

Anwendung von § 109 Abs. 1 ZPO betreffend Mängel des Sühneverfahrens erübrigt sich demnach.

Somit sind der Entscheid des Bezirksgerichts, den Nichteintretensantrag der Beschwerdeführer abzuweisen, sowie des Obergerichts, den dagegen erhobenen Rekurs abzuweisen, nicht zu beanstanden.⁷

(Das Bundesgericht wies mit Urteil vom 23. August 1999 eine gegen diesen Beschluss erhobene staatsrechtliche Beschwerde ab.)

Sanktion bei Nichterfüllung einer Schlichtungsklausel

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat im oben wiedergegebenen Urteil entschieden^{*}, dass eine Schlichtungsvereinbarung bzw. eine Mediationsklausel rein materiell-rechtlicher Natur ist¹. Damit unterscheidet sich nach Auffassung des Gerichts die Schlichtungsvereinbarung klar von der Gerichtsstandsvereinbarung und der Schiedsabrede, die beide prozessrechtliche Wirkung haben². Dieses Urteil hat im Ergebnis zur Folge, dass staatliche Gerichte trotz Schlichtungsvereinbarung auf die Klage eintreten, auch wenn eine der Parteien die Schlichtungsvereinbarung verletzt hat³.

Das Kassationsgericht weist zwar darauf hin, dass aufgrund der materiell-rechtlichen Natur der Schlichtungsvereinbarung ihre Nichteinhaltung durch eine Partei 'allenfalls zur Abweisung der Klage oder zu anderen sich aus dem materiellen Recht ergebenden Nachteilen führen könne'. Eine Abweisung der Klage (zur Zeit) scheint aber nur denkbar, wenn die Forderung selbst als durch die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bedingt betrachtet werden kann⁴. Angesichts der Tatsache, dass von einer natürlichen Vermutung auszugehen ist, wonach die Parteien die Ver-

* Kassationsgericht Zürich, Entscheid vom 15. März 1999, veröffentlicht in ZR 99 (2000) Nr. 29

¹ Wie dem Urteil zu entnehmen ist, hat das Kassationsgericht sich dabei (nur) auf die angegebene Stelle von Guldner aus dem Jahre 1979 (Max Guldner, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. A., Zürich 1997) und die neuere Dissertation von Eiholzer abgestützt (Heiner Eiholzer, *Die Streitbeilegungsabrede*, Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung namentlich zur Mediation, Freiburg 1998).

² Vgl. Eiholzer, a.a.O., N 663 und 669.

³ Offen ist, ob damit das Kassationsgericht eine feste Praxis wiedergibt. Ein obiter dictum in einem soeben publizierten Obergerichtsentscheid lässt eher das Gegenteil vermuten; vgl. ZR 101 (2002), Nr. 21, 77 – 81, insb. 78 und die Bemerkung zu diesem Urteil unten bei Fn 12.

⁴ Dies müsste der Auslegung des Vereinbarung – allenfalls durch Anwendung des Vertrauensprinzips – entnommen werden können. Ebenfalls skeptisch für diese Möglichkeit Eiholzer, a.a.O., N 673.

handlungspflicht *in natura* (insbesondere die Möglichkeit der Erfüllungsklage) ausgeschlossen haben⁵, bleibt es aber in der Regel bei den anderen, sich aus dem materiellen Recht ergebenden Nachteilen.

Auch wenn das Gericht den Anschein vermittelt, als stünde der Partei, die sich auf ihr Recht zur Durchführung einer Schlichtungsvereinbarung beruft, unter diesem Titel eine ganze Reihe von Möglichkeiten offen, geht es im Grunde nur um Ansprüche auf Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR wegen Verletzung der Schlichtungsvereinbarung. Weil nach dem traditionellen schweizerischen Verständnis ein Schaden in der Differenz des Vermögens vor und nach dem schädigenden Ereignis besteht, wird es der Partei, welche sich auf die Verletzung der Mediationsklausel beruft, nicht gelingen, ihren Schaden nachzuweisen. Damit bleibt der betroffenen Partei nur die Möglichkeit des Rücktritts von der Schlichtungsvereinbarung verbunden mit der Möglichkeit der Geltendmachung möglicher Aufwendungen⁶.

Damit ist die Folge des oben wiedergegebenen zürcherischen Urteils diejenige der effektiven *Sanktionslosigkeit* der Verletzung der Mediationsklausel, welche im Grunde zu einem blossen Lippenbekenntnis verkümmert. Dass dies nicht so sein muss, zeigt ein Blick auf die Praxis in unseren Nachbarländern.

Anders als das zürcherische Kassationsgericht hat die französische Cour de Cassation (2e Ch. Civile) im Urteil *Polyclinique des Fleurs* vom 2. Juli 2000⁷ einen Entscheid der unteren Instanz geschützt, welche nicht auf eine Klage einer Partei eingetreten war, nachdem diese Partei ihre Klage unter Missachtung der Schlichtungsklausel anhängig gemacht hatte. Diese französische Praxis verlangt somit von der klagenden Partei, dass sie sich an die vereinbarte Schlichtungsklausel hält, ansonsten das Gericht gar nicht auf ihre Klage eintritt⁸. Angesichts der oben dargelegten Sanktionslosigkeit auf rein materieller Ebene dürfte diese Lösung zumindest vom Ergebnis her eher überzeugen. Der üblicherweise erhobene Einwand, wonach ein Mediationsverfahren notwendigerweise freiwillig ist, und dass daher ein 'erzwungenes' Mediationsverfahren den Parteien ohnehin nichts bringt, ist nämlich nur

⁵ Eiholzer, a.a.O., N 552.

⁶ Eiholzer, a.a.O., N 577 ff. Angesichts dieser Situation vor schweizerischen staatlichen Gerichten ist es zu empfehlen, Mediationsverpflichtungen, welche staatlichen Verfahren vorangehen, mit Konventionalstrafen zu verstärken.

⁷ Vgl. *Revue de l'arbitrage* 4/2001, 749 f.

⁸ Der Entscheid kann sich auf frühere Urteile der Chambre commerciale und der dritten Zivilkammer der Cour de Cassation stützen. Immerhin ist aber zu beachten, dass es zwei neuere Urteile der ersten Zivilabteilung der Cour de Cassation aus dem Jahre 2001 gibt, welche zu einem anderen Ergebnis kommen; vgl. *Revue de l'arbitrage* 4/2001, 749 ff. Mit Kommentar von Charles Jarosson, 753 – 764.

beschränkt gültig: Ein wesentlicher Beitrag der ganzen Mediationsbewegung dürfte gerade darin bestehen, den Beweis erbracht zu haben, dass die Chancen zu einer Einigung zu gelangen sich dank der Intervention eines neutralen Dritten erhöhen, wenn nicht gar vervielfachen⁹.

Das französische Urteil setzte voraus, dass die Prozessvoraussetzungen nicht abschliessend im anwendbaren Zivilprozessrecht genannt werden – was für den französischen Nouveau Code de procédure civile offenbar zutrifft¹⁰. Aber auch die schweizerischen ZPO's eröffnen grundsätzlich die Möglichkeit, die Nichtbeachtung einer Mediationsvereinbarung als fehlende Prozessvoraussetzung zu behandeln, denn die Zivilprozessordnungen enthalten in der Regel keine vollständigen Aufzählungen aller Prozessvoraussetzungen¹¹. Die III. Zivilkammer des Obergerichts hatte im Rahmen eines Schiedsrichterernennungsverfahrens in ihrem Beschluss vom 11. September 2001 über einen Nichteintretensantrag zu entscheiden, der damit begründet war, dass das zwingende vorgängige Sühneverfahren von einer Partei nicht eingehalten worden war und es daher an einer notwendigen *Prozessvoraussetzung* fehlte. Das Obergericht lehnte nicht etwa die Qualifikation des zwingenden Sühneverfahrens als Prozessvoraussetzung ab, sondern liess die Frage – ohne weiteren Hinweis auf die Qualifikationsfrage – offen, weil darüber das Schiedsgericht zu entscheiden habe, welches darüber gleich wie ein staatliches Gericht von Amtes wegen urteile¹².

Allerdings ist zu bedenken, dass der prozesserledigende Nichteintretensentscheid zu nicht sachgerechten Lösungen führen kann, wenn eine Partei eine Klage anhängig machen will, um eine Verjährung zu unterbrechen. Hier besteht das Problem, dass gemäss Art. 139 OR der Zeitraum von 60 Tagen in der Regel nicht genügen dürfte, um den Fehler zu verbessern und daher die Klägerin vielleicht nochmals an das Gericht gelangen muss, bevor die

⁹ Jarrosson, a.a.O., 753 N 4.

¹⁰ Jarrosson, a.a.O., 760 N 18.

¹¹ Guldener, a.a.O., 223. In Zürich ist anerkannt, dass das Gesetz nur die wichtigsten Prozessvoraussetzungen nennt; Frank/Sträuli/Messmer, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 1997, § 108 N 1. Die von Eiholzer vorgebrachten Einwände gegen die Annahme einer Prozessvoraussetzung sind formalistischer Natur und überzeugen nicht (vgl. Eiholzer, a.a.O., N 665). Ebenso ist nach dem oben Gesagten zu bezweifeln, ob mit einem Nichteintretensentscheid derjenigen Partei, welche die Schlichtungsklausel durchsetzen will, nicht doch gedient wäre.

¹² Vgl. ZR 101 (2002), Nr. 21, 78. Dieses Urteil ist bemerkenswert, da es in einem offensichtlichen Gegensatz zu dem hier wiedergegebenen und kommentierten Urteil des Kassationsgerichts steht. Es ist allerdings fraglich, ob das Obergericht sich bewusst zum Problem der Qualifikation des Sühneverfahrens als Prozessvoraussetzung äussern wollte oder diese nicht eher beiläufig geschah. Immerhin hat es aber den Nichteintretensantrag auf der Ebene der Qualifikation als Prozessvoraussetzung behandelt (und abgelehnt).

Mediationsbemühungen abgeschlossen sind¹³. Dazu kommt, dass die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen sind¹⁴. Dies trägt dem Umstand, dass die Parteien stillschweigend auf die Durchsetzung der Schlichtungsklausel verzichten können, indem keine sich darauf beruft, ungenügend Rechnung.

Neben den französischen Gerichten ist auch der deutsche BGH in einem Urteil aus dem Jahre 1998 zu einem anderen Ergebnis gelangt als das Züricher Kassationsgericht. Enthält der Vertrag zwischen den Parteien eine Schlichtungsklausel, so ist nach der Auffassung des BGH die Anrufung der Gerichte so lange ausgeschlossen, bis der Versuch tatsächlich unternommen wurde, zwischen den Parteien eine einvernehmliche Lösung zu finden¹⁵. Die Klage wird in diesem Fall als ‘derzeit unzulässig’ betrachtet¹⁶. Der BGH geht aber – anders als die französische Cour de Cassation (2e Ch. Civile) im Urteil *Polyclinique des Fleurs* – trotzdem davon aus, dass es sich nicht um eine von Amtes wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung handelt, denn die Schlichtungsklausel sei vom Gericht nur dann zu beachten, wenn sich eine Partei auf sie beruft¹⁷. Zu Recht wird angenommen, dass die Schlichtungsklausel sowohl vom Sinn und Zweck als auch von der prozessualen Wirkung her einer Schiedsvertragsabrede gleicht, auch wenn die staatlichen Gerichte bei der Schlichtungsvereinbarung anders als bei der Schiedsabrede nicht dauernd ausgeschlossen sein sollen¹⁸.

Geht die Qualifikation als Prozessvoraussetzung daher zu weit, so ist nach einer Lösung zu suchen, welche wie ein Nichteintretensentscheid ein materielles Urteil verweigert, solange die Mediationsverpflichtung nicht erfüllt wurde und trotzdem die nötige Flexibilität zulässt um zu berücksichtigen, ob eine Partei sich auf die Schlichtungsklausel beruft und warum trotz Mediationsklausel eine Klage eingereicht wurde. Eine solche Lösung

¹³ Zur Anwendbarkeit von Art. 139 OR vgl. Stephen Berti, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Obligationenrecht, Teilband V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127 – 142 OR, Zürich 2002, Art. 139 N 25.

¹⁴ Vgl. z.B. § 108 ZPO ZH.

¹⁵ Urteil des BGH vom 18. November 1998 (VIII ZR 344/97) Erw. 3a) (mit Hinweis auf ein früheres Urteil aus dem Jahre 1983). Das Urteil ist wiedergegeben in NJW 1999, 647; WM 1999, 651 und DB 1999, 215.

¹⁶ Der BGH äussert sich nicht über die Konsequenzen, doch aufgrund der Formulierung, dass die ‘Anrufung der ordentlichen Gerichte einstweilen gesperrt werde’, ist davon auszugehen, dass das Gericht in einem solchen Fall nicht auf die Klage eintritt; vgl. BGH Urteil, a.a.O., Erw. 2.

¹⁷ BGH Urteil, a.a.O., Erw. 3. b). Interessant ist, dass das Gericht gestützt auf den Treuwidrigkeitseinwand im konkreten Fall die Berufung auf die Schlichtungsklausel trotzdem nicht akzeptiert hat, weil diejenige Partei, die sich vor Gericht darauf berief, durch Nichtbezahlung ihres Teils am Schlichtungsverfahren das Verfahren blockiert hatte.

¹⁸ BGH Urteil, a.a.O., Erw. 3 c). Interessanterweise stört sich der BGH offenbar nicht daran, dass es die Schlichtungsvereinbarung weder als Prozessvoraussetzung noch als eine Vereinbarung materieller Natur qualifizieren kann; es wird damit der Natur der Vereinbarung am besten gerecht.

findet sich am ehesten gestützt auf die Möglichkeit der *Sistierung*. Danach wird unter Berufung auf die nicht erfüllte Mediationsklausel das Verfahren vorübergehend stillgelegt und gleichzeitig die Parteien aufgefordert, die Mediationsklausel innert einer bestimmten Frist zu erfüllen¹⁹. Der Nachteil dieser Lösung liegt *de lege lata* allerdings darin, dass die Sistierung im Ermessen der Gerichte liegt und falls das Ermessen im Falle von Schlichtungsklauseln nicht ausgeschöpft wird wiederum der Zustand der effektiven Sanktionslosigkeit²⁰ und zusätzlich der Rechtsunsicherheit eintritt. Für Frankreich ist daher *de lege ferenda* vorgeschlagen worden, eine Sistierung des Verfahrens bei Verletzung einer Schlichtungsklausel für Gerichte *und Schiedsgerichte* zwingend vorzuschreiben²¹, doch dürfte eine gefestigte Praxis der Gerichte genügen²².

Die Interessenlage der Parteien ist bei Schiedsgerichtsverfahren, denen ein oder gar mehrere Mediationsstadien vorgelagert sind (sog. ‘multi-tiered dispute resolution clause’, oder kurz ‘MDR’-Klausel), tatsächlich gleich wie bei Prozessen vor staatlichen Gerichten. Das Schiedsgericht wird daher der Situation am besten gerecht, wenn es das Verfahren bis nach dem Schlichtungsversuch mit Hilfe einer verfahrensrechtlichen Verfügung für eine bestimmte, festgelegte Zeit sistiert²³, sofern eine Partei sich auf die Nichterfüllung der Schlichtungsklausel beruft. Dies setzt voraus, dass das förmliche Schlichtungsverfahren, wie das Zürcher Kassationsgericht es tat, eher als materielle Vorgabe betrachtet wird²⁴. Im Rahmen der Partei-autonomie steht es den Parteien aber offen, die Erfüllung des Schlichtungsversuchs als eigentliche Bedingung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts und damit als Prozessvoraussetzung zu formulieren²⁵. Das Schiedsgericht muss hier seine Zuständigkeit auf entsprechende Einrede²⁶ hin je nach

¹⁹ So kann z.B. im Kanton Zürich ein Verfahren ‘aus zureichenden Gründen’ eingestellt werden. Ein solcher liegt vor, wenn dadurch eine erhebliche Verfahrensvereinfachung eintritt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 53a, N 2). Da ein Schlichtungsversuch trotz Unwilligkeit (in der Regel infolge Unkenntnis über das Verfahren) einer Partei zu einem Vergleich führen kann, ist ein zureichender Grund gegeben. Ein solcher dürfte aber auch bereits darin gesehen werden, dass damit die Schlichtungsvereinbarung sanktioniert wird.

²⁰ Jarrosson, 762 N 24.

²¹ Jarrosson, 753 N 26.

²² Immerhin wäre die Schaffung der eidgenössischen ZPO eine einmalige Möglichkeit, um eine solche Bestimmung einzuführen.

²³ Vgl. Werner Wenger, in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Basel 1996, Art. 186 N 20.

²⁴ So wohl Wenger, a.a.O., Art. 186 N 20.

²⁵ Vgl. Martin L. Müller, *Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts*, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 87 und Thomas Rude/Reiner Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2. A., Zürich 1993, 61.

²⁶ Anders als vor staatlichen Gerichten prüft das Schiedsgericht in der Regel seine Zuständigkeit nicht von Amtes wegen, sondern grundsätzlich nur auf entsprechende Einrede hin; Art. 186 Abs. 2 IPRG; vgl. BGE vom 16. Oktober 2001 (BGE 128 III 50), veröffentlicht in ASA Bulletin 1/2002, 97 ff.

Situation entweder endgültig oder zur Zeit ablehnen. Es erscheint als unwahrscheinlich, dass die Parteien ihre Situation noch mehr ‘verschlechtern’ bzw. ‘verändern’ wollten, indem bei Verletzung der Schlichtungsklausel auch noch das Schiedsgerichtsverfahren wegfällt, weil damit aber der Weg zu den staatlichen Gerichten eröffnet wird. Die Interpretation, wonach die Parteien eine bedingte Zuständigkeit wollten, ist daher zumindest nicht naheliegend.

Unabhängig davon, ob die Schlichtungsklausel die Zuständigkeit berührt oder eine materiellrechtliche Voraussetzung ist, sollte das Schiedsgericht an die Erfüllung der Verpflichtung, einen Schlichtungsversuch zu unternehmen, nicht allzu hohe Anforderungen stellen²⁷. Wie der deutsche BGH gezeigt hat, kann mit dem Prinzip des prozessualen Treu und Glaubens (d.h. der Pflicht der Parteien, sich im Prozess nach Treu und Glauben zu verhalten)²⁸, sowohl die Berufung auf den fehlenden Schlichtungsversuch seitens derjenigen Partei, welche die Schlichtung im Vorfeld boykottierte, als auch der verspäteten Anrufung dieser Klausel verhindert werden.

Nathalie Voser

²⁷ Vgl. dazu z.B. der erste unter dem neuen irischen Schiedsgerichtsgesetz entschiedene Fall Euro Petroleum Trading Limited v. Transpetroleum International Limited vom 31. Januar 2002 des Irish High Court (rapportiert in: Int. A.L.R. Heft 1, Vol. 5 [2002], N-1.). Der High Court hat entschieden, dass es bereits genügt, wenn aufgrund der vorprozessualen Korrespondenz geschlossen werden kann, die Parteien hätten vorgängig die Mediation angestrebt.

²⁸ Vgl. z.B. § 50 Abs. 1 ZPO ZH.