James T. Peter*

Mediation bei Forderungsstreitigkeiten

Inhaltsverzeichnis

I. Mediation bei haftpflichtrechtlichen Forderungsstreitigkeiten 35
A. Zielsetzung der Mediation 35
1. Allgemein 35
2. Bei Forderungsstreitigkeiten 36
B. Wozu eine Mediation bei Haftpflichtfällen? 37
C. Ablauf einer typischen Mediation bei Forderungsstreitigkeiten 38
D. Warum findet die Mediation nicht häufiger statt? 39

II. Was ist vorzukehren, damit eine Mediation stattfinden kann? 40
A. Mediationsklauseln 40
1. Rechtswirkung der Mediationsklausel 40
2. Mediationsklausel 41
3. Mediationsregeln der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation 41
B. Empfehlung durch den Richter 42

Literaturverzeichnis 42

I. Mediation bei haftpflichtrechtlichen Forderungsstreitigkeiten

A. Zielsetzung der Mediation

1. Allgemein

Mit der Mediation können verschiedene Zielsetzungen verfolgt werden. Zu diesen Zielsetzungen gehören die Kostenreduktion, der Zeitgewinn, die Win-win-Lösung, der Beziehungserhalt sowie die Parteiautonomie, mit welcher die Nachhaltigkeit der Lösung sichergestellt werden soll[1]. Häufig wird davon ausgegangen, dass der Beziehungserhalt eine das Mediationsverfahren qualifizierende Zielsetzung darstellt. Daraus wird sodann gefolgert, dass eine Mediation nur dort Sinn macht, wo der *Beziehungserhalt eine wesentliche Zielsetzung* aller beteilig-

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Mediator SAV/SKWM, Zürich.

1 PETER, Kommentar, Grundlagen N 23 ff.

Sinn macht, wo der *Beziehungserhalt eine wesentliche Zielsetzung* aller beteiligten Parteien darstellt[2]. Aus Erfahrung[3] lässt sich aber feststellen, dass der Beziehungserhalt gerade bei Forderungsstreitigkeiten meistens keine Zielsetzung der Parteien darstellt, was dem erfolgreichen Einsatz der Mediation nicht im Wege steht. Die Vorstellung, wonach der Beziehungserhalt eine qualifizierendes Merkmal der Mediation sei, ist also unzutreffend.

Typische Situationen, bei denen der Beziehungserhalt im Vordergrund steht oder zumindest als sehr wichtig anerkannt wird, sind Ehescheidungen mit unmündigen Kindern, Nachbarstreitigkeiten, unternehmensinterne Streitigkeiten, Streitigkeiten unter Geschäftspartnern, evtl. Erbschaftsstreitigkeiten etc.

Im geschäftlichen Umfeld ist der Beziehungserhalt dann wichtig, wenn der Erhalt der Beziehung für den Erhalt eines Geschäfts wesentlich ist (typische Fälle: Aktionärsbindungsverträge, Gesellschaftsverträge, Joint Ventures, Mietverhältnisse etc.) oder wenn die Fertigstellung eines Projektes, trotz Vorliegen von Problemen und Streitigkeiten, höchste Priorität hat (typische Fälle: Bauprojekte, IT-Projekte etc.). Ein Projekt darf nicht wegen Streitigkeiten zwischen Beteiligten abge- oder unterbrochen werden. Ein Abbrechen oder schon nur ein Projektstillstand verursacht bei allen Beteiligten Schäden und Verluste. Die Projektverträge sollten bereits regeln, wie mit Streitigkeiten unter Beteiligten während einem laufenden Projekt umgegangen werden soll, um a) Konflikteskalationen sowie einen Projektabbruch zu vermeiden und b) Projektverzögerungen auf ein Minimum zu reduzieren. Darüber hinaus sollten die Vereinbarungen auch Regeln für eine Streitbeilegung vorsehen, mit welchen Ansprüche, die letztlich doch gerichtlich (oder schiedsgerichtlich) geltend gemacht werden, durch ein geeignetes Schadensregulierungsverfahren effizient begegnen werden kann.

2. Bei Forderungsstreitigkeiten

Bei Forderungsstreitigkeiten, die vor Gericht landen, ist – wie erwähnt – eine künftige Beziehung zwischen den Parteien meistens nicht mehr gewünscht. Entsprechend verfolgt die Mediation bei diesen Streitigkeiten keinen Beziehungserhalt.

[2] STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 20 Rz. 44; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, 299.

[3] Der Autor hat seine erste praktische Erfahrung als Mediator 1996/7 am Dispute Resolution Center (DRC) in Austin, TX, gemacht. Mit dem DRC organisiert er noch immer Praktikumsprogramme für Mediatoren. Seit 1997 offeriert er seine Dienstleitung als Mediator in der Schweiz. Er hat vor allem Erfahrung mit nationalen und internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten sowie Erbstreitigkeiten.

Wenn der Beziehungserhalt an Bedeutung verliert, rückt das Erreichen einer Einigung stärker in den Vordergrund. Tendenziell wird aus einer beziehungsorientierten Mediation eine verhandlungsorientierte Mediation[4]. Während bei der beziehungsorientierten Mediation das Fördern des gegenseitigen Verständnisses zwischen den Streitparteien im Zentrum steht, wird bei der verhandlungsorientierten Mediation das Suchen nach einer Einigung, bei der die Parteien ihr Gesicht wahren können, das Verfahren bestimmen.

B. Wozu eine Mediation bei Haftpflichtfällen?

Die Parteien, insbesondere auch Versicherer und Versicherte, müssen ein Interesse daran haben, Streitigkeiten möglichst rasch zu erledigen. Erledigte Probleme legen Ressourcen frei, um andere Herausforderungen anzugehen. Nun ist es eine Tatsache, dass die allermeisten Schadensfälle aussergerichtlich gelöst und erledigt werden. Nur bei einem kleinen Teil aller Schadensfälle wird der gerichtliche Prozessweg beschritten. Beschränkt man den Blickwinkel auf all die Fälle, die vor Gericht landen, erscheint es sinnvoll zu prüfen, ob diese Fälle wirklich vor Gericht landen müssen, zumal es allgemein als anerkannt gilt, dass der Prozessweg lange, teuer und ungewiss ist.

Bei den Fällen, bei denen das gerichtliche Verfahren eingeleitet wird, haben die üblichen aussergerichtlichen Verhandlungen und anwaltlichen Interventionen etc. nicht zu einer Einigung geführt. Die Parteien konnten also keine für sie akzeptable Regelung der Angelegenheit finden. In solchen Situationen gehen die Parteien und deren Anwälte davon aus, dass ein Gericht den Fall entscheiden muss, weil die Parteien scheinbar unüberbrückbar divergierende Vorstellungen vom Ausgang des Rechtsstreites haben. Doch die Realität zeigt, dass der überwiegende Teil dieser Fälle in einem Vergleich enden und letztlich keines Urteils bedürfen. Mit anderen Worten war beim grösseren Teil dieser Fälle eine Einigung entgegen der ursprünglichen Vorstellung doch möglich. Bloss, die Einigung kommt erst nach erheblichem Aufwand[5] und wesentlich später (mindestens 1 Jahr nach Initiierung eines gerichtlichen Verfahrens) und vorallem haben sich bis dahin sehr viele Personen[6] mit dem Streit beschäftigen müssen.

[4] Vgl. dazu PETER, Mediationsstile, 48 ff.

[5] Der Aufwand liegt einerseits bei direkten Kosten, wie z.B. Anwaltskosten, aber auch bei eigenem Zeitaufwand. Bei Unternehmungen binden Rechtsstreitigkeiten interne Ressourcen.

[6] Parteien, Anwälte, Richter sowie gesamter Gerichtsapparat, Experten, Zeugen etc.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es nicht sinnvoll wäre ein Zwischenglied (namentlich die Mediation) zwischen den abgebrochenen Parteiverhandlungen und dem Durchziehen eines Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens einzusetzen.

Zur Beurteilung dieser Fragen soll ein Einblick in das Mediationsverfahren bei Forderungsstreitigkeiten gegeben werden.

C. Ablauf einer typischen Mediation bei Forderungsstreitigkeiten

Eine Mediation bei Forderungsstreitigkeiten beginnt oft damit, dass der Mediator mit den Parteien den Zeitpunkt und Inhalt eines dem Mediator einzureichenden Positionspapiers bespricht. Gleichzeitig wird ein Mediationstermin vereinbart. Der Mediationstermin, an welchem die Parteien mit deren Anwälten anwesend sind, dauert i.d.R. 1-2 Tage. Das Positionspapier stellt den Sachverhalt und die Rechtslage dar, ähnlich einer gerichtlichen Eingabe. Im Unterschied zur gerichtlichen Eingabe spielt die Substantiierungspflicht keine Rolle, der Mediator muss ja auch keinen Entscheid fällen können. Dennoch kommt die Mediation bei Forderungsstreitigkeiten nicht ohne rechtlichen Hintergrund aus. Es erweist sich in der Praxis als problematisch, wenn eine Verhandlungspartei sich ungenügend vorbereitet und ihre Rechtslage vor der Mediation ungenügend reflektiert hat. Das Positionspapier wird dem Mediator auf einen gemeinsam festgelegten Termin hin eingereicht.

Am Mediationstermin werden die Positionen der Parteien zusammengefasst und vertieft. Darüber hinaus haben die Parteien die Möglichkeit den Streit in seiner gesamten Subjektivität darzutun. Die Erarbeitung der Interessen und Verhandlungsoptionen ebenso wie der im Zentrum stehende Verhandlungsprozess erfolgt mehrheitlich im Rahmen einer sog. Shuttle-Mediation oder Pendelmediation statt. Dabei werden die Parteien getrennt und der Mediator pendelt zwischen den Parteien bis sie eine Einigung gefunden haben[7].

Das Mediationsverfahren ist nicht mit einer gerichtlichen Vergleichsverhandlung zu verwechseln. Bei den gerichtlichen Referentenaudienzen/ Vergleichsverhandlungen[8], die in aller Regel darauf Zielen, die Parteien zu einem Vergleich zu

7 PETER, Mediationsstile, 48.

8 Art. 124 Abs. 3 ZPO sieht vor, dass das Gericht jederzeit versuchen darf, eine Einigung zwischen den Parteien zu erreichen.

drängen[9], erscheint den Parteien ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag wie ein mündlich verkündetes Urteil[10]. In der Mediation ist ein solches Vorgehen weder möglich noch erwünscht[11]. Die Aufgabe des Mediators liegt darin, die Kommunikation und die Verhandlung in konstruktiven Bahnen zu halten. Er nimmt grundsätzlich keine Stellung zu den strittigen Rechtsfragen. Er hilft aber den Parteien die verschiedenen Perspektiven für eine Beurteilung der Streitigkeit zu erkennen, um damit auch die Risiken der eigenen Position vor Gericht realistischer gewichten zu können. Der Mediator schafft ein Umfeld und die notwendige Ruhe, damit die Parteien ihre eigenen Bedürfnisse und deren Prioritäten erkennen und bewerten können und weniger von reaktiven Verhaltensmustern[12] dominiert werden[13]. In diesem vertraulichen Umfeld wird den Parteien die Möglichkeit gegeben gesichtswahrend und freiwillig Konzessionen zu machen, weil sie die Ruhe erhalten, um das von ihnen offerierte Entgegenkommen (Konzession) im Verhältnis zu dem vor dem Hintergrund der eigenen Interessen verfolgten Gewinn zu gewichten. Solche Abwägungen sind in der Anspannung einer von Angesicht zu Angesicht geführten Verhandlung häufig nicht möglich, weil dazu die erforderliche innere Ruhe fehlt, was selbst für die Parteivertreter zutrifft. Das Ergebnis der Vorgänge in der Mediation ist daher erstaunlich: Obwohl jede offerierte Konzession das Risiko des Gesichtsverlusts in sich birgt, sind die Parteien in diesem Moment dazu im Stande. Ein Gesichtsverlust wird nur hingenommen, wenn man entweder faktisch dazu gedrängt wird (richterlicher Vergleichsvorschlag) oder eben gesichtswahrend den Weg freiwillig gehen kann (Mediation).

D. Warum findet die Mediation nicht häufiger statt?

Angesichts der kurzen Dauer eines Mediationsverfahrens und der erfahrungsgemäss hohen Erfolgschance[14] erscheint es zumindest aus ökonomischer Sicht

9 EGLI, 79 ff.

10 EGLI, 81.

11 Der Mediator hat keine Entscheidungsmacht: MÜRNER, 8; MEIER, 586; PETER, Kommentar, Grundlagen N 17.

12 Reaktives Verhalten stellt eine Reaktion auf das Verhalten der Gegenpartei dar. In Konfliktsituationen wird das Verhalten der Gegenpartei meistens als Angriff wahrgenommen, was zu emotionalen Abwehrreaktionen führt. Abwehrreaktionen beschränken die Fähigkeit die gesamte Situation offen wahrzunehmen.

13 Zum Ganzen: PETER, Einigungshindernisse, 18 ff.

14 Gemäss einer vom Schweizerischen Dachverband Mediation 2008 durchgeführten Umfrage, liegt die Erfolgsquote durchschnittlich bei 70% <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=229>. Bei gerichtsnahen *Forderungsstreitigkeiten* liegt nach Erfahrung des Verfassers die Erfolgsquote für Mediationen sogar bei etwa 80%.

unverständlich, weshalb die Parteien die Mediation selten als Streitbeilegungsverfahren nutzen. Aus psychologischer Sicht gibt es erkannte und nachvollziehbare Gründe, weshalb die Mediation eher selten stattfindet. Die Erklärung findet sich in der den Streit nährenden Konfliktdynamik, was als Mediationsparadox bezeichnet wird[15]. Befinden sich die Parteien erst einmal im Streit, so finden sie ohne «Hilfe» von Dritten kaum den Weg, sich auf eine Mediation einigen zu können. Die Mediation findet also vor allem dann statt, wenn sie von Dritten dazu angehalten werden (insbes. Anwälte oder Richter) oder wenn sie sich vorgängig durch eine Mediationsklausel darauf geeinigt haben.

II. Was ist vorzukehren, damit eine Mediation stattfinden kann?

A. Mediationsklauseln

1. Rechtswirkung der Mediationsklausel

Seit 1.1.2011 ist die Schweizerische ZPO in Kraft. Mit dieser wurden Regelungen betreffend die Mediation eingeführt, welche in erster Linie dazu dienen, die Schnittstellten zu den Gerichten zu klären. Die Wirkung der Mediationsklausel wird in den Bestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt. Die rechtliche Beachtung der Mediationsklausel muss daher durch Auslegung ermittelt werden.

Die für diese Frage entscheidenden gesetzlichen Bestimmungen sind Art. 213 Abs. 1 ZPO und Art. 214 Abs. 2 ZPO. Beide Bestimmungen sehen vor, dass die Parteien gemeinsam eine Mediation beantragen können. Dabei stellt sich die Frage, was unter «gemeinsam beantragen» zu verstehen ist. Hinter dem «gemeinsamen Antrag» steht das Thema «Freiwilligkeit»[16]. Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass die Parteien frei darüber entscheiden, ob sie die Durchführung einer Mediation wünschen. Damit wird deutlich, dass eine Mediationsabrede zwischen den Parteien erforderlich ist, damit die Schlichtungsbehörde resp. das Gericht das pendente Verfahren sistiert. D.h. die Freiwilligkeit erfordert die Einwilligung durch die Parteien, was letztlich in eine Mediationsabrede mündet. Einen gemeinsamen Antrag i.S. einer gemeinsamen Erklärung gegenüber der Schlichtungsbehörde oder dem Gericht ist aber nicht erforderlich; der

[15] Vgl. dazu GOTTWALD, 612 sowie MCEWEN/MILBURN, 32 ff.
[16] Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, 7336.

Antrag kann einseitig von einer Partei gestützt auf die Mediationsabrede gestellt werden[17]. Entsprechend sieht auch das vom Bundesamt für Justiz erlassene Formular[18] «Schlichtungsgesuch nach Art. 202 ZPO» richtigerweise vor, dass die Mediation unter Beilegung der Parteivereinbarung beantragt werden kann. Eine nochmalige gemeinsame Willenserklärung der Parteien gegenüber der Behörde ist nicht erforderlich.

2. Mediationsklausel

Empfohlen wird die Einsetzung einer Mediationsklausel in die Geschäftsvereinbarungen. Da die Mediation die Gerichte oder Schiedsgerichte nicht ersetzt, sollte die Klausel vor eine Gerichtsstands- oder Schiedsklausel gesetzt werden.

Grundsätzlich macht es Sinn, eine allseitig verbindliche Mediationsklausel vorzusehen. Es ist aber auch zulässig zu vereinbaren, dass nur eine Partei die Mediation anrufen kann. Dies kann gerade im Dienst des Konsumentenschutzes sogar notwendig erscheinen, wenn dem Kunden die Entscheidung überlassen sein soll, ob er sich wegen geringfügigem Streitwert eher an die staatliche Schlichtungsbehörde wenden will (Schlichtung oder Mediation gemäss Art. 213 ZPO).

Die Standardklausel der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation lautet:

> «Alle sich aus dem oder in Verbindung mit dem vorliegenden Vertrag ergebenden Differenzen sind durch Mediation nach den Mediationsregeln der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation beizulegen».

Diese könnte nun auch so abgeändert werden:

> « [Der Versicherer/jede Partei/der Versicherte] ist berechtigt, für alle sich aus dem oder in Verbindung mit dem vorliegenden Vertrag ergebenden Differenzen eine Mediation nach den Regeln der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation <www.skwm.ch>) zu verlangen.»

3. Mediationsregeln der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation

Die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation ist eine Non-Profit Organisation. Die Aktivmitglieder verfügen über eine anerkannte Mediationsausbildung. Die Mediationsregeln sehen die Grundsätze der Mediation vor und liegen

[17] PETER, Kommentar, Art. 213 N 7, Grundlagen N 56 ff.
[18] Erlassen gestützt auf Art. 400 ZPO.

in D, F, I und E vor[19]. Insbesondere sehen die SKWM-Regeln (Ziff. 3) die Möglichkeit vor, dass der Präsident der SKWM eine Mediationsperson für die Parteien wählt, wenn diese sich nicht selbständig auf einen Mediator einigen können.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die SKWM-Standardregeln unentgeltlich eingesetzt werden können, d.h. es sind keine Administrationsgebühren zu bezahlen.

B. Empfehlung durch den Richter

Gemäss Art. 214 Abs. 1 ZPO sieht das Gesetz vor, dass der Richter den Parteien die Durchführung einer Mediation jederzeit empfehlen kann. Insbesondere zeigt gerade die Erfahrung aus dem Mediationsparadox (oben Ziff. I. D.), dass es hilfreich ist, wenn aussenstehende die Parteien dazu auffordern, eine Mediation durchzuführen. Die Annahme, dass eine Mediation wenig nützt, wenn es die Parteien nicht von sich aus wählen, ist unzutreffend[20].

Gerade bei Forderungsstreitigkeiten ist vielen Parteien das Potential der Mediation nicht bekannt. Während die Mediationsklauseln bei internationalen Streitigkeiten häufig mit Erfolg eingesetzt werden, sind diese in Binnenstreitigkeiten noch wenig verbreitet. In diesem Sinne sollten die Richter den Parteien vermehrt helfen, diese Chance zu Nutzen und ihnen die Mediation empfehlen. Grundsätzlich eignen sich alle Forderungsstreitigkeiten, die durch Vergleich einer Einigung zugeführt werden können[21].

Literaturverzeichnis

EGLI URS, Vergleichsdruck im Zivilprozess, Berlin 1996

GOTTWALD WALTHER, Staatliche Massnahmen zur Förderung aussergerichter Mediation, AJP 2007, 611 ff.

MCEVEN C. A./MILBURN T. W., Explaining a Paradox of Mediation, Negotiation Journal 9 (1993), 32 ff.

19 <www.skwm.ch> (→Downloads).

20 PETER, Kommentar, Grundlagen N 19, m.w.H.

21 Näheres zu Fragen der Form der Empfehlung und der Eignung der Fälle, vgl. PETER, Kommentar, Art. 214 N 4 ff., 11 f.

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010

MÜRNER DIANA, Gerichtnahe Zivilmediation, Zürich 2005

PETER JAMES T., Gerichtsnahe Mediation: Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011 (zit. Kommentar)

PETER JAMES T., Die Bedeutung unterschiedlicher Mediationsstile, ZKM 2/2005, 48 ff. (zit. Mediationsstil)

PETER JAMES T., Mediation: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen, AJP 2000, 18 ff. (zit. Einigungshindernisse)

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008