

Begleitbericht zum Vorentwurf des Gesetzes über die Mediation



Zusammenfassung

1. DIE MEDIATION

Unsere Gesellschaft, die in ständiger Entwicklung ist, generiert Leidenschaften und Reichtum, aber auch Arbeitslosigkeit, Gewalt und **Konflikte**. In Wirklichkeit ist der Mensch gegenüber dem Konflikt häufig hilflos und überlässt das Feld dem Machtverhältnis, der – meist kostspieligen - Auseinandersetzung vor Gericht.

Die Mediation, die seit einem Jahrzehnt eine wahre Erneuerung kennt, bringt eine Lösung, um das Verschärfen der Konflikte zu vermeiden. Tatsächlich macht es ein solches Vorgehen möglich, Konflikte unter Beizug einer **unparteiischen Drittperson** zu regeln, indem **der Dialog und die gegenseitige Achtung zwischen den Protagonisten wiederhergestellt** werden. Der neutrale Rahmen, in dem sich die Mediation bewegt, die umfassende Vertraulichkeit und die frei eingegangene Verpflichtung der Parteien fördern die Äusserung von Tatsachen und Emotionen. So werden Lösungen **schneller** (und mit weniger Kosten) gefunden, zudem gemeinsam erarbeitet und sind somit Garanten der Dauerhaftigkeit. Gemäss Schweizerischen Statistiken haben mehr als zwei von drei Mediationen im Jahre 2008 zu einer schriftlichen Einigung geführt.

Die Mediation kann überall stattfinden, wo die Kommunikation unterbrochen ist, sei es im Bereich der Familie, des Handels, der Schule, des Berufes, der Umwelt... Man soll sich allerdings nicht Illusionen hingeben, denn die Mediation hat keineswegs den Auftrag, die Justiz zu ersetzen. Mediation und Justiz sind zwei alternative Formen der Konfliktlösung, und die Mediation eignet sich nicht für jeden Fall (z.B. bei einer schweren Straftat).

2. DER VORENTWURF EINES GESETZES ÜBER DIE MEDIATION

In den letzten Jahren hat der Bund in verschiedenen Verfahrensgesetzen (Zivilprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Bundesverwaltungsverfahren) der Mediation eine immer bedeutender werdende Rolle zuerkannt. Am 27. Oktober 2010, dieser Tendenz folgend und im Bewusstsein um die zukünftige Bedeutung der Mediation (vgl. Antwort des Staatsrates vom 19. Januar 2009 auf das Postulat No 1.291, vormals No 2.142, der Abgeordneten Benedicte Dubuis und Mitunterzeichnende), hat der Staatsrat beschlossen, eine Expertenkommission zu ernennen und diese mit der Ausarbeitung eines Gesetzesvorentwurfes über die Mediation zu beauftragen. Die Arbeiten dieser Kommission haben zum beiliegenden Gesetzesvorentwurf geführt.

3. ZIELSETZUNG

Ziel des Vorentwurfes des Gesetzes über die Mediation ist :

- die im Bereich der Mediation bestehenden Bundesvorschriften zu **vervollständigen** ;
- die Umsetzung der Mediation durch die Einführung von Definitionen, Grundsätzen und Grundregeln zu **erleichtern**;
- das Mediationsverfahren zu **legitimieren** sowie Bürger und Behörden über das Bestehen dieser Art Konfliktregelung zu **informieren** ;
- die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden zu **entlasten**. In der Tat besteht einer der zahlreichen Vorteile der Mediation zweifelsohne darin, in geeigneten Fällen den Justiz- und Verwaltungsapparat entlasten zu können, indem ein schnellerer (zwei Drittel der Mediationen erledigen sich innert der Frist von drei Monaten), weniger aufwendiger, weniger formeller und in gewissen Fällen weniger lästiger Weg als der Gang vor und durch die Justiz gewählt wird.
- das Gesetzesarsenal zur **Kostensteuerung** der Mediation für die öffentliche Hand festzulegen.

4. CHARAKTERISTIKEN

Die hauptsächlichsten Charakteristiken des Vorentwurfs des Gesetzes über die Mediation sind :

- Unter Vorbehalt des Bundesrechts betrifft der Vorentwurf **die Mediation im Rahmen eines Prozesses** (oder eines Verwaltungsverfahrens) d.h. die Parteien setzen den Prozess aus und unterziehen sich einer Mediation. Der Vorentwurf des Gesetzes erläutert unter anderem, wie sich Prozess und Mediation verbinden (z.B. Suspendierung des Prozesses während der Dauer des Mediationsverfahrens).
- Der Vorentwurf behandelt sowohl die **verwaltungsrechtliche Mediation** (z.B. zwischen dem Gesuchsteller eines veröffentlichten Bauvorhabens und den Einsprechern), die **zivilrechtliche Mediation** (z.B. zwischen den Erben) und die **strafrechtliche Mediation** (z.B. zwischen Täter und Opfer) : der Vorentwurf regelt in einem einzigen Gesetz diese drei Bereiche und ist in diesem Sinne eine Neuheit.
- Der Vorentwurf überträgt den Mediationsvorgang einzig **qualifizierten Mediatoren** : aus Gründen des Schutzes der Öffentlichkeit werden einzig Mediatoren anerkannt, die im Besitze eines entsprechenden Universitätsabschlusses oder einer als gleichwertig eingestuftem Ausbildung sind, über eine fachliche Ausbildung verfügen, die von einer in der Schweiz auf dem Gebiete der Mediation anerkannten Vereinigung bescheinigt wird, und sich über eine hinreichende Berufserfahrung ausweisen. Diese Mediatoren werden auf einer offiziellen Liste, dem „Register“, eingetragen und aufgeführt.
- Der Vorentwurf setzt eine **Mediationskommission** ein, die aus 3 bis 5 Mitgliedern besteht (Mediatoren, Magistraten und Anwälte) und die vom Staatsrat ernannt werden. Diese Kommission entscheidet darüber, ob Mediatoren die Voraussetzungen zum Eintrag in die Liste erfüllen, sanktionieren die Mediatoren bei Verfehlungen, informieren die Behörden über die Mediation, erlassen Weisungen usw.
- Der Vorentwurf sieht eine **finanzielle Unterstützung durch den Staat** vor, damit auch die Mittellosen Zutritt zur Mediation erhalten können. Empfiehlt die für das Grundverfahren zuständige Behörde einer unterstützungsbedürftigen Partei den Gang zur Mediation und findet diese im Rahmen der zeitlich und finanziell festgesetzten Grenzen statt, so werden die Kosten vom Staat übernommen. Es handelt sich dabei lediglich um einen Vorschuss der Kosten, die im Falle einer verbesserten finanziellen Situation zurückbezahlt werden müssen.
- Der Vorentwurf sieht die **Schaffung eines Mediationsbüros im Jugendstrafrecht** vor : mit der Einführung des neuen Jugendstrafverfahrens zu Beginn dieses Jahres ist die Zahl der Mediationsfälle erheblich gestiegen. Auf Grund dieser Tatsache und mit der Feststellung, dass das entsprechende Freiburger Modell sich bei weitem bewährt hat, hat sich die Expertenkommission dafür entschieden, ein staatliches Mediationsbüro für die Jugendstraffälle vorzuschlagen. Diese Lösung, die namentlich vom Jugendrichter Xavier Lavanchy unterstützt wird, hat den Vorteil, die Anerkennung, die Sichtbarkeit und die Glaubwürdigkeit der Mediatoren zu stärken, diesen die volle Zuwendung zu ihrer Aufgabe, ohne Rücksicht auf Finanzierungseinwände, zu ermöglichen und die Zusammenarbeit mit den Richtern zu erleichtern. Die Stärkung des Systems für die jugendstrafrechtliche Mediation geht mit den Zielen und Anliegen der Erziehung, der Prävention, der Behandlung, der gesellschaftlichen Integration und dem Schutz des Jugendstrafrechts einher.
- Die Umsetzung des Gesetzesvorentwurfs ist durch ein **Reglement des Staatsrats** vorgesehen.

5. FINANZIELLE ASPEKTE

Die Einsparungen, die sich aus den Erfolgen der Mediation ergeben, und die anfallenden Kosten, die beim Scheitern der Mediation entstehen, dürften sich in etwa die Waage halten. Die Schaffung eines Mediationsbüros für die Jugendlichen und die Einsetzung einer Mediationskommission werden natürlich zusätzliche Kosten verursachen. Diese dürften sich auf jährlich Fr. 200'000.- belaufen.

6. SCHLUSSFOLGERUNG

Der Vorentwurf entspricht dem Bedürfnis um Anerkennung der Mediation auf kantonaler Ebene und einem klaren und kohärenten Reglementierungsbedarf dieses wertvollen Instrumentes zur Lösung von Konflikten. Legt der Gesetzgeber den Akzent auf diese Methode, so würde er der aktuellen Tendenz der anderen Schweizer Kantone folgen und würde vorschlagen, eine Lösung der Wiedergutmachung und der Versöhnung zu unterstützen. Die Lösung brächte zudem eine nicht zu unterschätzende Entlastung der Behörden mit sich.

A. Allgemeines Einführung in die Mediation

1. Die Mediation

a. Allgemeines

Man findet zwar zahlreiche Definitionen für den Begriff der Mediation, namentlich in Statuten und Reglementen von Privatvereinungen¹. An dieser Stelle kann die Mediation wie folgt definiert werden :

Die Mediation ist ein friedlicher Weg der Konfliktlösung, auf dem zwei oder mehrere Parteien an eine Drittperson, den Mediator, gelangen, bei der Suche nach einer Einigung behilflich zu sein, um eine Meinungsverschiedenheit auszuräumen oder gar um einen künftigen Konflikt zu vermeiden.

Die Mediation ist ein aussergerichtliches Vorgehen, das sich grundlegend von einem Verfahren abhebt. Sie will die Einzelpersonen dazu bringen, von einer festgefahrenen Einstellung, wie man sie häufig bei Prozessen erlebt, abzukommen und eine Haltung gegenseitigen Verständnisses einzunehmen.

Ein Rückgriff auf die Mediation erweist sich in all jenen Situationen als besonders vorteilhaft, wo die vom Konflikt betroffenen Personen langfristige Beziehungen pflegen wie zum Beispiel bei Streitigkeiten zwischen Erben, Mietern und Vermietern oder Arbeitskollegen. Beim Strafprozess, der durch eine begangene Straftat in Gang gesetzt wird, wird es dank der Mediation möglich, die im Verfahren so oft vernachlässigten menschlichen Aspekte einzubeziehen, beispielsweise Entschuldigungen anzubringen oder eine Einigung zwecks Wiedergutmachung zu erzielen. Die Mediation kann auch im öffentlichen Lebensbereich eingesetzt werden, namentlich in der Schule.

b. Geschichtliches

Die Mediation blieb für die verschiedenen Rechtsgebieten lange Zeit verkannt². Seit einem Jahrzehnt hat sich diese Auffassung jedoch verändert³. Früher kannten bloss einige wenige kantonale Straf- und Zivilprozessordnungen den Weg der Mediation (Art. 89a ZPO-ZH, Art. 162 ZPO-GL, Loi genevoise sur la médiation civile in Kraft seit dem 1. Januar 2005). In den letzten Jahren hat diese Institution jedoch zunehmend in der Bundesgesetzgebung Einzug gefunden.

Die Mediation wurde zuerst im Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht (JStGB), das am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, eingeführt, später im Bundesgesetz vom 20. März 2009 über das Jugendstrafverfahren (JStPO) nochmals bestätigt⁴. Die Mediation wurde ebenfalls in der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO)⁵ und im Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG)⁶ vorgesehen. Beeinflusst wurden diese bemerkenswerten Neuerungen namentlich durch die Empfehlungen zur Mediation⁷, die der Europarat vor einem Jahrzehnt herausgegeben hatte, und durch die Richtlinien, die deren Verwirklichung begünstigen sollen⁸.

Trotz der Verabschiedung von zahlreichen Reglementierungen in Europa und in der Schweiz zeigen sich die Magistraten, Advokaten und Parteien gegenüber der Mediation zurückhaltend. Die Angst vor dem Neuen und die Befürchtung, der eigenen Mittel des Eingreifens verlustig zu gehen, mögen diese Haltung unter anderem erklären⁹. Durch gezielte Informations-, Sensibilisierungs- und Weiterbildungsmassnahmen, so beispielsweise wie bei der Einführung der neuen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011, sollten diese Ängste und Befürchtungen sehr wahrscheinlich verschwinden¹⁰.

c. Unterscheidungen

Die Mediation wird häufig mit dem Verhandeln, der Schlichtung oder Versöhnung und dem Schiedsspruch verwechselt, hebt sich aber von diesen Vorgehen deutlich ab.

¹ Siehe zum Beispiel dazu www.mediation-valais.ch, Schweizerische Mediationsordnung für Wirtschaftskonflikte der Schweizerischen Handelskammern (Swiss Rules) oder Art. 4 der Statuten der Europäischen Richtervereinigung für Mediation vom 8.10.2004 (GEMME-Schweiz).

² Christine Guy-Ecabert, La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari sur l'indépendance, in AJP 1/2009, S. 47

³ Thomas Pfisterer, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, in AJP 2008, S. 4

⁴ Art. 17 JStPO

⁵ Art. 213-218 ZPO und BBl 2006 7221

⁶ Art. 33b VwVG, AS 2006 2197

⁷ Empfehlung über die Mediation in Familiensachen [R (98) 1], Empfehlung bezüglich Mediation in Strafsachen [R (99) 19], Empfehlung über die Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich [R (2001)9] und Empfehlung über die Mediation in Zivilsachen [R(2002)10]

⁸ Richtlinien des Europarates und der Europäischen Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) : CEPEJ(2007)13, CEPEJ(2007)14 et CEPEJ(2007) 15

⁹ Jean A. Mirimanoff, Une nouvelle culture : La gestion des conflits, in AJP 2009 S. 158

¹⁰ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 8

Die **Verhandlung** ist ein informelles Vorgehen, bei dem die Parteien, meist ohne Beizug einer Drittperson, versuchen, eine Einigung zu erzielen, um ihre Beziehungen aufzubauen oder um einen Konflikt zu beenden.

Die **Schlichtung** besteht in einem informellen Modus der Konfliktlösung, der durch einen bezeichneten Vermittler oder Schlichter – einen unabhängigen, neutralen und unparteiischen Magistraten – geführt wird, der den Parteien eine Lösung andeuten oder vorschlagen kann, insofern diese nicht selber dazu kommen¹¹. Im Unterschied zur Mediation, bei der die Lösung von den Parteien selber gesucht und erarbeitet wird, erfordert die Schlichtung oder die Versöhnung eine weniger aktive Beteiligung der Parteien¹². In der Tat setzt der Umstand, dass der Schlichter oftmals selber einen Lösungsweg vorschlägt, ohne ihn allerdings aufzuzwingen, ein weniger hohes Mass an Einsatz durch die Parteien voraus. Die Versöhnungsphase, die meist obligatorisch ist, stellt übrigens eine Etappe des Gerichtsverfahrens dar und bewirkt verfahrensrechtliche Folgen.

Die Mediation unterscheidet sich vom **Schiedsverfahren**. Letzteres stellt wie im Falle der Mediation zwar ein formelles Verfahren dar, in dem die Parteien den Konflikt einer unparteiischen Drittperson, dem Schiedsgericht, das sie selber wählen, unterziehen. Dieses hat jedoch im Gegensatz zum Mediator, aber in Übereinstimmung mit dem Richter den Auftrag, einen Entscheid zu treffen, der nach Anhören der Parteien und unter Gewichtung der vorgebrachten Argumente in Anwendung des Rechts ausgefällt wird.

Man unterscheidet die « konventionelle Mediation » von der « (über)gerichtlichen Mediation ». Erstere wurde zuerst in der Schweiz als private und vom Streit unabhängige Form praktiziert. Dabei handelt es sich um einen Auftrag oder um einen Vertrag *sui generis*, durch den sich die Parteien darüber einigen, ihre Meinungsverschiedenheit nach einem Verfahren, das sie selber wählen oder das sich aus einem bereits vorhandenen Text ergibt, zu regeln. Letztere ist ein Verfahren, das nach dem Einreichen der Klage auf Grund eines gemeinsamen Antrages der Parteien oder auf Vorschlag des Richters (übertragene Mediation) in jeglichem Stadium des Verfahrens erfolgen kann.

Die Mediation, so wie sie im vorliegenden Zusammenhang zu verstehen ist, betrifft jene Mediation, die in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren erfolgt. Einen Mediationsprozess ins ordentliche Verfahren einzufügen bedeutet für die Behörde die Möglichkeit, ihre Rolle „Recht zu sprechen“ wahrzunehmen, gleichzeitig aber den Streitparteien die Möglichkeit einzuräumen, in einem getrennten Raum die Faktoren, die für die Anwendung des Rechts nicht unbedingt massgebend sind, die aber den Ausgang des Streits beeinflussen, anzugehen und zu behandeln¹³.

d. Vorteile und Grenzen

Die Mediation bringt für die Justiz des 21. Jahrhunderts verschiedene Vorteile mit sich, die eigentlich die Erklärung dazu liefern, warum diese Institution heute eine solche Entwicklung im zwischenmenschlichen und gesellschaftlichen Bereich kennt.

Die Mediation hat vorab das Ziel und peilt das Ergebnis an, dass Personen und Unternehmen ihren Konflikt schneller¹⁴ (und demzufolge kostengünstiger)¹⁵, konstruktiver und menschlicher als in einer gerichtlichen Auseinandersetzung und wenn möglich « von Fall zu Fall » lösen¹⁶. Die Mediation hat ausserdem zur Folge, dass der Staat durch die Entlastung der Gerichts- und Verwaltungsbehörden Kosten einspart¹⁷.

Die Mediation behandelt den Konflikt in seiner emotionalen und gesellschaftsbezogenen Tragweite, da sie sich nicht bloss wie im Gerichtsverfahren auf die rechtlichen Gesichtspunkte beschränkt, sondern künftigen Konflikten vorgreift, umso mehr als sie während dem ganzen Entscheidungsprozess benutzt werden kann¹⁸.

Natürlich kann die Mediation die Gerichts- und Schiedsverfahren nicht einfach ersetzen. Gewisse Situation eignen sich kaum für die Mediation, so wenn eine Partei einen Grundsatzentscheid erwirken will, wenn das Machtverhältnis zwischen den Parteien aus dem Gleichgewicht gerät, wenn eine Partei jeglicher Ehrlichkeit entbehrt oder gegen Treu und Glauben verstösst, wenn man mit einem zügigen Verfahren rechnen kann oder wenn es in einem Strafverfahren um ein schwerwiegendes Delikt geht¹⁹.

¹¹ Art. 4 der Statuten GEMME-Schweiz vom 8.10.2004

¹² Christine Guy-Ecabert, La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral, in LEGES 2005/2, S. 101

¹³ Isabelle Bieri/Jean A. Mirimanoff, Justice et médiation : autonomie ou complémentarité ?, in Présentation à l'occasion de l'AG de l'Association suisse des magistrats, Freiburg 2003, S. 11

¹⁴ Umfrage Mediation Schweiz des Schweizerischen Dachverbandes Mediation – Detailbericht Oktober 2009, S. 7 : ein Viertel der Mediationen dauern weniger als einen Monat

¹⁵ Catherine Fallier, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse : de son introduction à sa suppression, in ZStrR 126 2008, S. 33-34

¹⁶ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 5-7

¹⁷ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 7

¹⁸ Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, in LEGES 2005/2, S. 98

¹⁹ Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, S. 164

e. Die Zahlen

Die erste gesamtschweizerische Untersuchung über die Mediation, die der Schweizerische Dachverband Mediation (SDM) im Sommer 2009 vornahm²⁰, ergab eine Erfolgsrate von 70,6 % der im Jahre 2008 durchgeführten Mediationen. Mit anderen Worten: mehr als zwei von drei Mediationen liefen auf eine schriftliche von den Parteien unterzeichnete Einigung hinaus. Das Verhältnis der friedlichen Lösungen ist bei den Konflikten in Strafsachen am höchsten (74.8 %), gefolgt von jenen betreffend den Öffentlichen Raum/Behörden mit 74.1 % und den Bereich der Arbeit mit 73.6 %. Der Grossteil der Mediationen spielt sich im Bereich Familie mit 32.5 % ab (mit einem Erfolg von 69 % in den Fällen Scheidung/Trennung/Kinder und einem solchen von 72 % im Bereich Erbschaft/Nachfolgeregelung), dann in jenem der Arbeit mit 20 % und der Schule mit 9.1%. Die grosse Mehrheit der Mediationen (79.5 %) erstreckt sich auf 1 bis 5 Sitzungen und zwei Drittel der Mediationen werden innert der Frist von drei Monaten geregelt. Aus den Befragungen der Mediatoren ergibt sich ferner, dass die Misserfolge bei den Fällen, in denen die Mediation als letztes Mittel eingesetzt wurde, am markantesten waren. In solchen Fällen ist es häufig zu spät, eine friedliche Lösung zu finden, da der Konflikt bereits zu lange gedauert hat. Mediationen führen manchmal wegen Mangel an Ausbildung und Information der Behörde oder des Mediators zum Scheitern.

2. Der Mediator

a. Definition

Der Mediator ist eine neutrale, unabhängige und unparteiische Drittperson, deren Rolle darin besteht, die betroffenen Parteien unter Anwendung spezifischer Techniken dazu zu führen, selber die Grundlagen für eine dauerhafte und beidseitig vertretbare Lösung zu finden.

Der Mediator hilft den Parteien, eine konstruktive Verhandlung zu beginnen, fördert die gegenseitige Kommunikation und das konfliktlösungsbezogene Gespräch zwischen den Parteien. Er ist weder Richter noch Schiedsrichter; er verfügt über keinerlei Entscheidungsbefugnis.

b. Pflichten²¹

Dem Mediator obliegt die Pflicht der Unparteilichkeit, der Neutralität und der Unabhängigkeit. Er ist ebenfalls der Vertraulichkeit verpflichtet (s. unten Ziffer 4.a).

Die Unparteilichkeit des Mediators besteht darin, die Parteien positiv gleich zu behandeln, was ein gewisses Mass an ausgeglichenem Anhören und eine gewisse Güte an Aufmerksamkeit gegenüber jedem Einzelnen beinhaltet.

Die Neutralität besteht für den Mediator darin, seine eigene Meinung nicht darzulegen und sich davor zu hüten, die von den Parteien vorgebrachten Gesichtspunkte zu beurteilen.

Die Unabhängigkeit ist die Beziehungslosigkeit gegenüber den Parteien oder Dritten; irgendwelche Verknüpfungen könnten die eine oder andere Partei begünstigen oder benachteiligen.

c. Wahl des Mediators

Die Wahl des Mediators steht grundsätzlich den Parteien zu. Das kantonale Vollzugsrecht kann diese Wahlfreiheit jedoch einschränken, indem es ihnen beispielsweise abverlangt, sich an ausgebildete und bewährte Mediatoren zu wenden, die in einem offiziellen Register aufgeführt sind. Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit der Rechtsuchenden lässt sich durch das Schutzbedürfnis der Öffentlichkeit erklären und rechtfertigen. Spielt sich die Mediation in einem gerichtlichen oder verwaltungsrechtlichen Zusammenhang ab, so ist es legitim, vom Mediator eine Ausbildung und Erfahrung zu verlangen, die die Erfolgchancen der Mediation erhöhen und die Qualität - im Besonderen die rechtliche - der eingegangenen Einigung gewährleisten²².

d. Ausbildung in Mediationssachen

Die Mediation ist eine eigene Berufsausrichtung, die ein breites Band an spezifischen Kompetenzen erfordert. Ausbildungen werden namentlich an Universitäten angeboten (z.B. Universitäres Institut Kurt Bösch) und mit Diplomen oder Zeugnissen abgeschlossen, die von schweizerisch organisierten Berufsorganisationen anerkannt werden (z. B. « Mediator SAV » durch den Schweizerischer Anwaltsverband; « Mediator SDM-FSM » durch den Schweizerischen Dachverband Mediation oder « Mediator SKWM » durch die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation²³). Die Mediatoren sind in der Folge verpflichtet, sich weiterzubilden und sich einer Supervision zu unterziehen.

²⁰ Umfrage Mediation Schweiz 2008 des Schweizerischen Dachverbandes Mediation – Detailbericht Oktober 2009

²¹ Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, S. 163

²² Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, in AJP 1/2009, S. 53

²³ BBl 2006 7335

Die Mediationsorganisationen geben grundsätzlich Berufsregeln heraus, welche die angegliederten Mediatoren zu beachten sich verpflichten. Bei schwerwiegenden Verfehlungen können die Mediatoren des Verbandstitels verlustig gehen oder sogar direkt suspendiert werden²⁴.

3. Empfehlung und Information durch die Behörde in Bezug auf die Mediation, Autonomie der Parteien

Würde eine Behörde den Parteien eine friedliche Einigung aufzwingen, so wäre das ein Widerspruch in sich. Die Gesetzestexte, die die Mediation einführen, stellen es den Behörden demzufolge anheim, die Mediation durch Kann-Formeln²⁵, zu empfehlen und den Weg dazu aufzuzeigen, um die Zusage der Parteien zur Mediation zu erlangen²⁶.

Auf diesem Gebiet ist der Wille der Parteien wesentlich. Die Parteien wählen den Mediator, die Art und Weise vorzugehen, die zutreffende Mediationsvereinbarung abzuschliessen und, wenn sie dies so wollen, das Mediationsverfahren abzubrechen. Im letzteren Fall wird das Grundverfahren nach den geltenden Regeln des Rechts weitergeführt²⁷.

Vom Anraten zur Mediation abgesehen sind die Behörden ebenfalls berechtigt, ja gehalten, zutreffende Angaben zur Mediation zu liefern. Eine passende Information ist grundlegend. Zur Information verfügen die Behörden über verschiedene Mittel: sie können die Parteien zu einer Informationssitzung einladen oder ihnen eine schriftliche Grundinformation in Form einer Broschüre, eines Aufklärungsschreibens oder eines durch die Parteien auszufüllenden Fragebogens abgeben²⁸. In jedem Fall sollen die Behörden in der Lage sein, den Parteien passende und zutreffende Informationen zu erteilen, was im Übrigen auch in den Richtlinien des Europarates empfohlen wird.

4. Mediationsverfahren

Allgemein beinhaltet das Mediationsverfahren, das durch eine Vorbereitungsphase eingeleitet und durch die abschliessende Einigung gekrönt wird, vier Etappen : 1) das Auflisten der vorhandenen Probleme, 2) das Erleichtern der Darlegung der Gesichtspunkte und das Klären des Konfliktes, 3) das Fördern der Suche nach kreativen Lösungen durch die Parteien und das ungehemmte Ersinnen von Lösungen ohne sich festzulegen, und schliesslich 4) das Fortschreiten im Hinblick auf die Wahl einer konkreten beidseitig vorteilhaften Lösung²⁹.

a. Vertraulichkeit

Das Mediationsverfahren soll vertraulich bleiben. Die Vertraulichkeit bildet eine unabdingbare Voraussetzung (*conditio sine qua non*) für den Erfolg einer Mediation, ja selbst für deren Bestehen³⁰. Die Vertraulichkeit macht es den Parteien und Drittpersonen möglich, sich frei und in vollem Vertrauen vor dem Mediator zu äussern, Tatsachen anzuerkennen, Vergleichsvorschläge zu unterbreiten und Konzessionen zu machen, ohne befürchten zu müssen, dass die eingebrachten Erklärungen und Belege bei einem negativen Ausgang der Mediation in der Folge als Beweismaterial benutzt werden.

Zur Gewährleistung der Vertraulichkeit der Mediation soll die Akte des Mediators dem Zugriff des Richters entzogen werden. Der Mediator soll daher von der Pflicht, sein Dossier im Grundverfahren zu hinterlegen, entbunden werden.

b. Mediationsvereinbarung und abschliessende Einigung³¹

Die Erfahrung hat für den Ablauf des Mediationsverfahrens und für die Rechtssicherheit die Wichtigkeit aufgezeigt, dass die Parteien und der Mediator gewisse Grundregeln zur Organisation und Durchführung der Mediation festlegen, dies in der Form einer schriftlichen Mediationsvereinbarung. Darin sollen das Ziel und der zeitliche Ablauf des Mediationsverfahrens, die Vertraulichkeit, die Verwendung des Diskussionsergebnisses, die Rechtsmittel (Verzichtsklausel), das Finanzierungsmodell (Aufteilung der Kosten zwischen den Parteien, Kostenverzicht) und die Verantwortungsfragen geklärt und bestimmt werden³². Weitere Regeln, z. B. solche über die Zusammenarbeit der Parteien, können ebenfalls einbezogen werden.

²⁴ Berufsregeln für Mediatorinnen und Mediator SDM-FSM

²⁵ Art. 33b al. 1 VwVG, art. 8 al. 1 JStG

²⁶ Art. 33b al. 1 VwVG

²⁷ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 12

²⁸ Beispielsweise Praxis der zweiten Zivilkammer des Appellationsgerichtshofes von Grenoble

²⁹ Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, S. 163

³⁰ Ibidem

³¹ für nähere Erläuterungen, Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 6

³² Karine Siegwart, VwVG-Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, A33b-I-V S. 767 N. 48 ff

Die Mediationsvereinbarung unterscheidet sich von der durch die Parteien unterzeichneten abschliessenden Einigung³³. Diese bildet die Feststellung des Mediationsergebnisses und somit das Ziel des Mediationsverfahrens, kann gleichzeitig Grundlage eines Vertrages im Zivilverfahren, eines Entscheides im Verwaltungsverfahren³⁴, eines Urteils im Strafverfahren sein. Die Einigung darf natürlich nicht dem Recht widersprechen³⁵.

c. Rolle des Rechtsbeistands im Rahmen der Mediation

In den meisten Mediationsmodellen ist der Rechtsbeistand nicht als plädierender Anwalt, der für die Sache der Partei das Wort ergreift, dabei. Ebenso wenig als Diskussionspartner mit der Gegenpartei, wie dies im kontradiktorischen System der Fall wäre.

Die Rolle des Anwalts im Rahmen der Mediation besteht im Wesentlichen darin:

- vorausgehend zur Mediation Rat zu erteilen und die Mediation vorzubereiten (die Bedürfnisse und künftigen Interessen des Klienten und jene der Gegenpartei aufzulisten ; die Alternativen zu analysieren ; die Rollen und Aufgaben von Klient und Anwalt zu verteilen);
- seine Klienten zu beraten und ihnen wachsam beizustehen;
- den Wortlaut der am Schluss des Verfahrens von den Parteien zu unterzeichnenden Erledigungsvereinbarung vorzubereiten und die Interessen des Klienten im Rahmen der Genehmigung und des Vollzuges dieser Einigung zu schützen^{36,37}.

d. Entschädigung des Mediators und finanzielle Unterstützung durch den Staat

Die Kosten einer Mediation bestehen aus den allfälligen Ausgaben des Mediators und seinem Honorar. Zur Festsetzung des Stundenansatzes des Mediators werden die wirtschaftliche Lage der Parteien, der Streitwert, die Anzahl Parteien usw. berücksichtigt. Meistens ist die Tarifberechnung im Voraus gemäss Reglement der Mediationsorganisationen bekannt. Trotzdem ist es wünschenswert, dass die Parteien bereits in der Mediationsvereinbarung über den anwendbaren Stundenansatz einig werden. Gemäss detailliertem Bericht des Jahres 2009 des SDM belief sich das allgemeine Mittel des Stundenansatzes auf 169 Franken.

Die europäischen Richtlinien der Empfehlungen gehen dahin, gerichtliche Hilfe anfordern zu können, damit der Zutritt zur Mediation für alle offen steht³⁸. Aus Gründen der Rechtsgleichheit ist es unzulässig, dass gewisse gesellschaftliche Schichten aus Mangel an Geldmitteln von der Wohltat der Mediation ausgeschlossen sind.

5. Mediationsverfahren und Grundverfahren

a. Mediationsverfahren und Zivilprozessordnung

Die zivilrechtliche Mediation wurde in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufgenommen (vgl. dazu oben unter Ziff. 1 lit. b). Der Gesetzgeber hat jedoch auf eine umfassende Reglementierung verzichtet, da das Mediationsverfahren sowie die technischen und persönlichen Anforderungen an die Person des Mediators nicht in einem Gesetz über den Zivilprozess behandelt werden konnten³⁹. Das Bundesgesetz regelt in seinen Artikeln 213 ff ZPO bloss die Verbindung zwischen dem Zivilprozess und dem Mediationsverfahren (vom Vorschlag einer Mediation bis hin zur Genehmigung der abschliessenden Einigung, mit der Gewähr der Vertraulichkeit in den Artikeln 216 und 166 Abs. 1 lit. d ZPO)⁴⁰. Gemäss Artikel 215 ZPO ist die Organisation und Durchführung der Mediation Sache der Parteien. Der Bundesgesetzgeber empfiehlt dem kantonalen Gesetzgeber, die Fragen des Verfahrensablaufs nicht gesetzlich zu regeln. Artikel 218 ZPO behandelt schliesslich die Frage der Kostenfolge und hält fest, dass die Kosten grundsätzlich zu Lasten der Parteien gehen. Da die Parteien selbständig über die Durchführung einer Mediation beschliessen, gibt es folgerichtig auch keinen Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation. Die kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art bilden jedoch eine Ausnahme (Art. 218 Abs. 2 ZPO). Nach Art. 218 Abs. 3 ZPO können die Kantone weitere Kostenerleichterungen vorsehen.

³³ Karine Siegwart, *op. cit.*, S. 766 N 47

³⁴ Karine Siegwart, *op. cit.*, S. 772 N 64

³⁵ Karine Siegwart, *Ibidem*

³⁶ François Blum, *L'avocat et la médiation*, Travaux CETEL, N° 49 - September 1997, S. 9 ff

³⁷ Christophe Imhoos et Birgit Sambeth Glasner, *La place et le rôle de l'avocat en médiation*, CEDIDAC

³⁸ CEPEJ(2007)13 N 34, CEPEJ(2007)14 N 34, CEPEJ(2007)15 N 42

³⁹ BBl 2006 S. 7335

⁴⁰ Zur Restkompetenz der Kantone in der Zivilprozessordnung, siehe Informationstagung vom 3. März 2008 des Bundesamtes für Justiz (BJ), S. 1

b. Mediationsverfahren und Strafprozessordnung

Im Kanton Wallis ist das Interesse für die strafrechtliche Mediation bereits in den 90er Jahren erwacht⁴¹. Derzeit ist die Mediation in Belgien, Frankreich und Deutschland institutionalisiert⁴².

Die strafrechtliche Mediation macht es dem Opfer und dem Kläger möglich, dank dem Eingreifen einer neutralen und wohlwollenden Drittperson mit dem Täter in direkte Verbindung zu treten und so seinem Leid und Empfinden, wie es durch die Straftat verursacht wurde, Ausdruck zu verleihen. Die freie und ungezwungene Einwilligung zum Mediationsverfahren macht es dem Täter seinerseits möglich, sich in eine Versöhnung einzulassen, das getane Unrecht anzuerkennen und in Bezug auf den Konflikt eine gemeinsame und annehmbare Lösung zu finden. Die strafrechtliche Mediation ermöglicht somit⁴³, den Täter in seine Verantwortung einzubinden, so den gesellschaftlichen Eingliederungsprozess voranzutreiben und die Rückfallrisiken zu mindern. Sie soll ebenfalls die Gerichte entlasten, die mit Straffällen zweitrangiger Bedeutung wie z.B. Ehrverletzungsdelikte und Nachbarstreitigkeiten überhäuft sind.

- i) Im Januar 2007 sind der neue Allgemeine Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) und das neue Jugendstrafrecht (JStGB), dieses formell unabhängig vom Erwachsenenstrafrecht, in Kraft getreten. Im Gegensatz zum Erwachsenenstrafrecht sieht das neue Jugendstrafrecht in seinen Artikeln 8 und 21 ausdrücklich die Mediation vor⁴⁴.

Im März 2007 wurde die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (JStPO), deren Artikel 17 den Fall der strafrechtlichen Mediation behandelt, verabschiedet. Der besagte Artikel 17 übernimmt im Wesentlichen den Inhalt der Artikel 8 und 21 Abs. 3 JStGB, ersetzt diese und schafft sie gleichzeitig mit Wirkung auf den 1. Januar 2011 ab. Gemäss Jugendstrafprozessordnung kann die Mediation in jeglichem Stand des Verfahrens eingeleitet werden. Gelingt die Mediation, wird das Verfahren eingestellt. Die Mediation ist unter Vorbehalt der Buchstaben a und b des Artikel 17 JStPO für alle Straftaten statthaft.

Die Umsetzung von Artikel 17 JStPO ist in den Artikeln 11 und 12 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (EGJStPO) sichergestellt, das der Grosse Rat am 12. November 2009 verabschiedet hat. Artikel 12 EGJStPO zählt die Grundregeln des Mediationsverfahrens im Jugendstrafrecht auf. Artikel 12 EGJStPO enthält einerseits Regeln zum Mediationsverfahren, andererseits solche zur Verbindung zwischen Jugendstrafverfahren und Mediationsablauf. Artikel 11 EGJStPO behandelt die Fragen der Person des Mediators und der Kosten aus dem Mediationsverfahren. Diese Kosten werden zu den Prozesskosten geschlagen. Gelingt die Mediation, gehen die Mediationskosten zu Lasten des Staates. Scheitert die Mediation, sollten die Kosten dem Jugendlichen auferlegt werden.

- ii) Für die Erwachsenen wurde die strafrechtliche Mediation nicht in die Allgemeine Strafprozessordnung (StPO) aufgenommen⁴⁵. Laut Doktrin schliesst das Schweigen des Gesetzes die strafrechtliche Mediation jedoch nicht aus. Diese, d.h. die übertragene Mediation, bleibt für die Kantone^{46,47} auf Grund von Artikel 316 StPO⁴⁸ ein möglicher Weg, dies in Verbindung mit dem Vergleichsverfahren oder als private Mediation.

Die Mediation kommt in erster Linie bei den Antragsdelikten (Art. 30 StGB) zur Anwendung, sei es auf Initiative der Parteien, möglicherweise auf Anraten der Staatsanwaltschaft (Art. 316 Abs. 1 StPO⁴⁹), wobei das Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft suspendiert werden kann (Art. 314 StPO)⁵⁰. Es geht darum, Diskussionen im Hinblick auf eine gütliche Einigung zwecks Rückzugs der Strafklage zu erzielen.

Die Parteien können sich bei Antrags- und Amtsdelikten auf Grund von Artikel 53 StGB (Wiedergutmachung/Verzicht auf jegliche Sanktion)⁵¹, in eine strafrechtliche Mediation einlassen.

⁴¹ Letizia Vezzoni, *op. cit.*, S. 2

⁴² Catherine Faller, *op. cit.*, S. 20

⁴³ Letizia Vezzoni, *op. cit.*, S. 7

⁴⁴ Letizia Vezzoni, *op. cit.*, S. 3

⁴⁵ Zur Ablehnung der Mediation in der StPO, s. Catherine Faller, *op. cit.*, S. 18 ff

⁴⁶ Birgit Sambeth Glasner/Florence Pastore, La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié, in *AJP* 6/2010, S. 751

⁴⁷ Siehe ebenso den Vorentwurf vom 14. Mai 2009 betreffend Loi sur l'organisation judiciaire genevoise (E 2 05), PL 10462 (verabschiedet am 8. Oktober 2009 und der Volksabstimmung vorgelegt), S. 72

⁴⁸ Art. 316: ¹ Soweit Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind, kann die Staatsanwaltschaft die Antrag stellende und beschuldigte Person mit dem Ziel zu einer Verhandlung vorladen, einen Vergleich zu erzielen. Bleibt die Antrag stellende Person aus, so gilt der Strafantrag als zurückgezogen.

² Kommt eine Strafbefreiung wegen Wiedergutmachung nach Artikel 53 StGB in Frage, so lädt die Staatsanwaltschaft die geschädigte und die beschuldigte Person ein mit dem Ziel, eine Wiedergutmachung zu erzielen.

⁴⁹ Siehe Fussnote 48

⁵⁰ Catherine Faller, *op. cit.*, S. 38

⁵¹ Art. 53 Wiedergutmachung

Hat der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn :

a. die Voraussetzungen für die bedingte Strafe (art. 42) erfüllt sind ; und
b. das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.

Der Kommentar zu diesem Artikel besagt tatsächlich, dass es falsch wäre „nur die Anstrengungen, die der Täter aus eigenem Antrieb unternommen hat, zu würdigen, und nicht auch diejenigen, zu denen eine andere Person z.B. das Opfer, ein Vermittler, ein Anwalt oder die Polizei, die Anregung gegeben hat“⁵². Somit besteht kein Hindernis, dass die Staatsanwaltschaft den Parteien im Rahmen des Artikel 316 Absatz 2 StPO⁵³, vorschlagen kann, ein Mediationsverfahren anzutreten und das Strafverfahren zwischenzeitlich zu sistieren.

c. Mediationsverfahren und Verwaltungsverfahren

Übt die Verwaltungsbehörde ihre Befugnis von Amtes wegen aus oder verfügt sie über einen Ermessensspielraum, so kann der Konflikt zwischen Verwaltung und Bürger durch eine verwaltungsrechtliche Mediation behandelt und erledigt werden⁵⁴. Ziel dieser Mediation ist es, eine gütliche Einigung über den Inhalt des Entscheides zu finden⁵⁵. Die Streitigkeit kann manchmal sehr einfach unter Beizug eines Mediators geregelt werden, was eine Entlastung der kantonalen Verwaltungsbehörden auf allen Stufen (Departemente, Staatsrat, Verwaltungsgericht) mit sich bringt, die nicht zu vernachlässigen ist⁵⁶. Die Mediation macht es ausserdem möglich, dass eine bessere Verbindung zu den staatlichen Instanzen zustande kommt, deren Strukturen und Aufgaben immer komplexer und für den Bürger immer schwerer verständlich werden.

Die verwaltungsrechtliche Mediation ist auf verschiedenen Gebieten vorzufinden, so im Steuerrecht, in der Raumplanung, im Umweltschutz, in der Enteignung und im Beschaffungswesen. Sie ist bei streitigen und nichtstreitigen Verfahren⁵⁷ jederzeit d.h. in jeglichem Stand des Verfahrens möglich^{58,59}. Derzeit ist sie in mehreren Kantonen (Basel-Stadt, Zug, Waadt und Zürich) sowie im Bundesverwaltungsverfahren (Art 33b VwVG) vorgesehen. Artikel 33b VwVG enthält eine gewisse Anzahl Richtlinien zur Mediation, die sich an Behörde und Parteien richten. Dieser Artikel kann dem kantonalen Gesetzgeber dienlich sein, wenn Bestimmungen über die verwaltungsrechtliche Mediation eingeführt werden.

6. Notwendigkeit eines kantonalen Gesetzes über die Mediation

Die Bundesgesetze, die wie die ZPO und die JStPO die Mediation einführen, stellen eine einfache und zufrieden stellende Verbindung zwischen Mediation und Grundverfahren sicher. Dennoch bleiben die Kantone für die detaillierte Gesetzgebung und Vervollständigung der Bestimmungen zuständig⁶⁰. Zudem sind die Kantone zuständig, Regeln über die Mediation in Bezug auf das Verwaltungsrecht und das Strafrecht für die Erwachsenen zu erlassen. Zwar besteht bis heute kein Zwang, solche Regeln zu verabschieden. Doch wird unter Ziffer 7 unten aufgezeigt, dass der jetzige Trend in diese Richtung läuft.

Die gütliche Einigung über den Weg der Mediation in einem kantonalen Gesetz einzuführen hat zudem weitere Vorteile. Ein solches Gesetz legitimiert die Durchführung der Mediation und informiert Bürger und Behörden über das Bestehen einer solchen Konfliktregelung, die sich immer mehr aufdrängt und das Vertrauen der Bürger, der Behörden, der Öffentlichkeit und der Medien erobert⁶¹. Im Weiteren, insoweit das nicht bereits in Sonderbestimmungen vorgesehen ist, erleichtert es den Übergang vom Grundverfahren zum Mediationsvorgang, indem es die Sistierung des Verfahrens ermöglicht, die Kostenfrage regelt oder die Rechtshängigkeit fortbestehen lässt. Das Bestehen eines Mediationsgesetzes stärkt auch die Stellung des Mediators, indem ihm Verfahrenskompetenzen wie zum Beispiel die Abnahme von Beweismitteln eingeräumt werden.

7. Vergleichendes Recht

In der Folge der Vereinheitlichung der Prozessordnungen in Zivil- und Strafsachen erhielt die Genfer Gerichtsorganisation (LOJ-Ge) (RS GE E 2 05) eine vollständige Neufassung, die am 1. Januar 2011 in Kraft trat und neu den Titel IX betreffend die Mediation beinhaltet (Art. 66 bis 74 LOJ-GE). Dieser Titel sieht unter anderem vor, dass die Ausübung des Amtes als vereidigter Mediator der Bewilligung des Staatsrates unterstellt ist (art. 66 LOJ-GE) und dass ein Mediatorenregister geführt wird. Die Erfordernisse der Unabhängigkeit, der Neutralität und der Unparteilichkeit sind Gegenstand einer weiteren Bestimmung (Art. 70 LOJ-GE), ebenso die Geheimhaltungspflicht, die vom Mediator verlangt wird (Art. 71 LOJ-GE). Die Missachtung dieser Bestimmungen sowie der Berufsregeln des Mediators wird sanktioniert und kann selbst zur endgültigen Löschung aus dem

⁵² BBl 1999 2066

⁵³ Siehe Fussnote 48

⁵⁴ Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, in LEGES 2005/2, S. 99

⁵⁵ Karine Siegwart, *op. cit.*, S. 762 N 36

⁵⁶ Christine Guy-Ecabert, *Procédure administrative et médiation*, Zurich/Bâle/Genève 2002, S. 209

⁵⁷ Karine Siegwart, *op. cit.*, S. 759 N 28

⁵⁸ Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, S. 211

⁵⁹ Die Mediation kann ebenfalls in der Phase der Erstellung und der Würdigung des Tatbestandes dienlich sein, insoweit der Handel komplex ist, Christine Guy-Ecabert, *Procédure administrative et médiation*, Zurich/Bâle/Genève 2002, S. 209

⁶⁰ Art. 218 al. 3 ZPO zum Beispiel; Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 7

⁶¹ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, S. 12

Berufsregister führen (Art. 72 LOJ-GE). Artikel 114 eines Genfer Verfassungsentwurfs wurde vor kurzem zur – inzwischen erledigten - Vernehmlassung freigegeben. Dieser hat folgenden Wortlaut: „Der Staat fördert die Mediation und die anderen Wege der aussergerichtlichen Konfliktlösung“.

Der Kanton Freiburg hat am 31. Mai 2010 das neue Justizgesetz verabschiedet, dessen Artikel 125, 126 und 127 die Mediation behandeln. Der Freiburger Staatsrat hat zu deren Anwendung die Verordnung vom 6. Dezember 2010 über die Mediation in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen erlassen (ASF 2010 154), die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Diese Verordnung zählt 43 Artikel und sorgt für die Umsetzung der Mediation im Zivil-, Straf- und Jugendstrafverfahren. Sie regelt Aufsicht und Disziplin, indem sie die Schaffung einer Kommission vorsieht, die sich mit der Führung des Registers der vereidigten Mediatoren (Bewilligung, Eintrag, Löschung, Nachführung...) befasst, deren Tätigkeit beaufsichtigt, die Disziplinargewalt ausübt, die erforderlichen Weisungen erlässt. Ferner regelt sie die Pflichten und Rechte der Mediatoren (Unabhängigkeit, Unparteilichkeit, Neutralität, Vertraulichkeit, Sorgfalt usw.), das Mediationsverfahren, die spezifischen Vorschriften zur Mediation in den verschiedenen Rechtsgebieten des Zivil-, Straf- und Jugendstrafverfahrens.

Der Kanton Waadt hat am 22. Juni 2010 ein Reglement über die Zulassung der zivilrechtlichen Mediatoren (RS VD 211.01.4) angenommen, das den Rahmen des Zulassungsverfahrens und die Bedingungen zur Ausübung des Amtes eines zugelassenen Mediators festlegt. Dieses Reglement, das am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, sieht ein Register der im Zivilverfahren zugelassenen Mediatoren, das Eintragsverfahren ins Register unter der Voraussetzung der Vormeinung einer Kommission und die Disziplinarmaßnahmen vor. Gleichzeitig hat der Kanton Waadt ein Reglement über die Mediation im Jugendstrafverfahren angenommen (RMPPM - RS VD 312.05.5).

Laut den heute vorliegenden Auskünften bereitet der Kanton Neuenburg derzeit einen Gesetzesentwurf über die zivilrechtliche Mediation vor.

B. Kommentar zum Vorentwurf des Gesetzes über die Mediation

I. Inhalt und Aufbau

Dieser Entwurf bildet in dem Sinne eine Neuheit, als dass er gleichzeitig die zivilrechtliche, die strafrechtliche und die verwaltungsrechtliche Mediation behandelt. Es handelt sich um ein Rahmengesetz mit 6 Kapiteln. Zuerst werden die Modalitäten der Umsetzung der Mediation (allgemeine Bestimmungen, Organisation, Aufsicht und Regeln zum Verfahren) festgeschrieben, alsdann die Pflichten und Rechte des Mediators sowie die Verbindung zwischen Mediationsverfahren und den verschiedenen Grundverfahren (zivilrechtlicher, strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Natur), sowie die Schlussbestimmungen.

Dieser Entwurf berücksichtigt die verschiedenen schweizerischen Prozessordnungen (ZPO, StPO, JStPO) sowie die kantonalen Gesetze, die zu diesem Themenkreis verabschiedet wurden. Er stellt ein Einführungsgesetz im zivilrechtlichen und jugendstrafrechtlichen Bereich und gleichzeitig ein kantonales Gesetz im verwaltungsrechtlichen und erwachsenenstrafrechtlichen Bereich dar.

II. Erläuterungen zu den Bestimmungen

Art. 1 und 2 Anwendungsbereich und Zweck

Der Gesetzesentwurf betrifft einzig die Umsetzung der Mediation, die im (zeitlichen) Rahmen eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens eintritt.

Er kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn keine anderen Sonderbestimmungen vorgesehen sind (z. B. Art. 213 ff ZPO zur Verbindung zwischen Mediationsverfahren und Grundverfahren, Art. 36 und 42 ff der Verordnung über die Ausübung und Beaufsichtigung der Gesundheitsberufe vom 18. März 2009 – SS VS 811.100 - oder Art. 56 Jugendgesetz vom 11. Mai 2000 sowie Art. 34 ff des Reglements vom 9. Mai 2001 – SS VS 850.4 und 402).

Art. 3 Mediation

Artikel 3 drückt eine positive Definition der Mediation aus. Diese Definition stammt weitgehend aus der Schweizerischen Mediationsordnung für Wirtschaftskonflikte der Schweizerischen Handelskammern (Swiss Rules). Im Gegensatz zum Begriff *Streit* oder *Streitigkeit*, der im Rechtsbereich üblich ist, wird in der Mediation der Begriff *Konflikt* verwendet. Bildlich gesprochen stellt der Streit die Spitze des Eisberges *Konflikt* dar⁶². Der Konflikt enthält in der Tat Faktoren wie die Emotionen und Gefühle der Parteien, die im Streit nicht zur Sprache kommen,

⁶² Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, S. 158 und dort angeführte Referenzen
01RA1202010310987

Art. 4 Mediator

Diese Bestimmung formuliert die Definition des Mediators und erinnert an dessen grundlegende Pflichten: Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Neutralität (s. Ziffer 2.b oben).

Nach Absatz 2 hat der Mediator im Gegensatz zum Schlichter keine Lösung vorzuschlagen, und im Gegensatz zum Richter oder Schiedsrichter keinen Entscheid zu fällen.

Art. 5 Information der Behörde

Artikel 5 verankert die Pflicht der Behörde, sobald die Voraussetzungen als gegeben erscheinen, die Parteien zu informieren, dass ein Mediationsverfahren statthaft ist. Die Information der Behörde wird somit zum Ausgangspunkt für einen allfälligen Übergang zu einem Mediationsverfahren.

Nebst dieser allgemein gehaltenen Information hat die Behörde weitere wesentliche Informationen zur Mediation zu erteilen, die in Absatz 2 – allerdings nicht abschliessend – aufgezählt werden. Diese Auskünfte helfen den Parteien zu entscheiden, ob sie das Mediationsverfahren anstreben sollen oder nicht. Zur Abgabe der Information kann die Behörde beispielsweise die Parteien zu einer Sitzung laden und die Informationen mündlich darlegen oder ihnen einfach ein Informationsblatt zur Mediation aushändigen. Bei dieser Gelegenheit soll ihnen ebenfalls ein Exemplar des Registers der Mediatoren überreicht werden.

Art. 6 und 7 Qualifizierte Mediatoren und Register

Artikel 6 überlässt die Mediation qualifizierten Mediatoren, also solchen die im Besitze eines entsprechenden Universitätsabschlusses oder einer als gleichwertig eingestuften Ausbildung sind, die über eine fachliche Ausbildung verfügen, welche von einer in der Schweiz auf dem Gebiete der Mediation anerkannten Vereinigung bescheinigt wird, und die sich über eine hinreichende Berufserfahrung ausweisen (Absatz 2).

Die Bedingung, dass der Mediator im Besitze einer Ausbildung zu sein hat, die von einer in der Schweiz auf dem Gebiete der Mediation anerkannten Vereinigung bescheinigt wird (wie dies in Artikel 3 Absatz 1 und 2 lit. b des Waadtländer Reglementes über die zugelassenen zivilrechtlichen Mediatoren und in Artikel 7 lit. der Freiburger Verordnung in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen ebenfalls vorgesehen ist), mag sicherlich die Wirtschafts- und Vereinsfreiheit einschränken. Diese Einschränkung ist jedoch durch das Ziel des öffentlichen Interesses und des Schutzes der Öffentlichkeit gerechtfertigt. Da sich die Mediation in einem gerichtlichen Zusammenhang abspielt, hat die Öffentlichkeit zweifellos Anrecht darauf, von einem zugelassenen Mediator erwarten zu dürfen, dass er im Besitze einer Ausbildung und Erfahrung ist, die die Erfolgchancen der Mediation erhöhen und qualitativ ansprechende Abmachungen gewährleisten. Es geht schliesslich um die Glaubwürdigkeit, die der Mediation entgegenzubringen ist. Als anerkannte Schweizer Vereinigungen auf dem Gebiete der Mediation gelten: die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation, der Schweizerische Dachverband Mediation, der Schweizerischer Anwaltsverband und der Schweizerische Verein für Mediation. Dieser Hinweis wird ebenfalls im Reglement des Staatsrates figurieren, welches das Gesetz umsetzen soll.

Der Entwurf schlägt zur Anerkennung des qualifizierten Mediators zusätzlich zu den obgenannten Voraussetzungen und im Weiteren vor, dass der Mediator strafrechtlich nicht wegen Handlungen, die mit der Ausübung oder der Würde des Berufes nicht zu vereinbaren sind und deren Eintrag im Strafregister nicht gelöscht ist, verurteilt ist. Man findet diese Bedingung ebenfalls im Walliser Notariatsgesetz vom 15. Dezember 2004 (SS VS 178.1).

Das Anerkennungsverfahren der qualifizierten Mediatoren (Hinterlegung des Gesuchs, Anerkennungsentscheid der Mediationskommission usw.) wird vom Staatsrat bestimmt. Hervorzuheben ist, dass einzig die Tätigkeit als qualifizierter Mediator anerkannt wird, nicht der Titel des Mediators. Dieser ist nämlich nicht geschützt, und die Ausübung dieses Berufes könnte somit allgemein nicht der kantonalen Bewilligungspflicht unterstellt werden.

Im Weiteren ist vorgesehen, dass die qualifizierten Mediatoren auf eine offizielle Liste, Register genannt, eingetragen werden. Das Register ist auf der Internetseite des Kantons Wallis in der Rubrik der Gerichtsbehörden einzusehen. Es ist regelmässig nachzuführen.

Es wurde nicht als notwendig befunden, die Vereidigung der qualifizierten Mediatoren einzuführen, wie dies beispielsweise in Genf der Fall ist. Eine solche Anforderung ist nicht einmal für die Walliser Anwälte vorgesehen und dürfte es auch für die Mediatoren nicht sein. Die Genfer Anwälte werden im Gegensatz zu ihren Walliser Kollegen vereidigt.

Art. 8 Mediationskommission

Der Staatsrat hat den Auftrag, eine Mediationskommission zu schaffen, welche 3 bis 5 Mitglieder umfassen soll, die aus den Kreisen der Mediatoren, der Magistraten und der Anwälte bezeichnet werden. Diese Kommission übernimmt die Aufgabe, das Mediatorenregister zu führen und zu bestimmen, wer dort eingetragen wird.

Ferner hat sie ebenfalls die allfälligen Verfehlungen der qualifizierten Mediatoren gegen dieses Gesetz mit Sanktionen zu belegen. Hingegen hat sie die Verfehlungen gegen die Berufsregeln nicht zu beurteilen, da deren Einhalten von den Mediationsverbänden geprüft wird. Der Kommission steht es jedoch frei, die Verbände über die von qualifizierten Mediatoren begangenen Verfehlungen zu informieren.

In Anlehnung an die entsprechenden Freiburger und Genfer Bestimmungen wurde der Höchstbetrag der Busse auf Fr. 10'000.- festgesetzt. Vergleichsweise sei daran erinnert, dass sich der Höchstbetrag laut Notariatsgesetz ebenfalls auf Fr. 10'000.- beläuft. Das Gesetz über die Freizügigkeit der Anwälte seinerseits setzt den Höchstbetrag der Busse auf Fr. 20'000.- fest.

Die Kommission wird ebenfalls besorgt sein, den zuständigen Behörden die nötigen Informationen anzubieten, damit die Parteien über die Mediation belehrt werden können. Dazu kann sie beispielsweise ein Rundschreiben über die Mediation vorbereiten, das die Behörden den Parteien aushändigen, wie dies im Kanton Genf der Fall ist.

Die Organisation der Kommission und deren Kompetenzen, das Anerkennungsverfahren und das Disziplinarverfahren werden in einem Reglement des Staatsrates behandelt. Das Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG) kommt im Weiteren zur Anwendung. Der Weg der Verwaltungsbeschwerde an den Staatsrat steht somit gegen die Entscheide der Mediationskommission offen.

Art. 9 und 10 Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Neutralität

Die Artikel 9 und 10 erinnern an die Pflichten der Unabhängigkeit, der Neutralität und der Unparteilichkeit des Mediators. Folgerichtig zu diesen Pflichten soll die Ablehnung des Mediators möglich sein. Die Bestimmungen über die Ablehnung des Mediators sind in den entsprechenden Prozessordnungen zu finden, nämlich in den Artikeln 47 Absatz 1 ZPO, 10 VVRG, 3 JStPO und 56 StPO.

Art. 11 Vertraulichkeit

Gemäss den Europäischen Richtlinien behandelt Artikel 11 den Grundsatz der Vertraulichkeit der Mediatoren. Dieser Grundsatz ist wesentlich für das Vertrauen der Parteien in die Mediation und deren Ergebnis. Er drängt sich dem Mediator in allen Phasen des Mediationsverfahrens und selbst nach dem Abschluss auf.

Im Gegensatz zum Berufsgeheimnis der Anwälte wird die Vertraulichkeit des Mediators nicht durch das Strafrecht geschützt (Art. 321 StGB a contrario). Zum Schutz der Vertraulichkeit der Mediation ist es grundsätzlich ratsam, Regeln in die Prozessrechte aufzunehmen, die den Mediator von der Mitwirkungspflicht, die an sich für jeden Zeugen obligatorisch ist, im Rechtsverfahren befreien. Eine solche Regel gilt bereits im Bundesverwaltungsverfahren (Art. 16 Abs. 1bis VwVG) und im Zivilprozessrecht (Art. 166 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Strafprozessordnung verfügt ebenfalls über spezifische Bestimmungen. Artikel 12 Absatz 4 EGJStPO schreibt das Berufsgeheimnis des Mediators fest. Artikel 173 Absatz 2 StPO (für die Jugendlichen nach Massgabe von Art. 3 JStPO ebenfalls anwendbar) sieht im Übrigen vor, dass die Inhaber von *anderen vom Gesetz geschützten Geheimnissen* zur Zeugenaussage verpflichtet sind. Die Verfahrensleitung kann sie dennoch von der Aussagepflicht befreien, wenn sie mit höchster Wahrscheinlichkeit dartun, dass das Interesse an der Geheimhaltung grösser ist als jenes der Wahrheitsfindung. Im Gegensatz zu dem, was im Zivilverfahren gilt, muss der Mediator als Zeuge aussagen, wenn er nicht durch die Verfahrensleitung davon befreit wird. Die Verweisung des Artikels 28 des Entwurfes auf das kantonale Verwaltungsverfahren berechtigt den Mediator, seine Mitwirkung zu verweigern, wenn er über Tatsachen auszusagen aufgerufen ist, die er in der Ausübung seines Amtes wahrgenommen hat. Auf Grund dieser Regeln wird es nicht für notwendig befunden, zusätzlich zu Artikel 11 eine spezifische Bestimmung zur Befreiung des Mediators von der Aussagepflicht einzubauen.

Damit die Vertraulichkeit der Mediation gewährleistet bleibt, darf das Aktenheft des Mediators weder weitergeleitet noch beschlagnahmt werden. Der Zivilprozessordnung und dem Bundesverwaltungsverfahren ist dieser Grundsatz bereits bekannt (Art. 160 Abs. 1 lit a und b ZPO sowie 16 VwVG).

Absatz 4 behält allfällig gegenteilige, dem Grundsatz der Vertraulichkeit widersprechende Bestimmungen vor wie zum Beispiel die Meldepflicht nach Artikel 54 de Jugendgesetzes vom 11. Mai 2000⁶³, die Aussagepflicht im Strafverfahren, ausser bei Befreiung, und das Melderecht nach Artikel 364 StGB⁶⁴.

⁶³ Art. 54 Meldepflicht

¹ Jede Person, die in Ausübung ihres Berufes, aufgrund eines Auftrages oder einer Funktion in Verbindung mit Kindern, sei es hauptberuflich, sei es nebenberuflich oder aushilfweise, Kenntnis hat von einer Situation, welche die Entwicklung eines Kindes gefährdet, und nicht selber Abhilfe schaffen kann, muss ihren Vorgesetzten oder bei dessen Abwesenheit die Vormundschaftsbehörde benachrichtigen.

² Falls eine Meldung beim Vorgesetzten erfolgt, ist dieser gehalten, unverzüglich zu handeln, insbesondere um die Gefahrensituation zu beenden, um alle notwendigen Massnahmen im Interesse des Kindes zu treffen und um Beweise zu sichern.

³ Strafbaren Handlungen, die von Amtes wegen geahndet werden, sind dem Untersuchungsrichter anzuzeigen. Besteht Zweifel darüber, ob dieser Schritt erforderlich ist, kann das Departement konsultiert werden.

⁶⁴ Art 364 StGB :

Ist an einem Unmündigen eine strafbare Handlung begangen worden, so sind die zur Wahrung des Amts- und Berufsgeheimnisses (Art. 320 und 321) verpflichteten Personen berechtigt, dies in seinem Interesse der vormundschaftlichen Behörde zu melden.

Art. 12 Sorgfalt

Damit die Mediation nicht zum Verzögerungsmittel verkommt, hat der Mediator dafür zu sorgen, dass das Mediationsverfahren die vom Richter bemessene Frist einhält oder, bei fehlender Fristansetzung, in einem vernünftigen Zeitraum erfolgt.

Art. 14 Vereinbarung

Zum Schutze des guten Ablaufs des Mediationsverfahrens und zur Sicherheit der Rechtsverhältnisse empfiehlt Artikel 14, eine Vereinbarung über verschiedene Punkte zu verfassen. Diese Punkte werden aus Artikel 8 der Richtlinien SAV für die Mediation übernommen.

Eine solche Vereinbarung wird niemandem aufgezwungen, sondern bloss angeraten, womit die Vertragsfreiheit der Parteien gewahrt bleibt. Die Vereinbarung wird grundsätzlich durch die Parteien und den Mediator unterzeichnet.

Art. 16 Rechtsbeistand

Die im Bundesrecht (Art. 56 SPO sowie Art. 118 oder 122 ZPO z.B.) und in den entsprechenden Botschaften verwendeten Ausdrücke „Rechtsbeistand“ und „unentgeltlicher Rechtsbeistand“ bezeichnen im Kanton Wallis im Wesentlichen die im Register eingetragenen Anwälte, beziehungsweise den unentgeltlichen Rechtsbeistand oder den amtlichen Verteidiger. Diese Terminologie wird deshalb zwecks Einheitlichkeit mit den schweizerischen Prozessordnungen in diesem Entwurf übernommen. Man findet diese Begriffe ebenfalls im Gesetz über die unentgeltliche Rechtspflege vom 11. Februar 2009 (GUR) und im Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden vom 9. Februar 2009 (GTar).

Bei der Ausarbeitung des EGJStPO wurde die Rolle des Anwalts eingehend besprochen und das Verbot für den Anwalt, sich am Mediationsverfahren zu beteiligen, aufgehoben. Man gelangte zur Erkenntnis, dass dessen Beteiligung zur gesamthaften Erledigung des Streites beitragen könnte. Eine Mediationsvereinbarung im gegenteiligen Sinne bleibt für die Parteien natürlich immer eine Möglichkeit.

Wird der Rechtsbeistand von Amtes wegen ernannt, nimmt er am Mediationsverfahren teil und wurde dieses von der Behörde empfohlen, so wird er auf Grund der unentgeltlichen Rechtspflege entschädigt (Art. 9 GUR mit Verweis auf Art. 30 GTar). Ein solches Vorgehen erleichtert den Zugang zur Mediation.

Art. 17 Finanzielle Unterstützung

Die Mediation soll auch für Personen offen stehen, welche die erforderlichen Mittel zu deren Bezahlung nicht besitzen.

Laut Bundesgesetzgebung gehen die Mediationskosten im Zivilverfahren grundsätzlich zu Lasten der Parteien⁶⁵. Nach Artikel 218 Absatz 2 ZPO besteht in kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art jedoch ein Anspruch auf unentgeltliche Mediation, insofern die Parteien nicht über die erforderlichen Mittel verfügen und das Gericht die Mediation empfohlen hat. Absatz 3 überlässt es dem kantonalen Recht, weitere Kostenerleichterungen vorzusehen und die Unentgeltlichkeit auf weitere Fälle auszudehnen. In den Verwaltungs- und Strafverfahren bleiben die Kantone zuständig, die Mediation gesetzlich zu regeln; sie sind somit frei, eine finanzielle Hilfe des Staates einzubauen.

Auf Grund dieser Kompetenzen sieht der Entwurf die finanzielle Unterstützung des Staates bei der Mediation unter folgenden Voraussetzungen vor: die Partei ist mittellos, die befassende Behörde empfiehlt die Mediation (d.h. sie kommt zum Schluss, dass die Mediation dazu angetan ist, in concreto eine dauerhafte Lösung zu erzielen), und die Mediation wird in den von der Behörde festgelegten finanziellen und zeitlichen Grenzen verwirklicht. Diese drei Kriterien sollen die Kosten begrenzen, die der Staat im Falle der finanziellen Unterstützung zu übernehmen hat. Es handelt sich dabei um ein selbständiges System, das von jenem der unentgeltlichen Rechtspflege abgekoppelt ist; jedoch hat es mit letzterem gemeinsam, dass die vom Staat übernommenen Kosten als Vorschuss betrachtet werden. Kommt die Partei zu neuem Vermögen, ist sie zur Rückzahlung verpflichtet.

Das letzte Kriterium (Festsetzung der finanziellen und zeitlichen Grenzen) ist vom System, das von den privaten Rechtsschutzgesellschaften praktiziert wird, beeinflusst. Um die Kosten niedrig zu halten, setzen diese meistens zum Voraus fest, welche Leistungen (Anzahl Sitzungen, Verfahren, zu übernehmender Höchstbetrag) gedeckt werden. In ähnlicher Weise setzt die Behörde im Voraus die Anzahl Mediationssitzungen fest, deren Kosten durch den Staat übernommen werden, sowie einen Höchstbetrag oder/und einen Termin, bis zu welchem der Staat die Kosten vorschiesst.

⁶⁵ Art. 218 Abs. 1 ZPO
01RA1202010310987

Dieser Lösung wurde von der Expertenkommission gegenüber der ursprünglich vorgesehenen Meinung, welche darin bestand, die staatliche Unterstützung dem Abschluss einer Einigung unterzuordnen, der Vorzug gegeben. Letztere Lösung warf zu viele ungelöste Fragen auf (zum Beispiel was bei einer teilweisen Einigung passieren soll) und setzte die mittellose Partei einer allzu grossen Belastung aus, die zwecks Erlangen staatlicher Unterstützung zum Abschluss einer Einigung gezwungen gewesen wäre.

Um das System der finanziellen Unterstützung durch den Staat zu illustrieren, kann man sich folgende Situation vorstellen: die Parteien reichen auf der Grundlage von Artikel 213 ZPO ein Schlichtungsgesuch beim Gemeinderichter ein und drücken darin den Wunsch aus, eine Mediation zu unternehmen. In einem solchen Gesuch kann eine Partei beispielsweise vorbringen, dass sie die finanzielle Unterstützung des Staates wünscht, sei es den Kostenvorschuss für die Mediation durch den Staat sowie den unentgeltlichen Rechtsbeistand, sei es im Besonderen den Kostenvorschuss für den von Amtes wegen ernannten Rechtsbeistand. Der Gemeinderichter ist in einem solchen Fall gehalten, die Voraussetzungen für das Erlangen der staatlichen Unterstützung zu prüfen: sei es 1) Mittellosigkeit und Rechtssache nicht ohne Aussicht auf Erfolg, für die finanzielle Unterstützung; und 2) Mittellosigkeit, Empfehlung der Mediation durch die Behörde, für die finanzielle Unterstützung; und als zusätzliche Bedingung für den Kostenvorschuss : die Mediation im Rahmen der durch die Behörde festgesetzten finanziellen und zeitlichen Grenzen. Wurde die unentgeltliche Rechtshilfe im Grundverfahren gewährt, so ist die Frage der Mittellosigkeit für den Entscheid über die finanzielle Unterstützung grundsätzlich nicht noch einmal aufzurollen.

Die zur Handhabe der finanziellen Unterstützung notwendigen Bestimmungen werden durch den Staatsrat erlassen. Namentlich die Fragen, welche Behörde über die finanzielle Unterstützung befindet und welcher Tarif für die Berechnung des Honorars und der Auslagen des Mediators im Falle staatlicher Unterstützung zur Anwendung gelangt.

Vergleichsweise gewährt der Kanton Freiburg (vgl. sein Justizgesetz: Art. 128 JG) nebst den Situationen nach Artikel 218 Absatz 2 ZPO die Unentgeltlichkeit der Mediation in den anderen (zivil- und strafrechtlichen Fällen)⁶⁶, wenn die Bedingungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sind. Der Kanton Genf sieht die aussergerichtliche unentgeltliche Rechtspflege selbst bei der Mediation vor, die sich ausserhalb eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens abspielt (Art. 63 ff LOJ, L10462). In seinem Einführungsgesetz vom 16. Juni 2010 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung überbindet der Kanton Jura die Kosten grundsätzlich dem Staat, wenn das Gericht die Mediation empfiehlt; zudem ist die Regierung befugt, mit privaten Mediatoren oder Vereinigungen Vereinbarungen zu treffen, welche die teilweise Übernahme der Mediationskosten durch den Staat vorsehen.

Art. 18 Mediation und Zivilverfahren

Die Verbindung zwischen Mediation und Zivilverfahren ist in der ZPO geordnet, auf die Artikel 18 des Entwurfes Bezug nimmt. Der Kanton hat zu dieser Frage keine eigene Kompetenz. In Absatz 2 dieses Artikels wird daran erinnert, dass der Kanton die ihm durch Artikel 218 Absatz 3 ZPO zuerkannte Zuständigkeit wahrnimmt und die finanzielle Unterstützung durch den Staat vorsieht (Art. 11 LiCPC).

Art. 19 Mediation und Jugendstrafverfahren

Artikel 19 Absatz 1 sieht in Anlehnung an das Freiburger Modell vor⁶⁷, die Mediation im Rahmen des Jugendstrafverfahrens einem « verstaatlichten » Büro für Mediation anzuvertrauen, das administrativ dem Departement für Sicherheit unterstellt ist.

Dieser Lösung wurde durch die Expertenkommission einerseits nach eingehendem Studium der Frage, andererseits nach zweimaligem Anhören von Xavier Lavanchy, Jugendrichter, und Gérard Demierre, seit 2006 Mediator im Büro für Mediation für straffällige Jugendliche in Freiburg, zugestimmt.

Somit hat die Expertenkommission von der Variante des Leistungsauftrages, wie sie beispielsweise der Kanton Jura kennt (siehe Art. 20 Abs. 4 des Jura Gesetzes über die Jugendgerichtsbarkeit – LJPM, RS JU 182.51), Abstand genommen. Diese Lösung überträgt die Mediation mittels Leistungsauftrag an einen oder mehrere qualifizierte Mediatoren, oder an eine Organisation, die auf qualifizierte Mediatoren zurückgreift. Der Leistungsauftrag, wie er im Walliser Recht zu verstehen ist, definiert die zu erreichenden Ziele, die Prioritäten, die Kriterien zur Bestimmung der Leistungsqualität und des Leistungseinsatzes sowie zur Beurteilung der Zielerreichung und die Finanz- und Personalressourcen, die zur Realisierung der festgesetzten Ziele, Prioritäten und Indikatoren notwendig sind (vgl. Art. 15quater FHG).

Zahlreiche Argumente sprechen für die Lösung eines Büros für Mediation, wie sie sich aus der schriftlichen Stellungnahme des Jugendrichters Lavanchy vom 4. Mai 2011 ergeben :

⁶⁶ Botschaft No 175 vom 14. Dezember 2009 des Freiburger Staatsrates an de Grossen Rat zum Entwurf für ein Justizgesetz (JG), S. 36

⁶⁷ Art. 30 Abs. 1 der Freiburger Verordnung über die Mediation

1. Die strafrechtliche Mediation gehört allgemein zur Strafverfolgung, die ein Monopol des Staats darstellt. Der Staat nimmt diese Aufgabe durch das Gesetz wahr und überträgt die Verwirklichung Behörden, die entweder zum Staat gehören (Polizei, Justiz, Jugendschutz) oder deren Beziehungen mit offiziellen Leistungsaufträgen geregelt werden (Jugendheime oder -institutionen). Der strafrechtliche Mediator, der im Auftrag des Jugendrichters tätig wird, muss auf Grund seines gesetzlich verankerten Status und seiner Beziehungen zu den Gerichten und zu den Parteien über die staatliche Anerkennung verfügen.

2. Der Schaffung eines Büros für Mediation innerhalb des Staates den Vorzug zu geben heisst, die Anerkennung, die Sichtbarkeit und die Glaubwürdigkeit des Mediators in einem heiklen Bereich, wie es die Jugendstraferichtbarkeit ist, zu betonen. Dieses Herausstreichen scheint gegenüber dem Beschuldigten, dessen Eltern, der Öffentlichkeit und dem Strafkörper wichtig zu sein. Man kann sich ohne weiteres vorstellen, dass die Klägerpartei einem öffentlichen Organ ein verstärktes Vertrauen (was in einem Mediationsverfahren grundlegend ist) entgegenbringt, dies im Vergleich zu einer nur unbekanntem Drittperson (d.h. zu einem anonymen Mediator unter den 12 bis heute anerkannten Mediatoren).

3. Der Jugendrichter muss mit der Person oder dem Organ, der oder dem wichtige Aufträge übergeben werden, in einem Klima des Vertrauens zusammenarbeiten. Es ist nicht zu vergessen, dass eine Mediation mit erfolgreichem Abschluss selbst bei Offizialdelikten direkt zur Einstellung des Verfahrens führt. Die unmissverständliche Identifizierung eines einzigen Partners ermöglicht es unbestrittenerweise, die gegenseitigen Beziehungen zu vereinfachen und die Bande der Mitwirkung und des Vertrauens zu stärken.

4. Die Ernennung einer Person (nach Sprachregion), die sämtliche berufliche Energie der Suche nach einer Lösung zwischen den Parteien im Bereich der Jugendstraferichtbarkeit widmet, wird dem Mediator die Gelegenheit verschaffen, über eine genügende Anzahl von Fällen zu verfügen. Er kann sich dann dieser Aufgabe vollumfänglich widmen, sich auf diesem Gebiete spezialisieren und sich genügend Kenntnis auf diesem Gebiete aneignen, so dass seine praktische Wirksamkeit offensichtlich verstärkt wird. Sein Einsatz wird ihm ebenfalls Gelegenheit geben, der Strafjustiz ein bedeutsames Mass an Bereitschaft entgegenzubringen, und wird zu einer beschleunigten Erledigung der Mediationsfälle beitragen.

2. Verstärkte Benutzung der Mediation im Jugendstrafrecht

Die strafrechtliche Mediation wurde im Jugendstrafrecht ab dem 1. Januar 2007 mit der Inkraftsetzung des JStG eingeführt. Ab diesem Datum wird im Kanton Wallis die Mediation zugelassenen privaten Mediatoren anvertraut. Zugegebenermassen wurde die Mediation von der Jugendstrafjustiz jedoch nur spärlich eingesetzt (8 Mediationen im Jahre 2007, 17 im Jahre 2008, 14 im Jahre 2009, 9 im Jahre 2010).

Seit Januar 2011 betrachtet das neue Jugendstrafprozessrecht (JStPO) den Kläger als Partei im Verfahren, dies mit all den Rechten, die ihm von der StPO zuerkannt werden. Dieser Umstand stellt im Wallis einen wichtigen Entwicklungsschritt dar, da diese Parteistellung bis anhin nicht möglich war. Die Anerkennung der Prozessrechte der Klägerpartei wird wie im Kanton Freiburg dazu führen, dass der Jugendrichter vermehrt auf das Mediationsverfahren zurückgreifen wird, womit den Parteien die Gelegenheit zum Gespräch über die Lösung des Strafkonflikts (die Straftat an sich) und des Zivilkonflikts (der Schadenersatz) offen steht. Das erklärt auch, dass im laufenden Jahr bis zum 30. April 2011 im Kanton Wallis bereits 18 Jugendmediationsverfahren eingeleitet worden sind, was auf das Jahr gesehen auf 54 Fälle hinauslaufen dürfte.

Diese Stossrichtung wird sicherlich noch durch die Änderungen im Finanzierungsmodell des Mediationsverfahrens verstärkt werden. Stellte sich bisher d.h. im jetzigen Mediationsablauf der Jugendrichter die Frage der Verhältnismässigkeit zwischen der Mediationsmassnahme (bei einem Durchschnittsaufwand von Fr. 1'500.- pro Mediationsfall und bei einem Stundentarif des Mediators von Fr. 140.- plus Spesen) und der Bedeutung des Grundverfahrens, so wird der selbe Richter in einem verstaatlichten System diese Frage eigentlich nicht mehr stellen und wird dem Sinne der Mediation (ein ernsthaftes Gespräch zwischen den Konfliktparteien) zur gebührenden Entwicklung verhelfen. Das verstaatlichte System wird zudem eine bessere Kontrolle der Arbeit des Mediators und der Verfahrenskosten ermöglichen.

Und worum es schlussendlich bei der Diskussion um die Mediation geht: die Einrichtung eines flexiblen, glaubhaften, sichtbaren, vertrauenswürdigen Mediationsverfahrens in der Jugendstraferichtbarkeit soll ein günstiges Klima zur Förderung der - bisher leider unterbenutzten - Mediation schaffen. Sich für diese neue Richtung einzusetzen gewährleistet ein erzieherisches Vorgehen, das den jugendlichen Fehlbaren vor seine eigene Verantwortung stellt (Anerkennung und Aufarbeitung der Tat in Form moralischer und materieller Wiedergutmachung). Das erlaubt, wie in allen Bereichen, die Jugendliche in Schwierigkeiten betreffen, aufbauend in einen Prozess der gesellschaftlichen Eingliederung zu investieren, das Rückfallsrisiko zu mindern und die künftigen sozialen Kosten niedriger zu halten.

Im gleichen Sinne fügt der Bericht über die Rechtspflege des Jahres 2010 auf Seite 32 an: der Umstand, dass die strafrechtliche Mediation bei Jugendlichen im Kanton Wallis nicht verstaatlicht ist und dass die im Budget für die Mediation aufgeführten Beträge nicht ausreichend sind, verhindern deren Entfaltung.

Was die Organisation des Büros für Mediation betrifft, hebt Jugendrichter Lavanchy hervor, dass eine Arbeitseinheit von 70 – 80 % notwendig wäre, sei es 60 % für den französischsprachigen Posten, sei es 10 – 20 % für den deutschsprachigen Posten. Das Büro für Mediation hätte seinen Sitz in Sitten und benötigte ein Büro mit einem zur Verfügung stehenden aufnahmefreundlichem Raum, sei es im Dienst, dem es zugeordnet wäre, sei es je nach zur Verfügung stehenden Mitteln in einem anderen Dienst. Die Tätigkeit der Mediatoren des Büros würde mehrere Einsatzorte in den Regionen des Kantons notwendig machen.

Obschon sie zur gleichen rechtlichen Materie gehören, erscheinen das ordentliche Strafrecht und das Jugendstrafrecht als zwei klar getrennte Rechtsgebiete, insbesondere was die Zielsetzungen betrifft. Die Ziele des Jugendstrafrechts heben sich klar von Begriffen, die man im Erwachsenenstrafrecht findet, wie Leiden, Repression und Vergeltung ab; sie verfolgen vielmehr erzieherische, vorbeugende, heilungfördernde, gesellschaftliche und schutzbezogene Anliegen. Aus diesen Gründen wurde das Jugendstrafrecht in ein vom Erwachsenenstrafrecht getrenntes Gesetz gekleidet. Aus denselben Gründen werden die Bestimmungen über die Mediation im Jugendstrafrecht nicht in diesen Entwurf aufgenommen, sondern bleiben wie bisher im Einführungsgesetz zum Jugendstrafprozessrecht (Artikel 11 und 12 EGJStPO). Absatz 2 verweist folgerichtig darauf. Zur Harmonisierung mit diesem Gesetz werden die Artikel 11 und 12 EGJStPO jedoch leicht abgeändert und angepasst (vgl. Schlussbestimmungen hier unten).

Art. 20-23 Mediation und Strafverfahren für Erwachsene

Wie unter Ziff. 5b lit. ii vorne bereits dargelegt, bleibt es den Kantonen überlassen, die Mediation im Strafverfahren für Erwachsene einzuführen. Der Rahmen und die Folgen eines Mediationsverfahrens im Strafrecht lassen sich andeutungsweise aus dem StGB (art. 53) und der StPO (art. 314 Sistierung, 316 Abs. 1 und 2 Mediation und 319 Einstellung) herauslesen. Da die strafrechtliche Mediation zahlreiche Vorteile hat (Ziff. 5b), wird diese Lösung eingeführt.

Zum Zwecke der Klarheit empfiehlt die Doktrin, diese Regeln in einer passenden kantonalen Reglementierung zusammenzulegen⁶⁸ und klugerweise folgende Faktoren zu berücksichtigen :

- für die Antrags- und Amtsdelikte die Freiheit der Parteien, auf eigene Initiative das Mediationsverfahren zu wählen ;
- für die Antrags- und Amtsdelikte die Möglichkeit für die Staatsanwaltschaft, den Parteien die Teilnahme an einem Mediationsverfahren (übertragene Mediation) oder den Beizug eines Mediators an der Schlichtungssitzung (Beteiligungsmediation) vorzuschlagen ;
- die Sistierung des Strafverfahrens während der Dauer des Mediationsverfahrens nach Artikel 314 Absatz 1 StPO ;
- die Einstellung des Strafverfahrens im Falle einer erfolgreichen Mediation in den Grenzen der Artikel 319 StPO und 8 StPO in Verbindung mit Artikel 53 StGB⁶⁹.

Der Entwurf befolgt im Wesentlichen die vorgeschlagene Lösung.

Artikel 20 zählt die Fälle auf, bei denen die Mediation statthaft ist. Inhaltlich wird Artikel 41 der Freiburger Verordnung über die Mediation übernommen. Artikel 21 behandelt die Sistierung und die Wiederaufnahme des Strafverfahrens bei der Mediation. Wie bei der jugendstrafrechtlichen Mediation⁷⁰ macht Artikel 22 Absatz 1 den Mediator auf die Anforderung aufmerksam, in der schriftlichen von den Parteien unterzeichneten Einigung unter anderem die Fragen der Zivilansprüche und des Verzichts auf die Rechtsmittel zu behandeln. Es ist nämlich tunlichst zu vermeiden, dass eine Partei nach Unterzeichnen der Einigung und nach der Einstellung des Strafverfahrens zum Erlangen der Wiedergutmachung nochmals vor Gericht geht, ihre Meinung wechselt und gegen die Einstellungsverfügung Rechtsmittel einlegt. Absatz 4 sieht zudem vor, dass bei finanzieller Unterstützung durch den Staat die Einigung über die Kostenverteilung des Mediationsverfahrens der Behörde zur Genehmigung vorzulegen ist (Art. 22 Abs. 4). Es ist ja unerlässlich, dass der Behörde ein Recht auf Einsicht und Überprüfung zusteht, um Missbräuche zu vermeiden. Andernfalls könnten die Parteien beispielsweise entscheiden, dass alle Kosten einzig zu Lasten der mittellosen Partei gehen, damit sie vom Staat übernommen werden. Artikel 23 legt die Folgen einer erfolgreichen Mediation auf das Strafverfahren dar.

Art. 24 - 28 Mediation und Verwaltungsverfahren

Die verwaltungsrechtliche Mediation ist statthaft, wenn der Konflikt einen oder mehrere Bürger und die Walliser Verwaltung (Departement, Dienste, Ämter, Gemeinden, physische oder juristische Personen, denen der Staat öffentliche Aufgaben überträgt usw.) trennt. Der Grosse Rat und seine Organe sind vom Bereich der Mediation ausgeschlossen, da deren Tätigkeit in der Gesetzgebung besteht und sich nicht für ein solches Verfahren eignet.

⁶⁸ Birgit Sambeth Glasner/Florence Pastore, *op. cit.*, S. 753

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ Botschaft zum Entwurf des EGJStPO vom 29. April 2009, Memorial des Grossen Rates des Kantons Wallis, Ordentliche Novembersession 2009, S. 429

Die verwaltungsrechtliche Mediation ist nur dann möglich, wenn die Behörde über einen hinreichenden Ermessensspielraum (d.h. die mögliche Wahl zwischen verschiedenen Lösungen) oder über einen gewissen Entscheidungsspielraum (d.h. die Möglichkeit, das Gesetz auszulegen, oder bei unbestimmten Rechtsbegriffen wie z.B. jenem der Ästhetik im Bauwesen) verfügt (Art. 24 Abs. 1), dies unter Vorbehalt des Legalitätsprinzips. Die Einigung, zu der die Parteien und der Mediator gelangen, bildet den Inhalt des Entscheides, den die Behörde erlassen wird. Dieser Entscheid darf nicht rechtswidrig sein. Er muss zudem dem frei geäußerten Willen der Parteien (art. 27) und dem öffentlichen Interesse entsprechen. Da die verwaltungsrechtliche Mediation die Kommunikation zwischen den verschiedenen Akteuren erleichtert, erscheint sie als besonders geeignet, Probleme auf den Gebieten des Umwelt-, Raumplanungs- und Baurechts zu lösen.

Da die Mediation eine Art Ableitung aus dem ordentlichen Verfahren darstellt, ist dieses in Erwartung der Einigung der Parteien zu sistieren. Die Wiederaufnahme des Verfahrens kann von den Parteien jederzeit beantragt werden (Art. 25 Abs. 1 und 2). Die Fristen (Beschwerde, Verjährung usw.) und die Wirkungen des Verwaltungsentscheides laufen weiter, auch wenn das Verwaltungsverfahren sistiert ist. Jede Partei hat trotz dem laufenden Mediationsverfahren die notwendigen Schritte und Handlungen selber vorzunehmen (Art. 25 Abs. 3).

Werden die Kosten gleich wie bei der strafrechtlichen Mediation vom Staat vorgeschossen, so hat die Behörde die Einigung zu prüfen, ob sie in Bezug auf die Kostenaufteilung nicht missbräuchlich ist, und zu genehmigen (Art. 27 Abs. 2).

Der Entwurf sieht im Weiteren vor, dass die Bestimmungen der ZPO ergänzend zur Anwendung gelangen. Da Zivil- und Verwaltungsrecht nahe beieinander liegen, schlägt die Doktrin vor, auf die Bestimmungen der ZPO zurückzugreifen, wenn eine Lücke vorliegt oder die Verwaltungsbestimmungen nicht vollständig sind⁷¹. Bleiben jedoch vorbehalten die Sonderbestimmungen aus dem kantonalen Recht, welche die Mediation vorsehen. Solche Sonderbestimmungen gehen diesen Bestimmungen allgemeiner Natur vor (wie zum Beispiel Art. 56 des Jugendgesetzes vom 11. Mai 2000 und Art. 34 ff des Reglements vom 9. Mai 2001).

Art. 29 – 31 Schlussbestimmungen

Artikel 29 erinnert daran, dass die Parteien und der Mediator vorab durch ein Auftragsverhältnis untereinander gebunden sind. Die diesbezüglichen Regeln aus den Artikeln 404 ff OR sind deshalb auch anwendbar.

Artikel 11 und 12 EGJStPO werden an den vorliegenden Entwurf angepasst, das heisst in Bezug auf den Begriff des qualifizierten Mediators, wie er in Artikel 6 zu verstehen ist, und in Bezug auf die Einführung des Mediationsbüros für die jugendrechtliche Mediation.

Die Anwendung dieses Entwurfs erfolgt umgehend.

C. Überlegungen finanzieller Natur

Wie bereits erwähnt, haben die Mediationen eine Erfolgsrate von etwa 70 %.

Insoweit die Mediation ihre Ziele erreicht, bringt dieser Entwurf Kosteneinsparungen mit sich. Einerseits sind Richter und Verwaltung von Prozessen und Beschwerden entlastet, andererseits werden zusätzliche Kosten für den Aufwand des Offizialanwalts (unentgeltlicher Rechtsbeistand) vermieden, wenn das Grundverfahren nicht bis zu Ende geführt wird.

Scheitert die Mediation, so kommen die Kosten der finanziellen Unterstützung zu den üblichen Kosten des Grundverfahrens hinzu. Geht man jedoch davon aus, dass die finanzielle Unterstützung des Staates nur gewährt wird, wenn das Mediationsverfahren durch die befassende Behörde genehmigt wird, und das in den finanziell und zeitlich im voraus festgelegten Grenzen, so können die 30 % Misserfolge um die Hälfte herabgesetzt werden und stellen nur mehr 15 % dar. Zu bemerken ist ferner, dass dieser Betrag nur vorsorglich zu Lasten des Staates geht, da es sich bloss um einen Vorschuss handelt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sich in Zivil-, Verwaltungs- und Erwachsenenstrafverfahren die Einsparungen bei erfolgreichen Mediationen mit den Kosten beim Scheitern des Mediationsverfahrens die Waage halten sollten.

Anders liegt jedoch der Fall bei der jugendstrafrechtlichen Mediation. Die Schaffung eines Mediationsbüros, dessen Vorteile vorne beschrieben wurden, wird natürlich zusätzliche Kosten mit sich bringen. Gemäss der von Jugendrichter Lavanchy entworfenen Organisation (vgl. Erläuterungen zu Art. 19) sollten sich die Funktionskosten schätzungsweise auf Fr. 122'000.- (13. Monatslohn inbegriffen) pro Jahr belaufen.

Dazu kommen ebenfalls noch die Kosten der Mediationskommission. Geht man von der Annahme aus, dass die Mitglieder (3 bis 5) 6 Tage pro Jahr zusammentreffen, so belaufen sich die Funktionskosten auf Fr. 10'000.- bis Fr. 15'000.- (250 x 6 + 230 x 4 x 6 = Fr. 7020.- plus Entschädigung für Reise- und Mundspesen und Verschiedenes). Das ständige Sekretariat der Mediationskommission wird dem Verwaltungs- und Rechtsdienst angegliedert und beträgt 0,5 Arbeitseinheit. Die finanzielle Belastung macht Fr. 63'00.- (13. Monatslohn inbegriffen) pro Jahr aus.