

**Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse**

Band / Volume 48

Thomas Kern

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Vertraulichkeit
der Zivilmediation**

DIKE 

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XXXIX
Abkürzungsverzeichnis	XLV
1. Kapitel: Einleitung und Grundlegendes zur Zivilmediation	1
A. Einleitung.....	2
I. Ausgangslage und Zielsetzung	2
II. Aufbau der Arbeit.....	3
B. Entwicklung der alternativen Streitbeilegung	4
C. Arten der alternativen Streitbeilegungsverfahren	6
I. Primärverfahren.....	6
1. Parteiverhandlung.....	6
2. Mediation	8
a) Mediationsmodelle	8
(1) Interessenbasierte Mediation.....	9
(2) Rechtsbasierte Mediation.....	9
(3) Transformative Mediation.....	10
(4) Caucus.....	11
b) Mediationsarten	11
(1) Gerichtsnahe Mediation	11
(2) Gerichtsferne Mediation	12
(3) Gerichtsinterne Mediation.....	12
(4) Integrierte Mediation.....	14
3. Drittscheidung.....	14
a) Schiedsverfahren	15
b) Schiedsgutachten.....	16
II. Hybridverfahren	16
1. Med-Arb-Verfahren.....	16
2. Arb-Med-Verfahren.....	17
3. Final-Offer-Arbitration.....	18
4. High-Low-Arbitration	18
5. Schlichtung.....	19
6. Mini-Trial	20
7. Collaborative-Law & Practice.....	20
III. Online-Streitbeilegung	22
IV. Zwischenergebnis.....	24

D. Mediation als Alternative zum kontradiktorischen Verfahren	24
I. Grundprinzip der Mediation	25
II. Vorteile der Mediation	27
III. Zwischenergebnis	31
E. Terminologie	31
I. Begriff der Zivilmediation	32
1. Begriffsherkunft	32
2. Begriffsdefinition nach allgemeiner Auffassung	32
3. Zivilmediation	34
II. Arbeitsdefinition	35
1. Freiwilliges und strukturiertes Streitbelegungsverfahren	35
a) Streitbelegungsverfahren	35
b) Freiwilligkeit	36
c) Strukturiertheit des Verfahrens	38
2. Eigenständige Lösungsfindung durch die Medianden	40
3. Unterstützung durch eine neutrale Drittperson ohne Entscheidungsgewalt... ..	42
a) Unterstützung durch eine Drittperson	42
b) Drittperson ohne Entscheidungsgewalt	42
c) Neutralität bzw. Allparteilichkeit der Drittperson	42
4. Ergebnisoffenheit	44
5. Informiertheit	44
6. Vertraulichkeit	45
III. Zwischenergebnis	46
F. Übersicht über die Rechtsquellen zur Zivilmediation	47
I. Internationale Rechtsgrundlagen	47
1. UNCITRAL	47
a) Grundlegendes	47
(1) Rechtsetzende Methode	49
(a) Konvention	49
(b) Modellgesetz	49
(c) Gesetzgeberischer Leitfaden und Empfehlungen	50
(d) Modellregelung	50
(2) Vertragliche Methode	51
(3) Erläuternde Methode	51
b) Bedeutung der UNCITRAL	52
c) UNCITRAL Conciliation Rules (1980)	54
d) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)	56
e) UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)	58

f) United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)	60
g) UNCITRAL Mediation Rules (2021)	62
h) UNCITRAL Notes on Mediation (2021)	63
i) Zwischenergebnis.....	63
2. Europäische Rechtsgrundlagen	64
a) Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht	64
b) Europäischer Verhaltenskodex für Mediatoren	65
c) EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelsstreitigkeiten.....	66
d) EU-Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucher- angelegenheiten.....	67
e) EU-Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucher- angelegenheiten.....	68
II. Nationale Rechtsgrundlagen.....	69
1. Schweiz	69
a) Grundlegendes.....	69
b) ZPO-Regelungen.....	70
c) Kantonale Regelungen	72
2. Deutschland.....	74
3. Österreich	75
4. USA.....	76
III. Private Regelungen.....	78
IV. Zwischenergebnis.....	79
G. Ergebnis.....	80
2. Kapitel: Bedeutung der Vertraulichkeit der Zivilmediation.....	83
A. Übersicht über die Rechtsquellen zur Vertraulichkeit	84
I. Internationale Regelungen.....	84
1. UNCITRAL.....	84
a) UNCITRAL Conciliation Rules (1980)	84
b) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002)	85
c) UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018).....	86
d) United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018).....	86
e) UNCITRAL Mediation Rules (2021)	86
f) UNCITRAL Notes on Mediation (2021)	87

2. Europäische Rechtsgrundlagen	87
a) Europäischer Verhaltenskodex für Mediatoren	87
b) EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelsstreitigkeiten	88
c) EU-Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucher- angelegenheiten	89
d) EU-Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucher- angelegenheiten	90
II. Nationale Regelungen	90
1. Schweiz	90
a) ZPO-Regelungen	90
b) Kantonale Regelungen	91
2. Deutschland	92
3. Österreich	94
4. USA	94
III. Private Regelungen	99
IV. Zwischenergebnis	101
B. Begriffsbestimmungen	102
I. Vertraulichkeit aus mediationsspezifischer Sicht	102
II. Verhältnis zwischen Vertraulichkeit und Nichtöffentlichkeit	103
III. Zwischenergebnis	104
C. Notwendigkeit der Vertraulichkeit	104
I. Erfolgsfaktor der Mediation	105
II. Verhaltenspsychologische Bedeutung der Vertraulichkeit	106
III. Funktionen der Vertraulichkeit	108
1. Sicherstellung der Offenheit	108
2. Sicherstellung der Informiertheit	109
3. Schutz vor zivilprozessualer Verwertung	109
4. Schutz vor Fishing Expedition	109
5. Sicherstellung der Neutralität des Mediators	110
6. Schutz vor Imageverlusten	111
7. Schutz des Geheim- und des Privatbereichs	111
8. Schutz vor einer Vorreiterrolle	111
9. Wahrung öffentlicher Interessen	112
IV. Zwischenergebnis	112
D. Ergebnis	113
3. Kapitel: Vertragliche Grundlagen der Vertraulichkeit	115
A. Terminologie	116
I. Mediationsvertrag	116
II. Mediationsabrede	118
III. Mediationsvereinbarung	119

B. Vertraulichkeit ohne ausdrückliche Vereinbarung	120
I. Analoge Anwendung der Vertraulichkeitsregelungen des Schiedsverfahrensrechts?	121
1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Mediation und Schiedsverfahren	122
a) Freiwilligkeit und Parteiautonomie	122
b) Fremdverantwortung und Positionsebene	123
c) Ergebnisbeschränkung	123
2. Geheimhaltungsinteressen der Konfliktparteien	123
II. Nichtöffentlichkeit	124
III. Verschwiegenheitspflicht der Mediationsbeteiligten	129
1. Verschwiegenheitspflicht des Mediators	129
a) Inhalt des Mediatorvertrages	129
b) Rechtliche Qualifikation des Mediatorvertrages	131
c) Auftragsrechtliche Verschwiegenheitspflicht	136
(1) Geheimhaltungspflicht	137
(2) Diskretionspflicht	138
d) Konkudent vereinbarte Verschwiegenheitspflicht	139
e) Grenzen der Verschwiegenheitspflicht	142
(1) Einwilligung	142
(2) Gesetzliche Auskunft-, Melde- und Anzeigepflichten	142
(3) Wahrung von Treu und Glauben	143
(4) Überprüfung, Umsetzung und Vollstreckung der Mediations- vereinbarung, der Mediationsabrede und des Mediationsvertrages ...	145
2. Verschwiegenheitspflicht der Medianden	146
a) Inhalt des Mediandenvertrages	147
b) Rechtliche Qualifikation des Mediandenvertrages	148
(1) Gemeinsamer Zweck	150
(a) Allgemein	150
(b) Pflichtmediation	151
(c) Mediationsklausel	152
(2) Beitragspflicht zur Zweckförderung	152
(3) Rechtsfolgen der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation	153
c) Gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht	155
(1) Treuepflicht	155
(2) Verschwiegenheitspflicht	156
(3) Mediationsspezifische Verschwiegenheitspflicht	157
d) Konkudent vereinbarte Verschwiegenheitspflicht	157
e) Dauer der Verschwiegenheitspflicht	161
f) Grenzen der Verschwiegenheitspflicht	161
(1) Einwilligung	161
(2) Gesetzliche Auskunft-, Melde- und Anzeigepflichten	162

(3) Wahrung von Treu und Glauben	163
(4) Überprüfung, Umsetzung und Vollstreckung der Mediationsvereinbarung, der Mediationsabrede und des Mediationsvertrages ...	164
3. Verschwiegenheitspflicht der übrigen Mediationsbeteiligten	165
a) Rechtsvertreter	165
b) Gutachter	166
c) Übersetzer und weitere Hilfspersonen	167
C. Ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarung	168
D. Ergebnis	170
4. Kapitel: Gesetzliche Grundlagen der Vertraulichkeit	173
A. Nichtöffentlichkeit	174
B. Verschwiegenheitspflicht des Mediators und des Parteivertreters	175
I. Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB	175
1. Allgemeines	175
2. Objektiver Straftatbestand	176
a) Gegenstand des Geheimnisses	176
(1) Unbekanntheit	176
(2) Geheimhaltungswille	177
(3) Geheimhaltungsinteresse	177
b) Fremdheit des Geheimnisses	177
c) Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit	178
d) Offenbaren des Geheimnisses	178
e) Täterkreis	179
(1) Rechtsanwalt als Mediator	180
(a) Meinungsstand	180
(b) Rechtsprechung	180
(c) Rechtslage in Deutschland und Österreich	181
(d) Stellungnahme	182
(2) Notar als Mediator	186
(3) Psychologe als Mediator	188
(4) Rechtsvertreter in der Mediation	189
f) Zwischenergebnis	189
3. Subjektiver Straftatbestand	190
4. Strafantrag	190
5. Grenzen des Berufsgeheimnisses	191
II. Berufliche Schweigepflicht gemäss Art. 35 DSGVO	193
III. Berufs- und Standesregeln	194
1. Rechtsanwalt als Mediator	195
2. Notar als Mediator	197
3. Psychologe als Mediator	198

4. Rechtsvertreter in der Mediation.....	199
5. Zwischenergebnis.....	200
IV. Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB.....	200
V. Mitwirkungsverweigerungsrecht gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. b und lit. d ZPO.....	202
1. Allgemeines.....	202
2. Anwendungsbereich des Mitwirkungsverweigerungsrechts.....	206
a) In persönlicher Hinsicht.....	206
(1) Mitwirkungsverweigerungsrecht gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. b ZPO.....	206
(2) Mitwirkungsverweigerungsrecht gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO.....	207
b) In sachlicher Hinsicht.....	209
3. Pflicht zur Mitwirkungsverweigerung?.....	210
4. Regelungen der Berufsverbände.....	212
5. Internationale und weitere nationale Regelungen.....	212
VI. Ausstands- und Ablehnungsbestimmungen.....	213
1. Ausstandsgrund gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO.....	213
2. Ablehnungsgrund gemäss Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO.....	214
VII. Zwischenergebnis.....	215
C. Vertraulichkeitsgrundsatz gemäss Art. 216 ZPO.....	218
I. Inhalt.....	218
1. Unabhängigkeit.....	218
2. Vertraulichkeit.....	219
3. Verwertungsverbot.....	220
II. Anwendungsbereich.....	221
1. Meinungsstand.....	221
2. Stellungnahme.....	221
III. Dispositives oder zwingendes Recht?.....	223
1. Meinungsstand.....	223
2. Stellungnahme.....	224
IV. Zwischenergebnis.....	226
D. Weitere Bestimmungen zum Vertraulichkeitsschutz.....	227
I. Verwertungsverbot gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO.....	227
II. Zivilprozessuale Vertraulichkeitsbestimmungen.....	229
1. Vertraulichkeitsschutz gestützt auf Art. 166 Abs. 1 lit. a ZPO.....	229
2. Vertraulichkeitsschutz gestützt auf Art. 163 Abs. 2 und Art. 166 Abs. 2 ZPO.....	231
3. Vertraulichkeitsschutz gestützt auf Art. 156 und Art. 53 f. ZPO.....	234
III. Vertraulichkeitsschutz gestützt auf Art. 28 ZGB.....	235
IV. Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen.....	237

E. Vertraulichkeit gestützt auf Gewohnheitsrecht?	240
F. Ergebnis	241
5. Kapitel: Sicherung der Vertraulichkeit	247
A. Prozessvertraglicher Vertraulichkeitsschutz	248
I. Allgemeines	249
II. Prozessuale Vertraulichkeitsvereinbarung	250
1. Inhalt	250
a) Vertraulichkeitslücken	250
b) Regelungsgegenstand	252
(1) Beschränkung von Tatsachen- und Beweisvorbringen	252
(2) Beschränkung der Prozessmitwirkung	260
c) Zwischenergebnis	261
2. Zulässigkeit des Beweismittel- und des Beweisthemenvetragtes in der Mediation	262
a) Meinungsstand	262
(1) Schweizerische Lehre	262
(2) Schweizerische Rechtsprechung	268
(3) Deutsche Lehre	271
b) Stellungnahme	274
(1) Ausgangslage	274
(2) Disponibilität prozessualer Befugnisse	277
(3) Einschränkungen der Befugnisdisposition	280
(a) Schutz der Persönlichkeit	280
(b) Richterliche Beweiswürdigung	284
(c) Wahrheitsfindung	285
(d) Verfahrensmaxime	290
c) Zwischenergebnis	293
3. Wirkung der prozessualen Vertraulichkeitsvereinbarung	295
4. Formvorschriften zur prozessualen Vertraulichkeitsvereinbarung	297
5. Formulierungsvorschlag einer Vertraulichkeitsklausel	301
III. Zwischenergebnis	304
B. Konventionalstrafe	305
C. Gesetzlicher Vertraulichkeitsschutz	308
I. Allgemeines	308
II. Umfang des gesetzlichen Verwertungsverbots	309
1. Meinungsstand	309
2. Stellungnahme	311
3. Zwischenergebnis	315
III. Wirkung des gesetzlichen Verwertungsverbots	315
1. Meinungsstand	315

2. Stellungnahme.....	316
3. Zwischenergebnis.....	317
IV. Grenzen des gesetzlichen Vertraulichkeitsschutzes	318
1. Einwilligung.....	318
2. Wahrung von Treu und Glauben	318
3. Weitere Ausnahmen vom gesetzlichen Vertraulichkeitsschutz	320
4. Zwischenergebnis.....	321
V. Zwischenergebnis.....	322
D. Caucus	323
E. Ergebnis.....	325
6. Kapitel: Rechtsfolgen der Vertraulichkeitsverletzung	329
A. Verletzung der Vertraulichkeitspflicht durch den Mediator.....	330
I. Vertragliche Ansprüche	330
1. Vertragliche Ansprüche des Medianden.....	330
a) Schadenersatz.....	330
(1) Vertragsverletzung	332
(2) Schaden.....	332
(3) Kausalzusammenhang.....	334
(4) Verschulden.....	335
(5) Zwischenergebnis.....	337
b) Genugtuung.....	337
c) Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung.....	340
2. Vertragliche Ansprüche von Dritten.....	341
a) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.....	342
b) Vertrag zugunsten Dritter	343
c) Drittschadensliquidation	343
d) Zwischenergebnis.....	344
II. Ausservertragliche Ansprüche.....	344
1. Schadenersatz.....	344
2. Genugtuung	348
3. Anspruch auf Verbotung, Beseitigung oder Feststellung der Persönlichkeitsverletzung	349
III. Zwischenergebnis.....	349
B. Verletzung der Vertraulichkeitspflicht durch die Medianden	350
I. Vertragliche Ansprüche	351
1. Schadenersatz.....	351
2. Genugtuung.....	352
3. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung.....	353
II. Ausservertragliche Ansprüche.....	353
III. Kündigungsgrund.....	354
IV. Zwischenergebnis.....	355

C.	Verletzung der Vertraulichkeitspflicht durch die übrigen Mediationsbeteiligten	356
I.	Rechtsvertreter.....	356
II.	Gutachter	358
1.	Vertragliche Ansprüche	358
2.	Ausservertragliche Ansprüche.....	359
III.	Übersetzer und Hilfspersonen	359
1.	Vertragliche Ansprüche	359
2.	Ausservertragliche Ansprüche.....	360
IV.	Zwischenergebnis	361
D.	Ergebnis	363
7.	Kapitel: Kollisionsrecht.....	369
A.	Verschwiegenheitspflicht des Mediators	370
I.	Vertragliche Verschwiegenheitspflicht	370
1.	Anwendbares Recht.....	370
2.	Mediatorvertrag als Konsumentenvertrag?	374
II.	Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht	377
1.	Prozessuales Mitwirkungsverweigerungsrecht	377
2.	Strafrechtliche Verschwiegenheitspflicht	378
3.	Berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht	379
III.	Zwischenergebnis.....	382
B.	Verschwiegenheitspflicht der Medianden	384
I.	Vertragliche Verschwiegenheitspflicht	384
1.	Materielle Verschwiegenheitspflicht	384
2.	Prozessuale Verschwiegenheitspflicht.....	389
II.	Gesetzliche Verschwiegenheitspflicht	392
1.	Prozessuales Verwertungsverbot.....	392
2.	Strafrechtliche Verschwiegenheitspflicht	392
III.	Zwischenergebnis.....	393
C.	Ergebnis	394
8.	Kapitel: Ergebnisse und Würdigung	397
A.	Zusammenstellung der wesentlichen Ergebnisse	398
B.	Schlusswürdigung.....	416