

Mediation in der anwaltlichen Praxis (Familienrecht)

Roman Manser*

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
I. Mediation im Familienrecht	1
1. Methoden bei Hochstrittigkeit	1
a) Anwendung von Einzelgesprächen	1
b) Entwicklung von Massstäben für Fairness und Gerechtigkeit	3
aa) Ungleichgewicht	3
bb) Haltung ist wichtiger als Methode	4
2. Methoden bei kulturellen und sprachlichen Unterschieden	5
II. Mediation im Kindes- und Erwachsenenschutz	8
III. Haltung und Methode	10
IV. Literaturverzeichnis	10

I. Mediation im Familienrecht

1. Methoden bei Hochstrittigkeit

a) Anwendung von Einzelgesprächen

Der Gesetzgeber hat das Erbrecht bekanntlich weitgehend dispositiv ausgestaltet.¹

Der Erblasser kann die Nachlassregelung mit Verfügung von Todes wegen (Testament und Erbvertrag) unter Berücksichtigung der Pflichtteile frei gestalten.

Entsprechend dem Prinzip der freien, privaten Erbteilung (Art. 607 Abs. 2 ZGB) können die einstimmigen Erben wiederum grundsätzlich von den gesetzlichen wie auch von den erblasserischen Teilungsvorschriften abweichen.

* Fürsprecher, Notar und Mediator SAV, SKWM, Leiter SAV-Fachausschuss Mediation;

¹ Art. 457 ff. ZGB.

Die Erbteilung erfolgt durch Erbteilungsvertrag, Realteilung oder durch Urteil des Erbteilungsrichters. Andere Möglichkeiten, die Erbengemeinschaft aufzulösen, gibt es nicht.

Das ZGB enthält nur wenige zwingende Teilungsvorschriften, vor allem zugunsten Dritter.² Im bürgerlichen Bodenrecht finden Sie zwingende Vorschriften bezüglich des Realteilungsverbots für landwirtschaftliche Gewerbe und bezüglich des Zerstückelungsverbot für landwirtschaftliche Grundstücke.³

Erstaunlicherweise sind Mediationen im Rahmen von Nachlassberatung und Erbteilung viel weniger häufig als Mediationen im Familienrecht. Ein Grund dafür mag darin liegen, dass es häufig mehr als zwei Erben hat, womit eine Mediation schnell zu einer Gruppenmediation und damit unübersichtlicher und anspruchsvoller wird. Oft sind Erbstreitigkeiten die letzte Möglichkeit für einzelne Erben, alte Rechnungen zu begleichen. Hat sich jemand schon immer als schwarzes Schaf der Familie gefühlt, wird diese Haltung in der Erbteilung nicht anders sein.

Die Nachlassberatung durch den Anwalt oder die Anwältin hat einige Gemeinsamkeiten mit der dritten Stufe des Mediationsprozesses (nach dem Konzept des Heidelberger Instituts für Mediation), bei welcher es um die Ermittlung der «needs», das heisst der Interessen und der Bedürfnisse, geht.⁴

Im Rahmen der Mediation werden in dieser Stufe die hinter den Positionen liegenden Bedürfnisse erfragt. Das ist ein Kernstück der Mediation. Je klarer die Interessen formuliert werden können, umso wahrscheinlicher ist eine erfolgreiche Mediation. Hilfreich sind Fragen wie «Was steckt dahinter?», «Was ist wichtig?», «Warum ist das wichtig?».

Der Mediator formuliert die Antworten positiv, zukunftsgerichtet und ressourcenorientiert, bis die Medianten zustimmen können. In Erbmediationen geht es häufig um Fairness und damit möglicherweise um die letztmalige Aufarbeitung vergangener vermeintlicher oder tatsächlicher Ungerechtigkeiten. Gelingt diese Ausarbeitung der Interessen, fühlen sich die Erben besser verstanden und zugleich in ihrer Kompetenz, ihre «needs» auszuformulieren, gestärkt.

Im Rahmen einer interessensgerechten, erbrechtlichen Beratung geht es um Ähnliches. Hilfreich sind Fragen wie:

² BK-WOLF, Art. 607 N 20.

³ Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4. Oktober 1991, SR 211.412.11.

⁴ Die Mediationsphasen sind: Auftragsklärung – Entwicklung der Themenbereiche – Konfliktbearbeitung – Problemlösung – verbindliche Vereinbarung – Nachbetreuung (vgl. www.mediation-heidelberg.de, besucht am 3. April 2015).

- *Welche Wünsche und Erwartungen hat der Mandant? Was muss sichergestellt sein, damit der Nachlass friedlich geregelt werden kann?*

In der Regel geht es um den Schutz schwächerer Erben oder um die Begünstigung des überlebenden Ehegatten.

- *Sind alle betroffenen Familienmitglieder bereit, an der Nachlassplanung mitzuwirken?*

Ohne Beteiligung aller betroffenen Familienmitgliedern ist keine einvernehmliche Lösung unter den Erben möglich (Art. 607 ZGB).

- *Sind bereits Grundstücke oder andere Vermögenswerte zu Lebzeiten an potentielle Erben übertragen worden?*

Solche Erbvorzüge sind zu benennen und auszugleichen, wenn materielle Gerechtigkeit erreicht werden soll. Vermögensverschiebungen unter den Erben nach dem Tod des Erblassers führen in der Regel zu Schenkungssteuern, jedenfalls im Kanton Bern.⁵

b) *Entwicklung von Massstäben für Fairness und Gerechtigkeit*

aa) Ungleichgewicht

Vorab sind klar formulierte Verfügungen von Todes wegen schon Streitvermeidend, weil sie Missverständnisse ausschliessen. Das Testament sollte klar und einfach abgefasst werden.

Wird ein Nachkomme auf den Pflichtteil gesetzt, ist klar zu umschreiben, wer die verfügbare Quote erhält (als eingesetzter Erbe oder als Vermächtnisnehmer) und in welcher Form der Pflichtteil auszurichten ist (Bargeld oder Zuweisung von Aktiven).

Ein durch einen Notar oder eine Notarin abgefasstes Testament oder Erbvertrag bezeugt die Testierfähigkeit des Erblassers. Bei strittigen Familienverhältnissen empfiehlt sich ein ärztliches Zeugnis über die Verfügungsfähigkeit. Der Notar kann allenfalls einen «Mini-Mind-Test», welcher der Testator abgelegt hat, zu den Akten legen.

In der Regel fühlen sich die Miterben, die auf den Pflichtteil gesetzt worden sind, betroffen und zurückgesetzt. Deshalb sollte die Pflichtteilssetzung zurückhaltend und zum Ausgleich materieller Ansprüche und nicht zur Bestrafung Einzelner verwendet werden. Es ist hilfreich, wenn der Erblasser mit Schenkungen zu Lebzeiten einen Ausgleich schafft («besser mit warmer als mit kalter Hand einen Ausgleich schaffen»).

⁵ BK-WOLF, Art. 607 N 22.

bb) Haltung ist wichtiger als Methode

Der Konfliktvorsorge dient es, wenn die in der letztwilligen Verfügung angeordneten Teilungsvorschriften mit einer Willensvollstreckungsklausel versehen werden, damit der Wille des Verstorbenen durchgesetzt werden kann. Die Willensvollstreckerklausel kann mit einer Mediationsklausel verstärkt werden.

Nach neuerer Lehre dürfen die einstimmigen Erben die Erbteilung in Abweichung von Teilungsvorschriften des Erblassers vornehmen, selbst wenn der Erblasser für die Durchsetzung der Teilungsvorschriften einen Willensvollstrecker eingesetzt hat (Art. 607 Abs. 2 ZGB). Selbst der Erbteilungsrichter hat sich an die unter den Erben abgeschlossene Vereinbarung zu halten.⁶

Der Wunsch des Erblassers, dass der Nachlass einvernehmlich geregelt werden und bei einem aufkeimenden Konflikt der Rat eines Anwalts oder Notars eingeholt werden soll, hat eine starke Wirkung auf die Erben. In diesem Zusammenhang kann auch angeregt werden, dass eine Mediation durchgeführt werden kann. Eine mögliche Formulierung kann so aussehen:

«Ich setze Y. als Willensvollstrecker ein. Sollte Y. das Mandat ablehnen oder vorverstorben sein, setze ich Z. als Ersatzwillensvollstrecker ein. Im Falle von Streitigkeiten unter den Erben, soll eine Erbteilung durch den Willensvollstrecker erst vorgenommen werden, wenn eine gütliche Einigung mit Hilfe einer Mediation nicht herbeigeführt werden konnte. Der Willensvollstrecker ist an der Mediation zu beteiligen. Gelangen die Erben durch die Mediation zu einer Einigung über die Erbteilung, soll der Willensvollstrecker diese Einigung umsetzen.»⁷

Es sei erwähnt, dass der Erblasser seinen Willen gegen die einstimmigen Erben juristisch mit der Erbeinsetzung unter Suspensivbedingung der Erfüllung der Teilungsvorschriften oder der Resolutivbedingung der Abweichung von Teilungsvorschriften verstärken kann.⁸ Der Nachteil liegt darin, dass bei der Nichterfüllung der Bedingung ein definitiver Rechtsverlust erfolgt. Eine sachgerechte Lösung würde vielleicht weniger weit gehen.

Die Mediationsklausel kann als erbrechtliche Auflage ausgestaltet werden, welche eine Pflicht des Bedachten zur Durchführung einer Mediation vorsieht. Pflichtteilsberechtigte könne durch die Mediationsklausel an der Einreichung der Herabsetzungsklage nicht gehindert werden.⁹

⁶ BK-WOLF, Art. 607 N 18.

⁷ TÖBEN/SCHMITZ-VORNMOOR, 15-18.

⁸ BK-WOLF, Art. 608 N 30.

⁹ SCHMITZ-VORNMOOR/VORNMOOR, 45.

Weitere juristische Mittel sind Vorbehalte und die testamentarische Einsetzung eines Schiedsgerichts.¹⁰

2. Methoden bei kulturellen und sprachlichen Unterschieden

Vermögensübertragungen zu Lebzeiten in Form von Übertragungen von Grundstücken, Aktien oder elterlichen Betrieben an einen Nachkommen sind in der Praxis häufig. Die Geschwister sind zwar durch die Ausgleichungspflicht¹¹ geschützt, dennoch bestehen grosse Konfliktpotenziale. Übliche Streitpunkte sind die Abfindungszahlung (Anrechnungswert), die Ungleichbehandlung des Begünstigten gegenüber den anderen Geschwistern und Pflegekosten der Eltern im Alter.¹²

Weist der Erblasser eine Sache in der Erbteilung einem bestimmten Erben zu und legt er dafür auch den vom massgebenden (Verkehrs-)wert (Art. 617 ZGB) abweichenden Anrechnungswert fest, liegt eine Kombination von Teilungsvorschrift und Vorausvermächtnis vor. Es handelt sich um einen Fall eines Quotenvermächtnisses. Die Wertdifferenz zugunsten des begünstigten Erben unterliegt der Herabsetzungsklage.¹³

Die Herabsetzungsklage kann vermieden werden, wenn alle Nachkommen den Abtretungs- oder Schenkungsvertrag mitunterzeichnen und auf die Geltendmachung des Pflichtteilsrechts verzichten. Ein solcher Verzicht kann verknüpft werden mit einem Vorkaufsrecht der Geschwister mit Gewinnbeteiligungsrecht für den Fall, dass das bevorzugte Kind die Vermögenswerte frühzeitig verkauft. Ebenfalls kann dem bevorzugten Kind die Pflicht auferlegt werden, für ungedeckte Pflegefallkosten der Eltern aufzukommen.

Gespräche mit der ganzen Familie vor Unterzeichnung des Abtretungsvertrages sind eine grosse Herausforderung. Scheitert die Gestaltung der gemeinsamen Zukunft, bedeutet es meistens für die Eltern eine grosse Belastung. Der Anwalt wie auch der Mediator müssen um dieses Risiko wissen. Gespräche mit der ganzen Familie müssen deshalb dahingehend geprüft werden, ob die einzelnen Familienmitglieder bereit sind, rational verhandeln zu können. Die Familie gestaltet die Zukunft. Die Verhandlungen gehen deutlich über die Erbteilung hinaus.

Bei hochstrittigen Verhältnissen ist rationales Verhandeln kaum möglich. Folgende Merkmale deuten auf ein hochstrittiges Verhältnis hin:

¹⁰ vgl. allgemein BREITENSCHMID, 36-45.

¹¹ Art. 626 ZGB.

¹² GRZIWOTZ, N 291.

¹³ BK-WOLF, Art. 608 N 39.

- andauernde Schwierigkeiten hinsichtlich der Kommunikation und Koordination
- hoher Grad an Wut und Misstrauen zwischen den Familienmitgliedern
- sowohl offene als auch verdeckte Feindseligkeit
- Rechtsstreitigkeiten sowie dessen häufige Wiederaufnahme
- Schwere, nicht bewiesene Anschuldigungen gegen die andere Seite
- Nichteinhaltung gerichtlicher oder anderer getroffener Regelungen
- Einbeziehung dritter Personen in den Konflikt
- Verbale und physische Gewaltanwendungen bei Kontakt¹⁴

Wie geht man mit psychisch instabilen Familienmitgliedern um? Der Psychologe und Mediator Heiner Krabbe aus Münster unterscheidet zwischen drei Arten von Konfliktverhalten der Parteien: Es geht um das «Vernunftthirn», das «Emotionshirn» und das «Instinktthirn». Die Einteilung hilft, die Grundhaltung im Konflikt zu erkennen und entsprechend zu handeln.

- A. «Vernunftthirn»: Der leichtesten Form von Konfliktverhalten («die Konfliktparteien sind bereit zu argumentieren») liegt eine längere Konfliktgeschichte zu Grunde, die zu einer Vermischung von sachlichen Konflikten und Beziehungskonflikten führt. Die Parteien anerkennen die Prozessverantwortung des Mediators oder der Mediatorin und sind bereit, sich strukturiert und lösungsorientiert durch die Mediation führen zu lassen.
- B. «Emotionshirn»: Schwieriger ist der psychologische Umgang mit emotional aufgeladenen Gesprächen, die mit Wut, Tränen und Lautwerden einhergehen. Wir erleben dies im anwaltlichen Alltag häufig. Hier kippt die Beziehung zu den übrigen Familienmitgliedern und es kommt zu gegenseitigen Anklagen und Schuldzuweisungen. Es wird viel weniger argumentiert und mehr emotional gehandelt. Obwohl solche Familienmitglieder häufig mit dem Abbruch der Verhandlungen drohen, wissen sie insgeheim, dass sie in der Mediation einen sicheren Rahmen finden, der es ihnen erlaubt, miteinander zu reden, was sie ausserhalb der Mediation in dieser Form nicht mehr können. Der Mediator versucht einen geschützten Rahmen anzubieten, der allen Familienangehörigen die notwendige Sicherheit und den emotionalen Rückhalt gibt. Der Zweck geht dahin, dass diese Sicherheit die Parteien dazu bringt, ruhiger zu werden und sich rationalen Argumenten mehr zu öffnen. Die Parteien nähern sich dem «Vernunftthirn» an. Den Parteien muss bewusst sein, dass dies Art zu verhandeln viel mehr Zeit benötigt.

¹⁴ KRABBE, Reader, 10; vgl. KRABBE, ZKM, 2 ff.

- C. «*Instinkthirn*»: Bei Leuten dieser Gruppe liegen massive interpersonelle Konflikte zu Grunde. Eine Mediation und Verhandlungen scheitern an offenbar belanglosen Dingen, wie unterschiedlich lange Redezeiten, das ständige Anzweifeln der Kompetenz des Mediators, das Nichtentscheiden können, das Anrufen von weiteren Autoritäten etc. Solche Leute befinden sich auf der Stufe sechs oder höher nach den Konfliktphasen gemäss Friedrich Glasl.¹⁵

Die ältere Mediationslehre riet von einer Mediation bei solchen Konfliktstufen ab. Heiner Krabbe glaubt, auch mit solchen Menschen verhandeln zu können, wenn gewisse Regeln eingehalten werden. Vorab ist zu klären, ob die Parteien überhaupt in der Lage sind, innerhalb der Mediation Entscheidungen zu treffen. Die betreffenden Familienmitglieder reagieren oft mit Schutzmechanismen (Flucht, Kampf, Totstellreflex) und oftmals mit sehr aggressivem Verhalten oder Drohungen. Auch wenn es sich nur um Belanglosigkeiten handelt, wie das Festsetzen eines neuen Gesprächstermin, ist dies ein Prüfungsmerkmal, ob sich die Leute nur in einer schweren persönlichen Krise befinden oder ob krankhafte Zustände vorliegen. Sind kleine Entscheidungen möglich, kann eine Mediation versucht werden. Ansonsten ist davon abzuraten. Es liegen dann meist traumatische oder narzisstische Störungen vor. Dann ist nur der gerichtliche Weg möglich. Solche Leute sind jedoch handlungsfähig und bleiben damit auch testierfähig. In Fällen von schweren persönlichen Krisen kann der Mediator anbieten, dem Konflikt einen Ort zu geben. Bei dieser Konstellation ist eine Mediation bzw. eine einvernehmliche Lösung erst möglich, wenn eine psychische Stabilisierung eingetreten ist, die es erlaubt, dass auch rational argumentiert werden kann.

Hilfreiche Gesprächsführungstechniken sind dabei kurze Äusserungen des Beraters, Mediators oder Anwalts, direkte Ansprache der Familienmitglieder, häufiger Gesprächswechsel, Ansprechen innerer und aktueller Prozesse. Oft ist ein vernünftiges Gespräch kaum möglich, die Argumente wiederholen sich ständig, man tritt an Ort und wird zunehmend selber genervt. Liegen psychische Störungen vor, sind die Verhandlungen behutsam abubrechen, ohne dass die Familienmitglieder dadurch beschämt werden. Der Mediator tut gut daran, die Schuld für das Scheitern nicht einzelnen Familienmitgliedern zuzuweisen, sondern sich einzugestehen, dass er leider für diesen Erbfall nichts mehr tun kann.¹⁶

¹⁵ GLASL, 154.

¹⁶ KRABBE, Reader, 7 ff.

II. Mediation im Kindes- und Erwachsenenschutz

Wie anfangs erwähnt, kann eine Erbengemeinschaft nur mittels gerichtlicher Erbteilung, Erbteilungsvertrag oder Realteilung aufgelöst werden. Dadurch befinden sich die Miterben in der Lage, dass sie ungeachtet ihrer internen Konflikte gezwungen sind, eine Lösung finden zu müssen. Sie sitzen alle im gleichen Boot und können nur gemeinsam das Ufer erreichen.

Eine Mediation kann geeignet sein, die familiären Beziehungen zu retten. Deshalb muss vorerst geklärt werden, ob es bessere Alternativen als eine Mediation gibt (fortgesetzte Erbengemeinschaft, anwaltliche Mandatierung, Erbteilungsprozess).

Nur wenn die Erben bereit sind, der Mediation den Vorrang zu geben, kann eine solche ins Auge gefasst werden. Dabei müssen die Familienangehörigen vom gleichen Informationsstand ausgehen.

Üblicherweise läuft eine Erbschaftsmediation nach folgenden Stufen ab:

- A. *Bestandsverzeichnis*: Grundlage der Erbschaftsmediation muss ein vollständiges Inventar sein. Ebenfalls muss klar sein, wer Erbe ist und dass alle Erben anwesend sind. Dazu muss der Erbenschein vorliegen.
- B. *Erarbeiten der Themen*: Die einzelnen Themen sind zu ordnen und zu priorisieren, bevor sie bearbeitet werden können.
- C. *Bearbeiten der einzelnen Themen*:¹⁷ Grundsätzlich werden zuerst von jedem einzelnen Erben die Positionen abgefragt und nach den dahinterliegenden Interessen gefragt. Bei einer Mehrzahl von Erben dauert dieser Teil der Mediation lange und ist ohne geeignete Hilfsmittel und Techniken der Gruppenmediation nur schwer zu bewältigen.¹⁸ Flipchart und Pinnwände sind unentbehrliche Hilfsmittel, damit die einzelnen Erben ihre Interessen gleichzeitig aufschreiben und die Anliegen der übrigen Teilnehmer an der Pinnwand visualisiert werden.

Hilfreich sind in dieser Stufe *hypothetische Fragen*, die die Erben so stellen, als ob sie das erhalten hätten, was sie sich wünschen. Die Erben erzählen, weshalb ihr Leben dann anders aussehen würde, womit sie auch ihre Interessen offen legen.

- D. *Bearbeitung der möglichen Vorschläge*: Aufgrund der geschilderten Bedürfnisse und Interessen der Erben versucht der Mediator eine Zusammenfassung der verschiedenen Interessen zu formulieren. Dabei sollten alle Interessen der Erben in einer Definition zusammengefasst werden.

¹⁷ HOHMANN, 182-184.

¹⁸ WECKERT/BÄHNER/OBOTH/SCHMIDT, 50 ff.

Mit dieser Grundlage im Hinterkopf nennen die einzelnen Erben alle für sie denkbaren Möglichkeiten für eine Lösung. Es wird geprüft, ob es bereits Vorschläge gibt, mit denen alle Erben einverstanden sind. Erstaunlicherweise ist das oft der Fall. Bei weiterhin bestehenden Konflikten, die eine Lösung benötigen (z.B. Zuteilung einer Liegenschaft bzw. nicht teilbare Mobiliargegenstände, wie Bilder, Autos etc.), ist meditativ zu verhandeln, indem die einzelnen Erben aufgefordert werden, weitere Vorschläge zu machen, um sich anzunähern. Dabei ist den Erben jeweils eine Zusammenfassung der schon gemachten Vorschläge vorzulegen, damit klar ersichtlich ist, welche Fortschritte die Erben schon gemacht haben.¹⁹

- E. *Erstellen eines Memorandums*: Die erzielten Beschlüsse werden in einem Memorandum festgehalten. Sobald alle Parteien das Memorandum unterschrieben haben, wird ein üblicher Erbteilungsvertrag abgefasst bzw. der Auftrag an den Willensvollstrecker oder den Notar erteilt, den Erbteilungsvertrag abzufassen und die grundbuchliche Behandlung vorzunehmen.

¹⁹ vgl. DIEZ, 144 ff.

III. Haltung und Methode

IV. Literaturverzeichnis

BREITENSCHMID PETER

Nachlassplanung – die Verfügungsarten, ihre Stärken und Schwächen, *in*: Nachlassplanung und Nachlassenteilung, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 27. August 2013 in Zürich und vom 12. September 2013 in Lausanne, *hrsg. von* Jürg Schmid, Zürich, Basel, Genf 2014, 1-47.

DIEZ HANNELORE

Werkstattbuch Mediation, Köln 2005.

GLASL FRIEDRICH

Methodenkompetenz und Methodenoffenheit in der Mediation, Zeitschrift für Konfliktmanagement 5/2014, 154-158.

GRZIWOTZ HERBERT

Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare, ein Praxishandbuch zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, obligatorischen Streitschlichtung und Mediation, Köln 2001.

HOHMANN JUTTA

Erbstreitigkeiten und Mediation, Zeitschrift für Konfliktmanagement 6/2013, 181-185.

KRABBE HEINER

Reader, Schwierige Konfliktparteien – Psychologische Hintergründe zum Konflikt, Münster 2012 (zit. KRABBE, Reader).

KRABBE HEINER

Rosenkriege – Ist Mediation mit hochstrittigen Scheidungspaaen möglich?, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2/2008, 2-10 (zit. KRABBE, ZKM).

SCHMITZ-VORNMOOR ANDREAS/VORNMOOR ASTRID

Mediation- und Verhandlungspraxis im Notariat, Zeitschrift für Konfliktmanagement 2/2012, 51-54.

TÖBEN JAN/SCHMITZ-VORNMOOR ANDREAS

Konfliktvorsorge bei der Nachlassplanung – Vorschläge für die rechtliche Beratungs- und Gestaltungspraxis, Zeitschrift für Konfliktmanagement 1/2014, 15-19.

WECKERT AL/BÄHNER CHRISTIAN/OBOTH MONIKA/SCHMIDT JÖRG

Praxis der Gruppen- und Teammediation, die besten Methoden und Visualisierungsvorschläge aus langjähriger erfolgreicher Mediationstätigkeit, Paderborn 2011.

WOLF STEPHAN

Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Zivilgesetzbuch, die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014.