

# **Gerichtsmediation und Privatmediation – internationale Erfahrungen**

## **Erfahrungen einer Richterin mit Mediation in der Schweiz**

---

Andrea Staubli, lic. iur., Rechtsanwältin, Mediatorin SDM

Gerichtspräsidentin Bezirksgericht Baden

leicht abgeändertes Referat gehalten an der Tagung der Schweizerischen Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung und des Centers for Conflict Resolution der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern vom 10. Juni 2009

### **1. Einleitung**

Im Gegensatz zum Ausland (z.B. den Niederlanden oder einzelnen deutschen Bundesländern) gibt es in der Schweiz wenige, sicher keine flächendeckenden Erfahrungen von Gerichten mit Mediation. Es sind Einzelpersonen an einzelnen Gerichten, allenfalls einzelne Gerichte als solche, die Erfahrungen vorzuweisen haben. In diesem Sinne sind meine Ausführungen nicht repräsentativ, im Hinblick auf die Bestimmungen in der eidg. ZPO jedoch von Interesse.

Obwohl - oder vielleicht gerade weil - ich seit nunmehr 13 Jahren als Gerichtspräsidentin an einem erstinstanzlichen Gericht tätig bin, liegt mein Herzblut bei der Mediation. Meine Erfahrungen als Richterin, in gewissen Fällen mit den üblichen Mitteln des Prozessrechts an Grenzen zu stossen oder keine befriedigenden Lösungen zu finden, haben mich zur Mediation geführt. Die Resultate, die ich mittels Mediation erzielen konnte (auf die einzelnen Beispiele komme ich später zu sprechen), haben mich von dieser Form der Streitbeilegung überzeugt.

## **2. Konflikte gehören zum Alltag - verschiedene Lösungswege auch**

Konflikte gehören zum Alltag, für Richterinnen und Richter zum Berufsalltag. Konflikte können auf unterschiedliche Arten gelöst werden. Ich zähle nur die im vorliegenden Kontext relevanten Formen auf: ein Konflikt kann durch Urteilsspruch von einer Gerichtsinstanz - zumindest verfahrenstechnisch i.S.v. Durchsetzung resp. Beurteilung eines Rechtsanspruches - beendet werden oder durch Einigung der Parteien - sei dies aussergerichtlich oder ebenfalls im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Mediation ist *eine* Art, wie eine Einigung herbeigeführt werden kann - sie ist *eine* von mehreren möglichen Konfliktlösungsmethoden.

Die Mediation unterstützt die Parteien darin, den Konflikt ausserhalb eines Gerichtsverfahrens selbständig zu bereinigen, wobei es dabei weniger um Recht oder Unrecht resp. Schuld oder Unschuld geht, sondern um eine Lösungsfindung, die die Interessen der Betroffenen erfasst und nachhaltig umsetzt. Dadurch lassen sich Prozesse vermeiden oder zumindest vereinfachen. Nachfolgeprozesse werden verhindert, da der Konflikt unter und mit den Beteiligten umfassend gelöst wurde.

Die eidg. ZPO misst der vor- bzw. aussergerichtlichen Streitbeilegung resp. Einigung einen hohen Stellenwert zu. Die Justiz soll nur dann angerufen werden, wenn die Privaten den Konflikt nicht selber lösen wollen oder lösen können. Damit gewinnt die Mediation neben der Schlichtung an Bedeutung. Den Parteien soll die Möglichkeit geboten werden, zwischen der Schlichtung und der Mediation als gleichwertige Alternativen zu wählen. Damit wird auch zum Ausdruck gebracht, dass Mediation und Schlichtung ein Nebeneinander bilden, nicht ein Gegeneinander. Das Ziel der Mediation wie auch der Schlichtung ist die Einigung, die in einer Vereinbarung festzuhalten ist. Damit wird die Parteiautonomie gestärkt und die Justiz entlastet. Diese Entlastung ist umso wichtiger, als die Kantone durch die Justizreform (Stichworte: eidg. Straf- und Zivilprozessordnung, Erwachsenenschutzrecht) zusätzlich belastet werden. Zudem besitzt die Schweiz gemäss einer Untersuchung des Europarates unter den Mitgliedsländern eines der teuersten Justizsysteme in Europa (European judicial systems, Edition 2008 (data 2006), Efficiency and quality of justice).

### **3. Meine Erfahrungen als RichterIn mit der Mediation**

Die Mediation ist eine Möglichkeit, einen Konflikt zu lösen und ein Gerichtsverfahren zu beenden. Lange nicht jedes Gerichtsverfahren eignet sich für eine Mediation - die Mediation ist auch kein Allerheilmittel. ABER: eine sorgfältige Prüfung, ob sich ein Fall für eine Mediation eignet, ist auf jeden Fall angebracht. Aus meiner Sicht als RichterIn im Sinne einer schnellen und effizienten Erledigung eines Falles - und damit aus gesellschaftlicher Sicht im Sinne einer Entlastung der Justiz und - genauso wichtig, wenn nicht sogar wichtiger: aus Sicht der Parteien im Sinne einer oftmals umfassenden und insbesondere schnellen Lösung des Konfliktes, die nachhaltig und tragfähig ist, da von den Parteien selbstbestimmt ausgearbeitet.

Eine Auswahl an Beispielen aus meiner Praxis:

#### 1. Der Ehrverletzungsprozess

Ein Architekt einer Grossüberbauung äussert sich gegenüber einem Nachbarn mit körperlicher Behinderung in ehrverletzender Art und Weise ("er sei ja sowieso ein Krüppel"). Der Nachbar leitet daraufhin ein Ehrverletzungsverfahren ein. Seine (rechtlichen) Möglichkeiten bestehen in der Bestrafung des Architekten - wohl in Form einer Busse. In der von mir initiierten Mediation ging es sehr viel um (verletzte) Gefühle, aber auch um die erfolgreiche, zeitgerechte Realisierung der Grossüberbauung und um Gesichtswahrung (insbesondere auf Seiten des Architekten). Die an drei Sitzungen abgehaltenen Mediationsgespräche gaben den Raum, um diese Punkte auszudiskutieren, um Verständnis für die Anliegen der Gegenseite zu schaffen und um sich wieder in die Augen schauen zu können für die vor den Parteien liegenden Monate der Bautätigkeit.

#### 2. Der Forderungsprozess

Nachbar A hat den Kirschbaum von Nachbar B gefällt. Der Kirschbaum erfüllte die Vorschriften über den Grenzabstand klarerweise nicht mehr. Umstritten war, ob Nachbar A ein "JA" zum Fällen des Baumes erhalten hat oder nicht. Themen zwischen den Nachbarn waren einerseits die Bedeutung des Kirschbaumes für den Grundstückseigentümer (er hatte den Baum als kleiner Junge zusammen mit seinem Grossvater gepflanzt), andererseits die schulmeisterliche und besserwisserische Art des Andern. Ich habe den Forderungsprozess sistiert und die Parteien haben sich

bereit erklärt, eine Mediation durchzuführen. Als Ziele, die sie in der Mediation erreichen wollten, nannten sie: die Lösung soll für beide tragbar sein; sie wollen wieder einen guten Kontakt zueinander; beide Seiten müssen sich entgegenkommen; die Kosten müssen gedeckt sein; der Minderwert der Liegenschaft muss entschädigt sein; die Einigung soll mit einem Glas Wein besiegelt werden; sie wollen FRIEDEN. Im Laufe der Mediation zeigte sich, dass auch die Partnerinnen der beiden Nachbarn beigezogen werden sollten. Das gemeinsam an einem Tisch sitzen der vier Personen führte zu einer Deblockierung der Situation. Die Mediation führte zu einem Perspektivenwechsel in dem Sinne, dass Nachbar A sich in die Situation von Nachbar B versetzen konnte und umgekehrt. Und schliesslich rückten die Streithälse von ihren Positionen ab ("ich will Fr. 3'000.-- für das Fällen meines Baumes" - "das ist ja nur wertloses Brennholz") und fanden gemeinsam ihre Lösung, die unter anderem auch darin bestand, dass sich die Frauen zu einem gemeinsamen Treffen vereinbarten. Nach Abschluss des Verfahrens durch Vergleich konnte der Kläger der Gerichtskasse einen Einzahlungsschein zukommen lassen, da er einen Teil seines bereits geleisteten Kostenvorschusses zurückerhielt. Sein Schreiben an die Gerichtskasse:

*„Nach dem sehr speditiv erlassenen Entscheid lasse ich Ihnen gerne einen ES zukommen. Sie werden mir die mir zustehenden Fr. XY überweisen. Besten Dank. – Ich nehme die Gelegenheit gerne wahr, um Ihrer Gerichtspräsidentin, Frau Staubli, meine Wertschätzung zu übermitteln für die anfangs sehr abenteuerlich „übergekommene“ Idee der Bereinigung mittels Mediation. – Die Mediatorinnen Frau S und Frau N haben es verstanden, die verfahrenre Situation so darzulegen, so zu analysieren, dass ein sicher viel Zeit und Nerven forderndes Gerichtsverfahren umgangen werden konnte. Dankeschön. – Mit freundlichen Grüßen.“*

### 3. Die familienrechtliche Streitigkeit

Die Mediation in Trennungs- und Scheidungsverfahren ist sicher die in der Schweiz bekannteste Form. Ich habe sehr gute Erfahrungen mit Mediation gemacht, insbesondere dort, wo über Kinderbelange gestritten wurde. Dazu habe ich ein Verfahren sistiert und mit genau umschriebenem Regelungsauftrag in die Mediation gewiesen (als Beispiel: "Es wird eine Mediation betreffend Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Vater und den Kindern durchgeführt. Dabei ist insbesondere die Übergabe der Kinder zu regeln."). Die restlichen Fragen, insbesondere die finanziellen Belange, habe ich entschieden.

Bei allen Fällen hat sich deutlich gezeigt, dass die Information und Aufklärung der Parteien darüber, was Mediation ist, worin die Vor- und allenfalls Nachteile gegenüber dem Gerichtsverfahren bestehen, entscheidend waren für die Zustimmung der Parteien zu einer Mediation. Für die Zustimmung, aber auch für das Gelingen der Mediation. Denn nur so wissen die Parteien, worauf sie sich einlassen und können – im Wissen um ihre Möglichkeiten – einen Entscheid für oder gegen eine Mediation fällen. Die Zufriedenheit der Parteien über das von ihnen selbst erarbeitete Resultat ist augenfällig. Der Aspekt der schnellen Lösung des Konflikts fällt ebenso stark ins Gewicht.

#### **4. Die Einsatzmöglichkeiten für Schlichtungsbehörden und Gerichte, insbesondere mit der eidg. ZPO**

Die eidg. ZPO sieht dieses Vorgehen für die Schlichtungsbehörden und die Gerichte nun explizit vor. Ich verweise auf die Art. 213 und Art. 214 ZPO:

***Art. 213 Mediation statt Schlichtungsverfahren***

*1 Auf Antrag sämtlicher Parteien tritt eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens.*

*2 Der Antrag ist im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen.*

*3 ...*

***Art. 214 Mediation im Entscheidverfahren***

*1 Das Gericht kann den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen.*

*2 Die Parteien können dem Gericht jederzeit gemeinsam eine Mediation beantragen.*

*3 ...*

In eherechtlichen Verfahren, in welchen Anordnungen über Kinder zu treffen sind, kann das Gericht die Parteien sogar zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Die Botschaft zur ZPO weist zu Recht auf die besondere Bedeutung der Familienmediation im Zusammenhang mit Kinderbelangen hin (s. Botschaft S. 147). Familienstreitigkeiten haben eine nicht zu unterschätzende emotionale, aber auch wirtschaftliche Bedeutung. Dem Familienrichter resp. der Familienrichterin sind Situationen, in denen durch langjährige streitige Scheidungsverfahren plötzlich die wirtschaftliche Existenz einer Familie bedroht ist, in denen keine befriedigende Neuorientierung der Familie erfolgen kann, weil die Eltern und die Kinder ein Urteil nicht akzeptieren und mittragen, bekannt. Das führt

zu gerichtlichen und vormundschaftlichen Folgeverfahren. Hier trägt auch das Gericht eine besondere Verantwortung und kann deshalb die Eltern zu einer Mediation auffordern. Diese Aufforderung geht weiter als eine Empfehlung gemäss Art. 214 ZPO und beinhaltet meiner Meinung nach auch das Aufzeigen der Notwendigkeit von tragfähigen und praktikablen Lösungen und der Alternativen zum Mediationsverfahren (z.B. Einholen von Gutachten, was zu einer Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens führt, oder sogar das in Betracht ziehen von Kinderschutzmassnahmen, z.B. Obhutsentzug bei einer Gefährdung des Kindeswohls).

## **5. Die kantonalen Einführungsgesetze zur eidg. ZPO**

Welcher Spielraum verbleibt nun den Kantonen bei der Umsetzung der eidg. ZPO? Gemäss Art. 3 ZPO ist die Organisation der Gerichte und Schlichtungsbehörden Sache der Kantone, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Ich möchte hier auf vier Punkte hinweisen:

### **Schlichtungsbehörde weist auf Mediation hin und empfiehlt eine solche**

So unterschiedlich und vielfältig wie Konflikte in Erscheinung treten, so differenziert soll auch der optimale Weg gewählt werden können, um den Konflikt zu lösen. Beansprucht die Lösung eines Konfliktes eine längere Zeit, einen besonderen Aufwand oder erfordert ein Sachverhalt spezifische Fachkenntnisse, so kann eine Mediation angezeigt sein. Gemäss Art. 213 ZPO können die Parteien im Schlichtungsgesuch selber oder anlässlich der Schlichtungsverhandlung den Antrag auf Durchführung einer Mediation stellen. Die Schlichtungsbehörden ihrerseits sind weder verpflichtet, die Parteien auf die Möglichkeit der Mediation hinzuweisen, noch eine solche zu empfehlen. Hier besteht Umsetzungsbedarf seitens der Kantone (Art. 46 BV). Damit die Parteien Kenntnis von ihrer Wahlmöglichkeit erhalten und diese auch wahrnehmen können, sind die Schlichtungsbehörden in den kantonalen Einführungsgesetzen zu verpflichten, die Parteien darauf hinzuweisen. Im Weiteren sollen sie den Parteien auch eine Mediation empfehlen, wenn diese z.B. aus obgenannten Gründen als sinnvoll erscheint. Die Schlichtungsbehörde führt die Mediation nicht selber durch, nimmt aber eine wichtige Triagefunktion wahr.

### **Gericht weist auf Mediation hin**

Gemäss Art. 214 Abs. 1 ZPO kann das Gericht den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen. Damit die Parteien Kenntnis dieser gesetzlichen Möglichkeit erhalten, sind die Instruktionsrichterin / der Instruktionsrichter aller Zivilgerichte zu verpflichten, die Parteien darauf hinzuweisen. Gerade auch in Fällen, in denen die eidg. ZPO kein Schlichtungsverfahren vorsieht, kann eine Mediation angezeigt sein. Darunter fallen insbesondere die Scheidungsverfahren, das Verfahren vor Handelsgericht oder Verfahren mit einem Streitwert über Fr. 100'000.--. Ich verweise auf Art. 198 und 199 ZPO.

### **Kostenerleichterung**

Die ZPO schreibt als Grundsatz die Kostentragung durch die Parteien vor (Art. 218 Abs. 1 ZPO). In kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art haben die Parteien Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation, wenn ihnen die erforderlichen Mittel fehlen und das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt (Art. 218 Abs. 2 ZPO). Art. 218 Abs. 3 gibt den Kantonen nun allerdings die Möglichkeit, weitere Kostenerleichterungen vorzusehen. Zum Beispiel:

### **Kostenerleichterung durch unentgeltliche Mediation**

Hinter der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege steht bekanntlich die Idee, dass auch eine Partei ohne entsprechende wirtschaftliche Mittel vor Gericht resp. Schlichtungsbehörden einen Rechtsanspruch durchsetzen kann. Weist nun ein Gericht oder eine Schlichtungsbehörde einen Fall in die Mediation, damit auf diese Weise eine Streitbeilegung erfolgen kann, so ist nicht einzusehen, weshalb für diesen Weg die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht auch möglich sein sollte. Mit anderen Worten sollte die unentgeltliche Rechtspflege auch für die Kosten der Mediation offen stehen. Es ist widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, wenn die Parteien für ihre Vereinbarung, die sie mit Hilfe eines Rechtsanwaltes ausarbeiten, diese Kostenerleichterung erhalten, nicht aber, wenn diese Hilfe durch einen Mediator geleistet wird. Um Missbräuchen vorzubeugen, kann eine Kostenbegrenzung vorgesehen werden. In einer Verordnung kann beispielsweise eine flexible Regelung betreffend Kostendach oder Beschränkung der Stundenzahl gefunden werden.

Im Sinne einer suboptimalen Lösung wäre es allenfalls denkbar, die unentgeltliche Mediation auf familienrechtliche Angelegenheiten in einem umfassenden Sinne verstanden sowie auf arbeits- und mietrechtliche Streitigkeiten zu beschränken.

Die (unentgeltliche) Mediation erweist sich nachweislich als kostengünstiger und entlastet die Justiz (s. ausführlich dazu C. Bono-Hörler, Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung, Zürich 1999, S. 229 ff., insbesondere FN 826 für den Bereich der Familienmediation; Homepage des Vereins Mediationsforum Schweiz MFS mit Installation eines Kostenrechners unter [www.mediationsforum.ch/MediationKosten](http://www.mediationsforum.ch/MediationKosten)). Die Kantone haben ein Interesse daran, dass langwierige und teure Prozesse, wenn immer möglich, vermieden und effizienter und kostengünstiger abgewickelt werden.

### **Kostenerleichterung durch Kostenanreiz**

Um für die Parteien einen Anreiz zu schaffen, eine Einigung mittels Mediation zu versuchen, sollen die Schlichtungsbehörden und das Gericht die Möglichkeit haben, von der Erhebung von Gebühren ganz abzusehen oder diese wenigstens zu reduzieren. Analog der Regelung in Art. 33b Abs. 5 VwVG sollen die kantonalen Einführungsgesetze eine gesetzliche Grundlage für einen solchen Kostenanreiz schaffen. Diese Bestimmung könnte in etwa so lauten:

*„Soweit eine Einigung zustande kommt, erhebt die Schlichtungsbehörde resp. das Gericht keine Verfahrenskosten. Misslingt die Einigung, so kann die Schlichtungsbehörde resp. das Gericht davon absehen, die Auslagen für die Mediation den Parteien aufzuerlegen, sofern die Interessenlage dies rechtfertigt.“*

### **6. Fazit**

Die Aufgabe der Schlichtungsbehörden und der Gerichte wird es sein, den Gesetzesbestimmungen in der ZPO zum Durchbruch zu verhelfen. Dabei wird es aus meiner Erfahrung heraus entscheidend sein, welche Haltung der Richter/die Richterin resp. die Mitglieder der Schlichtungsbehörden gegenüber der Mediation einnehmen. Stehen sie diesem Instrument positiv gegenüber, werden sie die Parteien auch entsprechend informieren, aufklären und für eine Mediation

motivieren. Die gesetzliche Verankerung der Mediation in der eidg. ZPO ist eine Chance, sowohl für die Behörden wie auch für die Parteien.