

Pierre Kobel\* und Hubert Rüedi\*\*

## Zehn Fragen zu den Richtlinien SAV für die Mediation

**Stichworte:** Mediation, Richtlinien SAV, Standesregeln, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, Informations- und Aufklärungspflichten des Mediators, Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens, Honorar, Empfehlung zur Mediation

### 1. Was ist Mediation?

«Mediation ist ein aussergerichtliches Streitbelegungsverfahren, in dem ein oder mehrere unabhängige und unparteiliche Dritte (Mediatorinnen/Mediatoren) die Konfliktparteien darin unterstützen, ihren Konflikt auf dem Verhandlungsweg eigenverantwortlich und einvernehmlich zu lösen» (Ziffer 1 Richtlinien). Mediation ist also weder ein Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren noch entspricht sie den herkömmlichen Vergleichsgesprächen. Dementsprechend liegen die Aufgaben des Mediators nicht in der Beratung oder Vertretung einer Partei noch in der Fällung von Urteilen. Verkürzt ausgedrückt ist der Mediator vielmehr unabhängiger und unparteilicher «Prozessmanager».

### 2. Welche Ziele verfolgt der SAV mit den am 1. Juli 2005 in Kraft getretenen Richtlinien?

Durch die Schaffung des Fachtitels «Mediator SAV/Mediatorin SAV» im Jahre 2002 wollte und will der SAV seine Mitglieder in der Betätigung als Mediator unterstützen und zugleich die Einhaltung von Qualitätsstandards in der Mediation sicherstellen. Gestützt auf diese Ausgangslage ist es nur folgerichtig, dass der SAV zu Gunsten seiner Mitglieder die Pflichten des als Mediator tätigen Anwaltes klärt. Die Notwendigkeit dieser Klärung in einem speziellen Erlass (siehe auch Frage 3) ergibt sich daraus, als dass sich – wie bereits oben erwähnt – die «Aufgaben» eines Mediators von den herkömmlichen Aufgaben eines Anwaltes unterscheiden. Der Mediator ist nicht Berater oder Vertreter einer Partei, sondern er übernimmt zu Gunsten aller beteiligten Parteien die umfassende Verfahrensverantwortung für das Streitbelegungsverfahren, nämlich für die Mediation. Es drängte sich daher auf, die sich daraus ergebenden Verpflichtungen zu regeln. Dies ist in den Richtlinien SAV zur Mediation, die die früheren Richtlinien für Anwaltsmediatoren ersetzen, erfolgt.

### 3. In welchem Verhältnis stehen die Richtlinien zu den Standesregeln für Rechtsanwälte?

Die seit dem 1. Juli 2005 gültigen Schweizerischen Standesregeln SAV beinhalten Regeln für die beratende und forensische Anwaltstätigkeit. Obwohl der SAV die Betätigung als Mediator ebenfalls der anwaltlichen Tätigkeit zuordnet, bedürfen – wie bereits unter Frage 2 ausgeführt – die speziellen Aufgaben des Mediators auch spezieller Richtlinien. Ziffer 2.1 der Richtlinien ist zu entnehmen, dass die Richtlinien den Bereich der Tätigkeit

als Mediator für die Mitglieder des SAV abschliessend regeln. Zudem gilt Auftragsrecht.

### 4. Für wen haben die Richtlinien Gültigkeit?

Die Richtlinien gelten für alle Mitglieder des SAV, welche sich im Sinne der Definition des Begriffs Mediation (siehe Frage 1) als Mediator betätigen. Sie gelten daher nicht nur für diejenigen Mitglieder des SAV, die den Titel «Mediator SAV» (Ziffer 2.1 Richtlinien) führen bzw. dazu berechtigt sind.

### 5. Welche Voraussetzungen muss ein Mitglied SAV, das als Mediator tätig sein will, erfüllen?

Die Richtlinien verlangen, dass die Mitglieder des SAV, die sich als Mediator betätigen, eine angemessene Mediationsausbildung vorweisen können. Mit anderen Worten verletzt ein Mitglied des SAV, welches ohne eine entsprechende Ausbildung als Mediator tätig wird, die Richtlinien (Ziffer 3.1 Richtlinien). Die Anforderungen an die Ausbildung sind im Reglement «Mediator SAV/Mediatorin SAV» festgehalten.

(Im Weiteren werden unter den Begriffen Mediator oder Anwalt immer Personen verstanden, die zugleich auch Mitglied des SAV sind.)

### 6. Was bedeutet «Unabhängigkeit und Unparteilichkeit» des Mediators?

Es ist nicht Aufgabe des Mediators, die Interessen einer der Parteien zu verteidigen oder zu vertreten. Er handelt als «Vermittler» zwischen den Parteien und hat aus dieser Aufgabe heraus unabhängig und unparteilich zu sein. Er soll deshalb den Parteien jede Tatsache, welche geeignet ist seine Unabhängigkeit und/oder Unparteilichkeit in Frage zu stellen, mitteilen (Ziffer 4.3 Richtlinien). Falls der Mediator aufgrund seines anwaltlichen Berufsgeheimnisses seiner Aufklärungspflicht nicht nachkommen kann, muss er auf den Mediationsauftrag verzichten (Ziffer 4.4 Richtlinien). Der Mediator hat diesen Verpflichtungen während des gesamten Mediationsverfahrens nachzukommen (Ziffer 4.1 Richtlinien). Wird von den beteiligten Parteien an seiner Unabhängigkeit oder an der Unparteilichkeit gezweifelt und können diese Zweifel nicht ausgeräumt werden, muss der Mediator den Mediationsauftrag ablehnen bzw. darauf verzichten (Ziffer 4.4 Richtlinien). Weder der Begriff der Unabhängigkeit noch derjenige der Unparteilichkeit werden in den Richtlinien definiert, sondern es wird von einer subjektiv-objektiven Betrachtungsweise ausgegangen. Als Grundlage dienen die Lebenserfahrung und die Umstände des Einzelfalles, welche von einem Dritten unter ähnlichen Umständen im Hinblick auf die Unabhängigkeit und

\* Pierre Kobel, Genf, Mitglied Fachausschuss Mediation SAV.

\*\* Hubert Rüedi, Luzern, Mitglied Fachausschuss Mediation SAV.

Unparteilichkeit des Mediators in Betracht gezogen würden. Die Unabhängigkeit wird als solche hauptsächlich durch objektive Kriterien definiert, namentlich durch das Vorliegen oder Fehlen von Beziehungen des Mediators zur einen oder zur anderen Partei. Ferner erwähnen die Richtlinien das Interesse am Konfliktausgang (Ziffer 4.2 Richtlinien). Die Unabhängigkeit ist z. B. dann nicht mehr gewährleistet, wenn die Natur oder die Intensität der Beziehung zwischen dem Mediator und einer Partei vernünftigerweise Zweifel hervorruft. Die Unparteilichkeit hingegen hängt insbesondere von der Haltung des Mediators während des Verfahrens ab. Die Richtlinien erwähnen entsprechend exemplarisch die Bevorzugung einer Konfliktpartei oder einer Konfliktlösung (Ziffer 4.2 Richtlinien). Weiter verbieten die Richtlinien dem Mediator nicht, im Zusammenhang mit der der Mediation zugrunde liegenden Konfliktsituation für die eine oder andere Partei als Schiedsrichter, Vertreter, Berater oder dergleichen tätig zu werden. Dies allerdings unter der doppelten Voraussetzung, dass die Parteien über die Bedeutung dieser Tätigkeit, insbesondere im Zusammenhang mit der Unabhängigkeits-, Unparteilichkeits- und Vertraulichkeitspflicht, umfassend aufgeklärt worden sind und dass die schriftliche Zustimmung aller Konfliktparteien vorgängig eingeholt worden ist (Ziffer 4.5 Richtlinien).

### **7. Welche Informations- bzw. Aufklärungspflichten obliegen dem Mediator?**

Die Richtlinien gehen davon aus, dass das Mediationsverfahren von einer gewissen Transparenz beherrscht wird. Diese verwirklicht sich mitunter durch die dem Mediator auferlegte Pflicht, die Parteien über das Verfahren und die Rolle des Mediators zu informieren (Ziffer 5.1 Richtlinien), mit den Parteien die Opportunität einer Mediation zu besprechen (Ziffer 5.2 Richtlinien), die Parteien über die Rolle des Rechts und über die Möglichkeit, Anwälte miteinzubeziehen, zu orientieren (Ziffer 5.3 Richtlinien), die Parteien über jede Tatsache aufzuklären, die geeignet ist, die Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit des Mediators in Frage zu stellen (Ziffer 4 Richtlinien), die Parteien über den Umfang und Inhalt der Schweigepflichten und den Schutz der Vertraulichkeit zu informieren (Ziffer 6 Richtlinien), die Parteien auf die Kosten des Mediationsverfahrens hinzuweisen (Ziffer 7 Richtlinien), einen Mediationsvertrag abzuschliessen (Ziffer 8 Richtlinien), die Parteien auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Ergebnisse des Mediationsverfahrens in einer schriftlichen Schlussvereinbarung festzuhalten und diese Vereinbarung von Dritten überprüfen zu lassen (Ziffer 9 Richtlinien).

### **8. Wie kann die «Vertraulichkeit» des Mediationsverfahrens gewährleistet werden?**

Es ist nicht möglich, in standesrechtlichen Richtlinien die Schweigepflichten oder Zeugnisverweigerungsrechte des Mediators oder der Parteien endgültig festzulegen. Hingegen ist der Mediator dazu verpflichtet, die Konfliktparteien über seine eigene Schweigepflicht und die Möglichkeit von Geheimhaltungsvereinbarungen unter den Parteien zu informieren. Die Richtlinien gehen davon aus, dass

sich der als Mediator tätige Anwalt auf das Berufsgeheimnis berufen kann und sich auch daran zu halten hat. Mediation wird also als anwaltliche Tätigkeit verstanden. Massgebliche Gerichtsentscheidungen gibt es jedoch keine. Dem Mediator wird deshalb – trotz der einschlägigen Rechtslage zu Berufsgeheimnis, Mitwirkungsverweigerungsrechte usw. – empfohlen, im Mediationsvertrag seine Schweigepflicht zu definieren und mit den Parteien zu vereinbaren, dass sie darauf verzichten, den Mediator als Zeugen anzurufen (siehe dazu auch Art. 139 Abs. 3 ZGB). Es sei erwähnt, dass z. B. das Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Genf sowohl für den zivilen Mediator als auch für den strafrechtlichen Mediator – zwar mit unterschiedlichem Wortlaut – eine Schweigepflicht vorsieht.<sup>1</sup> Der Entwurf (Stand September 2005) des Bundesgesetzes über die Zivilprozessordnung sieht ein Mitwirkungsverweigerungsrecht des Mediators vor. Beides kann als Hinweis auf eine immer breiter anerkannte Rechtsauffassung gewertet werden.

### **9. Welche Regeln gelten für die Festlegung der Höhe des Honorars des Mediators?**

Die Richtlinien überlassen die Festlegung des Honorars grundsätzlich dem Mediator und den Parteien. In der Praxis wird das Honorar in der Regel auf der Basis eines fixen Stundenansatzes vereinbart. Der Mediator kann sich also von den im Anwaltsberuf anwendbaren Prinzipien leiten lassen. Das Honorar des Mediators sollte im Mediationsvertrag geregelt werden.

### **10. Besteht eine Pflicht, als Anwalt einem Klienten die Durchführung einer Mediation zu empfehlen?**

Die massgeblichen Pflichten des Anwalts gegenüber seinem Klienten sind im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und in den Schweizerischen Standesregeln SAV, die am 1. Juli 2005 in Kraft getreten sind, geregelt. Zudem gilt Auftragsrecht. Die Schweizerischen Standesregeln SAV sehen vor, dass der Anwalt eine gütliche Lösung anzustreben hat (Art. 9 Abs. 1 Schweizerische Standesregeln). Der Anwalt sollte davon nur dann absehen, wenn es die Interessen des Klienten verlangen. Zudem hat der Anwalt den Wunsch des Klienten, eine Mediation durchzuführen, zu berücksichtigen (Art. 9 Abs. 2 Schweizerische Standesregeln). Die Mediation als eine Möglichkeit zur gütlichen Lösung von Konflikten ist also je nach Sach- und Rechtslage des konkreten Falles im Rahmen einer umsichtigen und regelkonformen Beratung des Klienten in Betracht zu ziehen. Dies um so mehr, als dass die Mediation in verschiedenen Gesetzgebungen und so voraussichtlich auch in der Schweizerischen Zivilprozessordnung verankert ist bzw. sein wird.

\* Art. 161 E de la Loi sur l'organisation judiciaire (GE):

1. Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus l'activité de médiateur.
2. Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil.