
Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion
und mit Quellenangabe gestattet.

Fachmediation als sinnvolle Alternative zum Prozess über SchKG-Streitigkeiten

Weshalb die «alte Dame» SchKG eine Vorreiterrolle übernehmen sollte

Von Prof. Dr. iur. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, LL.M.,
Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich, CAS FH in Mediation*

I. Einleitung

National wie international¹ besteht eine starke Tendenz zur vermehrten Anwendung, Förderung und gesetzlichen Regelung² der Mediation. Mit Erlass der ZPO³ im Jahr 2011 wurde die Mediation auch im Zivilprozessrecht gesetzlich geregelt⁴. Im Gesetzgebungsprozess wurde ihr ein «hoher Stellenwert» beigemessen⁵ und sie wurde als «wünschbare Innovation»⁶ bezeichnet, welche auch in der Schweiz immer bedeutsamer werde, und welche zu fördern sei⁷. Der Bundesrat erhoffte sich durch die vermehrte Inanspruchnahme der aussergerichtlichen Streiterledigung namentlich eine Entlastung der Gerichte⁸.

In der *Rechtspraxis* kommt der Mediation eine *zunehmende Bedeutung* zu⁹ – aber bisher nur in einzelnen Rechtsgebieten. Historisch hat sie in der Schweiz zunächst *in familienrechtlichen Belangen* Einzug gehal-

* Vgl. auch www.mediation-schkg.ch.

¹ BBI 2006 7252 ff.

² Vgl. auch die Richtlinie für die Mediation des Schweizerischen Anwaltsverbandes (<https://www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/reglemente.html>).

³ Auch im Verwaltungsverfahren wird die Mediation seit mehr als 10 Jahren (in Kraft seit 1. Januar 2007; AS 2006 1069) gesetzlich geregelt und gefördert (Art. 33b VwVG).

⁴ Vgl. dazu IV.

⁵ BBI 2006 7223.

⁶ BBI 2006 7233.

⁷ BBI 2006 7243.

⁸ BBI 2006 7223, 7243.

⁹ BBI 2006 7223, 7243.

ten und dort mittlerweile eine beachtliche Bedeutung und Akzeptanz erlangt¹⁰. Auch in *arbeitsrechtlichen Belangen* ist sie auf dem Vormarsch¹¹.

Im *Wirtschafts- und Vollstreckungsrecht* hingegen ist die Mediation in der Rechtspraxis noch nicht wirklich angekommen¹². Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt dies nicht daran, dass sich die Mediation für diese Rechtsgebiete nicht eignen würde – ganz im Gegenteil. Grund ist vielmehr die *fehlende Kenntnis* und/oder Bereitschaft der Parteien, deren Rechtsvertreter, der Gerichte und (wo sie die Konkursmasse vertreten) der Konkursämter, den mediativen Weg einzuschlagen. Insofern trifft die althergebrachte Redensart zu: «*Was der Bauer nicht kennt, frisst er nicht.*»

Ziel dieses Aufsatzes ist es, die Vorzüge der Mediation im Vollstreckungsrecht aufzuzeigen und damit die Bereitschaft, diesen Weg zu beschreiten, zu fördern. Dabei sollen die praktischen Interessen der Parteien im Zentrum stehen. Insofern soll den «Bauern» die Mediation besser bekannt und damit auch schmackhaft(er) gemacht werden.

II. Rechtsstreitigkeiten und Streiterledigung

A. Gerichtliche Klagen im SchKG im Überblick

Im Rahmen eines SchKG-Verfahrens (Spezial- oder Generalexekution) gibt es eine *Vielzahl von Streitigkeiten*, welche durch die Gerichte zu entscheiden sind. In der Lehre werden nicht weniger als 30 Klagen im SchKG aufgelistet¹³. Hinzu kommt das «Universal-Rechtsmittel» der SchKG-Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG)¹⁴. Diese kommt überall dort zur Anwendung, wo das Gesetz nicht den Weg einer gerichtlichen Klage vorschreibt (Art. 17 Abs. 1 SchKG).

B. Vorteile der gerichtlichen Streiterledigung

Unbestreitbarer Vorteil eines gerichtlichen Verfahrens ist, dass ein *unabhängiges und unparteiisches Gericht* die Streitsache beurteilt (Art. 30 Abs. 1 BV) und aus *neutraler Optik* autoritativ einen *verbindlichen Entscheid* fällt. Dafür gelten gesetzlich detailliert festgelegte Regeln (ZPO, BGG), deren Verletzung im Rechtsmittelverfahren gerügt werden kann. Der Verfahrensablauf ist vorhersehbar. Ob die Parteien einen gerichtlichen Entscheid im (eigenen) Einzelfall letztendlich als angemessen und «richtig» empfinden und damit akzeptieren können bzw. wollen, ist dagegen eine andere Frage¹⁵.

Wenn einmal ein (verbindlicher) gerichtlicher Entscheid vorliegt, so

¹⁰ BBI 2006 7255.

¹¹ BBI 2006 7335; James T. Peter, Gerichtsnahe Wirtschaftsmediation: ein Erfahrungsbericht, *Anwaltsrevue* 2012, 464 ff.

¹² Daniel Girsberger/James T. Peter, *Aussergerichtliche Konfliktlösung*, Zürich 2019, N 449

¹³ Vgl. Karl Spühler/Annette Dolge, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 7. A., Zürich 2017, 174 ff.; Kurt Boesch et al. (Hrsg.), *Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Zürich 2018.

¹⁴ Vgl. dazu IV.D.

¹⁵ Vgl. dazu unten II.C.

ist er in der Regel relativ *einfach vollstreckbar*. Bei Geldleistungen kann Betreibung eingeleitet (Art. 67 SchKG) und ein allfälliger Rechtsvorschlag kann gestützt auf den Entscheid durch definitive Rechtsöffnung beseitigt werden (Art. 80 Abs. 1 SchKG).

C. Nachteile der gerichtlichen Streiterledigung

Gerichtliche Verfahren haben aber auch verschiedene Nachteile. Diese beschlagen vorrangig die Zeit, bis ein (verbindlicher) Entscheid vorliegt. Sie hängen teilweise damit zusammen, dass die *Regeln des Zivilprozesses formalistisch* sind. Zuweilen ist von perfektionistischem Formalismus die Rede¹⁶.

Vorab negativ zu Buche schlägt die *lange Verfahrensdauer*, was vor allem für Prozesse gilt, welche im sog. ordentlichen Verfahren¹⁷ und deshalb schriftlich (Art. 221 f., Art. 225 ZPO) geführt werden. Aufgrund der gesetzlich geforderten Überprüfungsmöglichkeit im Rechtsmittelverfahren (Art. 75 Abs. 2 BGG)¹⁸, kann jeder erstinstanzliche Entscheid an das kantonale obere Gericht weitergezogen werden. Ab einem Streitwert von CHF 30'000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG)¹⁹ kann gegen den zweitinstanzlichen Entscheid noch Beschwerde (in Zivilsachen) ans Bundesgericht geführt werden. Dies bedeutet, dass allenfalls *drei Instanzen* durchlaufen werden müssen. In diesen Fällen ist mit einer Gesamtdauer von mehreren Jahren zu rechnen; eine realistische Schätzung für die Mehrzahl der Verfahren dürfte zwischen zwei bis fünf Jahren liegen.

Eine lange Prozessdauer über Geldforderungen führt (indirekt) dazu, dass der Beklagte, wenn er zur Zahlung verpflichtet wird, einen *Verzugszins von 5%* zahlen muss (Art. 103 Abs. 1, Art. 104 Abs. 1 OR). Dies ist angesichts der aktuellen Situation der Negativzinsen exorbitant hoch. Erstreckt sich ein Prozess über mehrere Jahre, erhöht sich damit die Schuldsumme für den Beklagten signifikant.

An sich sind die *Kosten* für ein gerichtliches Verfahren insofern «günstig», als dass sie (vor allem bei tiefen Streitwerten) deutlich unter den effektiven Kosten der Rechtspflege liegen. Aus Optik der Parteien sind die Verfahrenskosten (wenn auch kantonal unterschiedlich hoch; Art. 96 ZPO) aber gleichsam *substanziell* und im internationalen Vergleich eher hoch. Als Kosten sind nicht nur *Gerichtskosten* zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 2 ZPO)²⁰, sondern auch *Kosten für die eigene Rechtsvertretung*²¹ und (im Falle des Unterliegens) eine an die Gegen-

¹⁶ Beobachter vom 10. Mai 2018, Kaum Chancen auf Recht: Wie die Justiz Normalbürger ausschliesst.

¹⁷ Dies ist in aller Regel der Fall, wenn der Streitwert CHF 30'000 übersteigt (Art. 243 Abs. 1 ZPO e contrario) und auf die Streitsache nicht das summarische Verfahren (Art. 251 SchKG) Anwendung findet.

¹⁸ Sog. double instance.

¹⁹ Zu den Ausnahmen vgl. Art. 74 Abs. 2 namentlich lit. a, c, und d BGG.

²⁰ Diese bemessen sich im kantonalen Verfahren nach den kantonalen Gebührentarifen.

²¹ Diese bemessen sich primär nach der Parteivereinbarung und subsidiär, wenn keine solche getroffen worden ist, nach dem anwendbaren kantonalen Tarif.

partei geschuldete *Parteienschädigung* (Art. 95 Abs. 2, Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO)²². Hinzu kommen *Kosten für das Beweisverfahren*, welche namentlich bei gerichtlich bestellten Gutachtern (Art. 183 ff. ZPO) substantiell sein können. Wie in Bezug auf die Zeitdauer gilt auch für die Kosten, dass sich dieser Nachteil nochmals signifikant akzentuiert, wenn der Prozess über mehrere Instanzen geht.

Für den Kläger kommt erschwerend hinzu, dass er im erstinstanzlichen Verfahren vom Gericht zu einem *Vorschuss* für die Gerichtskosten²³ verpflichtet werden kann (Art. 98 ZPO), wovon die kantonalen Gerichte in der Praxis regelmässig Gebrauch machen. Gleiches gilt für die Partei, welche ein Rechtsmittel ergreift (Art. 62 BGG)²⁴. Die Vorschusspflicht stellt in der Gerichtspraxis eine nicht unwesentliche Hürde für die Rechtsdurchsetzung dar²⁵. Dies wird zum einen durch den signifikanten Rückgang der Anzahl Klagen seit Inkrafttreten der ZPO und zum anderen durch die zahlreichen Einstellungen von Verfahren zufolge unterlassener Leistung des Vorschusses belegt²⁶.

Gerichtliche Verfahren werden vorab von den betroffenen Parteien²⁷ als sehr *formalistisch* und *zu aufwendig* empfunden. Die Besorgnis der Prozessanwälte (welche von der zuweilen formalistischen Argumentation der Gerichte herrührt) den Sachverhalt hinreichend substantiiert vorzutragen und damit vor Aktenschluss die gesamte Sachverhaltsdarstellung und Beweismittel einzubringen, führt dazu, dass der *Umfang der Rechtsschriften* gross ist (und sich seit Inkrafttreten der ZPO merklich erhöht hat). Dies vergrössert wiederum den Zeitaufwand aller Beteiligten und damit die Kosten. Der zunehmende Formalismus erhöht zudem die Gefahr, dass vermehrt über formelle Fragen gestritten und dadurch die eigentliche Streitsache (das Problem der Parteien) in den Hintergrund gedrängt wird.

Zu erwähnen sind auch die *eigenen Opportunitätskosten*, d.h. die Zeit (und damit das Geld), während welcher sich die Partei selbst bzw. bei juristischen Personen das *Management* (über Jahre hinweg mit hohem Detaillierungsgrad) mit dem Streitfall befassen muss. Da diese Kosten versteckt anfallen und dadurch schwer quantifizierbar sind, werden sie von den Parteien in der Praxis regelmässig (sehr stark) unterschätzt.

²² Diese bemisst sich im kantonalen Verfahren nach den kantonalen Gebührentarifen ist in aller Regel höher als die Gerichtsgebühren.

²³ Zur Sicherheitsleistung für die Parteienschädigung an die Gegenseite vgl. Art. 99 ZPO.

²⁴ Vgl. Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Autor), BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 98 N 4, BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 11.

²⁵ Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 117 ff. ZPO) ändert daran nur beschränkt etwas. Die ganz Reichen können sich einen Prozess leisten. Die ganz Armen können die unentgeltliche Rechtspflege in Anspruch nehmen. Und die breite Mittelschicht steht im Regen.

²⁶ Eine Motion von Claude Janiak (17.3869), welche die Gerichtskostenvorschüsse reduzieren und damit den Zugang zu den Zivilgerichten erhöhen will, haben National- und Ständerat 2017 und 2018 angenommen.

²⁷ Zuweilen geht es aber selbst den Anwälten nicht anders.

Das aufwendige und formalistische Prozessverfahren hat namentlich zwei Auswirkungen: Zum einen bleibt der *Ausgang des Verfahrens* für die Parteien (und deren Rechtsvertreter) sehr häufig bis zum verbindlichen Entscheid *ungewiss und unvorhersehbar*. Zum anderen fühlen viele Parteien sich bzw. ihre Sache im Entscheid und damit vonseiten des Gerichts nicht richtig verstanden, was die *Akzeptanz des Entscheides schmälert*.

Schliesslich lässt sich seit geraumer Zeit feststellen, dass auf Seiten der Parteien die *Prozessfreudigkeit* bzw. die Bereitschaft, einen Entscheid an die nächste Instanz weiterzuziehen, merklich zugenommen hat (welcher Umstand wohl auch auf gesellschaftspolitischen Veränderungen beruhen dürfte).

Im *Ergebnis* hat sich die Streiterledigung im gerichtlichen Verfahren vom Ideal einer einfachen, raschen, vorhersehbaren und kostengünstigen Rechtspflege wegentwickelt. Dies bedeutet insbesondere, dass es für eine Prozesspartei (d.h. für einen Laien) kaum (mehr) möglich ist, selbst, d.h. ohne Beizug eines Anwaltes (was allein schon massgebliche «Initialkosten» auslöst) einen Prozess zu führen.

Für die dargelegten Nachteile des Systems sind (zum überwiegenden Teil²⁸) nicht die Gerichte durch die Handhabung des Prozessrechts verantwortlich. Die Ursachen liegend weitgehend in der gesetzlichen Regelung des Verfahrensrechts. Aufgrund dessen sind die genannten Nachteile *systemimmanent* und somit als Faktum des heute geltenden Prozessrechts zu betrachten.

III. Möglichkeiten der aussergerichtlichen Streiterledigung im Überblick

Das Gesagte führt zur (wahrlich nicht neuen) Erkenntnis, dass eine *raschere, kostengünstigere und definitive Streiterledigung generell not tut*. Die Zivilprozessordnung kennt verschiedene Institute, welche darauf ausgerichtet sind, eine *Einigung anstelle eines gerichtlichen Entscheids* herbeizuführen:

Erstens gilt, dass einem Verfahren vor dem Gericht in aller Regel ein *Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde* vorausgeht (Art. 197 ZPO). Ziel der Schlichtung ist es, die Parteien zu versöhnen und einen Vergleich herbeizuführen (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Für eine Vielzahl von SchKG-Streitigkeiten gelangen jedoch Ausnahmen zur Anwendung, indem für sämtliche im summarischen Verfahren (Art. 198 lit. a ZPO) zu führende und für eine Vielzahl von SchKG-Klagen (Art. 198 lit. e ZPO) das Schlichtungsverfahren entfällt, sodass die Regel, dass ein Schlichtungsverfahren vorangeht, häufig zur *Ausnahme* verkommt.

Zweitens kann das Gericht nach Ermessen jederzeit eine *Instruktions-*

²⁸ Anders verhält es sich m.E. in Bezug auf von gewissen Gerichten (teilweise massiv) überspannten Anforderungen an die Substanziierungspflicht der Parteien. Wenn diese überspannten Anforderungen an die Parteien zudem mit einer notorischen Abstinenz des Gerichts einhergeht, ein Beweisverfahren durchzuführen, so weckt dies Bedenken.

verhandlung durchführen (Art. 226 Abs. 1 ZPO), welche namentlich zum *Ziel* haben kann, eine *Einigung herbeizuführen* (Art. 226 Abs. 2 ZPO). Die Erfahrungen seit Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO²⁹ zeigen, dass die Gerichte in sehr unterschiedlicher Weise von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Während einzelne Gerichte (wie etwa die Handelsgerichte [Art. 6 ZPO]³⁰) Vergleichsverhandlungen als Regelfall durchführen (sofern sich nicht eine der Parteien dagegen ausspricht), initiiert die grosse Mehrzahl der Gerichte selten bis nie aus eigener Initiative Vergleichsgespräche. Es kommt hinzu, dass bis zu einer Instruktionsverhandlung, welche frühestens nach den ersten beiden Vorträgen stattfindet, schon ein wesentlicher Teil der (Partei-)kosten angefallen sind.

Die Zivilprozessordnung versucht drittens, die Einigung im Rahmen einer *Mediation* zu fördern. So kann eine Mediation anstatt eines Schlichtungsverfahrens stattfinden (Art. 213 ZPO) oder die Parteien können auch während des hängigen Prozesses (ohne Mitwirkung des Gerichts) eine Mediation versuchen, in welchem Fall das Gerichtsverfahren vorerst sistiert wird (Art. 214 Abs. 3 ZPO). Auf die Möglichkeiten und Vorteile einer Mediation soll sogleich näher eingegangen werden³¹.

Eine andere Alternative zur gerichtlichen Streiterledigung ist, dass die Parteien (Schiedsfähigkeit der Streitsache vorausgesetzt) vereinbaren können, ein *Schiedsgericht* mit der Streiterledigung zu betrauen. Dabei handelt es sich zwar um eine *aussergerichtliche*, aber gleichsam *autoritative Streiterledigung*, welche dem gerichtlichen Verfahren nicht unähnlich ist. Dies kann je nach Materie und Streitwert ein für beide Seiten sinnvoller Weg sein, zumal Schiedsentscheide nur in sehr beschränktem Masse mit Rechtsmitteln angefochten werden können (Art. 389 ff. ZPO³²; Art. 176 ff. IPRG³³). Der Zeit- und Kostenaufwand für ein Schiedsverfahren ist in aller Regel jedoch (noch) grösser als bei einem (erstinstanzlichen) gerichtlichen Verfahren. Für den Löwenanteil der SchKG-Streitigkeiten eignet sich ein Schiedsverfahren jedoch nicht. Zudem sind einzelne SchKG-Streitigkeiten nicht schiedsfähig.

IV. Mediation

A. Wesen

Mediation kann als eine Zwischenstufe zwischen eigenverantwortlicher Erledigung unter den Parteien und dem Gang zum Gericht bzw. zum Schlichter verstanden werden³⁴. Sie ist *freiwillig*. Damit stellt es eine

²⁹ 1. Januar 2011 (AS 2010 1836).

³⁰ Die Kantone Zürich, Bern, Aargau und St. Gallen haben ein Handelsgericht geschaffen.

³¹ Vgl. dazu näher unten IV.

³² In Bezug auf die nationale Schiedsgerichtsbarkeit.

³³ In Bezug auf internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz (Art. 176 Abs. 1 IPRG).

³⁴ *Peter Liatowitsch/Claudia M. Mordasini*, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3.A., Zürich 2016, Art. 213 ZPO N 17; BSK ZPO-*Gelzer/Ruggle*, vor Art. 213–218, N 8.

unabdingbare Voraussetzung dar, dass beide Parteien bereit und gewillt sind, eine gütliche Einigung zu erörtern, und sich einer Mediation gegenüber offen zeigen³⁵.

Ziel der Mediation ist es, unter Wahrung der Parteiautonomie und -herrschaft durch Mitwirkung eines neutralen und unabhängigen Mediators eine aussergerichtliche, gütliche und rechtsverbindliche Einigung zu erzielen, um damit *Zeit und Kosten zu sparen*³⁶. Bei positivem Abschluss kommt es zu einer *aussergerichtlichen Streiterledigung*. Diese bedeutet für die Parteien im besten Fall eine Win-win-(bzw. Pay-pay-)Situation³⁷ und im schlechteren Fall das geringere Übel verglichen mit einem Gerichtsverfahren.

Der *Mediator* muss *unabhängig*, unparteiisch bzw. *allparteilich und unbefangen* sein. Er *leitet den Mediationsprozess* und sorgt damit für einen geordneten Ablauf. Ihm kommt (anders als einem Gericht oder Schiedsgericht) *keine* Entscheidungsbefugnis zu. Er unterstützt die Parteien vielmehr dabei, unter sich eine Lösung zu finden. Insofern ist er der *«Schuhlöffel»*, welcher hilft, dass «Fuss» und «Schuh» zusammenkommen.

Bei der sog. «gerichtsnahe» Mediation, d.h. wenn schon ein Prozess hängig ist oder ein solcher im Falle des Scheiterns der Mediation droht, nimmt der Mediator in der Regel auch eine rechtliche Einschätzung vor und versucht, eine mögliche gerichtliche Entscheidung zu antizipieren. Dies soll den Parteien bei der Lösungsfindung helfen³⁸. Dabei werden die Bedürfnisse und Interessen beider Parteien möglichst umfassend ausgelotet, um diese bei der angestrebten Lösung so weit als möglich berücksichtigen zu können.

Grundprinzip der Mediation ist, die Parteien weg von der Konfrontation und dahin zu führen, die Interessen und Sichtweisen der Gegenseite zu erfahren und besser zu verstehen (ohne diese deswegen teilen zu müssen). Damit soll eine konfrontative Verteidigung der eigenen Position und Angriff der Gegenposition (wie sie dem gerichtlichen Verfahren inhärent ist) überwunden und eine *offene und konstruktive Bearbeitung der Streitsache ermöglicht werden*. Für das Gelingen unverzichtbar ist, dass die Entscheidungsträger jeder Partei selbst am Mediationsprozess teilnehmen. Ein Mediationsverfahren allein mit den Rechtsvertretern durchzuführen, ist nicht zielführend.

Das *konkrete Vorgehen* hängt von der Art der Streitigkeit und dem Mediator ab. Es können aber im Wesentlichen folgende *Phasen* unterschieden werden³⁹: In einer *Vorbereitungsphase* klären die Parteien und der Mediator dessen Aufgabe, Entschädigung und den Zeitplan. Diese Abreden werden in der Regel in einem schriftlichen Mediationsvertrag festgehalten. In den *Mediationsgesprächen* schildern die Parteien zu-

³⁵ *Liatowitsch/Mordasini*, Art. 217 ZPO N 8.

³⁶ *Girsberger/Peter*, N 472 ff.; vgl. auch BBl 2006, 7335; SAV-Richtlinie für die Mediation.

³⁷ Anstatt Vieler: *Liatowitsch/Mordasini*, Art. 213 ZPO N 19; *Girsberger/Peter*, N 476 ff.

³⁸ BSK ZPO-*Gelzer/Ruggle*, vor Art. 213–218 N 2h.

³⁹ *Girsberger/Peter*, N 484 ff.

nächst aus ihrer Sicht die Stand- bzw. Problempunkte. Damit wird der Gegenstand der Mediation näher festgelegt. Im Rahmen der Mediationsgespräche wird der Mediator die *Bedürfnisse und Interessen* hinter den geschilderten Streitpunkten *ergründen*. Nachfolgend werden *Lösungsoptionen zusammen entworfen* und bearbeitet. Zum Schluss wird die gefundene Lösung als *schriftliche Vereinbarung* formalisiert.

B. «Einbettung» der Mediation in Gerichtsverfahren

Eine Mediation ist in jedem Stadium eines Rechtsstreites möglich. Sie kann namentlich bzw. mit Vorzug *ausserhalb* bzw. *vorgängig eines gerichtlichen Verfahrens* stattfinden.

Auch wenn eine Klage einmal eingeleitet worden ist, kann im erstinstanzlichen Verfahren in zwei Phasen eine Mediation zum Zuge kommen. Auf Antrag der Parteien kann eine Mediation *anstelle des Schlichtungsverfahrens* treten (Art. 213 Abs. 1 ZPO). Der Antrag kann im Schlichtungsgesuch oder in der Schlichtungsverhandlung gestellt werden (Art. 213 Abs. 2 ZPO). Wird eine Mediation versucht und teilt eine Partei der Schlichtungsbehörde nachfolgend das Scheitern mit, wird der klagenden Partei die Klagebewilligung ausgestellt (Art. 213 Abs. 3 ZPO), ohne dass noch eine Schlichtungsverhandlung vor der Schlichtungsbehörde stattfinden muss.

Selbst wenn das *Verfahren schon beim Gericht rechtshängig ist*, bleibt eine Mediation möglich. Das Gericht kann den Parteien *jederzeit* eine Mediation empfehlen und die Parteien können dem Gericht jederzeit eine Mediation beantragen (Art. 214 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Praxis zeigt leider, dass die Gerichte (aus welchen Gründen auch immer) fast nie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Das gerichtliche *Verfahren bleibt so lange sistiert* (Art. 214 Abs. 3 ZPO). Führt die Mediation zu einer *Vereinbarung*, können die Parteien gemeinsam deren *richterliche Genehmigung* beantragen. Die genehmigte Vereinbarung erlangt in diesem Fall die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 217 ZPO). Für Geldforderungen besteht damit ein definitiver Rechtsöffnungstitel (Art. 80 SchKG). Die Genehmigung führt unmittelbar zur Beendigung des Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens⁴⁰.

Auch wenn in der ZPO nicht ausdrücklich geregelt, können die Parteien auch während eines Rechtsmittelverfahrens jederzeit eine Mediation durchführen.

C. Vorzüge der Mediation

1. Die Nachteile des Gerichtsverfahrens als Vorzüge der Mediation

Wie dargelegt⁴¹, sind gerichtliche Verfahren mit ganz erheblichen Nachteilen behaftet: Sie dauern (zu) lange, kosten viel, deren Ausgang bleibt bis zu einem rechtskräftigen Entscheid (wobei ein Rechtsmittelver-

⁴⁰ BSK ZPO-Philipp S. Gelzer, Art. 217 N 20; Liatowitsch/Mordasini, Art. 217 ZPO N 14.

⁴¹ Vgl. I.I.C.

fahren noch zusätzlich Zeit und Geld beansprucht) unvorhersehbar. So dann werden Gerichtsverfahren von den Parteien als formalistisch empfunden, weshalb sie sich und ihre Probleme im Entscheid nicht richtig verstanden fühlen.

Die Mediation setzt genau bei diesen gewichtigen Nachteilen der gerichtlichen Streiterledigung an. Insofern ist die Mediation die Antwort auf die Frage, ob es keine sinnvollere Streiterledigung gibt, als ein Gerichtsverfahren zu durchlaufen. Damit schöpft die Mediation ihre Existenzberechtigung und ihre Vorteile aus den Nachteilen des Gerichtsverfahrens. Die Praxis hat aus der Not das Institut der Mediation geboren, welche eine sehr *sinnvolle Alternative* darstellt und *dem Gerichtsverfahren* in verschiedener Hinsicht *überlegen* ist.

2. Fachwissen und Erfahrung des Fachmediators

Im SchKG sind Rechtsstreitigkeiten immer im Schnittbereich zwischen materiellem Recht (welches Bestand und Umfang der Forderung regelt) und Vollstreckungsrecht (welches die Durchsetzung regelt) angesiedelt. Aufgrund dessen macht eine Fachmediation Sinn, damit der «Einbettung» der materiellrechtlichen Fragen ins Vollstreckungsverfahren Rechnung getragen werden kann. Dies setzt voraus, dass der Fachmediator über ein *SchKG spezifisches Fachwissen* und *entsprechende praktische Erfahrung bei der* (alternativ zur Anwendung gelangenden) *gerichtlichen Durchsetzung* verfügt. Dadurch kann er die Chancen und Risiken beider Parteien bei der gerichtlichen Beurteilung in seine Einschätzung einfließen lassen und damit den Parteien als Entscheidungshilfe dienen⁴².

3. Grosse Zeitersparnis

Durch Mitwirkung des Mediators und unter Einbezug der (weit verstandenen) Bedürfnisse und Interessen beider Parteien⁴³, gelingt es in vielen Fällen, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen. Der *Zeitaufwand* für das Mediationsverfahren ist mit *einigen wenigen Wochen* (in der Praxis⁴⁴ rund drei bis sechs Wochen) massiv geringer verglichen mit der Dauer eines erstinstanzlichen Verfahrens⁴⁵. Dies gilt umso mehr, wenn ein Prozess über mehrere Instanzen geht. Die nach getroffener Einigung vereinbarten Pflichten werden in der Regel *zeitnah erfüllt*.

Damit wird der Rechtsfrieden zwischen den Parteien innert sehr vernünftiger Dauer wiederhergestellt. Die Parteien und deren Organe sowie das Betreibungs- bzw. Konkursamt können sich wieder ihrer geschäftlichen Tätigkeit (und damit dem laufenden bzw. zukünftigen Geschäft) widmen, anstatt sich rückwärts gerichtet mit Rechtsstreitigkeiten aus der

⁴² Vgl. IV.A.

⁴³ Vgl. IV.A.

⁴⁴ Die Dauer hängt im Wesentlichen von der zeitlichen Verfügbarkeit der Parteien und deren Rechtsvertreter ab.

⁴⁵ Peter, 464.

Vergangenheit befassen zu müssen.

4. *Signifikante Kostenersparnis*

Die Kosten des Mediationsverfahrens sind deutlich geringer als im Prozess⁴⁶. Der gemeinsame Zeitaufwand⁴⁷ der Parteien und des Mediators umfassen drei Hauptphasen: die Vorbereitungsphase, d.h. bis eine Mediationsvereinbarung zustande gekommen ist, die Mediationsgespräche und das Abfassen der gefundenen Einigung. Dabei nehmen die Mediationsgespräche, welche kostenmässig am intensivsten sind, in der Regel zwei bis drei Halbtage in Anspruch, welche mit Vorzug eng aufeinander folgen.

Die Kosten für den Mediator setzen sich in der Regel aus einem Pauschalbetrag für das Vorverfahren und einem (nach Zeitaufwand berechneten) Honorar für die Mediationsgespräche sowie für die Formalisierung der Vereinbarung zusammen. Die Gesamtkosten liegen tiefer als die Gerichtskosten im erstinstanzlichen Verfahren; bei hohen Streitwerten liegen die Kosten massiv tiefer.

Aufgrund der kompakten Durchführung der Mediationsgespräche bleiben auch die *Kosten der Parteien für ihre Rechtsvertreter überschaubar* und auf jeden Fall *massiv tiefer als im Prozess*. Gleiches gilt auch für die Opportunitätskosten, auch wenn die Entscheidungsträger der Parteien sich zwingend persönlich in das Mediationsverfahren einbringen müssen, was gewisse Zeit in Anspruch nimmt.

5. *Grössere Parteizufriedenheit/geringere Parteiunzufriedenheit*

Durch die gefundene Einigung *beseitigen* die Parteien die *Rechtsunsicherheit* über die Dauer, die Kosten sowie den Ausgang einer gerichtlichen Auseinandersetzung. Dies kann auch dazu führen, dass verbuchte Rückstellungen bzw. Wertberichtigungen aufgelöst und die strittigen Positionen bereinigt werden können.

Da die Parteien nicht nur im Verfahren aktiv und konstruktiv mitgewirkt haben, sondern die Einigung letztlich auch selbst (wenn auch durch Mithilfe des Mediators) erzielt haben, ist deren *Akzeptanz bei den Parteien* bedeutend grösser als bei einer richterlichen Entscheidung. Indem die Bedürfnisse und Interessen beider Parteien (so weit wie möglich) in die Vereinbarung Eingang gefunden haben, kann anstatt eines «Nullsummenspiels» im Prozessfall (d.h. im gleichen Ausmass wie eine Partei gewinnt, verliert die andere) eine (teilweise) Win-win-Situation geschaffen werden.

6. *Einfache Vollstreckung der vertraglich vereinbarten Ansprüche*

Zufolge der Akzeptanz der Einigung durch die Parteien ergibt sich, dass die Parteien ihre getroffenen Abrede, ohne dass weitere Vollstreckungsmassnahmen eingeleitet werden müssen, auch *tatsächlich nachleben*.

⁴⁶ Peter, 464; Girsberger/Peter, N 472 ff.

⁴⁷ Hinzu kommt der Aufwand des Mediators zur Vorbereitung der Mediationsgespräche.

Selbst wenn dies im Ausnahmefall einmal nicht der Fall sein sollte, können die Parteien ihre Rechte aufgrund der erzielten *Vereinbarung einfach vollstrecken*. Dies gilt insbesondere, wenn eine Einigung im Stadium des Schlichtungsverfahrens von der Schlichtungsbehörde ins Protokoll aufgenommen (Art. 208 ZPO) oder im Stadium des Prozesses vom Gericht genehmigt wird (Art. 217 ZPO). In diesen Fällen kann für Geldleistungen gestützt auf die zu Protokoll genommene bzw. vom Gericht genehmigte Vereinbarung definitive (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) und in den übrigen Fällen provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 1 SchKG) erlangt werden.

7. Entlastung der Behörden

Wenn eine Einigung zustande kommt, dann hat dies nicht nur Vorteile für die Streitparteien, sondern es werden auch die *staatlichen Gerichte entlastet*. Zudem können bei Streitigkeiten, welche den Abschluss eines SchKG-Verfahrens «blockieren» auch ganze Insolvenzverfahren⁴⁸ früher zum Abschluss gebracht werden, was auch die *Betreibungs- und Konkursbeamten entlastet*. Dies gilt namentlich, wenn die Konkursmasse eine Partei der Auseinandersetzung ist.

D. Weiter Anwendungsbereich der Mediation in SchKG-Streitigkeiten

Sämtliche rein materiellrechtlichen und betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht sind einer aussergerichtlichen Streiterledigung⁴⁹ und damit auch einer Einigung im Rahmen einer Mediation zugänglich.

Rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten und betreibungsrechtliche Fragen, welche der Beschwerde an die SchKG-Aufsichtsbehörden unterliegen (Art. 17 ff. SchKG), sind einer «direkten» Parteienabrede zwar nicht zugänglich. In den meisten Fällen kann jedoch eine *Einigung auf indirektem Weg* herbeigeführt werden, sodass bereits hängige betreibungsrechtliche Verfahren bzw. SchKG-Beschwerdeverfahren im Rahmen einer Mediation beendet werden können.

E. Fazit und Ausblick

Die Mediation ist dem gerichtlichen Prozess – und zwar ausgehend von dessen Nachteilen – *systemimmanent überlegen*. Überspitzt gesagt geniesst die Mediation ihre Existenzberechtigung (primär) aufgrund der offenkundigen Nachteile gerichtlicher Verfahren. Wer viel Zeit und Geld sparen und die Vorhersehbarkeit des Ausgangs aktiv mitgestalten will, der ist mit einer Mediation gut beraten.

Sämtliche in der Praxis wesentlichen SchKG-Streitigkeiten sind einer

⁴⁸ Z.B. ein Konkursverfahren oder ein Nachlassverfahren über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

⁴⁹ Vgl. auch *Pierre-Yves Marro/Vanessa Duss Jacobi*, in: Kurt Boesch et al. (Hrsg.), *Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Zürich 2018, N 2.27 f.

vergleichsweisen Einigung zugänglich. Wenn eine Mediation scheitert, dann ist (verglichen mit dem Prozessweg) wenig Zeit verloren gegangen und es sind überschaubare Mittel eingesetzt worden. Beides dürfte aber auch in diesem Fall nicht «verloren» sein, weil jede Partei für den nachfolgenden Prozess seine Kenntnis der eigenen und der Stärken und Schwächen der Gegenseite erweitern konnte.

Der Hauptgrund für die noch sehr rare Anwendung einer Fachmediation in SchKG-Streitigkeiten ist die *fehlende Kenntnis* der Parteien, Parteivertreter, Gerichte und Ämter *der Vorteile der Mediation* bzw. das *mangelnde Bewusstsein der Nachteile von Gerichtsverfahren* (welche vielfach als «gegeben» erachtet werden).

In Umkehr der heutigen (unwillkürlich angewendeten) Ordnung sollte der *Mediation* zum Vorteil der Parteien, der Gerichte und der Betreibungs- und Konkursämter in der Praxis *generell der Vorzug gegeben werden vor einem gerichtlichen Verfahren*. Die gesetzlichen Regeln dazu bestehen schon. Es liegt somit nicht ein gesetzgeberisches Problem vor. Es ist viel mehr ein *generelles Umdenken* aller an einem Prozess beteiligten Personen und Behörden *erforderlich*, seien sie Gläubiger, Schuldner, Konkursämter oder Gerichte. Gerade in SchKG-Sachen sind Zeit und Geld von grosser Bedeutung. Insofern wäre es nichts als folgerichtig, wenn die «alten Dame» SchKG⁵⁰ *bei diesem Paradigmenwechsel eine Vorreiterrolle einnehmen würde*.

Résumé de quelques jurisprudences genevoises en matière de séquestre en 2018

Philipp Ganzoni, avocat, Genève

Remarque préliminaire: les jurisprudences du Tribunal de Première Instance (en abrégé: TPI) ne sont pas accessibles alors que les jurisprudences de la Cour de Justice (en abrégé: CJ) peuvent être consultées sur le site www.ge.ch/justice/bienvenue-sur-les-pages-de-la-jurisprudence-genevoise.

Art. 271 al. 1 LP (vraisemblance de la créance)

Faits:

Une société suisse avait vendu des pierres précieuses à une personne en Arabie Saoudite qui ne les avait pas payées. Elle avait également remis des pierres précieuses sur le fondement de l'Amana, usage ayant son origine

⁵⁰ Das SchKG datiert vom 11. April 1889, ist seit 1. Januar 1892 in Kraft und ist damit das (mit Abstand) älteste in seiner Grundstruktur noch geltende Bundesgesetz.