

Verordnete Streitschlichtung

Ueli Vogel-Etienne
Rechtsanwalt, Zürich

Auseinandersetzungen nehmen zu, vor allem in Familien. Gerichte und Behörden sind gefordert und zuweilen auch überfordert. Sie hätten die Möglichkeit, alternative Lösungswege zu verordnen – anstatt wenig nachhaltige Entscheide zu fällen.

Eine Streitbeilegung verordnen? Ja, das geht: im Jugendstrafrecht, im Familienrecht und in anderen Rechtsgebieten finden sich Regeln dazu. Schon seit 18 Jahren können die Strafverfolgungsbehörden ein Jugendstrafverfahren sistieren und «eine auf dem Gebiet der Mediation geeignete Organisation oder Person mit einem Mediationsverfahren beauftragen». Gelingt die Mediation, ist das Verfahren zwingend einzustellen.¹

Nach dem Wortlaut des Gesetzes bestehen keine deliktspezifischen Einschränkungen.² Jedes Jugenddelikt ist mediationstauglich. Der Auftrag für eine Jugendstrafmediation muss «einer auf dem Gebiet der Mediation geeigneten Organisation oder Person» erteilt werden. Leider verlangt die Jugendstrafprozessordnung keine unabhängige Stelle oder Mediationsperson.

Eine besonders unglückliche Lösung hat der Kanton Zürich gewählt: Gemäss § 156 GOG ZH führt eine Abteilung der Justizdirektion die Mediation nach Artikel 17 JStPO durch. Nur «ausnahmsweise» können die Behörden eine andere geeignete Person beauftragen. Solche Ausnahmen kommen aber in der Praxis nicht vor. Doch wenn der Staat in eigener Sache mediert, fehlt ihm ganz offensichtlich eine vertrauensbildende Unabhängigkeit.³

Trotzdem scheint aber die Jugendstrafmediation im Kanton Zürich und auch in anderen Kantonen zu funktionieren. Im Juni 2024 hat das schweizerische Bundesamt für Statistik seine «Jugendsanktionsvollzugsstatistik» der Jahre 2020 bis 2023 veröffent-

licht. Demnach wurde etwa jedes 55. Jugendstrafverfahren durch Mediation beendet. Die Erfolgsquote der Mediationen lag bei mehr als 75 Prozent. Am häufigsten kamen Jugendstrafmediationen bei Sexual- und Ehrverletzungsdelikten vor. Allein im Kanton Zürich ordneten die Jugendanwaltschaften im Jahr 2023 insgesamt 215-mal eine Jugendstrafmediation an.⁴

1. Schweiz ist keine Vorreiterin

Die Schweiz nimmt keine Vorreiterrolle bei der angeordneten Mediation ein. Angeordnete Mediationen kennen die USA und Australien schon seit dem letzten Jahrhundert. 2007 forderte Walther Gottwald, Professor und ehemaliger Richter am Oberlandesgericht Tübingen, eine staatliche Förderung der «verordneten Mediation»: «Warum wenden sich Parteien nur selten spontan und freiwillig an ein Verfahren, das sie später als hilfreich empfinden und positiv bewerten?», fragte Gottwald.⁵ Eine nennenswerte Inanspruchnahme der Mediation und damit eine Realisierung ihrer Chancen lasse sich jedenfalls in der gegenwärtigen Situation besser erreichen, wenn sie von aussen, also durch den Gesetzgeber und die Gerichte, stimuliert werde.⁶

Seit dem 1. Oktober 2024 können britische Gerichte Prozessparteien anweisen, «sich an einer alternativen Streitbeilegung zu beteiligen». Vorher war es den Gerichten nur erlaubt, die Parteien zu einer Mediation zu ermuntern. Die Gesetzesänderung erfolgte,

¹ Simone Eberle / Christoph Hug / Patrizia Schläfli / Martina Valär, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, Band I, 3. Auflage, Basel 2023, Art. 17, N 3.

² Ebd., N 13.

³ James Thomas Peter, in: Alvarez Cipriano et al. (Hrsg.), Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 213–218, N 44.

⁴ Jahresbericht des Vereins Strafmediation Zürich (VSMZ) 2023/2024.

⁵ Walther Gottwald, «Staatliche Massnahmen zur Förderung aussergerichtlicher Mediation – empfiehlt sich eine «verordnete» Mediation?» in: AJP 5/2007, S. 611.

⁶ Ebd., S. 619.

nachdem ein Berufungsgericht im November 2023 entschieden hatte, dass die gerichtliche Anordnung einer Mediation nicht gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstosse.

2. Konstruktive Kommunikation

Im Erwachsenenstrafrecht der Schweiz hat die Mediation noch einen schweren Stand. Das Parlament kippte eine Mediationsbestimmung aus dem Entwurf der Strafprozessordnung. Auch viele Strafjuristen gehen davon aus, dass eine Mediation nur bei Antragsdelikten in Frage komme, wo Reue oder Wiedergutmachung des Täters mit einem Rückzug des Strafantrages belohnt werden könne.

Doch diese Vorstellung greift zu kurz. Ein Betrugsopfer etwa interessiert sich in der Regel mehr für den Ersatz seines Schadens als für die Bestrafung des Täters. Eine Strafmediation kann deshalb auch neben einem Strafverfahren, das von Amts wegen geführt werden muss, sinnvoll sein.

Die Regierung des Kantons Zürich will herausfinden, wie die Mediation im Erwachsenenstrafrecht optimal umgesetzt werden könnte. Dazu hat er ab 1. Januar 2025 eine neue Stelle für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt mit Mediationserfahrung geschaffen. Es sei sinnvoll, so der Regierungsrat, «zusätzliche Möglichkeiten der Konfliktbearbeitung einzusetzen, die eine konstruktive Kommunikation fördern».⁷

3. Mediation zum Kindesschutz

Seit bald 50 Jahren können die Kindesschutzbehörde, die Familiengerichte oder die Eheschutz- und Scheidungsgerichte den El-

tern Weisungen insbesondere für die Kindererziehung erteilen.⁸ Solche Weisungen können auch die Anordnung einer Mediation, den Besuch eines Kurses oder etwa die Begleitung durch ein Coaching beinhalten.

Generell können Weisungen zum Kindesschutz «sämtliche Bereiche elterlichen Handelns erfassen».⁹ Anstatt in hochstrittigen Elternkonflikten stundenlang mit den Parteien und deren Anwälten und allenfalls noch mit der Kindesvertretung zu diskutieren, wäre die Anordnung einer Mediation oft hilfreicher.

Der grosse Mehrwert aussergerichtlicher Streitbeilegungsmethoden liegt oft darin, dass Eltern endlich einmal alles aussprechen können, was sie bewegt. Elternkonflikte entstehen ja nicht wegen unterschiedlicher Rechtsauffassungen. Auch bei Kindesentführungen kann die innerstaatlich zuständige Behörde «eine Mediation einleiten mit dem Ziel, eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen. Sie veranlasst die betroffenen Personen in geeigneter Weise, am Vermittlungsverfahren oder an der Mediation teilzunehmen.»¹⁰

4. Alternative zur Prozessführung

Mit der eidgenössischen Zivilprozessordnung hat der Gesetzgeber erstmals eine Alternative zur Prozessführung geschaffen: In sämtlichen Rechtsstreitigkeiten kann das Gericht den Parteien «jederzeit eine Mediation empfehlen».¹¹ In Kindesbelangen, nicht nur zum Kindesschutz, kann das Gericht die Eltern «zu einem Mediationsversuch auffordern».¹²

Leider machen die Gerichte von ihrer Möglichkeit kaum Gebrauch. Sie ziehen es vor, hochstrittige Parteien in stundenlangen Vergleichsverhandlungen weiczuklopfen,

und behelfen sich mit dem Dogma, mit einem guten gerichtlichen Vergleich müssten beide Parteien etwas unzufrieden sein. Anwälte können zur Etablierung der aussergerichtlichen Streitbeilegung beitragen, indem sie in allen Verträgen konsequent Mediationsklauseln einfügen.

Allerdings herrscht in Lehre und Rechtsprechung Uneinigkeit über die Durchsetzbarkeit solcher Klauseln: Nach vorherrschender Meinung ist eine Mediationsklausel schlicht wirkungslos, da jede Konfliktpartei eine Mediation jederzeit abbrechen könne. Nach der Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich geht die Schweizerische Zivilprozessordnung von der Freiwilligkeit der Mediation aus. Daher stellt die Durchführung einer Mediation bei Vorliegen einer Streitbeilegungsabrede entsprechend keine Prozessvoraussetzung dar.¹³

Das Schweizerische Bundesgericht scheint Streitbeilegungsklauseln etwas positiver gegenüberzustehen: Zwei Vertragsparteien hatten einen aussergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismus als Vorbedingung für ein Schiedsgerichtsverfahren vereinbart. Als ein Streit ausbrach, leiteten die Parteien ein Mediationsverfahren ein, doch brach eine Partei dieses Verfahren ab und rief das vereinbarte Schiedsgericht an. Das Bundesgericht prüfte dann die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, gestützt auf das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht. Es sistierte das Schiedsverfahren bis zur korrekten Durchführung der Mediation.¹⁴

5. Freiwilligkeit und Zwang

Die Teilnahme an einer Mediation müsse nicht unbedingt freiwillig sein, schreiben Daniel Girsberger und James T. Peter in

ihrem Standardwerk «Aussergerichtliche Konfliktlösung».¹⁵ Also kann sie auch angeordnet werden. Wesentlich sei, so Girsberger und Peter, «dass das Mediationsverfahren den Parteien volle Autonomie in inhaltlicher Hinsicht gewährt und dass jede Partei jederzeit das Recht hat, die Mediation zu beenden. Damit wird dem Grundsatz der «Freiwilligkeit» vollständig Rechnung getragen.»

Noch weiter geht James T. Peter, wenn er schreibt, beim Grundsatz der Freiwilligkeit der Mediation handle es sich um ein überliefertes beziehungsweise überholtes Dogma.¹⁶ Entscheidend sei nicht die Freiwilligkeit der Mediation, sondern die Parteiautonomie. Diese werde dadurch sichergestellt, dass der Mediator keine Entscheidungsmacht besitze und dass die Medianden die Mediation jederzeit abbrechen könnten.

Bereits vor 15 Jahren erachtete es das Bundesgericht für zulässig, als Kinderschutzmassnahme gestützt auf Artikel 307 Absatz 3 ZGB eine Mediation anzuordnen.¹⁷ Wegweisend für die Anordnung von Mediationen ist der erwähnte Entscheid eines englischen Berufungsgerichts,¹⁸ wonach die gerichtliche Anordnung einer Mediation nicht gegen das Menschenrecht auf ein faires gerichtliches Verfahren gemäss EMRK¹⁹ verstosse.

6. Förderung der Streitbeilegung

Bereits vor 18 Jahren schlug der eingangs zitierte alt Oberrichter Walther Gottwald Massnahmen zur Förderung der aussergerichtlichen Streitbeilegung vor: Der Gesetzgeber könne sie vorschreiben, der Richter könne sie in die Wege leiten, oder Kostenanreize führten in ihrer Wirkung dazu, dass die Parteien einen Mediator aufsuchen.²⁰

6.1 Mediation als Filter vor der Justiz

Eine mögliche Form der verordneten Streitbeilegung kann darin bestehen, dass Konfliktparteien ein Gericht erst dann anrufen dürfen, wenn sie eine Mediation durchlaufen oder wenigstens versucht haben. Diese Lösung kennen seit Jahren diverse Bundesstaaten der USA. Aber die Schweiz kenne doch schon das Schlichtungsverfahren und den Einigungsversuch im Familienrecht, werden hier viele Leser einwenden.

Indessen fordert Walther Gottwald dezidiert, Schlichtung und Mediation als Verfahren «strikt zu trennen und nicht nur den Weg zur Schlichtung vorzuschreiben».²¹ Eine Mediation müsse durch ausgebildete Mediatoren durchgeführt werden. Zwar haben in der Schweiz einzelne Friedensrichter durchaus Mediationsausbildungen durchlaufen, eine Ausbildungspflicht besteht aber nicht.

6.2 «Verordnung» durch Kostenanreize

Gemäss Artikel 106 ZPO trägt in der Regel die unterliegende Partei die Prozesskosten. Unkooperatives Verhalten einer Partei zieht keine Kostenfolgen nach sich, im Gegenteil: Die Parteien sind nicht einmal dazu verpflichtet, ernsthafte Vergleichsbemühungen zu unternehmen. Sturheit wird meistens prozessual belohnt.

In Grossbritannien kann der Richter unvernünftiges Verhalten kostenmässig sanktionieren lassen, etwa bei Ablehnung einer Mediation.²² Auch Gerichte in der Schweiz könnten gestützt auf Artikel 108 ZPO unvernünftiges Verhalten einer Prozesspartei kostenmässig sanktionieren, was in der Praxis aber nicht geschieht.

6.3 Verpflichtende Verordnung

Nach dem Gesetzeswortlaut können der Richter, der Jugendanwalt

und die Zentralbehörde in der Schweiz nur im Kinderschutzrecht, im Jugendstrafrecht und bei internationalen Kindesentführungen eine Mediation anordnen. Jeder weitere gerichtsnahe oder aussergerichtliche Streitbeilegungsversuch ist freiwillig.

Die Hochschulen als Ausbilder künftiger Juristengenerationen, Anwaltsverbände und Politiker mit Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess wären hier gefordert. Nur gerade zwei private Institute bieten aktuell eine Weiterbildung zur verordneten Streitbeilegung an, nämlich das Institut für systemische Entwicklung (IEF) in Zürich²³ und das Institut für Kommunikation und Führung (IKF) in Luzern.²⁴

In den Standardwerken auf dem Schweizer Büchermarkt kommen die angeordnete Mediation und die verordnete Streitbeilegung nicht einmal im Schlagwortverzeichnis vor.²⁵ In einer Zeit, in der hochstrittige Konflikte zunehmend und die gerichtlichen Streitbeilegungswege immer länger werden, besteht Handlungsbedarf. Um mit alt Oberrichter Walther Gottwald zu schliessen: Der Gerichtsweg führt «zu einer Elaboration, einer Ausarbeitung des Konflikts. Die Weigerung, die Ursachen und die Schuld für den Konflikt anzuerkennen, führt zu einer Art Aufrüstung in der Auseinandersetzung und lässt den Konflikt weiter eskalieren. Beide Seiten verwenden mehr und mehr Energie auf diese Ausarbeitung des Konflikts, schreiben seine Ursachen zunehmend einzig und allein dem «böartigen» Verhalten der Gegenseite zu. Was immer die andere Seite jetzt macht, es kann nur Übles sein, das eine entsprechende Antwort erfordert. Aus dem Ausgangskonflikt entwickelt sich der Metakonflikt, der die Sicht auf den sich entfaltenden Konflikt einengt, nicht auf seine Lösung.»²⁶

⁷ Regierungsrat des Kantons Zürich, Beschluss 510/2024 vom 15.5.2024.

⁸ Art. 307 ff. ZGB.

⁹ Peter Breitschmid, in: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Auflage, Basel 2022, Art. 307, N 19.

¹⁰ Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) vom 21.12.2007, Art. 4.

¹¹ Art. 214 ZPO.

¹² Art. 297 ZPO.

¹³ ZR 117 (2018), Nr. 10, S. 24 ff.

¹⁴ BGE 142 III 296 aus dem Jahr 2016.

¹⁵ Daniel Girsberger / James Thomas Peter, Aussergerichtliche Konfliktlösung, Zürich 2019, Rz. 463.

¹⁶ Peter, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Artikel 213–218, N 19.

¹⁷ BGE 5A_457/2009, 9.12.2009.

¹⁸ Berufungsgericht London, Entscheid [2023] EWCA Civ 1416 vom 9.11.2023, Churchill gegen Merthyr Tydfil.

¹⁹ Art. 6 EMRK.

²⁰ Gottwald, a.a.O., S. 613.

²¹ Vgl. dazu auch Peter, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 213–218, N 33.

²² Gottwald, a.a.O., S. 613.

²³ www.ief-zh.ch: Kurs «Angordnete Mediation».

²⁴ Institut für Kommunikation und Führung (IKF): Kurs «CAS Verordnete Streitbeilegung».

²⁵ James T. Peter, Gerichtsnahe Mediation, Bern 2011; Daniel Girsberger / James Thomas Peter, Aussergerichtliche Konfliktlösung, Zürich 2019; Jonas Fischer / Anne Mirjam Schneuwly, ADR – Alternative Dispute Resolution, Zürich 2021.

²⁶ Gottwald, a.a.O., S. 612.