

Mediation und Schlichtung in der Schweiz

Unter besonderer Berücksichtigung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für Mediation.

Prof. Dr. Isaak Meier, Professor an der Universität Zürich für Zivilprozessrecht,
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation.

1. Einleitung¹

Nachfolgend soll ein Überblick über Mediation² und Schlichtung in der Schweiz mit einem Schwerpunkt auf Mediation vermittelt werden. Bei der Mediation wird wiederum ein besonderes Gewicht auf die rechtlichen Rahmenbedingungen gelegt.

Mediation ist ein freiwilliges und vertrauliches Konfliktlösungsverfahren, das von einem sachkundigen und unabhängigen Dritten³ geleitet und unterstützt wird, welcher über keinerlei Entscheidungs- oder Sanktionsgewalt verfügt. Die Bestimmung des Gegenstandes der Verhandlung und ebenso die Entwicklung von Lösungen sind in erster Linie Sache der Parteien. Der Mediator ist allein für die Gestaltung des Verfahrens verantwortlich. Typisch für die Mediation ist sodann, dass soweit möglich angestrebt wird, nicht über Positionen zu verhandeln. Vielmehr sollen im Sinne des Harvard Verhandlungskonzeptes die Interessen an den Rechts-

¹ Der Verfasser dankt für die bereitwillig erteilte Auskunft und Diskussion: Lic. iur. Gabi Brugger-Mariani, Mediatorin, Dr. iur. Ulrich Weder, Staatsanwalt und Vizepräsident des Vereins für Straf-Mediation, Dr. iur. Rolf Steiner, Chefadjunkt der Ombudsstelle der Stadt Zürich und Maria Haunreiter vom Schweizerischen Verein für Mediation. Im Weiteren danke ich Lic. iur. Thomas Winkler für die Korrektur und die Erstellung der Fussnoten und Lic. iur. Diana Mürner für die Aktualisierung des Textes, der erstmals erschien in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, 44/I, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 295 ff.

² Literatur zur Mediation in der Schweiz (Auswahl): Caroline Bono-Hörler, Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung, eine interdisziplinäre Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Rechts und der Rechtsanwälte, Diss. Zürich 1999; Peter Bösch, Der Nachbarstreit und dessen Beilegung, Mediation – ein neuer Weg, SJZ 94 (1998), S. 77 ff.; Christine Guy-Ecabert, Procédure administrative et médiation: Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation, Diss. Zurich/Basel/Genf 2002; Heiner Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede: Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Diss. Freiburg 1998; Silvan Fahrni, Mediation im Jugendstrafrecht: eine vergleichende Studie über die rechtliche Ausgestaltung und Praxis in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Diss. Zürich 2001; Peter Liatowitsch, Anhang Mediation, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, S. 977 ff.; Isaak Meier, Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber, recht 2004, S. 1 ff.; Isaak Meier/Christian Duve, Vom Friedensrichter zum Mediator, Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, SJZ 95 (1999), S. 157 ff.; Diana Mürner, Gerichtsnaher Zivilmediation, unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2005; James T. Peter, Mediation: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen, AJP 2000, S. 18 ff.; Rolf Steiner/Andreas Nabholz, Ombuds-Mediation: Mediation in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz, Zürich 2003; Josef Von Werdt/Gisela Mähler/Hans-Georg Mähler (Hrsg.), Mediation: Die andere Scheidung, Ein interdisziplinärer Überblick, Stuttgart 1995; Karine Siegwart, Umweltmediation, Nachhaltige Verfahren zur Lösung von Umweltkonflikten, in: Benjamin Schindler/Regula Schlauri (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem einheitlichen Verfahren, Zürich 2001, S. 327 ff.; „Mediation“ als alternative Konfliktmöglichkeit?, in: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Genf und Lausanne 1992.

³ Die allgemeinen Personenbezeichnungen sind im folgenden Beitrag geschlechtsneutral zu verstehen.

positionen und ihre Bedeutung für die Parteien aufgedeckt und damit eine Basis für einverständliche Lösungen geschaffen werden, die für beide Parteien einen Gewinn darstellen (sog. Win-Win-Lösungen).

Als *Schlichten* werden hier demgegenüber Verfahren bezeichnet, in denen Streitparteien unter Beizug eines Dritten zu einer einverständlichen Lösung gelangen, ohne jedoch die genannten Voraussetzungen zu erfüllen. Hierzu gehören dementsprechend Verfahren, in denen der Dritte selber eine Beurteilung des Konflikts und des Verhaltens der Parteien vornimmt und alsdann eine Lösung vorschlägt. Der Massstab der Beurteilung ist grundsätzlich das Recht. Die Interessen der Parteien sind in der Regel nicht von Bedeutung. Zum Schlichten sind schliesslich auch Verfahren zu zählen, in denen die Parteien, wie typischerweise beim Verfahren vor Ombudsstellen, nicht selber, sondern nur über den Dritten miteinander verhandeln.

Das in diesem Sinne verstandene *Schlichten* hat in der Schweiz eine grosse und lange Tradition. Fast jeder Zivilprozess in der Schweiz beginnt mit einem Schlichtungsverfahren vor einem Friedensrichter. Im Prozess finden sodann regelmässig durch das Gericht geleitete Vergleichsverhandlungen statt. Im Weiteren bestehen im öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Bereich zahlreiche Ombudsstellen.

Die *Mediation* im eigentlichen Sinne hat in der Schweiz demgegenüber erst vor etwa 20 Jahren - ausgehend von der französischsprachigen Schweiz - Einzug gehalten. 1989 wurde die „Group romand pour la médiation familiale“ gegründet. 1992 folgte die Gründung des Schweizerischen Vereins für Familienmediation (heute Schweizerischer Verein für Mediation). Allgemein bekannt geworden ist die Mediation vor allem im Rahmen der Diskussion über das neue Scheidungsrecht, welches am 1.1.2000 in Kraft getreten ist. Zwar wurde die vom Bundesrat vorgeschlagene Bestimmung, mit der die Kantone verpflichtet werden sollten, für das Vorhandensein von ausreichenden Mediationsstellen besorgt zu sein, vom Parlament abgelehnt. Das neue Recht statuiert immerhin ein absolutes Zeugnisverbot für Mediatoren (Art. 139 Abs. 3 ZGB).

2. Schlichtung

2.1. Friedensrichter und gerichtliche Vergleichsverhandlung

Für das schweizerische Zivilverfahren ist es typisch, dass grundsätzlich jeder Zivilprozess *zunächst mit einem Sühnverfahren*, d.h. einer Vergleichsverhandlung vor dem Friedensrichter beginnt. In den meisten Kantonen ist das Sühnverfahren im Allgemeinen obligatorisch. In

wenigen Kantonen (z.B. Freiburg, Genf und Jura) hat die klagende Partei die Wahl, ob sie zunächst das Sühnverfahren oder direkt die Klage beim Gericht einleiten will. Der Friedensrichter ist überwiegend ein Laie. Allein in den Kantonen Bern und Jura wird der Sühnversuch durch den Gerichtspräsidenten durchgeführt, der regelmässig auch mit dem Fall als Richter befasst ist.

Für *Mietstreitigkeiten* sind zudem besondere, paritätisch aus Mieter- und Vermietervertretern zusammengesetzte Schlichtungsstellen bundesrechtlich vorgeschrieben (Art. 274a OR).

Während dem eigentlichen Gerichtsverfahren finden im Weiteren in allen Kantonen regelmässig *gerichtliche Vergleichsverhandlungen* statt. Die Vergleichsverhandlungen werden grundsätzlich von denselben Personen (Gerichtspräsident, ganzes Gericht oder einzelnes Mitglied des Gerichtes) geleitet, die bei Scheitern der gütlichen Einigung auch an der Entscheidung beteiligt sind.

Alle diese Institutionen und Verfahren der Streitschlichtung sind sehr erfolgreich: Friedensrichter und Schlichtungsstellen (Art. 274a OR) erledigen über 40 % aller Fälle einvernehmlich, vor Gericht liegt die Vergleichsquote gar erheblich über 50 %.⁴

2.2. Ombudsstellen

Neben den Friedensrichtern existieren in der Schweiz als wichtige Institutionen der Streitschlichtung zahlreiche *öffentliche und private Ombudsstellen*. Von den privatrechtlichen Ombudsstellen sind die wichtigsten diejenigen der Privatversicherungen, der schweizerischen Banken und der Reisebranche. Von den öffentlichrechtlichen Stellen seien hier die parlamentarischen Ombudsstellen der Städte Zürich, Winterthur und Bern und der Kantone Zürich, Basel-Stadt, Basel-Land und Bern erwähnt.

Das Verfahren vor den Ombudsstellen lässt sich stark vereinfacht wie folgt umschreiben: Eine Person, die sich durch die öffentliche Verwaltung oder ein Unternehmen der genannten Branchen ungerecht behandelt fühlt, gelangt mit einer schriftlichen oder mündlichen Anfrage an die zuständige Ombudsstelle. Diese klärt hierauf den Sachverhalt durch Nachfrage beim Antragsteller und der betroffenen Gegenpartei ab. Kommt die Ombudsstelle zum Schluss, dass der Antragsteller ungerecht behandelt worden ist, schlägt sie der Gegenpartei eine Lösung vor. Es handelt sich hier also grundsätzlich um eine „eingleisige“, von der Ombudsstelle do-

⁴ Hierzu Isaak Meier, *Swiss Civil Justice: With an Emphasis on the Laws of the Canton of Zürich*, in: Adrian A. S. Zuckerman (Hrsg.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford 1999, S. 475 ff.; Irène Staubli, *Der Friedensrichter in der Schweiz*, in: Peter G. Mayr (Hrsg.), *Öffentliche Einrichtungen zur aussergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, Wien 1999, S. 189 ff.

minierte Form der Vermittlung. Eine direkte Verhandlung zwischen dem Antragsteller und der Gegenpartei, unter Leitung der Ombudsstelle, findet nur ausnahmsweise statt.

Auch die Ombudsstellen haben in der Schweiz ein gutes Ansehen und gelten allgemein als sehr erfolgreich.⁵

2.3. Einführung der Mediation in den bestehenden Formen der Schlichtung

Seit kurzem gibt es Bestrebungen, die Schlichtungsverfahren vor den genannten traditionellen Streitschlichtungsinstanzen (Friedensrichter, Gerichte und Ombudsstellen) in geeigneten Fällen durch eine eigentliche Mediation zu ersetzen. Der Verfasser hat dies in einem Aufsatz zusammen mit Christian Duve für die Sühnverhandlung vor dem Friedensrichter und die gerichtliche Vergleichsverhandlung vorgeschlagen.⁶ Neuerdings bietet sodann die Ombudsstelle der Stadt Zürich den Bürgern ausdrücklich die Möglichkeit an, den Konflikt in einer Mediation mit der betroffenen Amtsstelle zu lösen (siehe hierzu auch unter 9).⁷

3. Anwendungsbereiche der Mediation und ihre Bedeutung

3.1. Familienmediation

Der Hauptanwendungsbereich für Mediation in der Schweiz ist ohne Zweifel die Ehescheidung. So begünstigt das neue Scheidungsrecht die Mediation, indem es die einverständliche Scheidung ermöglicht: Eine „Schnellscheidung“ nach Art. 111 ZGB setzt voraus, dass sich die Parteien vor Einleitung des Scheidungsverfahrens vollständig über alle Fragen geeinigt haben.

Die effektive Verbreitung der Scheidungsmediation lässt sich allerdings mangels statistischer Daten nur schwer abschätzen. M.E. lässt sich lediglich sagen, dass die Anzahl der Mediationen (noch) weit unter 10 % aller einverständlichen Scheidungen liegt.

Wohl in allen Kantonen stehen auf Scheidung spezialisierte Mediatoren zur Verfügung. Vielfach werden Scheidungsmedationen in Co-Mediation mit einem Psychologen und einem Ju-

⁵ Zum Erfolg der privaten Ombudsstellen siehe Isaak Meier, Streitbeilegung im bilateralen Konsumentenstreit, Auf der Suche nach dem optimalen gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren zur Streitbeilegung im Konsumentenrecht, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts 1999, S. 54.

⁶ Meier/Duve, S. 160 f.

⁷ Siehe den neuen Faltprospekt des Ombudsmanns der Stadt Zürich. Unter dem Titel „Vermittlung in Konflikten“ heisst es hier: „Bei Konflikten innerhalb des beschriebenen Zuständigkeitsbereichs unterstützt Sie die Ombudsstelle darin, mit der betreffenden städtischen „Gegenpartei“ eine beiderseits befriedigende Lösung zu finden. In geeigneten Fällen bedient sich dabei die Ombudsstelle der Mediation“. Zu dieser hybriden Form der Ombuds-Mediation vgl. Rolf Steiner/Andreas Nabholz, Ombuds-Mediation: Mediation in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz, Zürich 2003.

risten durchgeführt. Im Kanton Zürich führen auch einzelne öffentliche Fürsorgestellen und kirchliche Einrichtungen unentgeltliche Familienmediationen für Minderbemittelte durch.

3.2. Innerbetriebliche Mediation

Ein praktisch bedeutsamer Anwendungsbereich der Mediation ist m.E. auch die Lösung von Konflikten innerhalb von Betrieben oder Verwaltungsstellen. Wer als Mediator ausserhalb der Scheidungsmediation regelmässig Arbeit hat, ist nach der Beobachtung des Verfassers vor allem in diesem Sektor tätig. Verschiedene Gründe begünstigen hier eine Mediation: Konflikte am Arbeitsplatz haben meist nicht nur sachliche, sondern auch starke persönliche Komponenten; vielfach sind beide Streitparteien daran interessiert, den Arbeitsplatz zu behalten. Die Beendigung des Konflikts durch Abbruch der Beziehungen ist daher für die Parteien meist keine erstrebenswerte Lösung; das Recht und die Gerichte bieten grundsätzlich nur Lösungen für eine (gerechte) Liquidation der Rechtsbeziehung, nicht jedoch für ihre Weiterführung; schliesslich müssen sich die Parteien meist nicht selber zu einer Mediation durchringen. Vielmehr übt der Arbeitgeber hierauf regelmässig einen mehr oder weniger sanften Druck aus.

Mit der Lösung von Konflikten am Arbeitsplatz befassen sich allerdings nicht nur Mediatoren, sondern auch Betriebspsychologen, Team- und Organisationsentwickler, Coaches und andere Berater. Ein Mediator hat daher bedeutend bessere Marktchancen, wenn er neben Mediation auch andere Formen der innerbetrieblichen Beratung anbieten kann.

3.3. „Gerichtsnah“ Mediation

Letzthin ist am Bezirksgericht Zürich ein Mediationsprojekt durchgeführt worden, mit dem (unter anderem) geprüft werden sollte, ob es sinnvoll ist, in Gerichtsfällen statt oder neben der gerichtlichen Vergleichsverhandlung eine Mediation durch aussenstehende Personen anzubieten.⁸ Die Initianten, zwei Zürcher Rechtsanwälte, liessen sich dabei von der Idee der „Mediationswochen“ leiten, wie sie aus den USA und Australien mit Erfolg bekannt sind. Leider war das Projekt weitgehend erfolglos. Von den 71 ausgewählten Fällen, konnten die Parteien in lediglich 5 Fällen für eine Mediation gewonnen werden. Von diesen Fällen war wiederum lediglich einer erfolgreich. Der Hauptproblem war m.E., dass die für die Mediation bestimmten Fälle von den zuständigen Richtern ausgewählt wurden. Entsprechend handelte es sich bei den mediierten Fällen mit Sicherheit ausschliesslich um Streitsachen, in denen Vergleichsbe-

⁸ Siehe hierzu den Schlussbericht zur Mediation am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2001, einsehbar unter Service/Veröffentlichungen auf der folgenden Homepage: <http://www.bezirksgericht-zh.ch/>.

mühungen des Gerichtes schon wiederholt erfolglos geblieben waren. Eine andere Schwierigkeit lag auch darin, dass es sich ausnahmslos um Angelegenheiten handelte, in denen die Parteien kein wirkliches Interesse an einer tragfähigen, zukünftigen Beziehung hatten; damit fehlte es an einer wichtigen Voraussetzung für eine erfolgreiche Mediation.

3.4. Mediation im Nachbarrecht

Dem Verfasser sind zwei Projekte bekannt, die sich mit der Einführung von Mediation in Stadtquartieren zur Lösung von nachbarrechtlichen Streitigkeiten befassen. Im Jahre 2000 ist in Basel für zwei dicht besiedelte Quartiere mit hohem Ausländeranteil (Quartiere Matthäus und Klybeck) ein Mediationsprogramm unter dem Titel „Streit.loss“ lanciert worden. Ziel ist es, den Einwohnern in einem Streitfall die Möglichkeit zu geben, statt wie bisher üblich die Polizei, einen Mediator einzuschalten. Als Mediatoren auf Abruf amtiert eine grössere Anzahl von freiwilligen Bürgern, die eine kurze Ausbildung in Mediation genossen haben. In Zürich gibt es sodann für das Quartier Wollishofen seit Oktober 2002 unter Beteiligung der Kirchen und lokalen Vereinen einen „offenen Nachmittag“ und einen „offenen Abend“ pro Woche, an denen jeweils ein Mediator auf „laufende Kundschaft“ mit Nachbarkonflikten wartet.

3.5. Mediation im Verwaltungsrecht (u.a. Umweltmediation)

Im Verwaltungsrecht bietet sich Mediation namentlich in drei Bereichen an⁹:

- Mediation zur Lösung von Umweltkonflikten bei grossen Bauvorhaben (Bau oder Ausbau eines Flughafens, Bau von Strassen, Errichtung einer Abfalldeponie etc.);
- Mediation bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Institutionen des öffentlichen Rechts (Streitigkeiten zwischen Bund und Kanton, Nachbargemeinden oder auch Amtsstellen).
- Mediation bei Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat.

Bei der letztgenannten Form hat die Mediation bisher in der Schweiz kaum Anwendung gefunden (vgl. dazu jedoch unten 7.2.1.). Für eine aussergerichtliche Lösung von Konflikten stehen jedoch in einigen Kantonen Ombudsstellen zur Verfügung (oben 2.2.).

Auch bei der Lösung von Umweltkonflikten ist die Mediation bisher selten zum Tragen gekommen, obwohl in einzelnen Kantonen (z.B. Bern und Jura) hierfür Rechtsgrundlagen in der Verfassung bestehen.¹⁰ Eine Ausnahme bildet das Mediationsverfahren Flughafen Zürich, das

⁹ Hierzu insbesondere Siegwart und die dort zitierte Literatur.

¹⁰ Siegwart, S. 339.

in Anlehnung an die bis anhin erfolgreiche Wiener Mediation¹¹ hätte durchgeführt werden sollen, jedoch mangels Einigung auf ein Arbeitsbündnis gescheitert ist.

Bekannt geworden sind hingegen verschiedene Fälle, in denen mit Hilfe der Mediation Streitigkeiten unter Institutionen der öffentlichen Hand erfolgreich beigelegt werden konnten. Im Kanton Zürich betrifft dies etwa den Streit von Kanton Zürich und Stadt Zürich über die Verteilung der Aufgaben der beiden Polizeikorps und derjenige über den Bau eines grossen Fernheizwerkes.

3.6. Schulmediation

Im Bereich der Schulmediation verfügt wohl der Kanton Waadt über die längste Erfahrung. Erste Projekte gehen dort bereits in die Mitte der 80er Jahre zurück.¹² In der deutschen Schweiz werden seit etwa drei Jahren erste Versuche, z.B. in den Kantonen Bern, Thurgau, St. Gallen, Zürich und Luzern, unternommen. Die Projekte haben sich bisher meines Wissens allerdings auf einzelne Schulhäuser beschränkt.

Ziel der Schulmediation ist es, einen Beitrag zur Verminderung der Gewalt an Schulen zu leisten. Die Schüler sollen in die Lage versetzt werden, einen eigenen Konflikt besser zu bewältigen und/oder als „Peacemaker“ bei einem Streit von Mitschülern zu schlichten. Dabei werden die Schüler zum Teil von einem aussenstehenden Mediator direkt selber ausgebildet. Zum Teil erhalten zunächst die Lehrpersonen eine Ausbildung, die diese befähigen soll, ihr Wissen an die Schüler weiterzugeben. Dem Vernehmen nach sollen die bisherigen Versuche erfolgreich verlaufen sein.

3.7. Mediation im Strafrecht

In der Schweiz steht die Mediation im Strafrecht für den Ausgleich von Täter und Opfer noch in den Anfängen.¹³ In verschiedenen Kantonen (Zürich, Basel und Waadt) wurden immerhin schon Pilotversuche mit Mediationen zwischen Täter und Opfer bei Antragsdelikten (einfache Körperverletzung, Sachentziehung, Drohung etc.) durchgeführt. Mögliches Ziel einer solchen Mediation ist der Verzicht auf den Strafantrag oder dessen Rückzug, falls sich der Täter zu bestimmten Handlungen oder Leistungen zugunsten des Opfers verpflichtet.

Eine erheblich grössere Bedeutung wird die Mediation im Strafrecht in Zukunft erlangen. Art. 8 Abs. 2 des neuen, am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Jugendstrafgesetzes (JStG)

¹¹ Zum aktuellen Stand: <http://www.viemediation.at/>.

¹² Violaine Clément, Une conception de médiation scolaire en acte, Forum Mediation 4 (2001), S. 47.

¹³ Hierzu Franz Riklin (Hrsg.), Mediation: ein Weg in der Strafjustiz, Luzern 2001, S. 4.

statuiert, dass die zuständige Behörde ein Verfahren definitiv einstellen kann, wenn auf dem Wege der Mediation eine Vereinbarung zwischen dem jugendlichen Täter und dem Geschädigten zustandegekommen ist. Für das gesamte Strafrecht sieht sodann der Entwurf für eine neue schweizerische Strafprozessordnung¹⁴ vor, dass die Staatsanwaltschaft jederzeit einen Mediator mit einer Mediation betrauen kann (Art. 317 Abs. 1 Satz 1 EStPO).¹⁵ Nach der Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 besteht diese Möglichkeit unabhängig von der Schwere der vorgeworfenen Straftat, solange die Mediation der Ansicht der Staatsanwaltschaft nach für die beschuldigte und die geschädigte Person sowie für die Gesellschaft nützlich sein könnte.¹⁶ Gemäss Abs. 5 der obgenannten Bestimmung tragen die Strafbehörden dem Ergebnis einer erfolgreichen Mediation angemessen Rechnung. Die Mediation kann im Einzelfall beispielsweise einen Strafmilderungsgrund darstellen oder die Einstellung des Verfahrens ermöglichen.¹⁷

Im Hinblick auf die wachsende Bedeutung von Mediation im Strafrecht wurde 2002 die „Fachstelle Straf-Mediation Zürich“ eingerichtet; denn die Frage der Wiedergutmachung sei nicht alleine der Initiative der Parteien zu überlassen. Vielmehr sei es auch die Aufgabe des Staates, diese zu fördern.¹⁸ Die Fachstelle Straf-Mediation überprüft die von den Strafuntersuchungsbehörden zugewiesenen Fälle auf ihre Mediationstauglichkeit und gibt sie an qualifizierte Mediatoren weiter. Im Jahre 2003 wurden der Fachstelle 45 Fälle durch Bezirks- und Jugendanwaltschaften überwiesen, von denen 25 Fälle einvernehmlich erledigt werden konnten. 13 der 45 Fälle waren Ende 2003 noch hängig. Der aussergerichtliche Tatausgleich wurde von den Parteien gelobt und geschätzt, da immaterielle Bedürfnisse (Entschuldigungen, Versöhnung, Tat- und Tatfolgeinsicht etc.) berücksichtigt wurden – im Gegensatz zum traditionellen Strafverfahren.

3.8. Wirtschaftsmediation

Auch im Bereich der Wirtschaft sind in den letzten Jahren zahlreiche Bemühungen für die Verbreitung der Mediation unternommen worden: Es werden verschiedene Kurse und Ausbil-

¹⁴ Das Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung ist auf den 1. Januar 2010 geplant.

¹⁵ Materialien und weitergehende Dokumentationen sind einsehbar unter: http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_strafprozess.html.

¹⁶ Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 in BBl 2006, S. 1269 f.

¹⁷ Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 in BBl 2006, S. 1270.

¹⁸ Aus den Erläuterungen der Direktion der Justiz und des Innern zur Teil-Revision der zürcherischen Strafprozessordnung, S. 3 ff.

dungen mit Schwerpunkt in diesem Bereich angeboten; in Schweizer Wirtschaftszeitungen ist das Thema der Mediation schon verschiedentlich aufgegriffen worden; es besteht eine Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation; Wirtschaftsanzwaltskanzleien sind daran ihr „Litigation-Team“ mit Personen mit Mediationskenntnissen zu verstärken; schliesslich werden in Verträgen immer häufiger Mediationsklauseln aufgenommen.

Trotz dieser Anstrengungen hat sich die Mediation in der Geschäftswelt noch nicht etablieren können. Kaum jemand kann von sich behaupten, über eine breitere Erfahrung in diesem Bereich zu verfügen. Lichtblicke sind vereinzelte Fälle, die der breiteren Öffentlichkeit (so etwa der Mediationsfall Swissair versus Aeropers aus dem Jahre 1996) und/oder Branchenkennern bekannt geworden sind. Gründe für die heute noch sehr geringe Bedeutung der Mediation in der Wirtschaft dürften sein: Die Mediation ist trotz aller Publizität immer noch zu wenig bekannt; im Weiteren ist wohl eine Änderung im Denken der verantwortlichen Manager notwendig. Diesen fällt es heute noch schwer zuzugeben, dass sie selber nicht in der Lage sind, einen Streit durch Verhandlung zu lösen, sondern auf die Hilfe eines Dritten angewiesen sind.

3.9. Mediation zur Lösung von Konflikten bei komplexen Dauerverträgen

Ein besonderes Anwendungsfeld der Wirtschaftsmediation ist die Lösung von Konflikten, die sich bei der Erfüllung von Verträgen, die sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, ergeben, wie etwa bei der Entwicklung einer Software. Dem Verfasser ist bekannt, dass ein grosser Anbieter in der Schweiz schon von den Vertragsparteien unabhängige Mediatoren zur Leitung der Sitzungen des Steuerungskomitees eingesetzt hat, das laufend über notwendige Änderungen und Anpassungen des Projektes entschied.¹⁹

3.10. Zwischenergebnis

Gemessen an der Anzahl der durchgeführten Verfahren steht die Mediation in der Schweiz noch in den Anfängen. In grösserer Anzahl finden Mediationen heute allein bei Scheidungen und allenfalls bei Streitigkeiten am Arbeitsplatz statt. Die zahlreichen Bemühungen und Projekte in den Bereichen wie Nachbarstreitigkeiten, Schule, Strafrecht, Wirtschaft etc. lassen jedoch vermuten, dass sich dies in Zukunft ändern wird.

¹⁹ Hierzu Isaak Meier, Der Anwalt als Gestalter von Konfliktlösungsverfahren. Kurzbericht über Mediation in der Schweiz, AnwBl 2001, S. 594 ff.

4. Organisationen und Institutionen im Bereich der Mediation

Die Mediatoren in der Schweiz sind in zahlreichen Verbänden und Organisationen zusammengeschlossen. Von den gesamtschweizerischen Zusammenschlüssen seien erwähnt: Schweizerischer Dachverband für Mediation (SDM), Schweizerischer Verein für Mediation (SVM), Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation (SKWM), Mediationsforum Schweiz FH, Institut für Mediation (IfM), Verein Mediation im Strafrecht und verschiedene andere. Folgende Einrichtungen mit regionaler Ausrichtung sind als Beispiele anzuführen: Groupement pro Médiation (GPM) in Genf, Centro Coppia e Famiglia in Mendrisio, Association voudoise pour la médiation familiale (AVMF), Mediation Center Zürich, Verein Mediation Region Basel, Arbeitskreis Mediation Schwyz und viele andere.

Die wichtigste Vereinigung ist wohl der Schweizerische Verein für Mediation (SVM). Er hat heute über 300 Mitglieder. Der SVM gibt die in Fachkreisen viel beachtete Zeitschrift, das „Forum Mediation“ heraus. Von ihm stammen auch die von den meisten Vereinigungen anerkannten Berufsregeln und Standards für die Ausbildung. Wer diese Standards erfüllt und zudem über eine gewisse praktische Erfahrung verfügt, kann den Titel „Mediator SVM“ erwerben. Der Dachverband hat die Aufgabe, die zahlreichen Einrichtungen und Vereinigungen zu koordinieren.

Alle genannten Einrichtungen verfolgen mehr oder weniger dieselben Ziele: sie setzen sich für Aufrechterhaltung und Sicherung eines hohen Standards in der Ausbildung ein; sie kümmern sich um die Einhaltung von Berufsregeln; sie bemühen sich um die Bekanntmachung der Mediation; sie bieten meist in irgendeiner Form Weiterbildung an ihre Mitglieder an; schliesslich verstehen sie sich ausdrücklich oder unausgesprochen als Netzwerk für die Beschaffung von Arbeit in Mediation. So möchte etwa die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation, ähnlich wie die kantonalen Handelskammern für Schiedsgerichte, zu einem Anziehungspunkt für Mediationen durch ihre Mitglieder werden. Meines Wissens ist allerdings der Erfolg von solchen „Kompetenzzentren“, wie sie auch immer genannt werden, als Magnet für Mediationsfälle bisher gering. Die wenigen Personen, die an einer Mediation interessiert sind, wenden sich wohl kaum an eine anonyme Organisation, sondern eher direkt an eine Person ihres Vertrauens.

5. Ausbildung in Mediation

In der Schweiz besteht heute ein reichhaltiges und rege benütztes Ausbildungsangebot in Mediation. Jährlich werden in allen möglichen Vereinen und Institutionen unzählige Vorträge

über Mediation gehalten und viele Sensibilisierungskurse von einem ganzen oder halben Tag durchgeführt.

Umfassende Mediationslehrgänge bieten verschiedene öffentliche und private Stellen an. Die Wichtigsten sind: Nachdiplomkurs Mediation in Wirtschaft, Umwelt und Verwaltung von der Fachhochschule Aargau; Nachdiplomkurs Mediation, Verhandeln und Konfliktmanagement an der Hochschule für Soziale Arbeit Luzern; Ausbildung in Wirtschaftsmediation des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen in Zusammenarbeit mit dem Zentrum für Wirtschaftsmediation (ZWM); Training für Wirtschaftsmediation bei der Schweizerischen Gesellschaft für Organisation (SGO); Basisausbildung in Mediation und Ausbildung in Familienmediation des Instituts für systemische Entwicklung und Fortbildung (IEF) in Zürich; Mediationsausbildung an der Berner Fachhochschule für Soziale Arbeit; Ausbildung zum „European Master in Mediation“ am Institut Universitaire Kurt Bösch in Sion; Ausbildung am Institut d'études Sociales in Genf; Mediationsausbildung bei Egger, Philipps + Partner AG.

In der Regel handelt es sich um umfangreiche Schulungen mit über 200 Ausbildungsstunden. Ein kürzerer vor allem an die Anwaltschaft gerichteter Kurs (etwa 80 Stunden) bietet insbesondere die Firma Egger, Philipps + Partner AG an.

Nach meinen Informationen sind fast alle Kurse an diesen Einrichtungen gut bis sehr gut besucht. Jährlich schliessen wohl über 100 Personen ihre Ausbildung ab. Entsprechend verfügt die Schweiz heute über eine grosse Anzahl von sehr gut ausgebildeten Mediatoren.

Hinzuzufügen ist, dass in den letzten Jahren auch die Rechtsfakultäten der schweizerischen Universitäten die Mediation förderten. So bieten neben der Zürcher Fakultät²⁰ die Universitäten Fribourg, Luzern und St. Gallen Mediationsseminare und -vorlesungen an.

6. Frage nach unterschiedlichen Formen und Standards der Mediation in der Schweiz

6.1. Bestehen unterschiedliche „Schulen“ der Mediation in der Schweiz?

Bei den oben genannten Ausbildungslehrgängen lässt sich zwar eine gewisse Ausrichtung auf namentlich amerikanische „Mediationsschulen“ erkennen.

²⁰ Seit 1998 finden regelmässig Seminare zum Thema „Alternative Formen der Streitbeilegung und Mediation“ unter der Leitung des Verfassers statt.

In der Ausbildung an der Fachhochschule Aargau gilt zum Beispiel John M. Haynes als besonderes Vorbild. Ein wesentlicher Ausbildungsblock wird denn auch von Larry Fong, einem herausragenden Schüler des verstorbenen „Meisters“, bestritten. Der Lehrgang in St. Gallen ist demgegenüber meines Wissens eher am Mediationsansatz von Gary Friedman und Jack Himmelstein orientiert. In der praktischen Durchführung einer Mediation setzen sich diese „Schulen“ jedoch nach meiner Erfahrung kaum durch.²¹

Wenn und soweit Mediatoren in der Schweiz unterschiedlich vorgehen, ist dies m.E. in erster Linie auf ihren beruflichen Hintergrund zurückzuführen. So hat der Verfasser etwa festgestellt, dass Mediatoren mit juristischer Ausbildung eher Bedenken haben, Einzelgespräche durchzuführen als Mediatoren mit psychologischem Hintergrund. Für Juristen hat der Grundsatz des „rechtlichen Gehörs“²², der Einzelgespräche des Richters mit den Parteien strikte verbietet, einen grossen Stellenwert. Psychologen, die in Beratung und Therapie gute Erfahrungen mit Einzelgesprächen gemacht haben, werden hierzu eher auch in der Mediation bereit sein. Ebenso werden sich auch deutliche Unterschiede der beiden Berufsrichtungen bei der Familienmediation bemerkbar machen. Ein Jurist wird sich in der Regel vor dem Einbezug von Kindern eher hüten als ein Psychologe mit Erfahrung in Familientherapie.

6.2. Allgemein anerkannte Prinzipien der Mediation

In der Schweiz herrscht weitgehend Einigkeit über die Grundprinzipien der Mediation. Diese Prinzipien kommen insbesondere in den von den Vereinigungen und Institutionen aufgestellten Standards (Berufsregeln des SVM, Richtlinien des schweizerischen Anwaltsverbandes für Anwaltsmediatoren, Mediationsregeln der Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation u.s.w.), aber auch in den Lerninhalten der zahlreichen Ausbildungen zum Ausdruck. Die wichtigsten Regeln lauten:

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit: Der Mediator darf einen Fall nur übernehmen, wenn er von den Parteien unabhängig ist und am Ausgang der Konfliktlösung kein eigenes Interesse hat. Statt von Unparteilichkeit wird auch von „Allparteilichkeit“ gesprochen, um deutlich zu machen, dass die Mediation kein neutrales Abseitsstehen verträgt, sondern ein Einfühlen in die Lage beider Parteien verlangt (sog. Empathie).

²¹ Der Verfasser hat in der Ausbildung schon mit den Absolventen beider „Schulen“ zusammengearbeitet.

²² Zum Wert der Gerechtigkeit und der Fairness des Verfahrens vgl. Isaak Meier, Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber, recht 2004, S. 2 f.

Vertraulichkeit: Grundvoraussetzung ist die Vertraulichkeit bezüglich des Inhalts des Mediationsverfahrens. Wie sogleich darzulegen sein wird (7.3.), ist die Vertraulichkeit im schweizerischen Recht allerdings nicht vollständig garantiert.

Freiwilligkeit: Als unabdingbar für eine „echte“ Mediation wird sodann angesehen, dass die Parteien sich freiwillig zur Mediation entschliessen und diese auch jederzeit abbrechen können. In der Praxis wird diesem Grundsatz jedoch nicht immer nachgelebt. Insbesondere werden innerbetriebliche Mediationen sehr oft von den Streitparteien nicht selber gewünscht, sondern vom Arbeitgeber angeordnet. Fragwürdig ist der Begriff der Freiwilligkeit auch bei der Strafmediation. Von einer Person, die sich angesichts der drohenden Strafe zu einer Mediation mit dem Opfer bereit erklärt, kann nicht gesagt werden, sie hätte sich hierzu freiwillig entschlossen.

Selbstbestimmungsrecht der Parteien: Mit der Freiwilligkeit verbunden ist schliesslich auch das (selbstverständliche) Recht der Parteien, selber den Verhandlungsgegenstand zu bestimmen und einverständlich über die einzelnen, vom Mediator angeregten Verfahrensschritte zu entscheiden. Dies bedeutet etwa, dass Einzelgespräche lediglich dann in Frage kommen, wenn beide Parteien damit ausdrücklich einverstanden sind. Wichtige Grundregel für eine Mediation ist denn auch, dass sich der Mediator im Laufe des Verfahrens immer wieder vergewissert, dass die Parteien mit der gewählten Vorgehensweise einverstanden sind.

6.3. Unterschiedliche Auffassungen über den notwendigen Umfang der Ausbildung

Unterschiedliche Auffassung betreffend die Mediation bestehen in der Schweiz im Wesentlichen nur über den unerläßlichen Umfang der Ausbildung. Die meisten Vereinigungen und Institutionen halten im Anschluss an europäische Standards eine Schulung von mindestens 200 Stunden für notwendig. Der schweizerische Anwaltsverband will sich demgegenüber für den Titel eines „Mediators SAV“ mit einer Ausbildung von lediglich 80 Stunden begnügen.

7. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Mediation in der Schweiz

7.1. Einleitung

Nachfolgend sind die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Mediation in der Schweiz darzustellen. Dabei sind zwei Normtypen zu unterscheiden:

- Rechtsnormen, welche die Mediation institutionalisieren wollen, indem sie den Parteien die Möglichkeit einer freiwilligen Mediation einräumen oder die Durchführung einer Mediation sogar vorschreiben (7.2.);

- Rechtsnormen, welche die Grundlage für eine Verbreitung der Mediation schaffen und/oder die Mediation begünstigen. Hierzu gehören insbesondere: Einführung eines „eingetragenen Mediators“ (7.2.4.), Rechtsgrundlagen zur Sicherung der Vertraulichkeit der Mediation (7.3.), Normen betreffend die Verbindlichkeit von Mediationsvereinbarungen (7.4.) und Kostenhilfe für die Mediation (7.5.).

7.2. Institutionalisierung der Mediation durch den Gesetzgeber

7.2.1. Verwaltungsrecht und Strafrecht

Im Strafrecht bestehen wie erwähnt umfangreiche Bemühungen des Gesetzgebers, die Mediation einzuführen (oben 3.7.). Im Weiteren ist die Mediation als Verfahren zur Lösung von Rechtskonflikten in einzelnen Kantonen für das Verwaltungsrecht vorgesehen (oben 3.5.).

Seit der Revision des *Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren* vom 17. Juni 2005 enthält dieses in Art. 33b eine Bestimmung über die gütliche Einigung und Mediation. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann die Behörde das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Zur Förderung der Einigung kann die Behörde eine neutrale und fachkundige natürliche Person einsetzen (Abs. 2). Nach Abs. 4 dieser Bestimmung macht die Behörde die Einigung zum Inhalt der Verfügung, es sei denn, die Einigung leide an einem Mangel i.S.v. Art. 49 (Verletzung von Bundesrecht und Unangemessenheit). Damit stellt das Gesetz klar, dass erst durch die behördliche Verfügung und nicht bereits durch Unterzeichnung der Einigung der Rechtsstreit beendet ist. Interessant und speziell zugleich ist die Kostenregelung: Soweit nämlich eine Einigung zustande kommt, erhebt die Behörde keine Verfahrenskosten. Misslingt die Einigung, so kann die Behörde davon absehen, die Auslagen für die Mediation den Parteien aufzuerlegen, sofern die Interessenlage dies rechtfertigt (Abs. 5). Daraus erhellt, dass der Mediator nicht nur durch die Behörde eingesetzt wird, sondern zugleich auch direkt durch sie entschädigt wird.

7.2.2. Zivilprozessrecht de lege lata

Im *kantonalen Zivilprozessrecht* fand die Mediation bis anhin in folgenden fünf Kantonen Beachtung.

7.2.2.1. Kanton Glarus

Die revidierte Glarner ZPO, zu welcher der Autor dieses Beitrags einen ersten Entwurf verfasst hat, enthält einen besonderen Abschnitt mit der Überschrift: „Einverständliche Streitbeilegung“ (Art. 160 ff. GL ZPO). In Art. 160 Abs. 3 GL ZPO ist ausdrücklich vorgesehen, dass

das Gericht die (gerichtliche) Vergleichsverhandlung einem aussenstehenden Dritten, gemeint einem Mediator, übertragen kann. Im Weiteren wird die aussergerichtliche Streitbeilegung vor Einleitung eines Prozesses dadurch begünstigt, dass die Parteien die Möglichkeit haben, einen aussergerichtlichen Vergleich vom Gericht wie einen gerichtlichen Vergleich für vollstreckbar zu erklären (Art. 162 ff. GL ZPO).

7.2.2.2. Kanton Genf

Die Genfer ZPO kennt seit dem 20.12.2004 die schweizweit detaillierteste Regelung der gerichtsnahen Mediation²³. Im Zentrum steht, eine staatlich geführte Mediatorenliste („tableau“)²⁴. Ist ein Mediator darin nicht eingetragen, so kann das Gericht die gerichtliche Bekräftigung („homologation“)²⁵ eines Mediationsvergleichs verweigern (Art. 71J Abs. 3 GE ZPO). Diese Bekräftigung einer Mediationslösung ist gleichermassen auch ausserhalb eines hängigen Prozesses (Art. 71D GE ZPO) möglich und verleiht dadurch dem aussergerichtlichen Mediationsvergleich die Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs.

7.2.2.3. Kanton Neuenburg

Die Neuenburger Zivilprozessordnung erwähnt explizit die Möglichkeit eine Vergleichsverhandlung an einen Familienmediator zu delegieren (Art. 365 Abs. 4). Einigen sich die Parteien nicht auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren, so kann der Gerichtspräsident die Ehegatten zu einer neuen Einigungsverhandlung einladen und den Parteien empfehlen, sich an eine Familienmediationsstelle zu wenden.

7.2.2.4. Kanton Waadt

Auch der Kanton Waadt sieht für das Scheidungsverfahren bzw. Eheschutzverfahren bei Teil einigung der Parteien ausdrücklich die Delegation der Einigungsverhandlung an eine Mediation vor: Nach Art. 371m Abs. 2 der Waadtländer Zivilprozessordnung kann der Gerichtspräsident die Ehegatten ermutigen, einen Mediator aufzusuchen.

7.2.2.5. Kanton Zürich

²³ Ausführlich *Mirimanoff*, médiation civile, S. 125 ff.; *Tornare*, institutionnalisation, S. 31 ff.

²⁴ Art. 161B GE ZPO: „Pour les tribunaux civils, l'autorité cantonale compétente dresse et tient à jour un tableau des médiateurs et institutions de médiation faisant, le cas échéant, référence à leur qualification particulière ou à leur domaine de spécialité.“

²⁵ Der Antrag beinhaltet die Identität der Parteien, eine kurze Sachverhaltsdarstellung und das Rechtsbegehren auf Homologierung des Mediationsvertrags. Dazu sind die Vereinbarung und allfällige Dokumente beizulegen. Die Kosten für die Homologierung eines Mediationsvergleichs betragen vor dem Friedensrichter 50 Fr. und vor dem erstinstanzlichen Gericht 100 Fr. (*Tornare*, médiation civile, S. 53).

Als erster Kanton plant Zürich die Einführung der unentgeltlichen Mediation in Form einer befristeten²⁶ regierungsrätlichen Verordnung. Die gesetzliche Grundlage dafür besteht seit dem Jahr 2000 in § 89a ZH ZPO. Diese Bestimmung ermächtigt den Regierungsrat zum Erlass einer Verordnung über die Voraussetzungen für die Erweiterung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Mediation in sämtlichen Familienrechtssachen (Art. 90 – 455 ZGB).

7.2.2.6. Auf eidgenössischer Ebene

Auf *Bundesebene* sind nur punktuelle Mediationsregelungen vorhanden. Im Rahmen der Revision des Scheidungsrechts von 1998 wurde vom Bundesrat eine Bestimmung – wie schon eingangs erwähnt – vorgeschlagen, nach der die Kantone verpflichtet werden sollten, für das Vorhandensein von ausreichenden Mediationsstellen besorgt zu sein. Das Parlament hat jedoch diese namentlich aus Angst vor zusätzlichen Staatsausgaben abgelehnt. Es wurde allein ein absolutes Zeugnisverbot für Mediatoren eingeführt (Art. 139 Abs. 3 ZGB²⁷).

7.2.3. Zivilprozessrecht de lege ferenda

Neben dem Strafprozessrecht soll auch das Zivilprozessrecht erstmals gesamtschweizerisch kodifiziert werden. Der *Entwurf des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*²⁸ gewährt der Mediation einen eigenen Titel.²⁹ Nach diesem Entwurf hat die Mediation einen zweifachen Anwendungsbereich: einerseits als Alternative zum Schlichtungsversuch und andererseits als Zwischenverfahren während eines bereits laufenden Prozesses.³⁰

7.2.3.1. Mediation als Alternative zum Schlichtungsversuch

Nach dem Entwurf des Bundesrates geht einem Zivilprozess in der Regel zunächst ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Dieser Schlichtungsversuch ist grundsätzlich obligatorisch, wobei der Entwurf gewisse Ausnahmen statuiert (vgl. Art. 194 ff. EZPO). Auf gemeinsamen Antrag der Parteien tritt jedoch eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens (Art. 210 Abs. 1 EZPO). Den Mediator haben die Parteien dabei selber zu organisieren (Art. 212 EZPO). Als Konsequenz der Freiwilligkeit kann jede Partei je-

²⁶ Nach dem Konzept ZH, S. 12, soll die regierungsrätliche Verordnung auf drei Jahre befristet werden.

²⁷ Art. 139 Abs. 3 ZGB: „Wer bei einer Ehe- oder Familienberatung oder bei einer Stelle für Familienmediation für die Ehegatten tätig gewesen ist, kann weder Zeugnis ablegen noch Auskunftsperson sein.“

²⁸ Der Entwurf ist einsehbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7413.pdf>. Der Ständerat hat zwar den Titel „Mediation“ in „Einigung mit Mediation“ redaktionell abgeändert, ansonsten jedoch am 21. Juni 2007 bezüglich der Mediation dem bundesrätlichen Entwurf vollumfänglich zugestimmt. Der Nationalrat wird in der Frühlings-session 2008 über die Schweizerische Zivilprozessordnung debattieren.

²⁹ 2. Teil: Besondere Bestimmungen, 2. Titel: Mediation.

derzeit die Mediation abbrechen. Auf entsprechende Mitteilung hin stellt die Schlichtungsbehörde in einem solchen Fall die Klagebewilligung aus (Art. 210 Abs. 3 EZPO). Damit wird die Gleichwertigkeit zum „normalen“ Schlichtungsverfahren hergestellt (vgl. Art. 206 EZPO).

7.2.3.2. Mediation als Zwischenverfahren während eines laufenden Prozesses

Auch nach Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht – ja selbst noch im Rechtsmittelverfahren – ist eine Mediation jederzeit möglich.³¹ Das Gericht kann den Parteien eine Mediation empfehlen, oder Letztere können dem Gericht eine solche beantragen. Das gerichtliche Verfahren bleibt dabei bis zum Widerruf des Antrags durch eine Partei oder bis zur Mitteilung der Beendigung der Mediation sistiert (Art. 211 EZPO).

7.2.3.3. Organisation und Durchführung sowie Kosten der Mediation

Nach Art. 212 EZPO ist die Organisation und Durchführung der Mediation Sache der Parteien. Weder die Schlichtungsbehörde noch das in der Sache zuständige Gericht haben sich demnach darum zu kümmern. Die Parteien haben also (gemeinsam) einen Mediator auszuwählen und mit ihm einen Mediationsvertrag abzuschliessen.

Die Parteien tragen die Kosten der Mediation grundsätzlich selber (Art. 215 Abs. 1 EZPO). Dies folgt als Ausfluss ihrer Organisationsautonomie.³² Lediglich in kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art – so insbesondere in Sorgerechts- und Besuchsrechtsstreitigkeiten – haben die Parteien gemäss Entwurf des Bundesrates einen Anspruch auf unentgeltliche Mediation, sofern ihnen die erforderlichen Mittel fehlen³³ und kumulativ dazu das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt (Art. 215 Abs. 2 EZPO). Nach der Botschaft des Bundesrates wird es dies nur dann tun, wenn es zum Schluss kommt, dass die Vermittlung im konkreten Fall geeignet ist, eine nachhaltige Lösung zu erzielen.³⁴

7.2.3.4. Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren und Genehmigung einer Vereinbarung

Die Mediation ist von der Schlichtungsbehörde und vom Gericht unabhängig und vertraulich. Die Aussagen der Parteien dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden (Art. 213 EZPO). Mit der Unabhängigkeit und der Vertraulichkeit verankert der bundesrätliche

³⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7336.

³¹ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7336.

³² Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7337.

³³ Sämtliche Parteien müssen im prozessrechtlichen Sinne mittellos i.S.v. Art. 115 lit. a EZPO sein; vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7338.

³⁴ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung in BBl 2006, S. 7338.

Entwurf in dieser Bestimmung zwei allgemein anerkannte Prinzipien der Mediation (vgl. dazu oben 6.2.). Vertraulichkeit macht nur Sinn, wenn sich der Mediator auf ein Verweigerungsrecht berufen, seine Aussage resp. sein Zeugnis nicht gerichtlich erzwungen werden kann. Der Entwurf statuiert denn auch ein beschränktes Verweigerungsrecht für Mediatoren. Nach Art. 163 Abs. 1 lit. d EZPO können sie die Mitwirkung verweigern, wenn sie über Tatsachen aussagen müssten, die sie im Rahmen ihrer Mediationstätigkeit wahrgenommen haben.

Die Parteien können gemeinsam die Genehmigung der erzielten Vereinbarung beantragen (Art. 214 Satz 1 EZPO). Der Genehmigungsantrag ist entweder an die Schlichtungsbehörde oder – im Falle eines bereits laufenden Prozesses – an das mit der Sache befasste Gericht zu stellen. Wird die Vereinbarung genehmigt, so hat sie die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 214 Satz 2 EZPO). Dadurch wird die Vereinbarung zum vollstreckbaren Titel.

7.2.4. Einführung eines „eingetragenen Mediators“ ohne Monopolcharakter?

In Österreich trat 1.5.2004 das Zivilrechtsmediationsgesetz³⁵ in Kraft.³⁶ Im Mittelpunkt der Regelung steht dabei die Schaffung eines eingetragenen Mediators ohne Monopolcharakter. Personen, welche mindestens 28 Jahre alt sind und über eine vom Gesetz näher umschriebene Ausbildung verfügen, können sich in eine bundesweite Liste eintragen lassen. Die Schulung muss nach § 29 Abs. 2 ZivMediatG einen theoretischen Teil von 200 bis 300 Ausbildungseinheiten und einen anwendungsorientierten Teil von 100 bis 200 Ausbildungseinheiten umfassen. Die eingetragenen Personen haben alsdann das Recht und die Pflicht, bei ihrer Tätigkeit den Titel eines „eingetragenen Mediators“ zu verwenden. Ebenso unterliegen sie einer besonderen Verschwiegenheitspflicht; sie sind verpflichtet, bei ihren Mediationen gewisse Regeln einzuhalten, wie etwa auf die allfällige Notwendigkeit der Rechtsberatung hinzuweisen oder das Ergebnis der Mediation schriftlich festzuhalten; sie sind zur ständigen Weiterbildung verpflichtet; schliesslich haben sie eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. Diese Regelung will die Mediation nicht monopolisieren. Nach wie vor kann jedermann ohne Reglementierung als Mediator tätig sein. Er darf sich lediglich nicht „eingetragener Mediator“ nennen.

³⁵ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen sowie Änderungen des Ehegesetzes, der Zivilprozessordnung, des Gerichtsgebührengesetzes und des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 im Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (ausgegeben am 6. Juni 2003).

Auf den ersten Blick handelt es sich hier um eine überzeugende Lösung. Es darf erwartet werden, dass eine solche Regelung auch in der Schweiz wesentlich zur Verbreitung der Mediation beitragen würde. Ebenso könnte dadurch ein hoher Ausbildungsstandard gesichert und der „Wildwuchs“ an Titeln, wie er sich heute auch in der Schweiz abzeichnet, eingedämmt werden. Die an einer Mediation interessierte Person kann selbstverständlich nicht beurteilen, was sich etwa hinter einem Titel Mediator FH, SAV oder SVM verbirgt.

Aus verschiedenen Gründen ist aber m.E. eine solche Lösung für die Schweiz fragwürdig:

- Mit einer solchen Liste könnte nur sichergestellt werden, dass eine Person über eine bestimmte Ausbildung, nicht jedoch – was selbstverständlich noch wichtiger wäre – über Erfahrung verfügt.
- Aus politischen Gründen ist eine Einführung einer solchen Bestimmung wohl nicht realistisch, man denke nur an die psychologische Beratung, die bis anhin keinerlei Reglementierung kennt.³⁷ Die österreichische Regelung weckt auch verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und auf den Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität (Art. 94 BV), denn faktisch würden sich die Marktchancen für nicht eingetragene Mediatoren drastisch verkleinern. Es besteht auch kein genügend grosses öffentliches Interesse an der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit von Mediatoren, da das Publikum nicht gleichermassen vor unqualifizierten Personen zu schützen ist, wie etwa bei anwaltlicher oder ärztlicher Tätigkeit.

7.3. Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation

7.3.1. Problemstellung

Unbestrittene Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Mediation und ihre weitere Verbreitung ist die Sicherung bzw. Zusicherung der Vertraulichkeit der in der Mediation gegenüber dem Mediator und der Gegenpartei geäusserten Informationen (Vergleichsangebote, Meinungsäusserungen, Zugeständnisse, Tatsachen etc.).³⁸

³⁶ Für eine vertiefte Darstellung der österreichischen Regelung vgl. Paul Oberhammer/Tanja Domej, Ein rechtlicher Rahmen für die Mediation in Österreich - Zum neuen Zivilrechts-Mediations-Gesetz, in: Zeitschrift für Konfliktmanagement, S. 144 ff.

³⁷ Dies soll sich mit einem Psychologengesetz (PsyG) ändern, zu dem ein Expertenentwurf vorliegt, der Ende 2004 in die Vernehmlassung geschickt werden soll. In Art. 28 wird erstmals ein Titelschutz für Psychologiberufe vorgesehen.

³⁸ Forschungen aus den USA indes zeigen, dass beim Scheitern der Mediation und späterem Einsatz von Anwälten im gerichtlichen Verfahren kein Vertrauensbruch stattfindet. Sei es, weil die Konfliktparteien sich moralisch an ihr Versprechen gebunden fühlen, sei es, weil sie befürchteten, der andere könne ebenfalls Infor-

Nachfolgend ist zu prüfen, ob und inwiefern die Geheimhaltung im allenfalls nachfolgenden Prozess gewährleistet ist. Dabei ist zunächst die Rechtslage ohne besondere Vorkehrungen der Parteien zu untersuchen. Anschliessend ist die Frage zu prüfen, ob und mit welcher Wirkung die Parteien die Vertraulichkeit vertraglich sichern können.

Im Einzelnen stellen sich dabei folgende Fragen:

- Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators nach kantonalem Zivilprozessrecht;
- Recht des Mediators zur Verweigerung der Edition von Urkunden betreffend das Mediationsverfahren nach kantonalem Zivilprozessrecht;
- Bedeutung und Tragweite des Zeugnisverbotes von Mediatoren nach Art. 139 ZGB;
- Zulässigkeit und Tragweite einer Vereinbarung der Parteien, den Mediator nicht als Zeugen anzurufen;
- Zulässigkeit und Tragweite einer Vereinbarung der Parteien, in der Mediation von der Gegenseite in Erfahrung gebrachte Tatsachen und Beweismittel im nachfolgenden Prozess nicht zu verwenden.

Soweit kantonales Recht von Bedeutung ist, wird hier das Zürcher Recht, das in diesen Fragen als repräsentativ für die ganze Schweiz angesehen werden kann, angeführt.

7.3.2. Rechtslage ohne besonderen Vorkehrungen der Parteien

Bedeutung und Tragweite des Zeugnisverbotes von Mediatoren nach Art. 139 ZGB:

Seit Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts am 1.1.2000 gilt für die Familienmediatoren - m.E. zu Recht³⁹ - ein absolutes und umfassendes Zeugnisverbot. Eine Zeugeneinvernahme ist auch nicht möglich, wenn beide Parteien dies etwa im Hinblick auf die Kinderzuteilung verlangen.⁴⁰ Eine von Lehre und Praxis bisher nicht beantwortete Frage ist, ob das Zeugnisverbot analog auch für die Herausgabe von Urkunden betreffend die Mediation gilt.⁴¹ M.E. ist diese Frage wohl zu bejahen, da der Zweck des Zeugnisverbotes bei einer Editionsspflicht nicht gewährleistet werden kann.

mationen missbrauchen, vgl. Caroline Bono-Hörler, Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung, Eine interdisziplinäre Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Rechts und der Rechtsanwälte, Zürich 1999, S. 69.

³⁹ A.A. Sabine Kofmel Ehrenzeller, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren – ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 155 ff.

⁴⁰ Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 139 Rz 16.

⁴¹ Vgl. hierzu Marcel Leuenberger, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, Art. 139 Rz 11: Der Autor behandelt und bejaht lediglich die Frage, ob das Verbot auch für schriftliche Auskünfte gelte.

Recht des Mediators zur Zeugnisverweigerung und Verweigerung der Herausgabe von Urkunden nach kantonalem Prozessrecht:

Die Zürcher ZPO enthält wie die meisten kantonalen Zivilprozessordnungen keine besonderen Bestimmungen betreffend die Mitwirkung von Mediatoren im Beweisverfahren. Vielmehr kommen für diese die allgemeinen Bestimmungen zum Schutz von Berufsgeheimnissen zur Anwendung. Danach gilt folgendes:

Dem *Anwaltsmediator* steht direkt das uneingeschränkte Zeugnisverweigerungsrecht dieser Berufsgattung nach § 159 Ziff. 3 ZPO zu. Verzichtet der Mediator ohne Zustimmung der Parteien auf dieses Aussageverweigerungsrecht, verletzt er seine Pflichten aus Auftragsrecht und wird damit schadenersatzpflichtig.

Seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte ist die Frage des Anwaltsgeheimnisses für die im BGFA-Register eingetragenen Personen jedoch abschliessend durch Art. 13 BGFA geregelt, welches ein uneingeschränktes Zeugnisverweigerungsrecht einräumt. So verpflichtet nicht einmal die Entbindung durch den Geheimnisherr „zur Preisgabe des Anvertrauten“. Da im Anwaltsregister eingetragene Personen auch im Bereich der Rechtsberatung den Berufsregeln des BGFA unterstehen, muss auch die Tätigkeit als Mediator von Art. 13 BGFA erfasst werden.⁴²

Der Mediator, der weder Anwalt ist noch sonst einer der besonderen Berufsgruppen i. S. v. § 159 Ziff. 3 ZPO (Seelsorger, Psychiater etc.) angehört, fällt demgegenüber unter die Berufskategorie gemäss § 160a ZPO („Anderen Berufen, die mit einer Schweigepflicht verbunden sind oder ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzen“). Dies bedeutet: Der Mediator hat zwar kein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht. Das Gericht kann jedoch die Zeugenaussage auf Gesuch des Mediators erlassen, „wenn Schutzmassnahmen nach § 145 ZPO nicht ausreichen und wenn das Interesse des Zeugen an der Geheimhaltung dasjenige des Beweisführers an der Offenbarung überwiegt.“

M.E. läuft auch diese Bestimmung letztlich - in Bezug auf die im Rahmen der Mediationstätigkeit wahrgenommenen Tatsachen - auf ein weitgehend uneingeschränktes Zeugnisverweigerungsrecht hinaus, wie dies im Übrigen auch im Entwurf für eine eidgenössische Zivilprozessordnung vorgesehen ist (vgl. Art. 163 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 157 Abs. 1 lit. a EZPO). Es ist davon auszugehen, dass die Geheimhaltungsinteressen in diesen Fällen allein durch umfassenden Verzicht auf die Zeugeneinvernahme geschützt werden können. Andere Schutzmassnahmen, wie Beschränkung der Parteiöffentlichkeit etc. kommen hier nicht in

⁴² Vgl. auch die Richtlinien SAV für Anwaltsmediatoren Ziff. 10.

Frage. Für den Beruf des Mediators ist es unerlässlich, dass sich die Parteien darauf verlassen können, dass jeglicher Einbezug des Mediators im allfälligen späteren Prozess unterbleibt. Auch der Staat ist an einer effizienten aussergerichtlichen Streitbeilegung interessiert. Höhere Interessen der Gegenpartei sind m.E. nicht ersichtlich.

In diese Richtung geht auch eine neuere Entscheidung des Obergerichtes, in der es abgelehnt wurde, einen Richter vom Amtsgeheimnis zu entbinden, damit dieser als Zeuge über den Inhalt von Vergleichsgesprächen aussagen könne; denn allein das Interesse an der Wahrheitsfindung genüge nicht zur Entbindung vom Amtsgeheimnis (ZR 96/1997 Nr 35). Hier heisst es unter anderem: *„Dieses Vertrauen in die Diskretion nach aussen und gegen spätere Bezugnahmen gestattet nicht nur eine grösstmögliche Offenheit zwischen den Parteien unter sich und gegenüber dem Gericht, sondern ist überdies unabdingbare Voraussetzung dafür, dass der Richter eine allseits annehmbare Lösung vorschlagen kann.“* Diese Überlegungen gelten uneingeschränkt auch für die aussergerichtliche Mediation.

In gleicher Weise wie die Zeugenaussage kann und muss der Mediator auch die Edition von Urkunden betreffend die Mediation verweigern (§ 184 Abs. 2 ZH ZPO bzw. Art. 163 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 157 Abs. 1 lit. b EZPO).

7.3.3. Sicherung der Geheimhaltung durch vertragliche Vereinbarung

Die Parteien versuchen regelmässig die Vertraulichkeit in der Mediation vertraglich abzusichern.⁴³ Typischerweise enthält ein Mediationsvertrag mindestens zwei Klauseln mit dieser Zielsetzung:

- *Verzicht der Parteien, den Mediator im nachfolgenden Prozess als Zeuge anzurufen:* Beispiel: „Die Parteien vereinbaren hiermit, dass sie den Mediator im nachfolgenden Prozess nicht als Zeuge benennen und gegenüber diesem auch keinen Antrag auf Edition von Urkunden betreffend das Mediationsverfahren zu stellen“.
- *Verzicht der Parteien, in der Mediation erfahrene Tatsachen und Beweismittel im nachfolgenden Prozess einzuführen:* Beispiel: „Die Parteien verpflichten sich, die im Rahmen der Mediation zugänglichen Informationen und Dokumente vertraulich zu behandeln und in einem möglichen Rechtsstreit nicht zu verwenden“.

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob und inwiefern solche Klauseln zulässig und für das Gericht bindend sind.

⁴³ Wobei die Vertraulichkeit des Verfahrens auch ohne eine ausdrückliche Regelung aufgrund der Interessenlage der Konfliktparteien und des Zweckes der Mediation meist als konkludent vereinbart zu qualifizieren ist.

In der Schweiz haben sich Lehre und Praxis m.W. bisher nicht direkt zur Frage der Gültigkeit von solchen Klauseln in Mediationsverträgen geäußert. Zu den Beweisverträgen im Allgemeinen wird jedoch ganz überwiegend die Meinung vertreten, dass eine Vereinbarung betreffend den Ausschluss von Beweismitteln und Tatsachenvorbringen im Prozess unzulässig ist.⁴⁴ Als Begründung wird angeführt, der Verzicht auf „die prozessuale Bewegungsfreiheit“ verstosse gegen Art. 27 ZGB.⁴⁵ Im Weiteren soll ein solcher Verzicht mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unvereinbar sein.⁴⁶

Demgegenüber gelten heute in Deutschland Beweisverwertungsverbote als zulässig, sofern sie Beweismittel oder Tatsachen betreffen, die eine Partei später im Prozess nicht hätte in Erfahrung bringen können.⁴⁷ Diese überzeugende Ansicht ist m. E. auch für die Schweiz zu übernehmen. Ausserdem ist zu beachten, dass im schweizerischen Zivilprozess Parteien uneingeschränkt verpflichtet sind, an der Tatsachenfeststellung mitzuwirken (Edition von Urkunden, Duldung von Augenscheinen und allenfalls Beweisaussagen). Einer Partei dürfte daher selten der Beweis gelingen, dass die Gegenpartei die fragliche Tatsache oder das fragliche Beweismittel ohne Offenbarung in der Mediation nicht herausgefunden hätte.

7.3.4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich somit sagen: Die Vertraulichkeit in der Mediation ist in der Zürcher ZPO, wie wohl auch in der übrigen Schweiz nur teilweise gesichert. Für Familienmediatoren besteht ein Zeugnisverbot im Bundesrecht (Art. 139 ZGB). In anderen Bereichen können die Mediatoren die Aussage in jedem Fall gestützt auf § 160a ZPO verweigern. Was eine Partei von der Gegenpartei in der Mediation erfährt, kann sie jedoch grundsätzlich auch später im Prozess verwenden. Nach herrschender Auffassung in Lehre und Praxis sind Vereinbarungen der Parteien, in denen sie auf die Einbringung von Beweismitteln oder Tatsachen verzichten, grundsätzlich unzulässig.

⁴⁴ Max Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 70 f.; Max Kummer, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung umfassend die Artikel 1 – 10 ZGB, Bern 2000, Art. 8 ZGB, Rz 371; Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, vor § 133 ff., Rz 11; ZR 89/1990 Nr. 118.

⁴⁵ Kummer, a.a.O.

⁴⁶ ZR 89/1990 Nr. 118.

⁴⁷ Gerhard Wagner, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, S. 1398 ff.; Horst Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Mediationsvereinbarungen, Köln 2001, S. 27 f.; Ulrich Foerste, in: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, hrsg. von Hans-Joachim Musielak, 2. Aufl., München 2000, § 286 N 16.

7.4. Verbindlichkeit von vertraglichen Mediationsklauseln

Mit der zunehmenden Verbreitung der Mediation in der Schweiz kommt es dem Vernehmen nach immer häufiger vor, dass Parteien in ihren Verträgen, neben Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln auch Mediationsklauseln vorsehen. Diese beinhalten in der Regel, dass sich die Parteien für den Fall des Ausbruchs eines Rechtsstreits verpflichten, mit der Einleitung von rechtlichen Schritten für eine bestimmte Zeit zuzuwarten und stattdessen eine Mediation durchzuführen.

Nach herrschender Meinung sind solche Vereinbarungen allerdings nur von beschränkter Bedeutung. Die Vereinbarung wird zwar in materiellrechtlicher Hinsicht als gültig und zulässig erachtet. Für das angerufene Gericht ist jedoch eine solche Vereinbarung unbeachtlich. D.h., eine Partei kann trotz einer solchen Vereinbarung jederzeit Klage einleiten. Sie wird bei Einreichung der Klage höchstens schadenersatzpflichtig (ZR 99/2000 Nr. 29).⁴⁸ M.E. verdient auch diese Ansicht einer Überprüfung.

7.5. Staatliche Kostenhilfe für Mediation

Eine zentrale Frage für die weitere Verbreitung der Mediation ist auch diejenige nach der Kostentragung.

Grundsätzlich haben die Parteien die Kosten selber zu tragen. Die unentgeltliche Prozessführung gilt grundsätzlich wie schon ihr Name sagt, allein für die Führung eines Zivilprozesses, nicht jedoch für die Bemühungen zur außergerichtlichen Erledigung des Rechtsstreits.⁴⁹ Das Kostenproblem wird im Weiteren auch dadurch gelöst, dass einzelne kantonale Fürsorgestellen selber unentgeltliche Mediation für Minderbemittelte anbieten.

Gewisse Kantone haben aber das Problem erkannt und bemühen sich um Abhilfe. So besteht in der Zürcher Zivilprozessordnung (§ 89a ZPO) seit 1999 eine Rechtsgrundlage für die Einführung einer unentgeltlichen Mediation in Familiensachen. Bis jetzt ist die unentgeltliche Mediation allerdings noch nicht eingeführt worden. Sie würde aber eine unproblematische und effektive Förderung der aussergerichtlichen Mediation darstellen. Dadurch hätte der Gesetzgeber auch die Pflicht und die Möglichkeit, Mindestvoraussetzungen für das Verfahren und die Ausbildung der Mediatoren zu formulieren. Sehr zu begrüßen wären hierfür eidgenössische Richtlinien. Wie bereits ausgeführt (oben 7.2.3.3.), haben die Parteien nach dem

⁴⁸ Hierzu eingehend Heiner Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede: Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Diss. Freiburg 1998, Rz 541 ff.

EZPO unter bestimmten Voraussetzungen in kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Natur Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation. Nach Art. 215 Abs. 3 EZPO kann das kantonale Recht weitere Kostenerleichterungen vorsehen.

8. Anwaltschaft und Mediation

Die schweizerische Anwaltschaft stand der Mediation zunächst eher skeptisch gegenüber. In der Zwischenzeit hat sich dies jedoch radikal geändert. Heute ist die Anwaltschaft daran, die Mediation als (vermeintlichen oder tatsächlichen) Zukunftsmarkt zu erschliessen. Dies zeigt sich etwa folgendermassen:

Im (für die Akquisition von Klientschaft wichtigen) Mitgliederverzeichnis des Schweizerischen Anwaltsverbandes können die Mitglieder nach einer vorgegebenen Liste ihre bevorzugten Arbeitsgebiete nennen. Seit zwei Jahren umfasst diese Liste auch die Mediation. Von den 7106 Mitgliedern geben heute immerhin 266 Mediation als Arbeitsgebiet (u.a.) an.

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) hat auch bereits Richtlinien für die Mediation durch Anwälte erlassen (Richtlinien SAV für Anwaltsmediatoren). Der Anwaltsverband hat inzwischen auch den Titel „Mediator SAV“ eingeführt. Diesen begehrten Titel kann erwerben, wer mindestens 80 Stunden Ausbildung nachweisen kann und zudem einen besonders vom Anwaltsverband organisierten Kurs zur Rolle des Anwalts als Mediator besucht hat.

Vor fünf Jahren ist aus den Reihen der schweizerischen Anwaltschaft die „Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation“ mit heute über 50 Mitgliedern gebildet worden. Die Voraussetzung für die Mitgliedschaft ist der Nachweis einer (kurzen) Ausbildung in Mediation. Die Kammer ist unter anderem daran, eine Untergruppe zu bilden, die sich besonders mit der Mediation in Projekten der Informationstechnologie befassen will.

Verschiedene Anwältinnen und Anwälte bieten heute - oft in Zusammenarbeit mit Psychologen - Scheidungsmediation an. Fast alle grösseren Anwaltskanzleien haben heute einen Ansprechpartner für Wirtschaftsmediation. Auch von der Anwaltschaft, die sich mit Schiedsgerichtsbarkeit befasst, wird die Mediation - folgend der Entwicklung in den USA (Stichwort: „Mediation-Arbitration“) - als Alternative oder Vorstufe zur Schiedsgerichtsbarkeit erkannt.⁵⁰

Bei den Teilnehmern der oben genannten Kurse bilden schliesslich die Anwältinnen und Anwälte meist die am besten vertretene Berufsrichtung.

⁴⁹ Peter Krepper, Unentgeltliche Mediatoren für geldwerte Konfliktlösungen, AJP 2000, S. 805 ff.; entgegen der h.L. vertritt der Autor die Auffassung, dass bereits de lege lata ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Unentgeltlichkeit des Mediators bestehe.

9. Ausblick

Die „Mediationsszene“ Schweiz aus heutiger Sicht lässt sich wie folgt charakterisieren: Einem breiten Angebot an Mediation stehen bis jetzt nur eine relativ geringe Nachfrage gegenüber. Das Angebot beinhaltet zusammengefasst folgendes:

- In der Schweiz existiert heute eine relativ grosse und stetig weiter wachsende Anzahl von gut bis sehr gut ausgebildeten Mediatoren. Diese rekrutieren sich aus der Anwaltschaft, den Psychologen, den Betriebsberatern, den Sozialarbeitern, den Lehrern und allen möglichen anderen Berufen.
- Eine grössere Anzahl von privaten und öffentlichen Institutionen bieten fundierte Ausbildungslehrgänge für Mediation an.
- Die Mediatoren sind sodann in vielen, kaum mehr überblickbaren Vereinigungen zusammengeschlossen, die sich mit Weiterbildung und Sicherung der Qualität des Berufsstandes befassen. Als unausgesprochener Neben- oder Hauptzweck dienen diese Zusammenschlüsse der Beschaffung von Mediationsfällen.
- In verschiedenen Bereichen sind in den letzten Jahren zahlreiche Projekte in Mediation mit unterschiedlichem Erfolg lanciert worden (Mediationswoche am Bezirksgericht Zürich, Pilotprojekt im Strafrecht, Bestrebungen für eine Mediationsstelle bei IT-Streitigkeiten, Schulmediationen, Mediation bei Nachbarstreitigkeiten etc.).
- Auch die Gesetzgebung nimmt sich, wie die oben angeführten Beispiele aus dem Straf- und Zivilprozessrecht zeigen, mehr und mehr der Mediation an.

Dieses Angebot wird leider wie gesagt bisher nur in relativ geringem Masse benützt. Eine ins Gewicht fallende Bedeutung hat allein die Scheidungsmediation. An zweiter Stelle folgt die innerbetriebliche Mediation. In allen anderen Bereichen spielt die Mediation in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle.

Welche Entwicklung ist in Zukunft zu erwarten? M.E. wird zunächst die wachsende Bekanntheit der Mediation „automatisch“ auch zu einer weiteren Verbreitung führen. Die Wirtschaft wird ihre Berührungängste und Vorbehalte vor allem dann abbauen, wenn im In- und Ausland gehäuft von erfolgreichen Mediationsverfahren berichtet werden kann.

Einen „Quantensprung“ wird die Mediation in der Schweiz machen, wenn es gelingt, die Mediation in die bestehenden Formen der Streitschlichtung (Schlichtungsverfahren vor dem

⁵⁰ Hierzu insbesondere Marc Blessing, IPRG – Kommentar, Basel 1996, Einl. 12. Kap. Rz 274 ff.

Friedensrichter, gerichtliche Vergleichsverhandlung und Ombudsstellen) zu integrieren. Der EZPO enthält nun die dafür erforderliche rechtliche Grundlage.

Das vom *Friedensrichter geleitete Schlichtungsverfahren* ist für eine Mediation in jeder Beziehung prädestiniert. Der Friedensrichter ist ein professioneller Vermittler, dessen Neutralität durch die Regeln über die richterliche Unabhängigkeit garantiert ist. Da er, abgesehen von einer marginalen Entscheidungskompetenz in einzelnen Kantonen, nur Schlichter und nicht Richter ist, können die Parteien ihm gegenüber die wahren Hintergründe des Rechtsstreits darlegen, ohne befürchten zu müssen, dass diese später bei der Urteilsfällung zu ihrem Nachteil verwendet werden.

Die Einführung der Mediation könnte wie folgt geschehen: Im Gesetz als Wählbarkeitsvoraussetzung oder freiwillig ist bei den innerparteilichen Nominierungen vorzusehen, dass der Kandidat eine Ausbildung in Mediation absolvieren muss, sofern er oder sie nicht bereits zuvor eine entsprechende Ausbildung genossen hat. Der Verfahrensablauf könnte in dem Sinne umgestaltet werden, dass der Friedensrichter in der traditionellen Schlichtungsverhandlung - ähnlich wie bei dem in den USA entwickelten sogenannten "multi-door-court-house"⁵¹ - eine Triage für diejenigen Fälle macht, die sich für eine eigentliche Mediation eignen und in denen die Parteien dies auch wünschen. Für die Mediationssitzung ist alsdann ein ausreichend bemessener, besonderer Termin vorzusehen. Die zusätzlichen Kosten, die mit dem vermehrten Vermittlungsaufwand verbunden sind, könnten durch eine erhöhte Gebühr weitgehend aufgefangen werden. Auf Antrag der Parteien könnte die Mediation auch einem Dritten übertragen werden.

Die Einführung der Mediation wäre auch ohne grosse Umstellungen bei der *gerichtlichen Vergleichsverhandlung* möglich. Wie bereits in der ZPO des Kantons Glarus vorgesehen (oben 7.2.2.), müsste dem Gericht vom Prozessgesetzgeber lediglich die Befugnis gegeben werden, die Vergleichsverhandlung an eine Drittperson zu delegieren. Allenfalls könnte auch schon ohne gesetzliche Vorkehrungen gerichtsintern angeordnet werden, dass die Vergleichsverhandlungen vor einem Richter geleitet werden können, der später nicht selber an der Urteilsfindung beteiligt ist.

Schliesslich könnte, wie das Beispiel der Ombudsstelle der Stadt Zürich zeigt, Mediation auch im Verfahren vor diesen Amtsstellen angeboten werden.

⁵¹ Birner Marietta, *Das Multi-Coor Courthouse – Ein Ansatz zur multi-dimensionalen Konfliktbehandlung*, 2003; Stephan Breidenbach, *Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln 1995, S. 52; Stephen B. Goldberg/Frank E. A. Sander/Nancy H. Rogers, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, 2. Ed., Aspen 1992, S. 432.

Abschliessend lässt sich m.E. für die Mediationsszene in der Schweiz sagen: Die Streitentscheidung durch das Gericht hat hier seit jeher eine eher geringe Bedeutung. Die allermeisten Konflikte werden vielmehr nach alter Tradition auf irgendeine Art durch Verhandeln oder Schlichten einverständlich gelöst. Die Mediation wird daher auch in Zukunft kaum in der Lage sein, die Anzahl der einverständlichen Lösungen wesentlich zu erhöhen. Nach der Überzeugung des Verfassers wird jedoch die Mediation helfen, vermehrt einverständliche Lösungen zu finden, die beide Parteien zufrieden stellen. Auf eine kurze Formel gebracht lautet die Devise für die Mediation in der Schweiz: „Mediation statt Verhandeln oder Schlichten“ und nicht „Mediation“ statt „Richten“.