse ist sodann die Frage nach der Einbringlichkeit einer Forderung und der Bonität des Schuldners, dem sog. Inkasso-Risiko.

In solchen und ähnlichen Fragen führt die rechtliche Stufe allein zu keinem Ergebnis. Die Berücksichtigung der ökonomischen Stufe ist dabei kein Verrat an einer korrekten Rechtsanwendung, auch wenn die Quantifizierung vom Resultat der rechtlichen Stufe abweicht. Entscheidend ist indessen, dass den Parteien beide Begründungen – die rechtliche wie die ökonomische – *offen* gelegt und der Abschluss des Vergleichs ihrer *freien* Entscheidung überlassen wird. Die Erfahrung zeigt hier, dass ein weiterer, erheblicher Teil der Parteien vom Verhandlungsergebnis überzeugt werden kann. Gestritten wird in der Folge jeweils nur noch um die Tragung der Kosten und Entschädigungen³⁶, die nach Obsiegen und Unterliegen, meist jedoch je zur Hälfte vereinbart werden.

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

3. Psychologische Stufe als dritte Strategie

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

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

³⁶ ZR 85 (1986) Nr. 130; ZR 80 (1981) Nr. 11.

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

Der Streit zwischen den Parteien ist in solchen Fällen oftmals derart irrational und festgefahren, dass nur die getrennte³⁷ Befragung eine Lösung verspricht. Nach der hier vertretenen Meinung ist allerdings von solchen *getrennten Verhandlungen* nur mit *allergrösster Zurückhaltung*, und auch nur im ausdrücklich erklärten Einverständnis aller Beteiligten, Gebrauch zu machen. Denn es widerspricht dem Grundsatz der Offenheit des Vergleichsgesprächs und birgt die Gefahr von Missverständnissen, da die Kommunikation zwischen den Parteien unterbrochen wird. Besonders problematisch erscheint ein stundenlanges Verhandeln mit lediglich einer der Prozessparteien³⁸. Es stellt sich überhaupt die Frage, inwieweit Druck³⁹ auf die Parteien zulässig sein soll. So wird m.E. zutreffend kritisiert, dass Einschüchterung und Drohung mit Sicherheit keine probate Mittel einer rationalen Konfliktbewältigung sein können⁴⁰.

Dasselbe gilt für eine allzu *persuasive*⁴¹ *Rhetorik* und zielgerichtete Strategie⁴² auf Seiten des Gerichts. Auch wenn viele Argumente aus dem langen Katalog der Praktiker jeweils gute Gründe für sich beanspruchen können, wie bspw. der Hinweis auf die voraussichtliche Dauer und die Kosten des Verfahrens, sowie der Appell zu einem vernünftigen Friedensschluss mit der Gegenpartei, zum Überspringen des eigenen Schattens, so ist doch festzuhalten, dass keine Pflicht besteht, einen Vergleich abzuschliessen; manchmal möchte eine Partei mit einem Prozess einfach nur Zeit gewinnen⁴³. In aller Regel ziehen die Parteien jedoch einen höheren Nutzen aus einer gütlichen Einigung, weshalb auch in Zukunft mehr Prozesse durch Vergleich als durch ein Urteil erledigt⁴⁴ werden. Scheitert aber ein Vergleichsabschluss selbst unter Berücksichtigung der psychologischen Stufe, so steht keine vierte Strategie zur Verfügung.

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

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

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

⁴⁰ a.a.O., 122 ff.

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

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

⁴³ BGE 112 III 108.

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

IV. Grenzen der Gerechtigkeit durch Verfahren

1. Intellectus infinitus? – keine vierte Strategie

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

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

2. Rechtsmittel gegen die Streiterledigung

Einschränkend ist vorerst festzuhalten, dass die psychologische Dimension eines Vergleichs, seine reine Motivlage⁴⁵, nicht überprüfbar ist. Handelt es sich jedoch um einen *Willensmangel* im Sinne des Obligationenrechts (Art. 21 OR, Art. 23 ff.⁴⁶, Art. 28 und Art. 29 OR), so ist je nach Prozesslage der Rekurs⁴⁷, die Nichtigkeitsbeschwerde⁴⁸, die Revision⁴⁹ und die Berufung ans Bundesgericht⁵⁰ möglich.

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

⁴⁵ ZR 91/92 (1992/1993) Nr. 93.

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

⁴⁷ ZR 66 (1967) Nr. 105.

⁴⁸ ZR 96 (1997) Nr. 114.

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

⁵⁰ BGE 117 II 218; 110 II 44.

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

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

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 Streitbelegungsabrede, Freiburg (Schweiz) 1998; MEIER ISAAK, Mediation, in: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, 583 ff.; MEYER VALERIE, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Zürich 2005; MÜRNER DIANA, Gerichtsnahe Zivilmediation, Zürich 2005; PETER JAMES THOMAS, Gerichtsnahe 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 gerichtsübergreifenden 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 Vergleichen 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 recht-suchenden 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 abschätzt als „*Basar*“ abtut, erkennt 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 Vergleich 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 ausformulierte 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 Vorstellungs- 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 HAFER (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. Stolze 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 eingebrachten *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 gewahrt.

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 vertretener 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.

Vergleichsverhandlungen am Handelsgericht Zürich – «la méthode zurichoise»

Prof. ALEXANDER BRUNNER¹

Inhalt

1.	Vorbemerkung	43
2.	Vertragsverhandlung, Zivilprozess und Mediation	44
3.	Vorbereitung der Vergleichsverhandlung	46
3.1	Gerichtsinterne Vorbesprechung	46
3.2	Begrüssung und Eröffnung der Verhandlung	47
3.3	Unpräjudizielle und vertrauliche Verhandlung	47
4.	Referate der Gerichtsdelegation	48
4.1	Referat des Oberrichters als Instruktionsrichter	48
4.2	Referat des Handelsrichters als Fachrichter	50
4.3	Referat des Gerichtsschreibers	50
5.	Einigungsverhandlung mit den Parteien und Anwälten	51
5.1	Rechtliche Stufe	51
5.2	Wirtschaftliche Stufe	52
5.3	Psychologische Stufe	52
5.4	Ergebnis	53
	Bibliographie	54

1. Vorbemerkung

Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche Fassung des an der Tagung 2019 des *Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht* an der Universität Bern gehaltenen Vortrags.² Er stützt sich vor allem auf die langjährige *Praxis* als Oberrichter, die in der *Tradition einer jahrzehntealten Vorgehensweise* des Handelsgerichts Zürich steht. Sodann ist auf eine Reihe von Publikationen hinzuweisen, die solche Vergleichsverhandlungen reflektieren. Dem Leser dieses Beitrags wird die im Anhang aufgeführte *Bibliographie* zur Vertiefung der Thematik empfohlen. Aus diesem Grund kann sich der Beitrag hier auf die wesentlichen Eckpunkte beschränken.

¹ Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich, Titularprofessor em. Universität St. Gallen, Ständiger Lehrbeauftragter für Wirtschafts- und Konsumrecht Universität Zürich

² Der Autor des vorliegenden Beitrags äussert seine persönliche Meinung und verpflichtet die Institution des Handelsgerichts nicht.

Der *französische Wortlaut des Aufsatztitels* geht auf den allseits geschätzten und schweizweit bekannten Freiburger Professor PIERRE TERCIER zurück, dem das Zürcher Verfahren auch als Schiedsrichter bekannt war und der für die Romandie den Terminus «méthode zurichoise»³ schuf. *Kernpunkt* dieser Methode ist die raschmögliche Einladung der Unternehmen an einen runden Tisch bereits nach Eingang der ersten Rechtsschrift von Kläger und Beklagtem und ein offenes Gespräch aller Beteiligten auf der Grundlage einer Sach- und Rechtsanalyse. Ziel ist das Erreichen der Normalität des wirtschaftlichen Denkens und Handeln als *Grundlage für ökonomische Kreativität* und Erfolg.

2. Vertragsverhandlung, Zivilprozess und Mediation

Die Parteien haben bei Streitlagen stets *drei Möglichkeiten*, ihre vertraglichen Differenzen zu bereinigen und damit zu einem guten Abschluss zu kommen. Ist das Vertrauen zwischen den Parteien – im Handelsrecht sind dies die Unternehmen und ihre Vertretungen – ungebrochen, so fällt es in der Regel leicht, sich zusammen an einen Tisch zu setzen und die Lösungen gemeinsam zu erarbeiten. *Unternehmen sind dies gewohnt*. Ihr Ziel ist es, am Markt zu bestehen und die produzierten Waren und Dienstleistungen erfolgreich zu vertreiben. Die absolut überwiegende Zahl möglicher Differenzen wird auf diese Weise besprochen, autonom geregelt und in den unterzeichneten Verträgen zum Abschluss gebracht.

Dieses wohlfeile Vorgehen ist dann nicht mehr möglich, wenn sich hartnäckige Differenzen zeigen, wenn das gegenseitige Vertrauen durch irgendwelche, manchmal auch emotionale Verhaltensweisen gestört wurde, oder wenn etwa grundsätzliche wirtschaftliche Überlegungen der Parteien einer Lösung im Wege stehen.

Scheinbar unüberwindliche Streitlagen können dann nur mit der *Hilfe von aussen* einer Lösung zugeführt werden. Den Parteien ist dann oftmals nicht bewusst, dass sie *durch ihren Streit* einen Teil ihrer *Autonomie aufgeben* müssen. Nicht mehr sie selbst sind dann die Herren der Auseinandersetzung, vielmehr benötigen sie Dritte, die ihnen bei einer Lösung helfen. Diese Rechtstatsachen können anhand der folgenden *Übersicht* veranschaulicht werden:

³ Vgl. dazu NOBEL PETER, Vergleich und Urteil – Konkurrenz zweier Erledigungsformen, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zürich 2008, 953 ff.; zitiert bei NOBEL PETER, Handelsgerichte und Schiedsgerichte, in: Brunner Alexander (Hrsg.), *Europäische Handelsgeschichte*, Bern 2009, 226 Fn. 72.

Vergleichsverhandlungen am Handelsgericht - «la méthode zurichoise»

Negotiation Parteien und Vertreter	Arbitration Gerichte / Schiedsgerichte	Mediation Parteien und Mediatoren
Autonom und freiwillig (Vertragsfreiheit)	P. nicht (mehr) autonom Nicht freiwillig	In der Regel freiwillig (wieder autonom)
Vertrag vollstreckbar	Gerichtsentscheid Rechtsmittel / vollstreckbar	Einigungsvereinbarung vollstreckbar
Parteien direkt Kein dritter Vermittler	Auferlegte Lösung Ermessen des Gerichts	Wahl der Parteien Mediator fachlich/neutral
Privat und informell Autonomes Vorgehen	Öffentlich und formell Strenge Verfahrensregeln	Privat und informell Flexibles Verfahren
Nachweis von Fakten frei Vergangenheit und Zukunft	Strenge Beweisregeln Focus: Vergangenheit	Nachweis von Fakten frei Focus: Zukunft
Suche nach gegenseitiger Übereinstimmung	Durch Gesetz und Gericht begründete Meinung	Suche nach gegenseitiger Übereinstimmung
Parteien oder ihre Rechtsvertreter	Entscheidende sind Gericht und Rechtsanwälte/ nicht P.	Parteien direkt und voll in Entscheid eingebunden

Es versteht sich von selbst, dass in verhärteten Streitlagen zwischen Unternehmen sowohl die *Richterschaft* als auch die *Mediatoren* versuchen, mit rationalen und kaufmännisch begründbaren Vorschlägen eine Lösung zu finden. Der *Unterschied* zwischen der gerichtlichen Vergleichsverhandlung und der aussergerichtlichen Mediation liegt lediglich darin, dass im ersten Fall den Unternehmen *konkrete Vorschläge als Zielvorgabe* unterbreitet werden, während im zweiten Fall die Unternehmen selber Lösungen erarbeiten anhand der *Kommunikationsmittel* des Mediators als «Katalysator». Die Wirtschaftsmediation nähert sich insoweit den üblichen *Vertragshandlungen* an (vgl. Tabelle, linke Spalte), die zum normalen Wirtschaften der Unternehmen gehört. Das heisst nun aber nicht, dass die gerichtlichen *Vergleichsverhandlungen* (vgl. Tabelle, mittlere Spalte) nicht auch zu den Mitteln der *Mediation* (vgl. Tabelle, rechte Spalte) Zugang hätten. Vielmehr besteht der Eindruck, dass der Zeitgeist, der zur aussergerichtlichen Mediation geführt hat, schon immer zum Inhalt der erwähnten jahrzehntealten Zürcher Praxis gehört hat. Vor allem in der zweiten und dritten Stufe⁴ der «méthode zurichoise» ist der Richter «echter Vermittler»⁵

⁴ Vgl. dazu nachfolgend Ziff. 5.2 (Ökonomie) und 5.3 (Psychologie).

im Sinne der Mediation. Im Folgenden ist dementsprechend kurz das Vorgehen nach Zürcher Praxis aufzuzeigen. Selbstverständlich kann es dabei angesichts der Individualität der Gerichtspersonen zu Unterschieden in Detailfragen kommen.

3. Vorbereitung der Vergleichsverhandlung

Die sehr *rasche Einladung* der Parteien und Anwälte zum *«runden Tisch»* noch *vor* einem zweiten Schriftenwechsel erfolgt nicht gestützt auf Art. 226 ZPO (Instruktionsverhandlung), sondern gestützt auf Art. 124 ZPO (Prozessleitung). Er hat folgenden Wortlaut: «(1) Das Gericht leitet den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. (2) Die Prozessleitung kann an eines der Gerichtsmitglieder delegiert werden. (3) Das Gericht kann jederzeit versuchen, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen.»

Die Zürcher Praxis erreicht damit *ein unbefangenes Gespräch ohne Druck auf Anwälte und Parteien*, die mit einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO) verbunden sein kann. Denn nach ihrer Durchführung sind neue Vorbringen in das gesamte Verfahren nur noch unter dem strengen Novenrecht möglich (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Das Verfahren zeigt damit eine lockere Offenheit des Gesprächs mit der Möglichkeit späterer neuen Behauptungen, das aber auch allfällige Risiken des gesamten Verfahrens offenlegt beim Bewusstwerden fehlender Beweise.

3.1 Gerichtsinterne Vorbesprechung

Mit den Parteien wird rechtzeitig ein passender Verhandlungstermin vereinbart, womit auch die *Zusammensetzung der Gerichtsdelegation* bekannt gegeben wird (Oberrichterin als Instruktionsrichterin; Handelsrichterin als Fachrichterin und Gerichtschreiberin). Die drei Gerichtspersonen der Delegation erhalten je die vollständigen Prozessakten und bereiten sich unabhängig voneinander auf die Vergleichsverhandlung vor und skizzieren je für sich mögliche Lösungen für die anstehenden Sach- und Rechtsfragen.

In der Regel eine halbe Stunde vor dem Erscheinen der Parteien und Anwälte trifft sich die Delegation im Sitzungsraum. Hier werden Gemeinsamkeiten, aber auch erste Differenzen diskutiert, die der Sachverhalt bereithält. Rechtsfra-

⁵ ARISTOTELES (Nikom. Ethik. V. 7.): «Deshalb nimmt man auch in zweifelhaften Fällen seine Zuflucht beim Richter. Zum Richter gehen bedeutet denn auch zur Gerechtigkeit gehen, da der Richter die lebendige Gerechtigkeit sein soll. Auch sucht man im Richter einen Mann der Mitte, weshalb er oft *«Mittelsmann»* genannt wird, als träfe er, wenn er die Mitte trifft, das Recht» - Mit anderen Worten: «Es gibt nichts Neues unter der Sonne!» (KOELET/PREDIGER SALOMO).

gen werden erörtert, Risiken beider Seiten besprochen und mögliche Lösungen skizziert. *Entscheidend ist dabei die Stellung des Fachrichters.*⁶ Denn zum überwiegenden Teil bestimmt der gegebene und beweisbare *wirtschaftliche oder technische Sachverhalt* die Rechtsfragen, die meist nur eine Folge und nur selten der *Grund* für Streitlagen zwischen den Parteien sind.

Das Zürcher Einführungsgesetz zur ZPO kennt sodann seit jeher das Recht auf abweichende Meinung («dissenting opinion»), die jeder Gerichtsperson, auch dem Gerichtsschreiber, zusteht (vgl. heute § 124 GOG-ZH). Mögliche abweichende Meinungen können daher auch in der Vergleichsverhandlung jederzeit erörtert werden. Eine nicht einstimmige Einordnung der Sach- und Rechtsfragen signalisiert den Parteien denn auch klar, wo allfällige Risiken liegen. Sie laden nicht selten zu einer gütlichen Regelung ein.

3.2 Begrüssung und Eröffnung der Verhandlung

Zeitig werden sodann die Parteien und ihre Anwälte ins Sitzungszimmer gebeten. Der Gerichtsschreiber eröffnet das Protokoll und stellt die Personalien, die Stellung im Unternehmen und Zeichnungsberechtigungen⁷ fest. Dann stellt sich auch die Gerichtsdelegation vor. Der Oberrichter als Berufsrichter übernimmt den Vorsitz und erläutert Sinn und Zweck der Verhandlung am runden Tisch, die von nun an auch Elemente der Mediation enthält. Vor jeder Verhandlung werden die Parteien zu Protokoll auf wesentliche Eckpunkte der Verhandlung hingewiesen.

3.3 Unpräjudizielle und vertrauliche Verhandlung

Der Instruktionsrichter erläutert, dass die Vergleichsverhandlung ausser Protokoll erfolge. Die Einigungsverhandlung sei *unpräjudiziell*; einerseits für die Gerichtsdelegation (Instruktionsrichter, Fachrichter und Gerichtsschreiber), andererseits für die Parteien und ihre Anwälte. Die Ausführungen der Delegation seien deshalb unpräjudiziell, da ein späteres Urteil mit fünf Richtern (zwei Oberrichter und drei Fachrichter) gefällt werde und die Delegation daher als Minderheit die Vergleichsverhandlung und unter Vorbehalt des Kollegialgerichtsentscheidens führe. Sodann stehe noch der zweite Schriftenwechsel aus (Replik und Dup-

⁶ BRUNNER ALEXANDER, 2009,321 ff.

⁷ Voll zeichnungsberechtigte und mit dem Fall vertraute Personen aus den Unternehmen sind entscheidend, denn mit den «falschen Personen am Tisch» - «*the wrong people at the table*» der *Wirtschaftsmediation* - kann nicht verhandelt werden. Das Handelsgericht ist kein Universitäts-Seminar für abstrakte Rechtsdiskussionen. Aus diesem Grund hat der Verfasser des vorliegenden Beitrags die Verhandlung unmittelbar nach deren Beginn auch schon umgehend vertagt, wenn die Voraussetzungen für echte Verhandlungen nicht gegeben waren. Die Anwaltschaft steht im Interesse ihrer Klientschaft in der Pflicht.

lik), was zu neuen Erkenntnissen führen könne, und was die Sach- und Rechtsfragen sowie die entsprechende Beurteilung verändern könne. Die Ausführungen der Parteien seien ebenfalls unpräjudiziell in dem Sinne, dass sie sich nicht auf ihre Aussagen bei einer allfälligen Fortsetzung des Verfahrens behaften lassen müssten. *Andernfalls könne nicht echt verhandelt werden.*

Sodann werden die Parteien gefragt, ob sie mit *Einzelgesprächen im Sinne der Wirtschaftsmediation* einverstanden seien, wobei nur diejenigen Informationen an die Gegenpartei weitergegeben werden, welche nicht als Geschäftsgeheimnis bezeichnet werden. Einzelgespräche würden nur dann durchgeführt, wenn die Parteien ihre Einwilligung zu Protokoll erklären.

Schliesslich ist hier auch noch der Zeitpunkt, allfällige *Ausstandgründe* bekannt zu geben und den Parteien Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern.

Den Parteien wird gesamthaft einsichtig gemacht, dass die Verhandlung einem einzigen Zweck dient; nicht der Spiegelfechterei juristischer Spitzfindigkeiten in Endlosschlaufen, sondern dem Ziel der Realisierung der ökonomischen Vernunft. Grundlage dafür ist die Einsicht der Richterschaft am Zürcher Handelsgericht, dass ein Wirtschaftsstandort dringend auf aktive und kreative Unternehmen angewiesen ist, die ihre Ressourcen sinnvoll verwenden können und nicht in nutzlosen und unergiebigem Aktionen binden sollten.

Schliesslich können bereits in diesem Stadium bei noch offenem Protokoll erkennbar unwesentliche oder formale Sach- und Rechtsfragen bereinigt werden. So insb. die Frage nach dem Streitwert, mangelnde Substantiierung, der Rechtswahl mit möglichem Prozessvergleich, Verzugszinse oder gar Verzichte von Punkten, die den Prozess Zeit kosten, aber ökonomisch keinen Sinn machen.

4. Referate der Gerichtsdelegation

4.1 Referat des Oberrichters als Instruktionsrichter

Nach dem offen sichtbaren Schliessen des Protokollheftes durch den Gerichtsschreiber beginnt die Verhandlung «off the record». Das ist der Ernstfall für die Verhandlungsdelegation des Handelsgerichts. Den Parteien und Anwälten werden in kurz gedrängter Form die wesentlichen *Risiko-Analysen* zu den Sach- und Rechtsfragen präsentiert. Das ist eine spannende Angelegenheit für alle Seiten. Die Gerichtsdelegation verfolgt die averbalen Signale⁸ der Parteien und Anwäl-

⁸ Die *Kommunikationstheorie*, die Teil der klassischen Mediationsausbildung ist, hat gezeigt, dass die verbale Kommunikation des Menschen, d.h., seine sprachliche Interaktion, nur ein kleiner Teil der Kommunikation als Ganzes ausmacht. Das bewusste Handeln des Menschen ist

te. Die Parteien und Anwälte erleben eine Art «Stunde der Wahrheit»; denn erstmals müssen sie feststellen, dass eine neutrale und unbefangene Sichtweise ihre naturgemäss standortbedingten Perspektiven «in Frage» stellen könnte. Die Spannung ist indessen für alle Seiten durchaus auszuhalten, zumal die intellektuelle Offenheit nach allen Azimuten oberstes Prinzip einer idealen Vergleichsverhandlung ist. Die Reihenfolge der Referate eröffnet der Oberrichter, gefolgt vom Fachrichter und Gerichtschreiber. An die Parteien wird demnach nicht einfach der Appell gerichtet, den Streit doch endlich zu beenden; vielmehr werden sie eingeladen, rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen zu folgen.

Das Referat des Berufsrichters folgt grundsätzlich dem systematischen Aufbau eines Gerichtsurteils. Es enthält alle Bestandteile, die im *Nukleus* auch zu einem *Urteil* des Gerichts führen *könnte*.

Zu einem gut begründeten und für die Parteien und die Beschwerdeinstanz nachvollziehbaren Gerichtsentscheid zählen in stets gleicher Systematik folgende stichwortartigen Punkte: (1.) *Allgemeines* und Prozessverlauf mit Fragen der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit; (2.) die *Analyse* des Sachverhalts mit (2.1) den Parteien, Dritten und ihren Relationen sowie mit dem (2.2) *relevanten* Sachverhalt; (3.) die Partei-Standpunkte mit (3.1) den wesentliche Behauptungen der klagenden Partei und (3.2) den wesentliche Behauptungen der beklagten Partei; (4.) die rechtliche Würdigung mit (4.1) der *Interpretation* und mit (4.2) der *Qualifikation* des Sachverhaltes sowie mit (4.3) der *Subsumption* (hier offenbart sich die Relevanz von Behauptungen und Bestreitungen) des interpretierten Sachverhalts unter die qualifizierte Rechtsnorm; und schliesslich (5.) die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Streites.

Im Gegensatz zu einem Urteil zeigt jedoch das *Referat* bei jeder Sach- und Rechtsfrage stets die *Problemlagen und Risiken*⁹ auf, demnach eine vorläufige *Einschätzung*, nicht aber einen definitiven Entscheid. Erfahrene Unternehmer, Anwälte und Richter sind denn auch längst zur Einsicht gelangt, dass das Leben als solches und vor allem die unendlichen Möglichkeiten der realen Wirtschaftswelt nie und nimmer zwischen den Kartondeckeln eines Zivilprozesses Platz finden werden und erfasst werden können. Die Urteile der Gerichte sind immer eine *Einengung* auf eine bestimmte gesetzlich legitimierbare Sichtweise. Ein Gerichtsurteil kann jedoch nie dem Anspruch genügen, eine endgültige «Wahrheit» zu repräsentieren.¹⁰ Diese Vernunftgründe hat der Gesetzgeber seit

nur eine Teilmenge aus dem unbewussten Verhalten im Universum der menschlichen Kommunikation.

⁹ Eingehend dazu: SCHMID ROLAND, a.a.O., 241.

¹⁰ Im Verlauf der vorne erwähnten Tagung konnte der Verfasser des vorliegenden Beitrags einen *interessanten Einwurf seitens der Anwaltschaft* zur Kenntnis nehmen. So wurde zu Recht bemängelt, dass das Referat teilweise wie eine «Vorlesung» und viel zu lange wie ein Endentscheid präsentiert werde. Zutreffend wäre es, wenn die Gerichtsdelegation nur die Eckpunkte

jeder erkannt und neben der «dissenting opinion» der Erkenntnisträger die Beschwerde der Betroffenen an die nächste gerichtliche Stufe etabliert.

4.2 Referat des Handelsrichters als Fachrichter

Hat der Berufsrichter seine Einschätzung zu den Sach- und Rechtsfragen abgegeben, erteilt er dem Handelsrichter das Wort. Dessen Überlegungen betreffen zum überwiegenden Teil die *Interpretation des Sachverhalts aus der Sicht eines Experten*. Gerade hier zeigt sich der unschätzbare Wert der Schweizer Innovation der Handelsgerichte zu Fachgerichten.¹¹

Handelsrichterinnen repräsentieren mit ihrem Expertenwissen *die anderen Wissenschaften* neben der an den Universitäten gelehrten Rechtswissenschaft, die nur, aber immerhin dazu dient, anhand der Rechtsnormen des Staates unterschiedliche Interessenlagen in Gesellschaft und Wirtschaft friedlichen Lösungen zuzuführen. Die *Richterschaft hat in der Regel keine tiefgehenden praktischen Kenntnisse aus der Wirtschaftswelt* der Banken und Versicherungen, des Revisions- und Treuhandwesens, des Baugewerbes, der Architektur und Ingenieurkunst, der Lebensmittel-Industrie, der Maschinen- und Elektro-Industrie etc. Bei der Interpretation der komplexen Sachverhalte ist auch die Anwaltschaft auf die entsprechende Expertise angewiesen. Die Einschätzung der Fachrichterinnen vor allem zu den *Beweisrisiken der Sachverhalte* hat daher in den gerichtlichen Vergleichsverhandlungen ein sehr grosses Gewicht. Die am runden Tisch sitzenden Vertreter der Unternehmen verstehen rasch, was Ihresgleichen in ihrer Fachsprache kommunizieren und als Einschätzung vortragen, denn sie sprechen die gleiche (Fach-)Sprache. Ein erheblicher Teil des grossen Erfolgs von Vergleichsverhandlungen nach der «méthode zurichoise» ist dem Fachwissen innerhalb der Gerichtsdelegation zu verdanken.

4.3 Referat des Gerichtsschreibers

Schliesslich kommt der Gerichtsschreiber zu Wort. Am Handelsgericht arbeiten hervorragend qualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die bereits eine gewisse Erfahrung in den unteren Gerichtsinstanzen erworben haben. Sie bearbeiten vor allem jene Rechtsfragen, die sich in den internen Diskussionen unter den Juristen als besonders knifflig zeigen. Dazu gehören oftmals die Probleme der Streitwerte, der Zuständigkeit und komplexe Verfahrensfragen. Sie ergänzen auf ideale Weise auch Punkte, die in den Vor-Referaten möglicherweise zu

präsentieren könnte, um genügend Zeit für das Verhandeln von Lösungen zu gewinnen. Dieser positive Einwurf sollte für alle gerichtlichen Vergleichsverhandlungen gelten!

¹¹ Vgl. zur historischen Entwicklung der Zürcher und der Schweizer Handelsgerichtsbarkeit eingehend: BRUNNER ALEXANDER, 2016, 29-55.

wenig Beachtung gefunden haben. Nach diesem letzten Durchgang ist die Zeit reif für das intensive Gespräch mit den Parteien.

Dieses Gespräch wird *eröffnet mit der Fragerunde* für die Kläger- und die Beklagtenseite (je Anwälte und Personen der Unternehmen). Die menschliche Kommunikation ist zeitgleich ein rhetorischer und hermeneutischer Vorgang und mit den bekannten Mängeln beim Reden und Verstehen behaftet. Daher ist jetzt Zeit, bestehende Missverständnisse zu beheben, die in der Regel auf unvollständig oder unklar dargelegten Punkten beruhen. Es ist darum entscheidend, diese Fragerunde durchzuführen, denn ohne sie besteht die Gefahr, dass die Parteien mit *unzutreffenden Vorstellungen* in die nun anstehenden Verhandlungsrunden einsteigen.

Zentral ist nach dem Abschluss dieser Klärungen auf allen Seiten, dass die Parteien mit ihren Anwälten nun in Ruhe das Gehörte verarbeiten können. Dazu stehen ihnen am Handelsgericht Zürich *separate Anwaltszimmer* zur Verfügung. Solche internen Gespräche können kurz sein, aber je nach Komplexität auch eine geraume Zeit in Anspruch nehmen.

5. Einigungsverhandlung mit den Parteien und Anwälten

5.1 Rechtliche Stufe

Sind nach diesem getrennten Zwischenspiel alle wieder am runden Tisch versammelt, werden die Parteien gefragt, ob ein bereits in den Referaten unterbreiteter *Vergleichsvorschlag* genehmigt werden kann. Eine andere, an die Methoden der Wirtschaftsmediation angeglichene Möglichkeit ist es, keinen solchen konkreten Vergleichsvorschlag zu unterbreiten, sondern in den zu Protokoll genehmigten getrennten Verhandlungen anhand der nun bekannten Prozessrisiken sukzessive zu vermitteln und die stetig sich angleichenden *gegenseitigen Anträge* der Parteien zum Abschluss eines Vergleichs zu moderieren. Häufig hört die Gerichtsdelegation dann die halb humorvoll, halb sarkastisch geäußerte Aussage von Betroffenen, am Handelsgericht sei man doch nicht an einem «orientalischer Basar». Dieser oft gehörte Hinweis verkennt jedoch fundamental die Grundlage eines Vergleiches. Der Vergleich ist bekanntlich ein *Vertrag*, der nach Art. 1 ff. des Schweizer Obligationenrechts durch *Antrag und Annahme* zustande kommt. Weshalb dieser Rechtsrahmen ausgerechnet in den gerichtlichen Vergleichsverhandlungen keine Geltung haben soll, ist nicht einsichtig. Es kann dazu auf die vorstehende Tabelle, linke Spalte, hingewiesen werden. Vielmehr ist es die *Rückeroberung der Autonomie der Parteien*, die sie durch ihren bisher ungelösten Streit und ihr gegenseitig sperriges Verhalten teilweise verloren hatten.

In den überwiegenden Fällen, in denen ein Vergleich zustande kommt, genügen die in den Referaten vermittelten Grundlagen der Sach- und Rechtsfragen. Es ist die erste von *drei Stufen*, die auch die Wirtschaftsmediation anwendet (*«law problems – commercial problems – emotional problems»*). Dass derart viele Vergleiche bereits auf dieser Stufe abgeschlossen werden, spricht für die Vernunft (*«common sense»*) der Anwälte als Rechtsberater und der Unternehmer als wirtschaftlich denkende Kaufleute in Wahrnehmung ihrer je eigenen Verantwortung.

Ist es den Parteien nicht möglich, auf der ersten, rechtlichen Stufe, einen Vergleich abzuschliessen, moderiert die Gerichtsdelegation hinüber in die zweite, wirtschaftliche Stufe.

5.2 Wirtschaftliche Stufe

Oft ist vorerst nicht erkennbar, weshalb die Parteien nach Einsicht in die Analysen der Sach- und Rechtsfragen nicht zu einer Einigung finden können, denn alles würde dafür sprechen. Die Gerichtsdelegation muss jedoch zur Kenntnis nehmen, dass es um mehr geht und die rechtliche Stufe nur eine Teilmenge aus einer grösseren Menge an Problemlagen war.

Es sind dies die ökonomischen Aspekte, die einen Streit begleiten können. Was ist das grössere Ganze des Streits? Muss die prozessierende Tochter-Gesellschaft das Einverständnis einer Mutter-Gesellschaft einholen? Ist das Prozessthema nur ein Teilaspekt der Auseinandersetzungen? Sind noch andere Verfahren an anderen Gerichten anhängig? Wie steht es mit der Bonität einer Partei?

Die Verhandlungsführung hat diese Fragen zuzulassen und mit den Parteien zu besprechen, obwohl es in der Regel um eine Ausweitung der Problemlagen geht, für die keine hinreichenden Unterlagen zur Verfügung stehen. Mit der Hilfe der Parteien selbst ist dieses Hindernis jedoch im Verlauf der weiteren Gespräche durchaus lösbar. Auch hier ist die Analogie zur Wirtschaftsmediation offenkundig. Die Parteien einigen sich auf Ratenzahlungen, sie lassen Telefonate an die Organe der Mutter-Gesellschaft zu (auch ins Ausland), sie wollen einen Gesamtvergleich aller hängigen Verfahren (in der Schweiz und im Ausland), oder sie vereinbaren mit der Bereinigung der offenen Fragen im Vergleich direkt neue Optionen für prosperierende Geschäfte.

5.3 Psychologische Stufe

Wenn die *Parteien* auch nach der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Problemlagen, die normalerweise zu einem Abschluss führen, keinen Vergleich

erzielen können, muss die Gerichtsdelegation feststellen, dass irgendwo ein «irrationaler blinder Fleck» existiert. Das ist die dritte Stufe.

Nicht dazu gehört selbstverständlich der Wunsch der Parteien, mit ihrem Fall ein *Präjudiz* für sich oder die Allgemeinheit zu erreichen. Gerade im letztgenannten Fall wird die Richterschaft dazu Hand bieten und es ist denn auch schon vorgekommen, dass den Parteien offengelassen wird, die *Rechtsfortbildung* mit einem Urteil in ihrem Prozess faktisch zu finanzieren. Überhaupt sollte vom hartnäckig sich haltenden Gericht Abstand genommen werden, wonach die Parteien an den Vergleichsverhandlungen unter Druck gesetzt würden. Die Wirtschaftsmediation in Form der gerichtlichen Vergleichsverhandlung verträgt keinen Druck! Die Information des Gerichtsschreibers über die Kosten des Gerichtsverfahrens (ein oft gehörter Einwurf) gehört mit Sicherheit nicht dazu.

Bei der dritten Stufe ist von der Gerichtsdelegation Psychologie und Empathie gefragt. Eine oder beide Parteien «drücken herum», lehnen trotz subjektiver Einsicht in die objektiv abgeklärten Sach- und Rechtsfragen sowie ökonomischen Implikationen und Risiken jeden vernünftig erscheinenden Antrag der Gegenpartei ab und wollen auch ihre Ablehnung vorerst nicht weiter begründen.

In solchen doch eher seltenen Fällen kommt den getrennten Anhörungen der Parteien eine wichtige Funktion zu. Plötzlich brechen Emotionen hervor, eine Partei fühlt sich von der Gegenseite schon lange «über den Tisch gezogen» und sie will «aus Prinzip» mit der Gegenseite nichts mehr zu tun haben.¹² Das Gerichtsverfahren wird in solchen Situationen mit einem Kampfmittel verwechselt, das durchaus irrationale Züge annehmen kann. Die Parteien erreichen unter solchen Umständen nur dann eine Übereinkunft, wenn es möglich ist, das Vertrauen wiederherzustellen. Gelingt dies, so erreichen die Parteien gemeinsam doch noch ihr Ziel.

5.4 Ergebnis

Es folgt hernach die fallbezogene Ausformulierung des Vergleichstextes. Nach Art. 241 Abs. 2 ZPO hat der Vergleich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides und das Gericht schreibt das Verfahren ab. Es ist primär eine Entlastung der Parteien und Anwaltschaft, aber auch der Gerichts- und Beschwerdeinstanz.

¹² Vgl. dazu die Analogie zur Mediation: BRUNNER ALEXANDER, 2015, 69 ff., insb. 79 ff.

Bibliographie

- BRUNNER ALEXANDER, Die Entwicklung zur Schweizer Innovation eines Fachgerichts, in: Alexander Brunner / Peter Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, 29-55 (3. Kapitel) (zit. BRUNNER ALEXANDER, 2016).
- BRUNNER ALEXANDER, Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, FS Isaak Meier, Zürich 2015, 69-87 (zit. BRUNNER ALEXANDER, 2015).
- BRUNNER ALEXANDER, Zur Auswahl der Handelsrichter nach ihrem Fachwissen, in: SJZ 2009, 321-323 (zit. BRUNNER ALEXANDER, 2009).
- BRUNNER ALEXANDER, Handelsgerichte, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG); Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz, Zürich 2007, 613-623.
- BRUNNER ALEXANDER, Handelsrichter als Vermittler zwischen Wirtschaft und Recht, SJZ 2006, 428 ff.
- BRUNNER ALEXANDER, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in: FS 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, 159-172.
- NOBEL PETER, Handelsgerichte und Schiedsgerichte, in: Alexander Brunner (Hrsg.) Europäische Handelsgerichtsbarkeit, Bern 2009, 201 ff.
- SCHMID ROLAND OSKAR, Vergleichsverhandlungen vor dem Zürcher Handelsgericht, in: Alexander Brunner / Peter Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, 235-265.

Unterlagen Referierende

Teil 2: Unterlagen Alexander Brunner

Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Teil 3: Unterlagen Meinrad Vetter

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen

Teil 4: Unterlagen Roland Oskar Schmid

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines
Vergleichs

Teil 5: Unterlagen Daniel Girsberger

Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters

Teil 6: Unterlagen Peter Nobel

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für Vergleichsverhandlungen

Referent
Dr. Meinrad Vetter

1

www.sjwz.ch

Übersicht

- I. Zwecke der Vergleichsverhandlung
- II. Zeitpunkt der Vergleichsverhandlung
- III. Parteierwartungen an eine Vergleichsverhandlung
- IV. Richterliche Einschätzung des Rechtsstreits
- V. Exposé bzw. Referat
- VI. Fazit

2

www.sjwz.ch

I. Zwecke der Vergleichsverhandlung

- Instruktionsverhandlung (Art. 226 Abs. 2 ZPO)
 - Freie Erörterung des Streitgegenstands
 - Ergänzung des Sachverhalts
 - Erzielung eines Vergleichs
 - Vorbereitung der Hauptverhandlung
- (Erste) Beweisabnahmen (Art. 226 Abs. 3 ZPO)
- Trennung in zwei Teile
 - Erster offizieller Teil
 - Zweiter inoffizieller Teil

 **Rechtsfrieden: 1. Vergleich / 2. Urteil**

3

www.sjwz.ch

II. Zeitpunkt der Vergleichsverhandlung

- Verschiedene Praxen / Möglichkeiten
 - Unmittelbar nach Eingang der Klage
 - Nach dem ersten Schriftenwechsel
 - Nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels
 - An der Hauptverhandlung
 - Mehrere Vergleichsverhandlungen

 **Zeitpunkt hat Einfluss auf die Vergleichsverhandlung**

4

www.sjwz.ch

III. Parteierwartungen an eine Vergleichsverhandlung

- Physischer Kontakt mit dem Gericht
- Richterliche Einschätzung des Rechtsstreits
 - (Vorläufige) Beantwortung der relevanten Rechtsfragen (Subsumption)
 - (Vorläufige) Würdigung der relevanten Beweise mit klarer Beweislastverteilung
 - Vergleichsvorschlag: Risikoanalyse mit Prozesskosteneinschätzung
- Rasche und kostengünstige Beendigung des Rechtsstreits

5

www.sjwz.ch

IV. Richterliche Einschätzung des Rechtsstreits

- Rechtsanwendung als Verknüpfung von Sachverhalt und relevanten Rechtsnormen
- Kenntnisse des relevanten Sachverhalts
 - Aktenkenntnisse
 - Rechtsschriften
 - Urkunden
 - Freie Erörterung des Streitgegenstands
 - Informelle Parteibefragung
 - Ausübung der Fragepflicht

6

www.sjwz.ch

IV. Richterliche Einschätzung des Rechtsstreits

- Ergänzung des Sachverhalts
 - Replik und Duplik → Aktenschluss!
- (erste) Beweisabnahmen
 - Parteibefragung
 - Zeugenbefragung
 - Augenschein

7

www.sjwz.ch

IV. Richterliche Einschätzung des Rechtsstreits

- Rechtsebene
 - Identifizierung der relevanten Rechtsnormen
 - Identifizierung der relevanten Tatbestandselemente
 - (Umfassende) rechtliche Abklärungen
 - Evtl. Arbeiten mit Varianten
- Richterliche Einschätzung des Rechtsstreits

Sachverhaltsebene ↔ Rechtsebene



Richterliche Würdigung mit Vergleichsvorschlag

8

www.sjwz.ch

V. Exposé bzw. Referat

- Umfang des Vortrags
- Vortragsstil
- Grafische Darstellungen
- Abgabe von Unterlagen

➡ Situativ nach Parteien und Art der Streitigkeit

9

www.sjwz.ch

V. Exposé bzw. Referat

- **Muster HGer Aargau**
 - A. Unbestrittener Sachverhalt
 - B. Rechtsbegehren
 - C. Vorläufige Beurteilung der Rechtslage
 1. Zuständigkeit / Schiedseinrede
 - 1.1. Parteibehauptungen
 - 1.1.1. Klägerin
 - 1.1.2. Beklagte
 - 1.2. Rechtliches und Würdigung
 - 1.3. Fazit
 2. Verhandlungsmaxime
 - 2.1. Behauptungslast
 - 2.2. Bestreitungslast
 - 2.3. Substantiierungslast
 - 2.4. Bezeichnung der Beweismittel
 3. Anwendbares Recht
 - 3.1. Parteibehauptungen
 - 3.1.1. Klägerin
 - 3.1.2. Beklagte

10

www.sjwz.ch

V. Exposé bzw. Referat

- 3.2. Rechtliches
- 3.3. Würdigung
- 4. Fremdwährungsforderung
- 5. Forderungsanspruch der Klägerin im Allgemeinen
 - 5.1. Parteibehauptungen
 - 5.1.1. Klägerin
 - 5.1.2. Beklagte
 - 5.2. Rechtliches und Würdigung
- 6. Beklagtischer Einwand der nicht gehörigen Erfüllung
 - 6.1. Parteibehauptung
 - 6.2. Rechtliches
 - 6.3. Würdigung

11

www.sjwz.ch

V. Exposé bzw. Referat

- 7. Verrechnungsforderungen der Beklagten
 - 7.1. Allgemeines zur Verrechnung
 - 7.2. Forderung infolge verspäteter Erfüllung
 - 7.2.1. Behauptung der Beklagten
 - 7.2.2. Rechtliches und Würdigung
 - 7.2.3. Fazit
 - 7.3. Forderung infolge unzulässiger Wettbewerbsabreden
 - 7.3.1. Behauptungen der Beklagten
 - 7.3.2. Rechtliches
 - 7.3.3. Würdigung
 - 7.3.4. Fazit
- 8. Fazit und Vergleichsvorschlag

12

www.sjwz.ch

VI. Fazit

- Vergleichsverhandlung bedarf einer sorgfältigen und umfassenden Abklärung der Sach- und Rechtsfragen
- Präsentation der richterlichen Einschätzung des Rechtsstreits situativ von Parteien und Art des Rechtsstreits abhängig
- Vergleichsverhandlungen sind auch ohne abgeschlossenen Vergleich meistens wertvoll

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Meinrad Vetter

Unterlagen Referierende

Teil 2: Unterlagen Alexander Brunner

Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Teil 3: Unterlagen Meinrad Vetter

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen

Teil 4: Unterlagen Roland Oskar Schmid

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines
Vergleichs

Teil 5: Unterlagen Daniel Girsberger

Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters

Teil 6: Unterlagen Peter Nobel

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines Vergleichs

Roland Schmid

Oberrichter, Präsident
Handelsgericht des Kantons
Zürich

1

www.sjwz.ch

„Auf hoher See und vor Gericht ist man allein in Gottes Hand“



2

www.sjwz.ch

**„Es hilft nichts, das Recht auf seiner Seite zu haben.
Man muss auch mit der Justiz rechnen.“**



3

**"Vom Richter bekommen Sie ein Urteil, Gerechtigkeit gibt's nur
im Himmel!"**



"Recht haben und Recht bekommen ist nicht dasselbe"

4

Übersicht

- Was ist Prozessrisikoanalyse?
- Wann findet eine Prozessrisikoanalyse statt?
- Warum Prozessrisikoanalyse?
- Ist das Ergebnis eines Rechtstreites aufgrund der Prozessrisiken kalkulierbar?
- Prozessrisikoanalyse am Handelsgericht Zürich
- Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien

5

www.sjwz.ch

Was ist Prozessrisikoanalyse?

- Aufzeigen und Bewertung der Prozessrisiken in einem Rechtsstreit
- Beurteilung der Erfolgchancen

6

www.sjwz.ch

Wann findet eine Prozessrisikoanalyse statt?

- Vor einem (allfälligen) Verfahren
- Im Verlaufe eines Verfahrens (insbesondere im Rahmen einer Vergleichs- oder Instruktionsverhandlung)
- Nach Abschluss des Verfahrens

7

www.sjwz.ch

Warum Prozessrisikoanalyse?

- Die Rechtswissenschaft ist keine Naturwissenschaft, welche objektiv nachvollziehbar stets zu einem vorhergesagten exakten Ergebnis führt.
- Diverse Unsicherheitsfaktoren in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (wie etwa Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen [beispielsweise "*wichtiger Grund*", "*unbillig*", "*grobes Verschulden*" etc.] und/oder Vertragsbestimmungen, Wertungsfragen, Ermessensspielraum, Beweisprobleme bei strittigen Sachverhalten etc.).
- Das Ergebnis ist häufig von der subjektiven Auffassung des betreffenden Richters abhängig.

8

www.sjwz.ch

Ist das Ergebnis eines Rechtstreites aufgrund der Prozessrisiken kalkulierbar?



- Grundsatz: "*Iudex non calculat*"
- Ausnahme: Mathematische Methode zur Berechnung der Erfolgchancen
 - Kommt ursprünglich aus den USA und wird im deutschsprachigen Raum vor allem von Prof. Dr. Jörg Risse, Rechtsanwalt und Partner einer internationalen Anwaltskanzlei in Frankfurt/D, vertreten.
 - Prof. Dr. Jörg Risse beschreibt diese Methode in seinem Buch mit dem Titel "*Prozessrisikoanalyse / Erfolgsaussichten vor Gericht bestimmen*" (2017 im Beck Verlag erschienen).

9

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse nach der Methode von Prof. Dr. Jörg Risse erfolgt im Wesentlichen in 3 Schritten



- In einem ersten Schritt werden die massgeblichen Weichenstellungen eines Falles in einem sogenannten Entscheidungsbaum abgebildet.
- Im zweiten Schritt wird für jede Weichenstellung das Risiko beziffert.
- Im dritten Schritt werden aus den Einzelrisiken das Gesamtrisiko (als Wahrscheinlichkeitsaussage in Prozent) sowie der Gesamtwert des strittigen Anspruchs berechnet.

10

www.sjwz.ch

Beispielsfall: Das undichte Flachdach (1)

Dachdecker A hat das Flachdach des Bürohauses des Bauherrn B isoliert. Nach 3 Jahren zeigt sich nach heftigen Regenfällen an der Bürodecke der obersten Etage ein grosser Wasserfleck. Der Dachdecker A streitet jede Verantwortung kategorisch ab. Der Bauherr lässt daraufhin die Decke sanieren. Die Sanierungskosten belaufen sich auf insgesamt CHF 100'000.--. Diesen Schadensbetrag macht nun B gegenüber A geltend.

11

www.sjwz.ch

Beispielsfall: Das undichte Flachdach (2)

Dachdecker A verteidigt sich mit folgenden Argumenten:

- Der Wasserfleck sei nicht auf die von ihm vorgenommene Isolierung zurückzuführen.
- Gewährleistungs- und Garantieansprüche seien ohnehin schon längst verjährt.
- Im Übrigen sei eine Haftung für alle Schäden nach seinen AGB auf maximal CHF 50'000.-- begrenzt.

12

www.sjwz.ch

Beispielsfall: Das undichte Flachdach (3)

Standpunkt des Bauherrn B:

- B hält an der Verursachung des Wasserflecks durch A fest.
- B bestreitet die Verjährung.
- B führt zudem aus, dass die AGB des Dachdeckers A mit der darin enthaltenen Haftungsbegrenzung nicht wirksam in den Werkvertrag einbezogen worden seien.

13

www.sjwz.ch

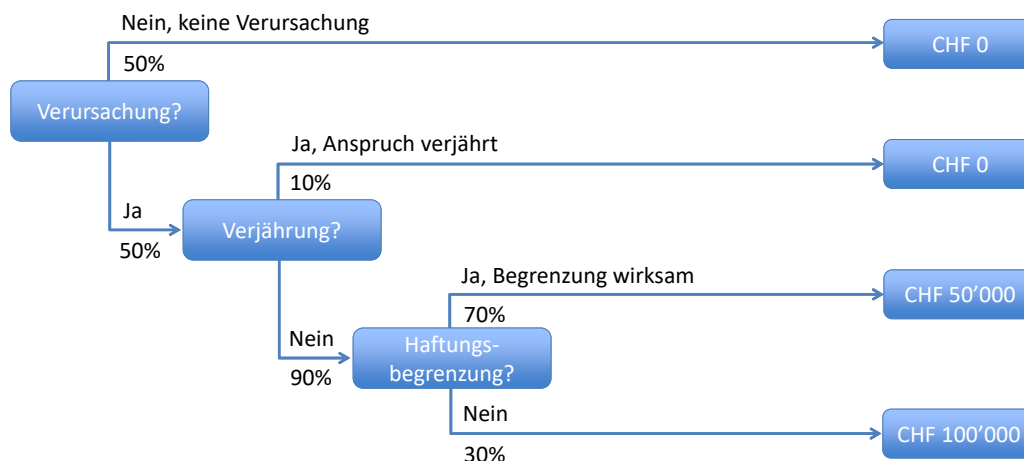
Beispielsfall: Das undichte Flachdach (4)

- 1. Schritt: Ermittlung der entscheidungsrelevanten Punkte:
 - Verursachung des Wasserschadens
 - Verjährung
 - Haftungsbegrenzung
- 2. Schritt: Eintrittswahrscheinlichkeiten der entscheidungsrelevanten Punkte bewerten
- 3. Berechnung des Gesamtwertes des Anspruchs

14

www.sjwz.ch

Beispielsfall: Das undichte Flachdach (5)



15

www.sjwz.ch

Beispielsfall: Das undichte Flachdach (6)

Die einzelnen Wahrscheinlichkeiten eines Astes werden mit dem Ergebnis dieses Astes multipliziert und die so errechneten Werte dann addiert

<u>Ast</u>	<u>Multiplikation</u>	<u>Addition</u>
1	50% x CHF 0.--	CHF 0.--
2	50% x 10% x CHF 0.--	CHF 0.--
3	50% x 90% x 70% x CHF 50'000.--	CHF 15'750.--
4	50% x 90% x 30% x CHF 100'000.--	CHF 13'500.--
Total Addition der errechneten Einzelwerte		<u>CHF 29'250.--</u>

16

www.sjwz.ch

Kritik an der Prozessrisikoanalyse nach der Methode von Prof. Dr. Jörg Risse (1)



- Das Problem dieser Methode liegt bei der prozentualen Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeiten. Und genau hier gehen die Ansichten der Parteien ja meist diametral auseinander. Zu viel ist unsicher, spekulativ und hypothetisch.
- Ist die prozentuale Bewertung unzutreffend, nützt die ganze Berechnung nichts.
- Big Data als mögliche Hilfe zur besseren Ermittlung der Eintrittswahrscheinlichkeiten?

17

www.sjwz.ch

Kritik an der Prozessrisikoanalyse nach der Methode von Prof. Dr. Jörg Risse (2)



Der Einbezug von Big Data in die Prozessrisikoanalyse sieht nach Prof. Dr. Jörg Risse für unser Fallbeispiel etwa so aus:

Der Anwalt gibt die 3 Weichenstellungen des Streitfalls über Stichworte in den Computer ein. Der Fall wird digitalisiert mit einer Datenbank abgeglichen, wo Tausende bereits entschiedener Fälle zu den Themenfällen "*Wasserschaden bei Flachdach*", "*Verjährung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen*" und "*Reduzierung eines pauschalierten Schadenersatzes*" abgespeichert sind. Nach einer entsprechenden Auswertung gibt der Computer die berechneten Prozentsätze an, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich ein Richter für den einen oder anderen Weg entscheiden wird (vgl. dazu auch Jörg Risse, *A perfect Match / Prozessrisikoanalyse und Legal Tech*, in: *Deutscher AnwaltSpiegel*, Ausgabe 06, 21. März 2018)

18

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (1)

- Grundsätzlich auf Vergleichsverhandlungen beschränkt
- Prozessrisikominimierung durch Beurteilungskompetenz
 - Gerichtsdelegation (OR, HR, GS) muss ein hohes Mass an Kompetenz und Know-how in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht aufweisen.
 - Die Einschätzung der Rechts-, Sach- und Beweislage basiert auf einer sehr intensiven und aufwändigen Vorbereitung der Gerichtsdelegation.

19

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (2)

- Rolle des IR/der IRin (Oberrichter/-in)
 - Er/Sie analysiert den Fall aufgrund der Rechtschriften und Beilagen so akribisch wie möglich und verfasst dazu ein Referat, das häufig den Qualitätsanforderungen eines Urteils entspricht.
 - *"Sein Referat erfordert absolute Aktenkenntnis sowie die Beantwortung der auf den Sachverhalt bezogenen Rechtsfragen mit einwandfreier Subsumtion und die vorläufige Würdigung der Beweisfragen mit einer klaren Beweislastverteilung und entsprechender Risikoanalyse für beide Streitparteien im Rahmen einer antizipierten Beweiswürdigung"* (Prof. Dr. Alexander Brunner, OR a.D. HG Zürich).

20

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (3)

- Mit dem Referat des IR/der IRin werden den Parteien zumindest die Umrisse des voraussichtlichen Urteils am Horizont deutlich gemacht.
- Vorbehalten bleiben selbstverständlich immer allfällige neue Vorbringen und neue Beweismittel, welche geeignet sind, die bisherige Beurteilung zu ändern oder gar ganz umzustossen.
- Dies geschieht in der Praxis aber eher selten. In der Regel führen die Parteien sämtliche für sie entscheiderelevanten Aspekte und Beweismittel bereits mit der ersten Rechtsschrift auf.

21

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (4)

- Rolle des HR/der HRin (Fachrichter/-in)
 - Der HR/die HRin gibt eine Einschätzung aus seiner/ihrer fachlichen Sicht ab.
 - Diesen fachrichterlichen Ausführungen kommt meist eine ganz besondere Bedeutung zu, weil der HR/die HRin ja in der Regel ein(e) ausgewiesene(r) Experte/Expertin auf dem betreffenden Gebiet ist, der/die über das entsprechende Know-how und die Erfahrung verfügt, um die streitigen Sachfragen genau analysieren und beurteilen zu können.

22

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (5)



- Aus inhaltlicher Sicht leisten die Fachrichter/-innen mit ihren Voten auch oft einen Beitrag, der mit demjenigen eines Gutachters vergleichbar ist. Ähnlich wie eine gerichtsexterne Expertise tragen sie das wirtschaftliche, technische oder naturwissenschaftliche Fachwissen, welches für die Beurteilung des Sachverhaltes erforderlich ist, in den gerichtlichen Spruchkörper.
- Die Handelsrichter/-innen können die Parteien in ihrer "*Fachsprache*" ansprechen.

23

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (6)



- Das professionelle Zusammenwirken von Handelsrichter/-in als Fachrichter/-in einerseits sowie dem IR/der IRin (und dem/der juristisch versierten GS/GSin) als Rechtsexperten andererseits führt (i.d.R.) zu einer fundierten Prozessrisikoeinschätzung.
- Eine derartige Einschätzung ist als ganz besondere gerichtliche Dienstleistung zu sehen, die letztlich dazu dienen soll, den Parteien eine informelle Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen zu schaffen.

24

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (7)

- Anzahl und Ausmass der verbleibenden Unsicherheitsfaktoren wirken sich auf die Klarheit der Risikoanalyse aus
 - Können die strittigen Fragen (Unsicherheitsfaktoren) durch die Gerichtsdelegation umfassend geklärt werden, ist entsprechend auch eine genaue Analyse möglich.
 - Meist sind aber Fragen (tatsächliche oder rechtliche) strittig, bei denen auch für die Gerichtsdelegation eine Unsicherheit (mit Bezug auf die sog. Eintrittswahrscheinlichkeiten) besteht.

25

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (8)

- Bei verbleibenden Unsicherheitsfaktoren muss antizipiert werden.
- Je mehr aber antizipiert werden muss, desto weniger aussagekräftig wird eine Risikoanalyse sein (weil zu viele unsichere, nicht berechenbare Faktoren eine entscheidrelevante Rolle spielen).
- Problematisch sind oft Beweisrisikofragen. An vielen Gerichten wird das Beweisrisiko üblicherweise in Prozenten festgelegt. Dabei darf nicht vergessen werden, dass das Beweisrecht oft nur eine Annäherung an den realen Sachverhalt erlaubt, mit schwer einschätzbaren Unsicherheiten verbunden ist und die wirkliche Wahrheit auch mit einem Beweisverfahren vielfach nicht zu Tage gefördert werden kann.

26

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (9)



- Weil die vorläufige Einschätzung des Beweisrisikos für die Vergleichsverhandlung zentral ist, sollte in diesem Zusammenhang jeweils konkret dargelegt werden:
 - wer die Beweislast trägt (wer muss was beweisen)
 - wie aussichtsreich gewisse Beweismittel erfahrungsgemäss sein können (z.B. reduzierter Beweiswert von Zeugen, die eine gewisse Nähe zu Prozessparteien aufweisen im Gegensatz zum sog. unabhängigen Zeugen)
 - Hinweis auf das erforderliche Beweismass (Regelbeweismass des strikten Beweises als Grundsatz im Gegensatz zum reduzierten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, z.B. bei Kausalitätsfragen)
 - Schwierigkeiten in der Beurteilung des Sachverhaltes

27

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (10)



- Als Weiterzugsmöglichkeiten bei einem allfälligen HG-Urteil steht nur noch das Bundesgericht mit einer beschränkten Kognition zur Verfügung
 - Beschränkte Kognition heisst bekanntlich: Das Bundesgericht beschränkt sich auf die Überprüfung von Rechtsfragen; das Bundesgericht ist an die Tatsachenfeststellung der unteren Gerichte (also HG) gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG).
 - Ausnahme: Nur wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig ist ("willkürlich"), kann das Bundesgericht korrigierend eingreifen (Art. 105 Abs. 2 BGG, Art. 97 Abs. 1 BGG).
 - Geringe Erfolgsaussichten der bundegerichtlichen Beschwerde in Zivilsachen (2018: Erfolgsquote von lediglich 10,32%)

28

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (11)



- Zusätzlich zum Risiko eines für die betreffende Partei unvorteilhaften Verfahrensausgangs gibt es diverse weitere Risiken (bzw. drohende negative Konsequenzen), die zu bedenken sind, wie etwa:
 - Lange Verfahrensdauer bzw. Verlängerung der Verfahrensdauer (falls kein Vergleich und Weiterzug eines HG-Urteils ans Bundesgericht)
 - Zusätzliche Gerichts- und Anwaltskosten
 - Risiko eines negativen höchstrichterlichen Präjudizes
 - Interne Ressourcen bleiben gebunden (gerade die Prozesse am HG können für Unternehmen sehr personal- und zeitintensiv sein)

29

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse am HG Zürich (12)



- Rückstellungen in den Büchern (für Unternehmen immer sehr unerfreulich)
- Weitere Verhärtung der Fronten (zwischen den Parteien), evt. Abbruch der Geschäftsbeziehung, evt. Imageschaden (gegenüber Dritten)
- Psychische Belastung der Beteiligten nicht zu unterschätzen (vor allem natürlich bei Privatpersonen, kann aber auch für die betroffenen Organe gelten, z.B. bei KMU's)
- Gefahr der ungenügenden Liquidität / Solvenzprobleme
- Vollstreckungsprobleme (gerade bei Parteien im Ausland)

30

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien (1)

- Wichtige Funktion der Parteivertreter/-innen
 - Es ist insbesondere Aufgabe des Anwalts/der Anwältin, die Prozessaussichten - nach der gegenüber den Parteien offenbarten Einschätzung des Gerichts - möglichst objektiv zu beurteilen und irrigen subjektiven Wertungen seiner bzw. ihrer Klientschaft entgegenzutreten sowie übertriebene Erwartungen in wenig stichhaltige Beweismittel zu relativieren.
 - Die Wahl zwischen dem Anstreben eines Vergleichs und der Durchführung eines Prozesses entscheidet sich bei einer von Vernunft geleiteten Partei durch die Abwägung, welche Erledigungsform ihr potentiell den höchsten Gesamtnutzen verspricht.

31

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien (2)

- Hierbei ist es hilfreich, wenn sich der Anwalt/die Anwältin bzw. die Partei in die Position des Gerichts versetzt und analog die Streitsache aus der Perspektive der Gegenpartei betrachtet.
- Bei der schwierigen Aufgabe der Prozesschancenschätzung muss den Parteien bewusst sein, dass das Führen von Zivilprozessen - wie bereits erwähnt - keine exakte Wissenschaft ist, und der Ausgang eines Gerichtsverfahrens von meist vielen, zum Teil kaum zu quantifizierenden Faktoren (wie etwa der Ausübung des richterlichen Ermessens) abhängt.

32

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien (3)



- Der Entscheid, ob ein Vergleichsvorschlag angenommen, weiter verhandelt oder abgelehnt werden soll, muss natürlich letztlich von den Prozessparteien selbst (und nicht von deren Anwälten/Anwältinnen) gefällt werden.
- Ausschlaggebend ist dabei insbesondere die Beantwortung der Frage, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich die bisherige (und damit provisorische) Einschätzung der Gerichtsdelegation in einem allfälligen weiteren Verfahren ändert bzw. letztlich dann vom Bundesgericht anders beurteilt wird.

33

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien (4)



- Zur Vermeidung von unangenehmen Überraschungen ist der Anwalt/die Anwältin gut beraten, die eigene Klientschaft klar darauf hinzuweisen,
 - dass das Gericht im Entscheidfall angesichts der diversen prozessimmanenten Unsicherheiten zu einer völlig anderen Beurteilung als dem von der Partei erwarteten Ergebnis kommen kann,
 - dass mit Bezug auf einen möglichen Weiterzug eines missliebigen Urteils ans Bundesgericht von einer entsprechend eingeschränkten Kognition desselben auszugehen ist,
 - dass die Erfolgchancen für ein Obsiegen am Bundesgericht statistisch gesehen gering sind.

•

34

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien (5)

- Anwaltliche Pflicht auf eine gütliche Einigung in einer Streitsache hinzuwirken. Art. 9 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbandes hält klar fest:

"Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte fördern die gütliche Erledigung von Streitigkeiten, sofern dies im Interesse der Mandanten liegt."

- Es gehört zur (selbstverständlichen) Sorgfaltspflicht des Anwalts/der Anwältin, dem Klienten den jeweils besten Weg der Konfliktlösung vorzuschlagen.
- Mangelhafte anwaltliche Aufklärung über Prozesschancen und Prozessrisiken kann aufsichtsrechtlich sanktioniert werden.

35

www.sjwz.ch

Prozessrisikoanalyse aus Sicht der Parteien (6)

- Fazit:

- Die Parteien haben also abzuwägen, ob die Chance eines besseren Urteils das Risiko eines schlechteren Urteils im Gegensatz zum vorgeschlagenen Vergleich überwiegt.
- Dabei kommt den Anwälten/Anwältinnen eine ganz wichtige Funktion zu (Einschätzung der Erfolgchancen aufgrund der diversen Risikofaktoren/Beratung über das weitere Vorgehen).

36

www.sjwz.ch

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Oberrichter Roland Schmid

Unterlagen Referierende

Teil 2: Unterlagen Alexander Brunner

Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Teil 3: Unterlagen Meinrad Vetter

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen

Teil 4: Unterlagen Roland Oskar Schmid

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines
Vergleichs

Teil 5: Unterlagen Daniel Girsberger

Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters

Teil 6: Unterlagen Peter Nobel

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Tools der Mediation für Vergleichsverfahren

Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters/der erfahrenen Verhandlungsleiterin

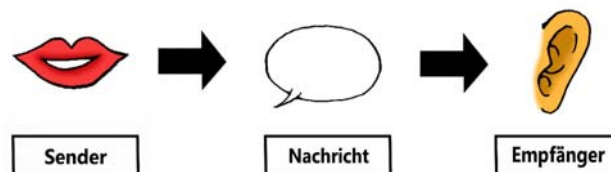
Daniel Girsberger

SJWZ Daniel Girsberger -- Tools der Mediation

1

Kommunikation

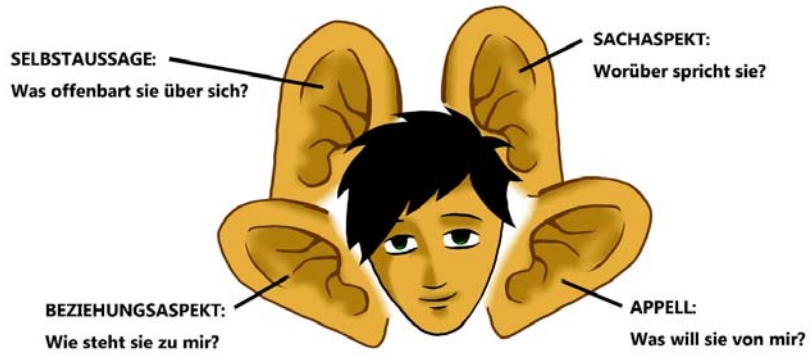
Gang einer Nachricht



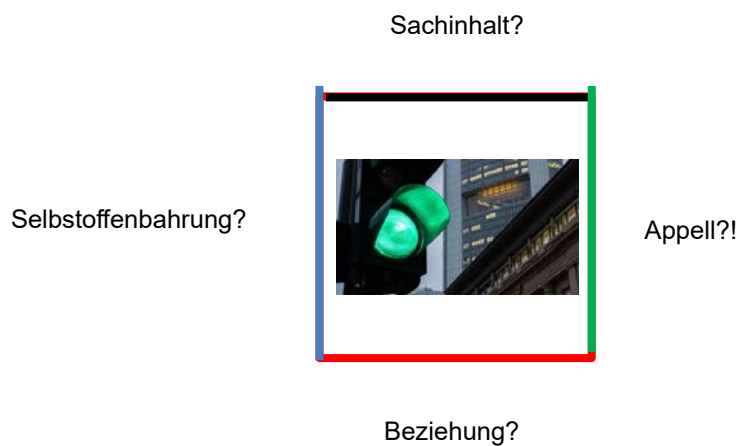
SJWZ Daniel Girsberger -- Tools der Mediation

2

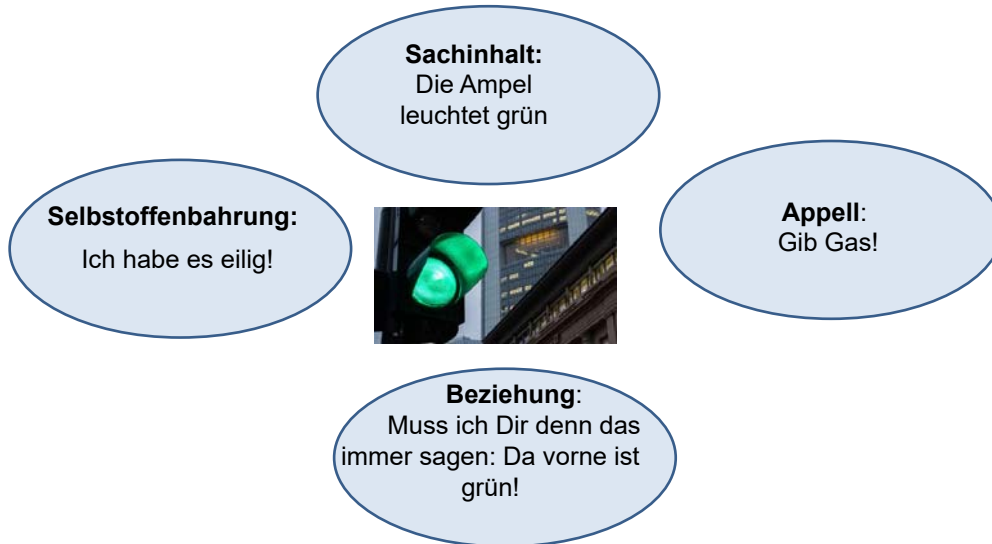
4-Ohren-Prinzip



Vier-Seiten-Prinzip: Ampelbeispiel: Es ist grün...



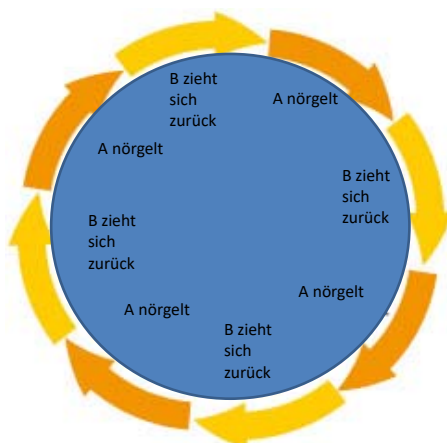
Vier-Seiten-Prinzip: Ampelbeispiel: Es ist grün...(2)



SJWZ Daniel Girsberger -- Tools der Mediation

5

Kommunikation als dynamischer Prozess mit Wechselwirkungen



Herr A beschwert sich, seine Partnerin B würde sich ständig zurückziehen. Diese weist darauf hin, dass sie sich nur zurückziehe, weil A ständig an ihr herumnörgle. A nörgelt also und B zieht sich zurück. Weil B sich zurückzieht, nörgelt A. Man sieht, dass es sich um einen Teufelskreis handelt.

SJWZ Daniel Girsberger -- Tools der Mediation

6

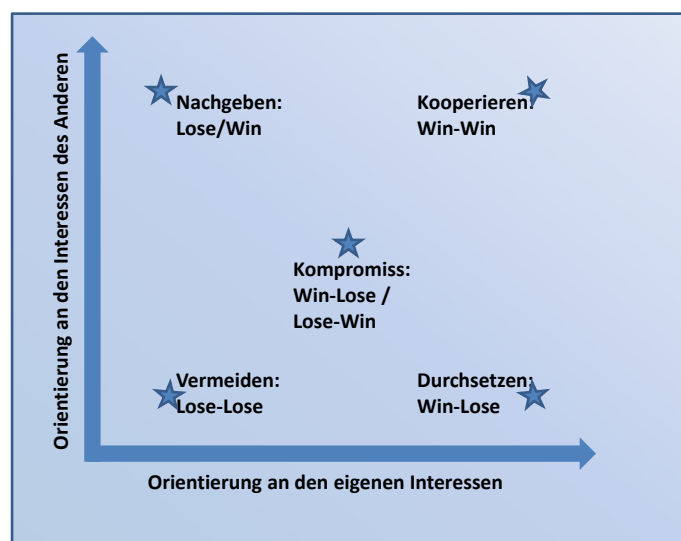
Konflikt: Sichtbare/unsichtbare Ebenen



SJWZ Daniel Girsberger -- Tools der Mediation

7

Konfliktverhaltensmuster



SJWZ Daniel Girsberger -- Tools der Mediation

8

Typische Ziele einer Mediation

- Kostenersparnis
- Zeitgewinn
- Win-Win-Lösung
- Befriedung und Beziehungserhalt
- Parteiautonomie

Kostenperspektive



Verfahrensprinzipien der Mediation

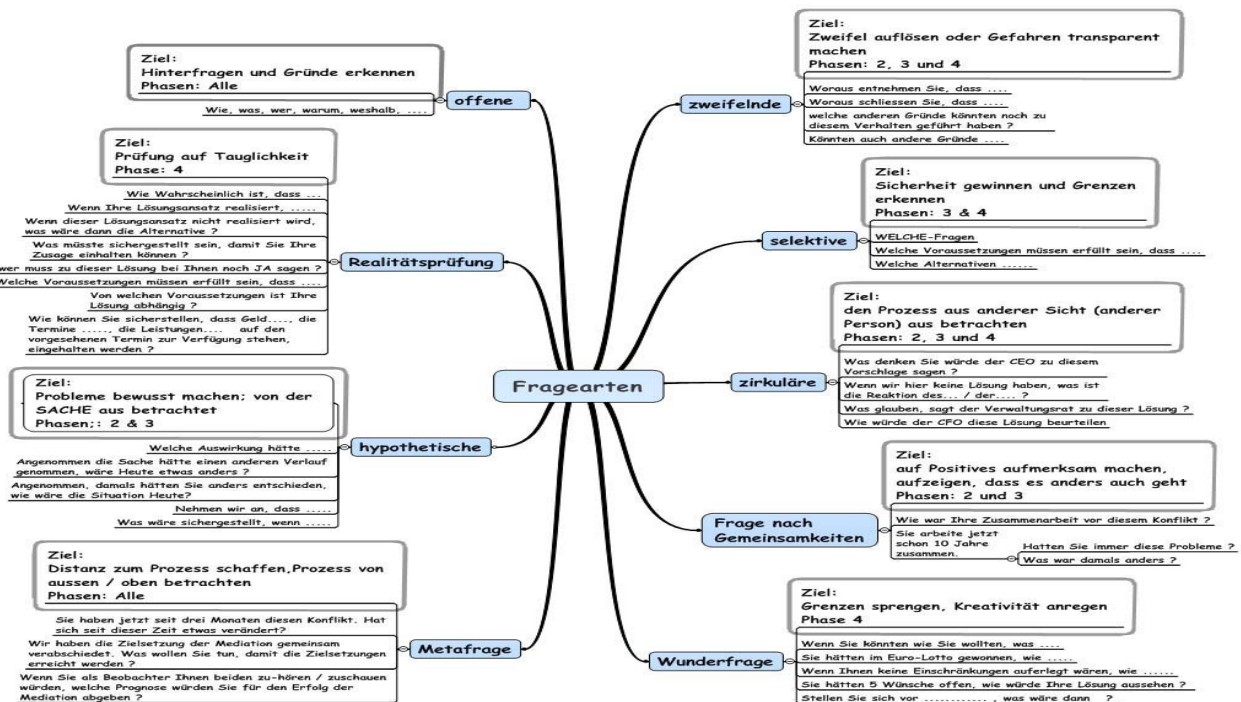
- Neutralität/Unabhängigkeit/Unparteilichkeit bzw. Allparteilichkeit des Mediators/der Mediatorin
- Parteiautonomie (Freiwilligkeit)
- Vertraulichkeit/Unverwertbarkeit
- Keine Entscheidungsgewalt des Mediators/der Mediatorin

Mediationsphasen

Vorphase: Mediation vereinbaren
1. Phase: Probleme erfassen und Themen bestimmen
2. Phase: Konflikt bearbeiten / Interessen abklären
3. Phase: Optionen erarbeiten und aushandeln
4. Phase: Mediations- (Schluss-) Vereinbarung abschliessen
5. Phase: Nachsorge

Kommunikationstechniken

1. Ich-Botschaften
2. Aktives Zuhören
3. Zusammenfassen/Spiegeln/Paraphrasieren
4. Umformulieren/Reframing/Emotionen verbalisieren
5. Doppeln
6. Normalisieren
7. Perspektivenwechsel



Umgang mit Rechtsanwältinnen und –anwälten (für Verfahrensleitungs-Person)

- Behandeln Sie den Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin gleichwertig wie die Partei.
- Versuchen Sie nicht, den Rechtsanwalt oder die Rechtsanwältin in eine Statistenrolle zu versetzen, so dass sie nur zurückversetzt den Klienten unterstützen dürfen.
- Erlauben Sie den Rechtsanwälten/-innen, sich für ihre Klienten zu äussern.
- Bestätigen Sie die Rechtsanwältin oder den Rechtsanwalt in ihrer Rolle als diejenigen, welche die Partei optimal beraten und unterstützen.

Umgang von Rechtsanwältinnen und –anwälten mit Klientin und Gegenpartei

- Hauptaufgabe: Beratung und (rechtliche) Aufklärung der Klientin
- Unterstützung Klientin bei Risikobeurteilung / BATNA
- Bringen Sie die Gegenseite dazu, Ihnen zuzuhören und Sie zu respektieren
- Schauen Sie die Gegenpartei an
- Streben Sie danach, dass die Gegenseite Ihnen vertraut
- Zeigen Sie der Gegenpartei und der Vermittlungsperson, dass Sie professionell arbeiten und gut vorbereitet sind
- Hören Sie selbst gut zu und zeigen Sie, dass Sie die Gegenpartei ernst nehmen.
- Haben Sie Verständnis für die Situation der Gegenpartei, auch wenn Sie mit ihr nicht einverstanden sind
- Versuchen Sie NICHT, die Gegenpartei von der Richtigkeit des eigenen Standpunkts / des Standpunkts der Klientin zu überzeugen

Brunnersches «Zehnpunkteprogramm»

	Sicht des Richters/der Richterin	Sicht der Anwältin/des Anwalts
1	Verhältnis aufbauen zu den Parteien und Anwälten	Verhältnis aufbauen zum Richter, der Gegenpartei und deren Anwältinnen
2	Nonverbale Kommunikation beachten	
3	Aktiv zuhören	
4	Reden lassen	
5	Forschen und fragen, was wirklich geschehen ist	Unterstützung der Klientin beim Probleme Erfassen und Themen Bestimmen
6	Hinterfragen und herausfordern	Unterstützung der Klientin beim Interessen Bestimmen
7	Zusammenfassen ohne Schlüsse zu ziehen	Bestätigen richtiger, Korrigieren falscher Zusammenfassungen; Optionen erarbeiten und aushandeln (helfen)
8	Realisierbarkeit prüfen bei den Parteien	Realisierbarkeit prüfen bei Klientin
9	Kreativität fördern	Kreativitätsförderung unterstützen
10	Neue Perspektiven entwickeln	Bei der Entwicklung neuer Perspektiven mithelfen



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Daniel Girsberger
 Universität Luzern / Wenger & Vieli AG
daniel.girsberger@unilu.ch/d.girsberger@wengervieli.ch

Unterlagen Referierende

Teil 2: Unterlagen Alexander Brunner

Vergleichsdruck? Zum Stand der „Facts and Fakes“
Zur Interessen-Analyse bei Konflikten

Teil 3: Unterlagen Meinrad Vetter

Abklärung der Sach- und Rechtsfrage als zwingende Voraussetzung für
Vergleichsverhandlungen

Teil 4: Unterlagen Roland Oskar Schmid

Was ist Prozessrisikoanalyse? Wirtschaftliche und prozessuale Voraussetzungen eines
Vergleichs

Teil 5: Unterlagen Daniel Girsberger

Tools der Mediation für Vergleichsverhandlungen
Methoden des erfahrenen Verhandlungsleiters

Teil 6: Unterlagen Peter Nobel

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal
Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal Gute Lösungen trotz erschwerender Situationen

Em. Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich & St. Gallen

1. Vorbemerkungen

Vergleich

Nach deutschem § 779 BGB:
«Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird [...]»

Nach Schweizer Recht:
Innominatkontrakt nach den Regeln des OR

Fokussierung auf handelsgerichtliche Verfahren, speziell auf
Zürcherische Referentenaudienz:

- **Besetzung:**
 - 1 Berufsrichter
 - 1 Handelsrichter
 - 1 Gerichtssekretär→ Delegation (Art. 124 Abs. 2 ZPO)
- 70% der Fälle werden mittels **Vergleich** erledigt.
- Es braucht **drei Argumentationsstufen** (Alexander Brunner):
 1. Rationale Auflösung
 2. Ökonomische Überzeugung
 3. Psychische Erkundung

Verfahren vor Handelsgericht:

- Rechtsgrundlage im Bundesrecht: Art. 6 ZPO.
- Schaffung, Wahl und Zusammensetzung regeln die Kantone (§§ 34 ff. GOG-ZH).
- Das Gericht kann jederzeit versuchen, eine Einigung unter den Parteien herbeizuführen (Art. 124 Abs. 3 ZPO).
- Ein Schlichtungsverfahren entfällt vor Handelsgericht (Art. 198 lit. f ZPO).
- Eine Mediation vor Handelsgericht ist selten.
- Hingegen findet in der Referentenaudienz eine verstärkte Art von Mediation statt.

2. Verhandlungstechnik

- «Getting to Yes» des Harvard Negotiation Projects. Ziel: Lösungen, welche «wise, efficient and friendly» sind.
- Wichtig ist, dass ein Dialog unter Gleichen entsteht.
- Respekt und gegenseitiges Vertrauen sind für einen rationalen Dialog unabdingbar.

3. Gerichtliche Vergleichsverhandlung

- Strikter Rahmen vorgegeben.
- «Best alternative to a negotiated agreement» (BATNA) ist das Urteil, welches im Hintergrund stets lauert.
- Wichtig ist eine sorgfältige rechtliche Analyse.

4. Diskussionsthemen

- Durchschauen des Prozessstoffes
- Interessen der Parteien
- Genese des Streits
- Wahrscheinlichkeiten in der rechtlichen Beurteilung
- Risiken der Parteien
- Möglichst innovative Lösungsmodelle für die Streiterledigung
- Mit einem Vergleichsabschluss verbundene Publizität
- Weiterführung der geschäftlichen Beziehungen

5. Erschwerende Situationen (Beispiele)

- Parteien entstammen verschiedenen Rechtskreisen.
- Parteien sind besonders zerstritten und verweigern das Gespräch.
- Nicht im Prozess stehende Konstellationen und Personen spielen eine wesentliche Rolle oder es sitzen die falschen Personen am Verhandlungstisch.
- Ein Fall ist technisch besonders schwierig.
- Verschiedene Fälle hängen zusammen.
- Es geht um alles oder nichts.
- Ein Fall scheint nur über Schwarz oder Weiss lösbar, bspw. weil eine oder beide Parteien auf ihren Prinzipien beharren.
- Die Anwälte spielen eine besonders hemmende Rolle.
- Die Parteien stehen unter Fremdeinfluss (bspw. Staatsunternehmen).
- Berufung auf Expertenmeinungen.

6. Referentenaudienz

- Referentenaudienz = verstärkte Form der Mediation; juristischer Charakter
- Bipolarer Charakter: Im Hintergrund lauert die Möglichkeit des Urteils, was dem Richter eine hohe Einwirkungsmöglichkeit gewährt.
- Verfassungsmässige Gerichtsstandsgarantien sind unantastbar (Art. 29 und 30 BV).
- Richter muss Zurückhaltung üben und darf Parteien nicht unter Druck setzen; er darf sie auch nicht persönlich angehen oder brüskieren.
- Ziel: Lösungsorientierte Situation präsentieren, nicht Rechtspositionen der Parteien abhandeln.
- Risikoabwägungen.
- Dokumente spielen gewichtigere Rolle als Zeugenaussagen.
- Gespräch mit den Anwälten ist wichtig.

Em. Prof. Dr. Peter Nobel, Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal

9

7. Besondere Herausforderungen

- **Unterschiedliche Rechtskreise** der Parteien, vor allem wenn eine Partei aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammt.
- Frage der **Unabhängigkeit**: Der Richter muss von den Parteien abstrahieren können und den Fallkomplex als zu ordnendes Netzwerk von Regeln wirken lassen.
- **Anwälte bzw. ihre Kanzleien** fühlen sich oftmals in ihrer Reputation angegriffen, wenn ihre rechtlichen Darlegungen hinterfragt werden. Hier muss der Richter das Gespräch mit ihnen suchen.
- **Komplexe Fallkonstellationen**: Hier empfiehlt es sich für den Richter, über den Einzelfall hinausgehende Lösungsmöglichkeiten zu erarbeiten, zumal die Parteien oftmals dem Tunnelblick verhaftet sein können.

Em. Prof. Dr. Peter Nobel, Bekannte Blockaden wie auflösen? Let's have a deal

10

Schlusswort

Nicht Ideologie, sondern solide Alltagsarbeit müssen die Falldiskussionen auch vor Gericht leiten und tun dies in der Regel auch. Am Ende zählen das Resultat und die Reaktion der Parteien und nicht etwa die Zufriedenheit der Anwälte.