

SKS

Tagung Schweiz. Konferenz der Schlichtungsstellen vom 20.11.2008, Fribourg

Referat von Dr. iur. Susy Stauber, Rechtsanwältin und Mediatorin SAV, SDM-FSM,
Vorsitzende der Zürcher Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz

Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung (CH-ZPO) auf die Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz

I. Ausgangslage

Nach Art. 11 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) hat jeder Kanton eine **Schlichtungsstelle** zu bezeichnen, welche die Parteien berät und versucht, eine Einigung herbeizuführen. Das Schlichtungsverfahren ist freiwillig, die Kantone können es aber als obligatorisch erklären.

Die Schlichtungsstellen sind gegenwärtig **in den Kantonen sehr unterschiedlich eingerichtet**¹:

- Viele Kantone haben eine *zentrale Stelle für privat- und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse* geschaffen.
- In einigen Kantonen gibt es diesbezüglich *getrennte Stellen*.
- In wenigen Fällen ist die *Organisation dezentral* und/oder sind die Schlichtungsstellen *an Gerichte angegliedert*.
- Das Verfahren ist *teils fakultativ, teils obligatorisch*.

Die **Schweiz. Zivilprozessordnung (CH-ZPO)**, welche voraussichtlich am 1.1.2010 in Kraft treten wird, schreibt in Art. 194 ff generell die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens in allen zivilrechtlichen Streitigkeiten (mit den in Art. 195 CH-ZPO genannten, hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen) vor.

Das **Schlichtungsverfahren nach Gleichstellungsgesetz ist von der Regelung mit umfasst**².

Die allgemeine Stärkung der vorprozessualen bzw. aussergerichtlichen Streitbeilegung durch grundsätzlich obligatorische Schlichtung vor dem Gang zum Gericht wird als ein Kernpunkt des Entwurfs bezeichnet³. Ziel ist einerseits die Entlastung der Gerichte, andererseits der Schutz der Parteien vor Eskalation und Kosten. Angeknüpft wird an die in der Schweiz breit etablierte Schlichtungstradition, die hohen Erfolgsquoten der Mietschlichtungsstellen und der Schlichtungsstellen nach GIG (Botschaft CH-ZPO, 7242).

Der *einvernehmlichen Lösung* wird klare Priorität eingeräumt, in der Überzeugung, dass diese nachhaltiger und günstiger ist und überdies auch andere Gesichtspunkte als vor Gericht möglich mit einbezogen werden können.

¹ vgl. dazu Bericht des Bundesrates über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes vom 15. Februar 2006, S. 24, sowie HEIDI STUTZ/MARIANNE SCHÄR MOSER/ELISABETH FREIVOGEL, Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Synthesebericht, April 2005, S. IX und 14, ferner HEIDI STUTZ, Schriftl. Befragung der Schlichtungsstellen (Baustein 3), November 2004, nachfolgend zit. «Evaluation GIG»; abrufbar unter <www.bj.admin.ch>.

² vgl. Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff, 7327ff, nachfolgend zit. Botschaft CH-ZPO.

³ Botschaft CH-ZPO, 7327, und Art. 194 CH-ZPO.

Mit Inkrafttreten der CH-ZPO sollen **Art. 11 und 12 GIG aufgehoben** werden⁴.

II. Organisatorische Anforderungen der CH-ZPO an Schlichtungsbehörden nach GIG und Anpassungen in den Kantonen

Das Schlichtungsverfahren wird in der CH-ZPO für sämtliche unterstellten Schlichtungsbehörden weitgehend vereinheitlicht (Art. 199 ff CH-ZPO, dazu nachstehend Ziff. V).

Demgegenüber verbleibt die Regelung der **Organisation**, Arbeitsteilung sowie sachlichen und funktionellen Zuständigkeit – gemäss Botschaft CH-ZPO (7241) zentrale Effizienzkriterien – grundsätzlich in der **Kompetenz der Kantone** (Art. 3 und 4 CH-ZPO). Verlangt wird allerdings eine *gewisse Qualität* (Botschaft CH-ZPO 7228), die mittels minimaler institutioneller Vorgaben (nebst der vorerwähnten Verfahrensvorschriften) gewährleistet werden soll.

Für die Schlichtungsstelle nach GIG wird eine **doppelt paritätische Zusammensetzung** verlangt (Art. 197 Abs. 2 CH-ZPO), d.h. die Vertretung **beider Geschlechter** wie auch der **Sozialpartner**: „*Vertretung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen, des öffentlichen und privaten Bereichs*“.

Selbst wenn die CH-ZPO grundsätzlich nur für zivilrechtliche Verfahren bzw. privatrechtliche Arbeitsverhältnisse Geltung hat, ist aus dieser Formulierung zu schliessen, dass die Kantone die Schlichtungsbehörden nach GIG **weiterhin auch für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse zuständig erklären können**. Zwingend müssen sie aber nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zur Verfügung stehen.

Im Übrigen sind die Kantone bezüglich Organisation der Schlichtungsstellen nach GIG frei, d.h. die Schlichtung kann nach der CH-ZPO – falls das Kriterium der doppelten Parität erfüllt ist – bei der bestehenden separaten Schlichtungsstelle belassen oder aber einer entsprechend besetzten dem Gericht angegliederten Stelle bzw. gerichtlichen Behörde übertragen werden. Ausdrücklich vorgesehen ist auch die Möglichkeit der Angliederung an die kantonale Verwaltung, wobei eine sachliche und personelle Unabhängigkeit der Schlichtungsstelle verlangt wird (Botschaft 7328). Eine zentrale wie auch eine dezentrale Lösung kommen in Frage (vgl. Botschaft 7330).

Die Zuständigkeit der Schlichtungsstellen auch für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse ist in vielen Kantonen gemäss Einführungsgesetz oder -verordnung gegeben, was durchaus sinnvoll ist und aus gleichstellungsrechtlicher Sicht beibehalten werden sollte, damit diese Angestellten ebenfalls in den Genuss eines niederschweligen Schlichtungsangebots kommen und Knowhow sowie personelle Ressourcen in der ohnehin komplexen und anforderungsreichen Rechtsmaterie gebündelt werden können. Das begünstigt wiederum Effizienz und Effektivität der Schlichtung. Eine einheitliche Praxis entspricht zweifellos den Bestrebungen des Gleichstellungsgesetzes.

Werden bestehende Stellen im Zuge der Anpassung der Behördenorganisation an die CH-ZPO aufgelöst, beispielsweise durch Angliederung oder Übertragung der Schlichtung ans Gericht, besteht die Gefahr, dass einerseits das gesamte bisher aufgebaute Fach- und Erfahrungswissen verloren geht, andererseits öffentlichrechtliche Angestellte keinen Zugang zur Schlichtungsstelle mehr haben oder für sie

⁴ Vgl. CH-ZPO Anhang Art. 400, II. Änderung bisherigen Rechts, Ziff. 1 und Botschaft CH-ZPO 7330, 7407.

eine separate Stelle eingerichtet werden müsste, die dann nicht mehr über das bisherige Knowhow verfügt. Ebenfalls wäre damit die Einheitlichkeit der Praxis nicht mehr gewährleistet.

In Stellungnahmen zu geplanten Änderungen sind diese Gesichtspunkte zu berücksichtigen (vgl. auch das entsprechende Schreiben der Schweiz. Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten vom April 2008).

In einigen Kantonen, so z.B. in ZH und BE, deren Schlichtungsstelle nach GIG bereits heute den Anforderungen der CH-ZPO genügt, werden hinsichtlich ihrer Organisation im Rahmen der Anpassung der kantonalen Behördenorganisation an die CH-ZPO Änderungen diskutiert. So soll im Kanton ZH nach dem Vorschlag der Justizdirektion eine Angliederung der Schlichtungsstelle an das Arbeitsgericht Zürich oder Winterthur erfolgen. Geplant ist dabei allerdings, die Zuständigkeit auch für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse beizubehalten. Das bisher erfüllte Kriterium der Niederschwelligkeit wird aber mit der Angliederung der Schlichtung ans Gericht preisgegeben.

III. Exkurs: Mindestanforderungen an die Organisation der Schlichtungsstelle gemäss Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes

Die vorerwähnte (Fn1) im Auftrag des Bundesamtes für Justiz in den Jahren 2004/05 durchgeführte Studie zur Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes hat in Bezug auf die Effizienz von Schlichtungsstellen ergeben, dass auf **institutioneller Ebene** insbesondere **folgende Kriterien wichtig** sind:

- Hoher Bekanntheitsgrad (keine dezentralen Lösungen; aktive Informationspolitik),
- fachkompetentes, niederschwelliges Beratungsangebot,
- Mitabdeckung des öffentlichen Sektors,
- glaubwürdiges und rechenschaftspflichtiges Schlichtungsgremium.

Den übrigen in der Studie genannten Anforderungen, welche das Verfahren betreffen (formloses Schlichtungsbegehren, Kompetenz, auch Klagepunkte nach OR zu beurteilen, genügende Zulassung von Beweismitteln und Möglichkeit eines einfachen Schriftenwechsels sowie kurze Verfahrensdauer) hat die CH-ZPO Rechnung getragen, dazu nachstehend Ziff. V.

Die Studie hat klar zu Tage gebracht, dass sich die bestehenden institutionellen und qualitativen Unterschiede der kantonalen Schlichtungsstellen sowohl auf deren **Inanspruchnahme** wie auch auf die **Einigungsquoten** auswirken⁵. Die höchsten Einigungsquoten wurden dort erzielt, wo das Fachwissen in einer spezialisierten zentralen, für den privaten und öffentlichen Sektor zuständigen Stelle gebündelt ist.

Die Kompetenz der Schlichtungsstelle (nebst ihrer paritätischen Zusammensetzung) wirkt sich unmittelbar auf ihre Glaubwürdigkeit aus, was wiederum entscheidendes Kriterium ist für die Akzeptanz der Einigungsvorschläge und die Einigungsbereitschaft der Parteien.

⁵ Evaluation GIG, Bericht Bundesrat S. 24, Synthesebericht S. IX und Baustein 3, S. 30 ff.

Die Studie kommt daher zum **Ergebnis**, dass eine **zentrale, für privat- und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse zuständige Stelle** einer dezentralen Regelung vorzuziehen ist, da sie bekannter ist, aufgrund höherer Fallzahlen mehr Fachwissen aufbauen und so vermehrt Einigungen erzielen kann⁶.

Wichtige institutionelle Komponenten für die wirksame Anwendung des GIG sind also

- die zentrale Organisation,
- deren Niederschwelligkeit durch Unabhängigkeit von Gerichten,
- die Zuständigkeit auch für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse sowie
- das Erfordernis der doppelten Parität in der Zusammensetzung.

Diese institutionellen Erfordernisse gewährleisten (nebst erwünschten Grundkenntnissen im Bereich von Gleichstellung und Mediation) die Kompetenz der Schlichtungsstelle und bestmögliche Erfüllung des Einigungsauftrages.

Ganz klar nicht mehr erfüllt wäre die Niederschwelligkeit bei der Delegation der Schlichtung an die Gerichte. Dass diesem Kriterium bei der Umsetzung des Gleichstellungsgesetzes ein zentraler Stellenwert zukommt, wird in der Evaluation GIG, aber auch in der Botschaft des Bundesrats über die Änderung des GIG vom 5.11.2003 zwecks Schaffung einer Schlichtungskommission für das Bundespersonal⁷ mehrfach angesprochen. Um die Niederschwelligkeit zu gewährleisten und damit den Zugang zu den Schlichtungsstellen zu erleichtern, wurde bereits in den Vorarbeiten zum GIG die Unabhängigkeit von den Arbeitsgerichten gefordert⁸.

Da die CH-ZPO lediglich die doppelt paritätische Besetzung der Schlichtungsstelle als Minimalvorgabe vorschreibt, ist es an den Kantonen, dafür zu sorgen, dass möglichst viele der andern aus gleichstellungsrechtlicher Sicht auch wichtigen Komponenten ebenfalls erfüllt sind und – wo dies bereits zutrifft – keine Abstriche getätigt werden, sondern die bisherige Stelle beibehalten wird.

IV. Aufgabe der Schlichtungsbehörde nach CH-ZPO

Diese entspricht inhaltlich Art. 11 Abs. 1 GIG, wobei die Formulierung leicht anders lautet: Statt von „Einigung“ ist von „Versöhnen“ die Rede und ausdrücklich erlaubt ist der Einbezug von ausserhalb des Verfahrens liegender Streitfragen in den Vergleich, wenn es der Beilegung des Streites dient (Art. 198 Abs. 1 CH-ZPO).

Beibehalten wird die bereits in Art. 11 GIG vorgesehene **Beratungsaufgabe** der Schlichtungsstelle nach GIG für Rechtsuchende auch ausserhalb bzw. vor Einleitung eines Schlichtungsverfahrens (Botschaft CH-ZPO 7331, Art. 198 Abs. 2 CH-ZPO), ferner das in Art. 11 Abs. 2 GIG verankerte **Freiwilligkeitsprinzip**, dies aber nur mit Bezug auf die klagende Partei (Art. 196 Abs. 2 lit.c CH-ZPO), während die beklagte Partei zur Einlassung gezwungen ist. Damit wird zumindest mit Bezug auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse das „beidseitige“ Obligatorium aufgehoben, welches etliche Kantone gestützt auf Art. 11 Abs. 2, Satz 2 GIG eingeführt haben.

⁶ Evaluation GIG, Baustein 3, S.V und 30 ff, ferner Bericht Bundesrat S. 24.

⁷ BBl 2003 7809 ff.

⁸ Schlussbericht Arbeitsgruppe „Lohngleichheit für Mann und Frau“ 119.

Die **Beratungsaufgabe ausserhalb von Schlichtungsverfahren** betrifft Auskünfte zu Rechts- und Verfahrensfragen, z.B. hinsichtlich Zuständigkeit, Inhalt des GIG und gesetzliche Ansprüche, Fristen und Ablauf des Schlichtungsverfahrens.

Die auskunftgebende Person hat dabei Zurückhaltung zu üben, wenn es um die Konkretisierung und vorläufige Einschätzung von Rechtsansprüchen geht, um nicht in die Rolle einer Interessenvertreterin zu geraten oder das Ergebnis einer allenfalls nachfolgenden Schlichtungsverhandlung vorwegzunehmen und damit die Neutralität der Schlichtungsstelle zu gefährden.

Grundsätzlich haben Arbeitnehmende wie auch Arbeitgebende die Möglichkeit, Auskünfte einzuholen (letztere z.B. bei Vorfällen von sexueller Belästigung, wenn es um die zu treffenden Massnahmen geht). Die Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes hängt eng mit der Wahrung der Beratungsfunktion der Schlichtungsstelle zusammen und diese ist insbesondere dort unverzichtbar, wo nicht andere kompetente Beratungsstellen, z.B. Fachstellen und Gleichstellungsbüros, um Auskünfte angegangen werden können.

Die **Beratung im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens** umfasst zunächst die sorgfältige Klärung des Sachverhalts. Sodann ist dieser auf eine für die Parteien verständliche Weise *rechtlich zu würdigen und Beweislast und –risiko einzuschätzen*. Den Parteien ist ein dementsprechender **Vergleichsvorschlag** zu unterbreiten.

Die Schlichtungsstelle soll versuchen, eine **Einigung** unter den Parteien herbeizuführen. Damit wird das Ziel der Beratung angesprochen. Wie die Schlichtungsstelle dabei vorgehen und wie der Ablauf des Schlichtungsverfahrens gestaltet werden soll, lässt das Gesetz offen. Auf welchem Weg eine Einigung herbeigeführt werden soll, wird nebst der Fachkenntnis dem Geschick, dem „gesunden Menschenverstand“ und der Überzeugungsfähigkeit der Schlichtenden überlassen.

Die seit Inkrafttreten des GIG und der Einführung der Schlichtungsstellen gemachten Erfahrungen zeigen, dass die Einigungsbereitschaft der Parteien und damit die „Erfolgsquote“ letztlich entscheidend von der **Glaubwürdigkeit** der Schlichtungsstelle abhängt (vorstehend Fn 5 und 6), d.h. davon, dass sie den Parteien als kompetent und neutral erscheint und ihr Einigungsvorschlag plausibel und angemessen ist.

Zu den eine Einigung begünstigenden Gegebenheiten gehört die **Fachkompetenz**. Das Gesetz ist korrekt auf den geltend gemachten Sachverhalt und Anspruch anzuwenden, wobei insbesondere der nicht leicht zu handhabenden und z.T. auch von Gerichten falsch oder nicht angewendeten Beweislasteileichterung Rechnung getragen werden muss. Die Schlichtungsstelle hat den Parteien die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen zu erläutern und die geltend gemachten Ansprüche gestützt auf diese Grundlagen transparent einzuschätzen.

Wichtig erscheint auch die **Gender-Kompetenz**, das Wissen um die Hintergründe und Ursachen von Diskriminierungen von Frauen und Männern, um deren unterschiedliche Bedürfnisse, Rollen und Lebenslagen und um gleichstellungspolitische Defizite. Dazu gehört die Vertrautheit mit geschlechtsspezifischen Machtdifferenzen und deren Auswirkungen, einschliesslich divergierender Strategien und Kommunikation der Geschlechter. Gender-Wissen betrifft also die Sensibilität für

die Bedeutung des Geschlechts in bestimmten Kontexten sowie letztlich die Fähigkeit, Diskriminierungen auch als solche zu erkennen.

In gleichstellungsrechtlichen Fällen geht es – beispielsweise bei der Festsetzung von Entschädigungen oder des mutmasslich diskriminierungsfreien Lohnes – regelmässig um die korrekte Handhabung von **Ermessen**. Eine gewisse Erfahrungsbasis ist hier hilfreich.

Was die Vorgehensweise zur Erzielung von Einigungen anbetrifft, hat sich die zumindest streckenweise Anwendung eines **mediativen Ansatzes** bewährt. Dazu gehören die Unvoreingenommenheit und Einhaltung der Neutralität bzw. „Allparteilichkeit“, die sorgfältige Klärung des Streitgegenstandes (soweit im Rahmen des Schlichtungsverfahrens möglich), einschliesslich der Sichtweisen und Interessen der Parteien, aber auch ihrer Bedürfnisse und Vorstellungen im Hinblick auf mögliche Lösungen, eine eher informelle und kooperative Verhandlungsatmosphäre mit deeskalierenden Interventionen und wo nötig einem Ausgleich des „Machtgefälles“ zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Schliesslich gehört zum mediativen Ansatz die Unterstützung bei der Erarbeitung einer Einigungsvereinbarung, der beide Parteien zustimmen können. Dies fällt ihnen leichter, wenn sie sich ernst genommen und gehört fühlen, kein „Gesichtsverlust“ im Raum steht und das Ergebnis nachvollziehbar ist.

Während wichtiges Element bei der klassischen Mediation die **Eigenverantwortlichkeit der Parteien** für den Lösungsinhalt ist, kann dieses Konzept der Natur der Sache nach bei Schlichtungsverfahren nach GIG **nur beschränkt** zum Tragen kommen, indem die Schlichtungsstelle grundsätzlich die Verantwortung dafür trägt, entsprechend ihrer Informations- und Beratungspflicht den Einigungsrahmen in Übereinstimmung mit dem Gesetz und einem mutmasslichen richterlichen Entscheid abzustecken. Die Schlichtungsstelle bewegt sich dabei mitunter in einem Spannungsfeld zwischen ihrer Einigungsaufgabe und dem Auftrag, in ihrem Zuständigkeitsbereich für die wirksame Durchsetzbarkeit der gleichstellungsrechtlichen Ansprüche zu sorgen. (Dieses „quasi systemimmanente“ Dilemma kann letztlich nicht ein für alle Mal, sondern nur unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten im Einzelfall gelöst werden. Der Gewinn einer gütlichen Einigung beinhaltet für die Parteien nebst den finanziellen Aspekten und der Vermeidung zusätzlicher Kosten regelmässig eine Zeit- und Energieersparnis und die Chance, sich auf eine von belastenden Konflikten befreite Zukunft hin neu ausrichten zu können).

Eine andere Frage ist, wie weit eine tatsächliche **Versöhnung** der Parteien (jetzt in Art. 198 Abs. 1 E-ZPO ausdrücklich angezielt) und eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses stattfinden kann. Ersteres kann wohl im Idealfall erreicht werden, geht aber über den Einigungsauftrag hinaus, und ob die **Weiterführung des Arbeitsverhältnisses** möglich und sinnvoll ist, hängt von dessen Qualität und Entwicklungsmöglichkeiten insgesamt ab, aber auch davon, ob es überhaupt im Zeitpunkt der Einleitung des Schlichtungsverfahrens noch besteht, was mehrheitlich nicht der Fall ist.

Selbst bei noch bestehendem Arbeitsverhältnis wünschen Betroffene nicht selten eine einvernehmliche Beendigung im Rahmen des Schlichtungsverfahrens, weil die Vertrauensbasis der Zusammenarbeit beeinträchtigt ist. Grundsätzlich würde aber die Möglichkeit einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nach erfolgter Schlichtung durchaus deren Sinn und Zweck wie auch dem GIG entsprechen.

Das Schlichtungsbegehren muss in jedem Fall von der Schlichtungsstelle **materiell behandelt** werden, sofern die Behörde sachlich und örtlich zuständig ist. Dem Gleichstellungsgesetz und der CH-ZPO würde ein Verfahren nicht genügen, das einzig zur Erteilung der Klagebewilligung führt⁹.

V. Kompetenzen und Verfahrensvorschriften

1. Mischkonflikte

Die Schlichtungsstelle ist nun ausdrücklich zur Behandlung sogenannter *Mischkonflikte* kompetent (Art. 198 I CH-ZPO), wie dies bereits bisher in vielen Kantonen der Fall war und auch gemäss Evaluation GIG als wichtig erachtet wurde.

2. Einschränkung des Freiwilligkeitsprinzips

Das Freiwilligkeitsprinzip gilt wie vorerwähnt nur für die klagende Partei (einseitige Verzichtsmöglichkeit), während sich Beklagte einlassen müssen. In allen Kantonen, in denen bis anhin das Freiwilligkeitsprinzip gegolten hat, wie auch dort, wo das Schlichtungsverfahren als obligatorisch erklärt wurde, gibt es somit eine Änderung aufgrund der CH-ZPO. Die klagende Partei kann in Diskriminierungsfällen stets wahlweise direkt ans Gericht gelangen, während sich Beklagte im Schlichtungsverfahren einlassen müssen.

3. Einleitung und Durchführung des Schlichtungsverfahrens

Gemäss Art. 199 Abs. 1 und 2 CH-ZPO wird das Verfahren durch schriftliches, elektronisches (mit anerkannter elektronischer Unterschrift versehenes) oder mündliches Schlichtungsbegehren eingeleitet, in welchem Parteien, Rechtsbegehren und Streitgegenstand zu bezeichnen sind. Es ist somit anzugeben, was von der Arbeitgeberseite verlangt wird und aufgrund welcher Fakten eine Diskriminierung anzunehmen ist¹⁰.

Gemäss Art. 60 CH-ZPO bewirkt die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bereits die Rechtshängigkeit und damit die Wahrung laufender Verjährungs- und Verwirkungsfristen. Die Anrufung der Schlichtungsstelle sollte daher aus Beweisgründen **schriftlich** erfolgen, mündliche Anrufungen sind von der Schlichtungsstelle entsprechend zu **protokollieren**.

Nach Art. 199 Abs. 3 CH-ZPO ist das Schlichtungsgesuch der Gegenpartei unverzüglich zuzustellen und gleichzeitig ist zur Verhandlung vorzuladen oder ein Schriftenwechsel anzuordnen. Die Verhandlung soll nach Art. 200 Abs. 1 CH-ZPO innert zwei Monaten seit Eingang des Schlichtungsbegehrens oder Abschluss des Schriftenwechsels stattfinden und nach Abs. 4 können mit Zustimmung der Parteien weitere Verhandlungen durchgeführt werden; das Verfahren ist aber spätestens innert zwölf Monaten abzuschliessen. Hierbei handelt es sich um eine Ordnungsfrist.

Oft stellen sich – insbesondere bei Lohngleichheitsklagen – komplexe Sachverhalts- und Rechtsfragen und es sind für die Glaubhaftmachung eines Anspruchs oder seine Widerlegung umfangreiche Unterlagen zu prüfen. Ohne vorgängigen **Schriften-**

⁹ Vgl. BBI 1993 I 1311. Betroffene könnten sich mittels Aufsichtsbeschwerde zur Wehr setzen.

¹⁰ Es sollte aber genügen, dass die Parteien und der Streitgegenstand (z.B. Lohndiskriminierung, diskriminierende Kündigung oder Diskriminierung bei der Anstellung) genannt werden, nicht aber bereits ein klares Rechtsbegehren.

wechsel und die Möglichkeit, sich sorgfältig auf die Schlichtungsverhandlung vorzubereiten sowie allfällige Rechtsfragen vorab zu klären, wäre die Schlichtungsstelle häufig nicht in der Lage, einen gut begründeten Einigungsvorschlag zu unterbreiten, welcher von beiden Parteien nachvollzogen und akzeptiert werden kann. Die Möglichkeit eines einfachen Schriftenwechsels ist bereits bisher in 17 Kantonen vorgesehen und hat offenbar Einfluss auf die Einigungsquote¹¹. Nach Art. 199 Abs. 4 der CH-ZPO kann ein einfacher Schriftenwechsel angeordnet werden¹².

4. Abklärung des Sachverhalts

Um ihre Aufgabe zu erfüllen, hat die Schlichtungsstelle den Sachverhalt nach der **Untersuchungsmaxime** (bisher Art. 12 Abs. 2 GlG in Verbindung mit Art. 343 OR, neu Art. 151 i.V.m. Art. 239 Abs. 2 lit.a und Art. 243 CH-ZPO), welche auch im Schlichtungsverfahren gilt, so sorgfältig zu klären, wie dies ohne Durchführung eines Beweisverfahrens möglich ist. *Zur Sachverhaltserforschung* ist die Schlichtungsstelle auf die Kooperation der Parteien angewiesen.

Einzelne Kantone haben bereits bisher in ihren Einführungserlassen eine **Mitwirkungs- bzw. Auskunftspflicht** der Parteien statuiert¹³.

Eine Mitwirkungspflicht der Parteien wird nun generell für alle Verfahren, einschliesslich der Schlichtung, in Art. 157 CH-ZPO statuiert. Eigentliche Zwangsmittel stehen nicht zur Verfügung. Sie sind nach der CH-ZPO nicht einmal für gerichtliche Verfahren vorgesehen; unkooperatives Verhalten der Parteien, z.B. die Weigerung der beklagten Partei, Einblick in Personaldossiers und Lohnpolitik zu gewähren, soll bei der Beweiswürdigung entsprechend berücksichtigt werden (Art. 161 CH-ZPO); dieser Grundsatz hat auch im Schlichtungsverfahren Geltung.

Mit Inkrafttreten der CH-ZPO gilt das Schlichtungsverfahren schweizweit als hängiges Verfahren (Art. 60 Abs. 1 CH-ZPO), was das bisherige Spannungsverhältnis zwischen GlG und Datenschutzgesetz mit Bezug auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse aufhebt¹⁴.

Für *öffentlichrechtliche Arbeitgebende* der Kantone und Gemeinden ist weiterhin das kantonale Datenschutzgesetz massgeblich. Steht dieses einer Datenbekanntgabe ohne gesetzliche Grundlage entgegen, muss diese geschaffen werden, sofern sie nicht bereits besteht¹⁵.

¹¹ Vgl. Evaluation GlG Baustein 3, 7 f, insb. Tabelle 3 und 32.

¹² Gemäss Botschaft CH-ZPO 7331 müssen sich die Schlichtungsbehörden gerade in komplexen Fällen gehörig vorbereiten können.

¹³ So.z.B. in ZH §12 EG GlG.

¹⁴ Nach bisherigem Stand ist das Datenschutzgesetz ausserhalb hängiger Verfahren grundsätzlich anwendbar (Art. 2 II lit. c DSG) und kann einer Offenlegung von Personaldaten entgegenstehen, sofern diese nicht gesetzlich vorgeschrieben wird. Gemäss einem Merkblatt des Eidg. Datenschutzbeauftragten über die Auswirkungen des Gleichstellungsgesetzes (www.edoeb.admin.ch, Dokumentation/Datenschutz/Merkblätter) gilt für private Arbeitgebende, dass die Datenbekanntgabe zulässig ist, wenn das Interesse, sich durch Bekanntgabe vor dem Vorwurf der Diskriminierung zu schützen, das Interesse der betroffenen Personen an der Geheimhaltung überwiegt.

Im Einzelfall ist also eine Interessenabwägung erforderlich, wobei das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten ist. Danach dürfen Personendaten nur soweit bekanntgegeben werden, als sie zur Entkräftung des Diskriminierungsvorwurfs wirklich erforderlich und stichhaltig sind.

¹⁵ So wurde in ZH, wo §§ 4 Abs. 1 und 5 lit.a DSG eine gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Personendaten erfordern, in § 12 EG GlG eingefügt: "Soweit dies zum Beweis der Diskriminierung oder Nichtdiskriminierung geeignet und erforderlich ist, dürfen im Schlichtungsverfahren Personendaten von nicht am Verfahren beteiligten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bekannt gegeben werden".

5. Beweis

Auf welche **Beweismittel** sich die Schlichtungsstellen stützen können, ist bisher von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt¹⁶. Hauptbeweismittel sind die mündliche Befragung der Parteien und Urkunden. Diese wie auch ein Augenschein sind nach Art. 200 Abs. 2 CH-ZPO ausdrücklich auch im Schlichtungsverfahren zugelassen; ebenso kommen weitere Beweismittel (z.B. Zeugenaussagen oder auch Gutachten) in Frage, sofern das Verfahren dadurch nicht wesentlich verzögert wird. Grundsätzlich soll jedoch bei der Beweisführung Zurückhaltung geübt werden, um das Verfahren formlos und einfach zu halten (Botschaft CH-ZPO 7331).

Der Grundsatz der **freien Beweiswürdigung** nach pflichtgemäßem Ermessen gilt auch im Schlichtungsverfahren; massgebend ist die Überzeugung, welche das Schlichtungsgremium aufgrund der Befragung der Parteien, ihrer Eingaben und sonstigen Beweismittel gewinnt¹⁷.

Nach Art. 154 CH-ZPO wird die freie Beweiswürdigung zur allgemein geltenden Prozessmaxime erhoben (Botschaft CH-ZPO 7314).

6. Anwesenheitspflicht, Vertretung und Verbeiständung

Art. 201 CH-ZPO verlangt persönliches Erscheinen der Parteien, eine Vertretung soll aber bei ausserkantonalem oder ausländischem Wohnsitz und bei Krankheit möglich sein. Ebenfalls können sich Arbeitgebende durch Angestellte vertreten lassen, sofern sich diese über eine schriftliche Ermächtigung zum Abschluss eines Vergleichs ausweisen.

Das Nichterscheinen der klagenden Partei hat zur Folge, dass das Schlichtungsbegehren als (einstweilen) zurückgezogen gilt, während bei Säumnis der beklagten Partei die Nichteinigung festzustellen ist (vgl. Art. 203 CH-ZPO). Die Auferlegung einer Ordnungsbusse (BS) ist nach der CH-ZPO nicht mehr zulässig.

Art. 201 Abs. 2 CH-ZPO sieht die Möglichkeit des Beizugs einer Rechtsbeiständin, eines Rechtsbeistands oder einer Vertrauensperson vor.

7. Schlichtungsverhandlung

Die Schlichtungsverhandlung wird wie bisher in allen Kantonen logischerweise **mündlich** durchgeführt.

Der Grundsatz des **rechtlichen Gehörs** muss im Schlichtungsverfahren zwar befolgt werden, andernfalls würde die Schlichtungsstelle ihrem Einigungsauftrag nicht gerecht. Im Hinblick auf die eingeschränkten Möglichkeiten zur Sachverhaltsklärung und die Wünschbarkeit einer raschen Erledigung ist aber kein zu strenger Massstab anzulegen.

Gemäss Art. 202 CH-ZPO ist das Verfahren **vertraulich** und dürfen die Aussagen der Parteien nicht protokolliert, noch später im Entscheidverfahren verwendet werden. Eine Ausnahme wird für den Fall eines Urteilsvorschlags oder Entscheides der Schlichtungsstelle statuiert (dazu nachstehend Ziff. 8).

Nachdem der **Ausschluss der Öffentlichkeit** die Vergleichsbereitschaft der Parteien fördert, und anderweitige Möglichkeiten bestehen, die Tätigkeit der Schlichtungsstellen zu überwachen, ist die Regelung in Art. 200 Abs. 3 CH-ZPO zu begrüssen, wonach die Verhandlung grundsätzlich nicht öffentlich ist, aber die Schlichtungsstelle die Öffentlichkeit im Einzelfall ganz oder teilweise zulassen könnte, sofern ein öffentliches Interesse besteht.

¹⁶ Vgl. Evaluation GIG Baustein 3, 7 und dort Tabelle 3.

¹⁷ Bisher Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 343 Abs. 4 OR.

Hinsichtlich **Ausstandsgründe** gilt Art. 45 CH-ZPO; die Beratung durch die Schlichtungsstelle vor einem Schlichtungsverfahren begründet in diesem keinen Ausstandsgrund.

8. Abschluss des Verfahrens, Urteilsvorschlag und Entscheid

Gemäss Art. 205 CH-ZPO nimmt die Schlichtungsbehörde eine Einigung (Vergleich, Klageanerkennung oder –rückzug) zu Protokoll und lässt dieses durch die Parteien unterzeichnen. Alsdann erhält jede Partei ein Exemplar des Protokolls. Diese Einigung hat die Wirkung eines **rechtskräftigen Entscheids**¹⁸.

Falls es zu keiner Einigung kommt, hält die Schlichtungsbehörde dies im Protokoll fest und erteilt der klagenden Partei die **Klagebewilligung**, welche die in Art. 206 CH-ZPO aufgeführten Angaben zu enthalten hat. Die Klagebewilligung berechtigt während dreier Monate zur Einreichung der Klage am Gericht (Art. 206 Abs. 3 CH-ZPO). Die Schlichtungsstelle kann den Parteien auch einen **Urteilsvorschlag** unterbreiten, der als angenommen gilt und die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids hat, wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit Eröffnung ablehnt (Art. 207 Abs. 1 lit. a und 208 Abs. 1 CH-ZPO).

Vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.- kann die Schlichtungsbehörde auf Antrag der klagenden Partei **entscheiden** (Art. 209 CH-ZPO). Der Entscheid unterliegt der Beschwerde (Art. 316ff CH-ZPO, vgl. Botschaft 7334). Ansonsten gibt es kein Rechtsmittel gegen die Erledigungen der Schlichtungsstelle. Das Verfahren ist spätestens innert zwölf Monaten abzuschliessen (vgl. vorn Ziff. 3).

Nach Art. 206 Abs. 3 CH-ZPO gilt die Klagebewilligung während dreier Monate seit Eröffnung; sie erlischt, wenn innert dieser Frist keine Klage erhoben wird. Damit entfällt auch die Rechtshängigkeit. Da das Verpassen der Frist keine materielle Rechtskraft entfaltet (es sei denn, dass eine Fortsetzung zur Anspruchswahrung gesetzlich verlangt wird), steht es der klagenden Partei frei, ein neues Schlichtungsbegehren oder direkt Klage einzureichen.

9. Kostenfolge, Parteientschädigung

Nach Art. 111 Abs. 2 lit.a CH-ZPO ist das GLG-Schlichtungsverfahren **kostenlos**.

Nach Art. 111 Abs. 1 CH-ZPO werden im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigungen gesprochen. Vorbehalten bleibt die Entschädigung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes durch den Kanton (vgl. auch Botschaft CH-ZPO 7300).

Es kann für eine Partei nötig sein, bereits an der Schlichtungsverhandlung verbeiständet zu sein, wenn es um anspruchsvolle Sachverhalts- und Rechtsfragen geht, was bei Diskriminierungsfällen häufig zutrifft, oder wenn es für die Herstellung eines Gleichgewichtes zwischen den Parteien nötig ist, denn nur so kann eine faire Einigung erzielt werden.

Es entspricht daher Sinn und Zweck des Gleichstellungsgesetzes, dass auch für das Schlichtungsverfahren die **unentgeltliche Rechtspflege** für die Parteikosten gewährt wird, falls die allgemeinen Voraussetzungen der Bedürftigkeit vorliegen und das Begehren nicht aussichtslos erscheint. Wo eine kantonale Gesetzesbestimmung dem entgegen steht, hat dies nach Inkrafttreten der CH-ZPO keine Geltung mehr.

¹⁸ Solange das Schlichtungsverfahren hängig ist, können die Parteien auch einen aussergerichtlichen Vergleich zu Protokoll geben mit entsprechender Rechtskraftwirkung, vgl. Botschaft CH-ZPO 7331.