AJP/PJA 7/2000

Unentgeltliche Mediatoren für geldwerte Konfliktlösungen

Dr. iur. PETER KREPPER,
Mediator FH, Zürich

Inhaltsübersicht:

I. Einleitung
II. Vorteile der Gewährung unentgeltlicher Mediationen
1. Chancen und Risiken der Mediation für die Parteien
2. Vorteile der Mediation für Parteien und Staatskassen
3. Unentgeltlichkeit als Katalysator für die Mediation
III. Unentgeltliche Mediation als verfassungsrechtlicher Anspruch
1. Rechtsgleichheit als Grundlage unentgeltlicher Mediation
2. Unterscheidung zwischen Rechtsberatung und Mediation
3. Kantonale Autonomie der Gewährung der Unentgeltlichkeit
IV. Voraussetzungen der unentgeltlichen Mediation
1. Ausgangslage und Problemstellung
a. Notwendigkeit der Prozessnähe der unentgeltlichen Mediation
b. Anlehnung an die Praxis bei der mietrechtlichen Schlichtung
c. Gesetzliche Grundlagen nur für Familienrechtssachen
2. Unabdingbare gesetzliche Voraussetzungen
a. Voraussetzungen bei den Parteien
b. Voraussetzungen beim Mediator
c. Voraussetzungen im Mediationsbereich (Nähe zum Prozess)
3. Offene Verfahrensfragen
V. Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung

Bedürftigen Parteien kann im Verfahren vor Gericht die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden. Die Idee dahinter ist, dass jemand auch ohne wirtschaftliche Mittel einen Rechtsanspruch durchsetzen können soll. Je nach Fall kann auch eine unentgeltliche Rechtsbeiständin[1] zugesprochen werden. Diese unterstützt und vertritt die bedürftige Partei[2] soweit sachlich notwendig[3] im Prozess. Die Kosten der unentgeltlichen Prozessführung und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes gehen zu Lasten der Gerichtskasse und somit der Allgemeinheit.[4]

Mediation unterstützt die Parteien darin, ihren Konflikt ohne Anwälte und Gerichte selbständig zu bereinigen. Im Zentrum stehen dabei nicht Fragen nach Schuld oder Unschuld, sondern die Interessen der Betroffenen. Der Mediator hilft den Parteien, ihre Interessen zu formulieren und in die Konfliktlösung einzubringen. Mediativ ausgehandelte Lösungen sind deshalb win-win Lösungen.[5] Prozesse lassen sich damit vermeiden oder wenigstens vereinfachen. Im übrigen wird die Mediation, wie die Rechtsbeistandschaft auch, immer dann und nur dann benötigt, wenn die Parteien alleine nicht (mehr) in der Lage sind, ihre Interessen zu wahren.

Mediation setzt regelmässig eine situativ mangelnde Fähigkeit der Parteien zur störungsfreien und kooperativen Kommunikation voraus. Das sachbezogene Gespräch ist aufgrund des Konflikts erheblich gestört oder ganz unterbrochen. Aufgabe der Mediatorin ist es, den Prozess der gegenseitigen Verständigung behutsam wieder in Gang zu setzen und die Parteien zur gemeinsamen Bewältigung ihres als gemeinsames Problem erkannten Konflikts kommunikativ anzuleiten.

Das geltende Recht behält die unentgeltliche Interessenwahrung bislang dem Rechtsanwalt als Rechtsbeistand einer Partei im Prozess vor.[6] Verschiedene Gründe sprechen dafür, in bestimmten Fällen auch für das nicht prozessuale Verfahren der Mediation die Unentgeltlichkeit zu gewähren (II.). Die Bundesverfassung unterstützt diese Möglichkeit (III.). An die Gewährung der unentgeltlichen Mediation sind strenge gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen (IV.). Politisch bedeutsam erscheint dabei vorab die Ausweitung der finanziellen staatlichen Unterstützung von Konfliktparteien auf die ausserprozessuale Verhandlung von (auch nicht klagbaren) Interessen. Dies belässt Fragen offen (V.).

1 In diesem Aufsatz werden unbestimmte Personen einmal weiblich und ein andermal männlich bezeichnet und umfassen jeweils beide Geschlechter.

2 Zur Bedürftigkeit FRANK/STREULI/MESSMER, N 11 ff. zu § 84 der Zürcher Zivilprozessordnung (ZPO ZH).

3 Zur sachlichen Notwendigkeit vgl. etwa BGE 119 Ia 265 E. 3b.

4 Zwar werden sie in der Regel nur einstweilen auf die Gerichtskasse genommen und können bei einer späteren Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Partei von dieser bezogen werden. Praktisch ist dies jedoch selten der Fall.

5 Zur Mediation im allgemeinen vgl. GLENEWINKEL, 34 ff.; BREIDENBACH; BREIDENBACH/HENSSLER; zum Harvard-Konzept der win-win-Lösungen FISHER/URY/PATTON, 89 ff.; BREIDENBACH, 72 ff.

6 Der Prozess darf dabei nicht als aussichtslos erscheinen, so § 84 Abs. 1 ZPO ZH. Vgl. zur unentgeltlichen Rechtspflege nun auch Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung.

II. Vorteile der Gewährung unentgeltlicher Mediationen

1. Chancen und Risiken der Mediation für die Parteien

Mediation entspricht dem Bedürfnis aufgeklärter Bürgerinnen, Probleme selbst zu lösen und zwar rasch, auf sozial schonende und nichtsdestotrotz interessenwahrende Weise. Tatsächlich nützt eine selbst ausgehandelte Konfliktlösung den Betroffenen – zumal wenn diese weiterhin miteinander arbeiten oder leben wollen oder müssen – mitunter mehr als ein hoheitliches Gerichtsurteil, das zwar der einen Seite Recht, der anderen aber Unrecht gibt und damit das Verhältnis zwischen den Parteien unbefriedet belässt. Mit der erfolgreichen Mediation können sich die Parteien wieder in gegenseitigem Respekt begegnen. Zudem steigert sie die eigene Sozialkompetenz in Konflikten.

Diese Vorteile der Mediation gegenüber herkömmlichen Verfahren der Konfliktlösung sind nicht umsonst zu haben. Nicht zu übersehen ist, dass hierzulande noch immer eine Hemmschwelle gegenüber der Mediation besteht. Sie mag zum Teil mit dem noch Unbekannten und Unerfahrenen der Mediation zusammenhängen. Auch die Tatsache, dass bislang noch jedermann den ungeschützten Titel "Mediator" benützen kann, belässt unsicher, auf was sich einlässt, wer eine Mediation wagt. Ebenso sind es wohl aber die Kosten der Mediation, die diese zum Wagnis und Risiko machen. Wieviel kostet das Einlassen auf weitere Gespräche und Verhandlungen an Zeit, Geld, Lebensfreude?

Und: wer garantiert den Erfolg dieser Bemühungen? Was ist, wenn der Streit damit doch nicht aus der Welt geschafft wird und die andere Seite, nun erst recht in Kampfesstimmung, den Anwalt oder Richter einschaltet?[7]

Die Frage nach den Kosten ist leicht zu beantworten: weniger. Eine Mediation kostet weniger Nerven als ein langwieriges, kontradiktorisches und mit unsicherem Ausgang behaftetes Gerichtsverfahren; weniger Zeit als ein solches, mitunter Jahre dauerndes Verfahren, dem zudem regelmässig die Verhandlungen unter den Anwälten vorangehen;[8] und weniger Geld.[9]

2. Vorteile der Mediation für Parteien und Staatskassen

Bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren im Sinne von Artikel 112 ZGB bezahlen die Parteien für ein unbegründetes Scheidungsurteil mit Aushandlung der Nebenfolgen vor Gericht in Zürich ab 2000 Franken. Dies deckt die effektiven Kosten des gerichtlichen Tätigwerdens für die Parteien bei weitem nicht. Der Fehlbetrag geht zulasten des Staates. Hätten die Parteien sich vor dem Prozess bezüglich der Nebenfolgen ihrer Scheidung einigen können, wäre die gerichtliche Verhandlung einfacher und kürzer und der Prozess damit für den Steuerzahler billiger gewesen.

Ein grosser Vorteil der Mediation liegt damit auf der Hand. Bei Scheidung oder Trennung ist sie nachweislich kostensparend.[10] In anderen Fällen bedarf es nach einer gelungenen Mediation überhaupt keines gerichtlichen Verfahrens mehr. Die Nachbarn zum Beispiel haben sich selbst auf eine Lösung ihres Konflikts verständigt, auch die Kosten für einen Anwalt konnten – allenfalls mit Ausnahme der Kosten der Fairnesskontrolle[11] – gespart werden.[12] Die Erben können die Teilung des Nachlasses nun gütlich und in gutem Gedenken an die gemeinsame Familiengeschichte vornehmen. Die Arbeitsgemeinschaft wird durch keine unterschwelligen Konflikte mehr blockiert und kann jetzt ihre Kräfte für die Arbeit einsetzen.[13]

Neben diesen unmittelbaren Einsparungen kann sich die Mediation auch längerfristig günstig auswirken. Denn die erfolgreiche Mediation stärkt die sozialen Bindungen und das gegenseitige Vertrauen der Parteien. Dies wirkt sich auch auf den Umgang mit künftigen Konflikten zwischen denselben oder mit anderen Parteien aus. Die mediative Konfliktlösung wird damit mehr und mehr zur Selbstverständlichkeit, welche die Gerichte und ebenso öffentliche Verwaltungen, Betreibungs- und Konkursämter, Schulpflege-, Vormundschafts- und Strafvollzugsbehörden entlastet.[14]

---

7 Antworten hiezu oben IV.2.a.cc.

8 Zu den Erfolgen der Mediation in Deutschland ausführlich PROKSCH, Evalution; in anderen Ländern BESEMER, Mediation, 51 ff., m.H.a. verschiedene Studien; DERS., Praxis, 14; ferner MEIER/DUVE, 159, m.w.H.

9 Es sei denn, ein Rechtsstreit könne gänzlich gewonnen und die gesamte Kostenlast daher der anderen Seite überbunden werden. Der Ausgang eines Prozesses ist aber zumeist ungewiss, und selbst bei einem teilweisen Obsiegen oder einem Vergleich sind die Kosten der eigenen anwaltlichen Vertretung regelmässig selbst zu tragen.

10 Ausführlich dazu BONO-HÖRLER, 229 ff., mit zahlreichen Verweisen und einem Rechenbeispiel (Fn 826), wonach die Mediation im Scheidungsfall mit Konvention rasch einmal weniger als einen Drittel der anwaltlichen Unterstützung und Vertretung kostet; ferner bereits JACOT, 62 f.

11 Näheres dazu oben IV.2.c.bb.

12 Ausnahmsweise, bei Firmenstreitigkeiten regelmässig, werden die mediativen Verhandlungen mit Rechtsanwälten geführt, welche durch die Parteien separat zu entschädigen sind, soweit der Anwalt nicht zur eigenen Firma gehört.

13 Zur Vermittlung in Arbeitskonflikten vgl. BREIDENBACH/HENSSLER, 141 ff.; unter Nachbarn BÖSCH; für Vermieter und Mieterinnen ferner BREIDENBACH, 295 ff., mit Vorbehalten aufgrund der Machtposition der Vermieter, die im Schweizerischen Mietrecht indes stark abgeschwächt worden ist.

14 Zur Breite der Anwendungsmöglichkeiten der Mediation vgl. ausführlich BREIDENBACH/HENSSLER, 141 ff. (Arbeit), 147 ff. (Verwaltung), 161 ff. (Umwelt), 171 ff. (Wirtschaft), 183 ff. (Nachbarn, Mieter, Konsumentinnen), 195 ff. (Vertragsverhandlungen), 201 ff. (Täter-Opfer-Ausgleich); STREMPEL, 99 ff. (Wirtschaft), 115 ff. (Schule), 127 ff. (Politik); BRUGGER-MARIANI (Verwaltung).

3. Unentgeltlichkeit als Katalysator für die Mediation

Tausend Franken können für eine Partei aller Vorteile der Mediation zum Trotz zu viel sein.[15] In Scheidungsfällen vermag die unterhaltspflichtige Partei häufig kaum die wirtschaftliche Existenz beider Ehegatten und der Kinder zu sichern. Handkehrum kann gerade diese angespannte wirtschaftliche Situation der Verhandlungsbereitschaft der Parteien im Wege stehen. Dann nehmen sie sich aus Ratlosigkeit einen Anwalt und kämpfen gar vor Gericht gegeneinander in der Hoffnung, möglichst jeder für sich etwas herauszuholen.

Die Entschädigung unentgeltlicher Rechtsbeistände kostete beispielsweise das Bezirksgericht Zürich 1999 rund 3 Mio. Franken. Ein Grossteil davon entfiel auf Scheidungsverfahren.[16]

Billiger und befriedender wäre es, wenn die Parteien auch dann, wenn sie selbst nicht dafür aufkommen können, auf dem Wege zum Gericht zunächst beim Mediator einkehren und von dort eine genehmigungsfähige Konvention in den Prozess mitbringen könnten. Diese Einkehr beim Mediator sollte vom Gemeinwesen "finanzkräftig" unterstützt werden, um damit für alle Beteiligten, auch das Gemeinwesen selbst, Geld zu sparen. Zur Mediation sollte mit anderen Worten allein schon um der Steuerzahler Willen wo immer möglich ermutigt werden. Der Unentgeltlichkeit kommt dann die Rolle eines Katalysators zu, einer staatlich geförderten Beschleunigung der gesellschaftlichen Akzeptanz und Nutzung der modernen Konfliktlösungsmethode Mediation im Interesse der Parteien und des Staates.

In den USA, zum Beispiel in Chicago und in Washington, werden die Parteien bei Streitfällen mit Streitwert bis zu einigen tausend Dollar vom Gericht zunächst in eine Mediation geschickt, bevor eine gerichtliche Verhandlung stattfindet oder an ihrer Stelle.[17] Von einem staatlichen Zwang zur Mediation ist indes abzusehen, da er einer wesentlichen Grundhaltung des Mediators zuwiderläuft, nämlich sich in fremde Händel mittels kommunikativer Unterstützung nur "einzumischen", falls und soweit alle Parteien dies wünschen. Erst dies ermöglicht den Parteien, sich wirklich für die Verhandlungen zu öffnen und ihre Interessen darzutun.

Mit der Unentgeltlichkeit der Mediation werden im übrigen wirtschaftlich bedürftige Menschen in die Lage versetzt, in einer schwierigen Lebenssituation Selbstverantwortung zu übernehmen und so die Staatskassen zu entlasten. Können Steuergelder nutzbringender eingesetzt werden?

III. Unentgeltliche Mediation als verfassungsrechtlicher Anspruch

1. Rechtsgleichheit als Grundlage unentgeltlicher Mediation

Nach Artikel 8 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV) sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Die Rechtsprechung leitet daraus – nun verankert auch in Artikel 29 BV – einen unmittelbaren bundesrechtlichen Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ab.[18] Die Kantone können ihn aus weiteren Gründen gewähren.[19] In Zürich bestimmt § 87 der Zivilprozessordnung die Voraussetzungen dazu: die Partei muss für die gehörige Führung des Prozesses eines unentgeltlichen Rechtsvertreters bedürfen. Davon wird in der Praxis ausgegangen, wenn die Partei selbst nicht rechtskundig oder der Prozess schwierig ist.[20]

Solche Umstände liegen auch bei der Mediation vor. Dass die Gesprächsführung in einem Konflikt schwierig sein kann und dass man selbst kommunikativ nicht mehr weiter weiss, kann als allgemeine Erfahrung vorausgesetzt werden. Die mediationswillige Partei bedarf, da das Gespräch gestört oder unmittelbar unmöglich geworden und so die Verhandlung mit der anderen Partei blockiert ist, zur Wahrung der eigenen Interessen der fachkundigen Vermittlung. Auch dabei geht es darum, den Streit anders als mit Gewalt zu beenden und zugleich den Parteien Gerechtigkeit – verstanden als die Befähigung, eigene Interessen in der mediativen Verhandlung selbst zu wahren – widerfahren zu lassen.

Somit präsentiert sich die Ausgangslage für mediationswillige und für prozesswillige mittellose Parteien gleich, weshalb sie von Rechts wegen auch gleich zu behandeln sind. Daher ist ein verfassungsrechtlicher Anspruch der zur Mediation bereiten mittellosen Partei auf Unentgeltlichkeit des Mediators gestützt auf Artikel 8 BV zu bejahen.

2. Unterscheidung zwischen Rechtsberatung und Mediation

Das Bundesgericht lehnt es ab, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung ausserhalb des Prozesses direkt

15 Mediative Konfliktbearbeitung und -lösung bedarf in der Regel zwischen 3 und 8 Sitzungen à 1½ Stunden. Bei einem Stundenansatz von Fr. 150.– kostet eine Mediation damit höchstens Fr. 1800.–, wobei dieser Betrag von allen Parteien anteilsmässig zu tragen ist. Dazu kommen die Kosten der Abfassung der abschliessenden Vereinbarung sowie evtl. der Fairnesskontrolle. – Zu den Kosten der prossualen Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtsuchenden vgl. auch JACOT.

16 Ich verdanke diese Auskunft hiermit der Gerichtsleitung bestens.

17 Näher dazu BESEMER, Praxis, 14; DERS., Mediation, 41 f. Ebenso für einzelne Bundesländer in Deutschland Zeitschrift für Konfliktmanagement 1/2000 42.

18 Vgl. dazu etwa BGE 124 I 2 E. 2a (Scheidungsverfahren); BGE 122 I 9 E. 2 (Beschwerdeverfahren vor der Aufsichtsbehörde nach SchKG); BGE 122 I 50 E. 2c.bb (Verfahren zur Überprüfung fremdenpolizeilicher Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht).

19 Die unmittelbar aus Art. 8 BV hergeleiteten Regeln für den bundesrechtlichen Minimalanspruch greifen nur Platz, wenn das kantonale Recht der bedürftigen Partei nicht in ausreichendem Masse die Möglichkeit sichert, ihre Rechte zu wahren (BGE 122 I 50 E. 2a).

20 Ferner auch, wenn die Gegenpartei durch einen Anwalt vertreten ist (FRANK/STREULI/MESSMER, N 7 zu ZPO 87).

aus der BV abzuleiten.[21] Die vor- oder ausserprozessuale Unterstützung der Parteien etwa bei der Erarbeitung einer Scheidungskonvention geht indes weit über eine Rechtsberatung hinaus. Sie umfasst die ganze menschliche Auseinandersetzung der Parteien über die Scheidung und deren Folgen, wobei den Parteien im Falle der Uneinigkeit weniger der Rechtsanwalt als der Mediator Unterstützung zu bieten vermag. Nur diese umfassende Bearbeitung der mit der Scheidung verbundenen Konflikte vermag die Parteien nachhaltig zu befrieden.

Das Gericht ist schon aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage, während der Scheidungsverhandlung derart umfassende mediative Gespräche mit oder zwischen den Parteien zu führen.[22] Das wäre auch nicht seine Aufgabe.[23] Ausserdem verfügen bislang nur wenige Richterinnen und Richter über die notwendige Ausbildung in Mediation. Und die Kosten solchen Tuns für den Staat wären wohl höher als diejenigen einer vom Staat entgoltenen privaten Mediationsstelle. Dies gilt nicht allein für die Mediation in Scheidungsfällen.

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hängt weder von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen noch von derjenigen des in Frage stehenden Verfahrens ab. Ihm ist jedes staatliche Verfahren zugänglich, in das der Gesuchsteller einbezogen wird oder dessen er zur Wahrung seiner Rechte bedarf.[24] So hat das Bundesgericht einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand für ein mietrechtliches Schlichtungsverfahren im Grundsatz bejaht.[25] Mit Blick auf ihren pekuniären Wert wäre inskünftig auch der Anspruch auf unentgeltliche Mediation etwa im Streit zwischen Mieter und Vermieterin prüfenswert.

Zu Aufwand und Ertrag der Schlichtungsbehörden für Mietangelegenheiten: allein in der zweiten Hälfte 1999 waren bundesweit 21627 Anfechtungen bei den Schlichtungsbehörden hängig, wovon 14481 erledigt werden konnten. Bei 6013 Fällen (41%) kam eine Einigung zustande. In 2974 Fällen (20%) konnte keine Einigung erzielt werden, 849 Fälle entschieden die Schlichtungsbehörden und 4645 Fälle wurden anderweitig erledigt.[26] Gekostet haben den Staat all diese Fälle (mit Ausnahme eventuell der "anderweitigen" Erledigungen) jedenfalls mehr als bei mediativen Lösungen, ohne dass damit auch eine tatsächliche umfassende Befriedung der Parteien verbunden sein muss.

3. Kantonale Autonomie der Gewährung der Unentgeltlichkeit

Noch können die Kantone die unentgeltliche Mediation und ihre Voraussetzungen in die Prozessgesetze aufnehmen. Die kommende Bundeszivilprozessordnung wird dannzumal durch die Erfahrungen der in diesem Bereich voranschreitenden Kantone bereichert werden.

Verschiedene Gerichte haben die unbefriedigende Situation, von Gesetzes wegen keine unentgeltliche Mediation gewähren zu können, erkannt. Sie versuchen sie zu umschiffen, indem etwa im Scheidungsprozess der einen Partei formaliter eine unentgeltliche Anwältin zugesprochen wird, die mit beiden Parteien als Mediatorin eine Scheidungskonvention vorprozessual erarbeitet und die Parteien darauf im Verfahren vor Gericht vertritt.

In Zürich hat sich mittlerweile auch der Gesetzgeber der unentgeltlichen Mediation angenommen. Nach dem kantonalen Gesetz betreffend Anpassung der Prozessrechts im Personen- und Familienrecht[27] lautet § 89a der Zivilprozessordnung, im Parlament unbestritten,[28] inskünftig neu: "Der Regierungsrat kann in einer Verordnung die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Mediation in Familienrechtssachen festlegen".

IV. Voraussetzungen der unentgeltlichen Mediation

1. Ausgangslage und Problemstellung

a. Notwendigkeit der Prozessnähe der unentgeltlichen Mediation

Dogmatisch dürfte das Hauptproblem der unentgeltlichen Mediation in ihrer Nähe oder Ferne zum Prozess über den

21 So in BGE 121 I 325 E. 2c. In diesem Fall hatten die Parteien einer Scheidung für die Unterstützung bei der Ausarbeitung einer Konvention nach Hängigkeit des Prozesses, jedoch ausserprozessual gemeinsam einen Rechtsanwalt beauftragt und dafür Unentgeltlichkeit beantragt.

22 Insofern verkennt BGE 121 I 325 die Realitäten des gerichtlichen Alltags, wonach "im Rahmen von gerichtlichen Vergleichsverhandlungen den rechtsuchenden Parteien regelmässig Vergleichsvorschläge vorgelegt ... und *im Interesse einer beförderlichen Prozesserledigung* ... Scheidungskonventionen" unterbreitet werden (eigene Hervorhebungen). Rasche Erledigung heisst noch nicht befriedende Scheidung.

23 Auch die Offizialmaxime dient lediglich der Klärung des Sachverhalts, nicht des Konflikts. Kritisch zum Richter als Mediator auch MÖHRLE, 1547 f., 1556 f. Das Bezirksgericht Zürich erledigte 1999 1923 Scheidungsverfahren, zu deren Beginn ca. in 30% und bei deren Erledigung in ca. 80% der Fälle Konventionen vorlagen.

24 BGE 119 Ia 265 E.3a. Wie gesehen kann sich das Bedürfnis zum Vorteil von Parteien und Staat auch auf ein *mediatives* Verfahren zur Wahrung von *Interessen* richten.

25 Wobei als massgeblich erachtet wurde, dass dieser Behörde auch eine Entscheidkompetenz zukomme. Für das reine Schlichtungsverfahren wurde die Frage demgegenüber offen gelassen und im konkreten Fall wurde der Anspruch mangels Notwendigkeit verneint (BGE 119 Ia 268 E. 4c und d).

26 NZZ vom 1./2.4.00, S. 14.

27 Das Gesetz wurde vom Kantonsrat am 27.3.2000 verabschiedet und tags darauf im Amtsblatt des Kantons Zürich (online: vgl. www.zueri.ch/kantonsrat) veröffentlicht. Die Frist für das fakultative Referendum ist am 27. Juni 2000 (ohne Einreichung eines Referendums) abgelaufen.

28 Ebenso hatte sich bereits die vorberatende Kommission einstimmig für die Bestimmung ausgesprochen. Ich danke der Kommissionspräsidentin Rechtsanwältin DOROTHEE JAUN für die entsprechenden Auskünfte.

Streitgegenstand liegen. Die Unentgeltlichkeit von Rechtspflege und Rechtsbeistand wird für die Durchsetzung eines Rechts vor Gericht gewährt. Mediation findet indes vor dem Prozess statt oder macht diesen überhaupt obsolet. Es besteht die Gefahr, dass auf Kosten der Staatskasse auch Streitereien mediativ ausgetragen werden könnten, für welche im Falle eines Prozesses die unentgeltliche Rechtspflege zu versagen wäre, zum Beispiel, weil das gerichtliche Verfahren als aussichtslos erscheint, weil kein klagbarer Rechtsanspruch vorliegt oder weil einer Konfliktpartei von Rechts wegen keine Parteistellung zukommt.

Freilich wäre denkbar, für jeden Streit der bedürftigen Partei unentgeltliche Mediation zu gewähren. Damit liesse sich das sozialpolitische Potenzial der Mediation unterstreichen und fördern. Eine solche Idee sprengte jedoch die Gerichtskassen und entbehrt der gesetzlichen wie auch der realpolitischen Grundlagen, weshalb sie hier nicht weiter verfolgt wird.

An die Voraussetzungen der Unentgeltlichkeit der Mediation sind daher nicht aus dogmatischer, sondern aus finanzieller Notwendigkeit klare gesetzliche Voraussetzungen zu knüpfen, wobei insbesondere der Nähe zum Prozess Beachtung zu schenken ist. Dabei stehen die Fragen nach den (Erfolgs-) Aussichten der Mediation sowie nach dem Verhältnis zwischen Interessen und Rechten der Parteien im konkreten Einzelfall im Vordergrund. Die erste Frage wird primär bei den Voraussetzungen, welche die Parteien selbst mitbringen müssen (unten 2.a), zu beantworten sein. Die zweite Frage ist dogmatisch wie praktisch bei den Voraussetzungen an den thematischen Bereich des Streits, welcher durch Mediation gelöst werden soll (unten 2.c), zu klären. Ausserdem sind an die Mediatoren, welche aus der Staatskasse entschädigt werden sollen, bestimmte Anforderungen zu stellen (unten 2.b).

b. Anlehnung an die Praxis bei der mietrechtlichen Schlichtung

Beim unentgeltlichen Rechtsbeistand wird das Problem der Nähe des Streitfalles zum Prozess praktisch entschärft, indem in gewissen Fällen auch für ausserhalb eines Prozesses getätigte Aufwände des Beistands die Staatskasse einspringt. Zum Beispiel wurde einer Anwältin für vorprozessuale Arbeiten im sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahren eine Entschädigung gewährt.[29] Für das Verfahren vor der Schlichtungsstelle eines Mietgerichts hat das Bundesgericht den Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung trotz des Umstandes bejaht, dass die Stelle vorprozessual und nicht als Gerichtsbehörde tätig wird.[30]

Genau genommen dient das Verfahren vor der Schlichtungsstelle – ebenso wie eine Mediation – dazu, den Prozess zu vermeiden, ist vom Sinn und Zweck her also weniger ein vor- als ein ausserprozessualer Versuch der Streitbeilegung. Soll oder muss die Unentgeltlichkeit der Verbeiständung bei einem solchen Versuch tatsächlich vom Bestehen von Entscheidkompetenzen wie denjenigen der mietrechtlichen Schlichtungsbehörden abhängen?

Das Damoklesschwert des "Richter"-Spruches vermag auf die Verhandlungsbereitschaft der Parteien vor der Schlichtungsstelle Druck auszuüben und damit Verhandlungsdauer und Kosten für den Staat begrenzen. Die Mediation lebt allerdings gerade von der Idee, dass die Parteien eines Konflikts freiwillig und in eigener Verantwortung an dessen Lösung arbeiten und diese selbst bestimmen wollen.[31] Immerhin lässt sich ein Konflikt nicht durch Verhandlungen lösen, wenn dazu nur eine Partei guten Willens ist. Und das Wissen der anderen Partei um den möglichen Prozess belässt ihr nichtsdestotrotz den Entscheid, sich an mediativen Verhandlungen zu beteiligen oder nicht. Die Zustimmung zur Mediation sollte ihr dabei umso leichter fallen, als ja auch ihre Interessen darin zu gleichen Teilen[32] gewahrt werden. Insofern schadet ihr ein gewisser Druck zu Verhandlungen nicht.[33] Damit kann die Unentgeltlichkeit der Mediation insbesondere in Fällen gewährt werden, in denen ohne mediativ gefundene Lösung auch ein richterliches Urteil erlangt werden kann.

c. Gesetzliche Grundlagen nur für Familienrechtssachen

Für die Gewährung der unentgeltlichen Mediation bestehen derzeit im Kanton Zürich nur in Familienrechtssachen explizite gesetzliche Grundlagen.[34] Das Anpassungsgesetz verweist hiezu auf die Artikel 90 bis 456 ZGB.[35] Als Familienrechtssachen gelten somit namentlich alle Streitigkeiten:

- zwischen Ehepaaren mit Bezug auf Scheidung oder Trennung und ihre Nebenfolgen sowie sonst mit Bezug aufs Ehegüterrecht (z.B. gemäss Art. 185 ZGB);
- aus Verlöbnis (z.B. Art. 91 f. ZGB);
- im Zusammenhang mit der Entstehung oder den Wirkungen des Kindsverhältnisses einschliesslich der Adoption (Art. 252 ff., 264 ff., 270 ff. ZGB) und des behördlichen Schutzes (Art. 307 ff., 324 ff. ZGB) von Kindern;
- allgemeiner Natur zwischen Eltern und erwachsenen (z.B. Art. 272, 327 ZGB) oder unmündigen (Art. 301 ff. ZGB) Kindern;
- zwischen Verwandten im Sinne von Art. 328 ff. ZGB sowie zwischen in gemeinsamem Haushalt lebenden Personen (Art. 331 ff. ZGB);
- mit Vormundschaftsbehörden (Art. 360 ff. ZGB), Vormündern und Beiständen (z.B. Art. 367, 405 ff., 417 ff. ZGB).

---

29 BGE 114 V 228 E. 5. Vgl. auch BGE 119 Ia 265 E. 3a, mit weiteren Beispielen im Bereich Verwaltungsverfahren.

30 BGE 119 Ia 267 E. 4. Vgl. dazu bereits oben III.2.

31 Wobei die fehlende Entscheidungsgewalt des Mediators von Vorteil ist (MEIER/DUVE, 158 Ziff. 3).

32 Wozu je nach Fall durchaus auch ein gegenseitiges Entgegenkommen und der Verzicht auf Maximalforderungen gehört.

33 In diesem Sinne auch BREIDENBACH, 43 f., 69: Recht als Bestandteil der Interessen einer Partei. Ausführlich zur "Zwangsmediation" auch GLENEWINKEL, 368 ff., mit vielen Hinweisen.

34 Hier findet die Mediation in der Schweiz ihr bislang breitestes Anwendungsfeld. Vgl. ebenso für Deutschland GLENEWINKEL, 105 ff., 161 f., 230 ff.

35 Vgl. Ziff. III. des Gesetzes zur Anpassung von § 56 des Einführungsgesetzes zum ZGB (EG ZGB) vom 11.4.1991.

Mit dieser gesetzgeberischen Entscheidung genügt es, in familienrechtlichen Fällen Voraussetzungen bei den Parteien (2.a) und dem Mediator (2.b) zur Gewährung der Unentgeltlichkeit zu statuieren. Da diese indes wie dargelegt auch in anderen Streitigkeiten von grossem Nutzen auch für Allgemeinheit sein kann, rechtfertigt es sich, nachfolgend weitere Überlegungen zur erforderlichen Nähe umstrittener Interessen zum Prozess in nicht familienrechtlichen Konflikten anzustellen (2.c).

2. Unabdingbare gesetzliche Voraussetzungen

a. Voraussetzungen bei den Parteien

Die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist an die erwähnten Voraussetzungen geknüpft, dass die ansprechende Partei seiner zur gehörigen Wahrung der Rechte bedarf, dass sie die damit verbundenen Kosten nicht ohne Beeinträchtigung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und die Familie aufbringen kann und dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint.[36] Diese Voraussetzungen können für die Unentgeltlichkeit der Mediation sinngemäss übernommen werden.

aa. *Bedarf an einer Mediation.* Der Bedarf der ansprechenden Partei an einer unentgeltlichen Mediation ist zu bejahen, wenn die Partei an einem Konflikt beteiligt ist, der ihre Interessen tangiert und der ohne die fachkundige Unterstützung des Mediators nicht gelöst werden kann. Die Interessen müssen thematisch in einen Mediationsbereich fallen, der die erforderliche Nähe zum Prozess[37] aufweist. In Zürich ist dies bei familienrechtlichen "Sachen" ohne weiteres zu bejahen.

Eigene Kenntnisse der Ansprecherin über Mediation, sei es als ausgebildete Mediatorin oder als bereits einmal an einer Mediation beteiligte Konfliktpartei, stehen der Unentgeltlichkeit der Mediation nicht entgegen. Niemand braucht in eigener Sache neutral, objektiv oder gar allparteilich zu sein. Wird der Mediator angerufen, ist davon auszugehen, dass der Bedarf an Unterstützung durch eine unbeteiligte Person besteht. Insbesondere in von hoher Emotionalität geprägten familienrechtlichen Streitigkeiten wird der Bedarf an einer Mediation relativ einfach auszuweisen sein. Missbräuche der Unentgeltlichkeit der Mediation sind kaum zu befürchten. Fehlt es der bedürftigen Partei am ernsthaften Verhandlungswillen, kann die Mediation ohnehin nicht durch- oder weitergeführt werden. Die Unentgeltlichkeit ist zu verweigern oder nachträglich wieder zu entziehen.

Die unentgeltliche Mediation kann auch einer ausserhalb der Familie stehenden Person – etwa der Schwiegermutter, dem Stiefsohn – gewährt werden, sofern sie beispielsweise im selben Haushalt lebt, ihre Beteiligung an der Mediation für die Bearbeitung und Lösung des Konflikts notwendig und sie dazu bereit, jedoch bedürftig ist und sich ausserdem an den Kosten der Mediation zu beteiligen hat. Das letztere kann der Fall sein, wenn sie selbst Interessen an der Lösung des Konflikts hat oder wenn sie im (fremden) Interesse einer Konfliktpartei an der Mediation teilnimmt.

bb. *Wirtschaftliche Bedürftigkeit.* Sie wirft keine neuen Fragen auf. Es kann auf die Praxis zur Gewährung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes verwiesen werden. Dementsprechend ist auch für die Ermittlung der Bedürftigkeit im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Mediation vom betreibungsrechtlichen Existenzminimum des Ansprechers auszugehen. Darüber hinaus sind seine individuellen Gegebenheiten im Einzelfall, seine gesamte finanzielle Situation im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs, zu berücksichtigen.[38]

cc. *Fehlende Aussichtslosigkeit der Mediation.* Der Erfolg einer Mediation hängt wesentlich von der Bereitschaft der Parteien ab, effektiv eine mediative, den Interessen aller Parteien gerecht werdende Lösung des Konflikts anzustreben.[39] Da Mediation in der Schweiz auf freiwilliger Basis und im Einverständnis aller Parteien durchgeführt wird, bekunden die Parteien ihren ernsthaften Willen, zu einer mediativen Lösung zu gelangen, durch ihre vorbehaltslose Teilnahme an der Mediation. Ohne diese Bereitschaft kann und darf die Mediatorin nicht tätig werden. Mit der Bereitschaft entfällt die Aussichtslosigkeit, den Konflikt mit Mediation lösen zu können, soweit er durch Verhandlungen überhaupt lösbar ist.[40]

Im Gegensatz zum vor Gericht ausgetragenen Rechtsstreit gibt es in der Mediation keine Gewinner und Verlierer. Scheitert die Mediation im Verlaufe der Bearbeitung des Konflikts, verlieren beide Parteien die Gelegenheit zur selbständigen Gestaltung einer einvernehmlichen, alle Interessen zumindest partiell berücksichtigenden Lösung ihres Konflikts.[41] Selbst in einem solchen Fall wäre die Aussichtslosigkeit der Mediation für die bedürftige Partei mit Blick auf das für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verlangte Kriterium, dass die Gewinnaussichten nicht beträchtlich geringer als die Verlustgefahren erscheinen dürfen,[42] nach dem Gesagten zu verneinen. Zudem behalten

36 Vgl. dazu oben I. und III.1.; §§ 84 und 87 ff. der Zürcher Zivilprozessordnung.
37 Näher dazu unten c.
38 Vgl. WALDER-BOHNER, 419 N 28 ff. und FN 23, m.H.a. die Praxis des Bundesgerichts; FRANK/STREULI/MESSMER, N 11 f. zu ZPO 84.
39 Dazu auch BREIDENBACH, 57 ff.; GLENEWINKEL, 68 ff.
40 Dazu auch unten c.cc.
41 Über die in der Mediation erhaltenen Informationen der anderen Seite wird zu Beginn der Mediation regelmässig eine Schweigepflicht der Parteien verabredet. Zum Ausschluss der Zeugnisablegung oder der Erteilung anderer Auskünfte des in einer Ehesache tätig gewesenen Mediators siehe auch Art. 139 Abs. 3 ZGB sowie § 160a Zürcher Anpassungsgesetz.
42 Und die Teilnahme an der Mediation daher retrospektiv kaum als ernsthaft bezeichnet werden konnte. Vgl. dazu für die unentgeltliche Rechtspflege FRANK/STREULI/MESSMER, N 21a zu ZPO 84.

die Parteien ihre rechtlichen und prozessualen Handlungsoptionen auch nach der gescheiterten Mediation.[43]

Zur Einhaltung nicht erstreckbarer Klagefristen können Klagen unter Umständen bereits vor oder während der Mediation mit dem Gesuch um Sistierung bis zur Beendigung der Mediation eingereicht werden. Dieses Vorgehen ist den übrigen Mediationsteilnehmenden rechtzeitig zu kommunizieren, um den Verhandlungserfolg der Mediation nicht zu gefährden. Zwar kann der damit auf die andere Seite erzeugte Druck diesem Erfolg abträglich sein. Wie es sich damit verhält, ist im Einzelfall unter dem Aspekt der Mediationsbereitschaft der zur Klage aktivlegitimierten Partei zu beurteilen. Diese Bereitschaft wird ihr aber nicht bereits allein deshalb abgesprochen werden dürfen, weil sie quasi vorsorglich Klage einreicht. Zu berücksichtigen ist auch die allfällige Schwächung der Verhandlungsposition der Partei in der Mediation durch das endgültige Wegfallen einer Klagemöglichkeit infolge ungenutzten Fristablaufs.[44]

Unter dem Aspekt der fehlenden Aussichtslosigkeit der Mediation sind somit die Voraussetzungen des ernsthaften Willens und der effektiven inhaltlichen Möglichkeit der Parteien zu mediativen Verhandlungen zu prüfen. Im übrigen enthält das Mediations-Mandat ebensowenig wie das Anwalts-Mandat eine Erfolgsgarantie.[45] Geschuldet wird lediglich das Tätigwerden der Mediatorin im Sinne der mit den Parteien getroffenen Vereinbarung und nach den Regeln der Mediationskunst.

b. Voraussetzungen beim Mediator

Aktualiter steht es jedermann offen, Mediationen anzubieten und durchzuführen. Aus Sicht der Privatwirtschaft mögen Qualität und Erfolg der Mediation inskünftig den anbieterischen "Spreu vom Weizen" trennen. Indes erachtet es der Staat bei verschiedenen Berufsgattungen, so auch den Rechtsanwälten, im öffentlichen Interesse liegend, Standards und Fertigkeiten zwingend vorzuschreiben und auch zu überprüfen. Welche Qualifikationen sind für die unentgeltlichen Mediatorinnen zu fordern?

Mediation hat (noch) keinen eigenen Berufsstand. Kompetente Vermittlung setzt je nach Art des Konflikts Grundfertigkeiten und Berufskenntnisse voraus. Allgemein sind Mediatoren im angestammten Beruf etwa Juristen, Architektinnen, Psychologinnen, Pädagogen, Sozialarbeiterinnen oder Psychotherapeuten. In Familienrechtssachen sind rechtliche und psychosoziale Kenntnisse des Mediators gefragt. Im Weiteren will auch die Fähigkeit, Konfliktgespräche vermittelnd zu lenken und auf sachlichen Bahnen zu einem fairen und befriedenden Abschluss zu führen, gelernt und geübt sein.

In der Schweiz existieren keine gesetzlichen Vorgaben für die Weiterbildung zur Mediatorin. Richtlinien und Berufsregeln haben etwa der Schweizerische Anwaltsverband SAV[46] und der Schweizerische Verein für Mediation SVM[47] erlassen. Beide beziehen sich auch auf die Europäische Charta der Ausbildung für Familien-Mediatoren im Bereich von Trennung und Scheidung.[48] Danach gehören zur Ausbildung unter anderem mindestens dreissig Kurstage, ein Praktikum in Mediation und eine abschliessende Überprüfung des Erlernten.[49] Der im Mai 2000 neu gegründete Schweizerische Dachverband der mit Mediation befassten Organisationen formuliert nun einheitliche Ausbildungsstandards.

Diesen Standards werden unentgeltliche Mediatoren inskünftig entsprechen müssen. Wünschenswert wäre damit verbunden auch ein geschützter Titel "Mediator". Einstweilen bietet der SVM eine gewisse Gewähr für die Qualität seiner als Familienmediatoren anerkannten Mitglieder.[50] Zur Qualität des Mediators gehören nicht nur die Ausbildung sowie verschiedene persönliche Merkmale – Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Allparteilichkeit –, sondern auch seine Unabhängigkeit von den Parteien, Bereitschaft zur permanenten fachlichen Begleitung (z.B. Supervision) und Weiterbildung und gute berufliche Vernetzung, welche ihm erlaubt, bei Bedarf jederzeit die nötigen Co-Mediatorinnen mit anderem fachlichem Berufshintergrund beizuziehen.[51]

c. Voraussetzungen im Mediationsbereich (Nähe zum Prozess)

Im Bereich der Familienrechtssachen im Sinne der Zürcher Gesetzgebung stellt sich das Problem der Prozessnähe der mediativ zu verhandelnden Interessen nicht. Hier genügt, dass eine unterlassene oder gescheiterte Mediation etwa den ohnehin notwendigen Prozess über die Scheidung, Trennung oder Abänderung von Nebenfolgen verteuert oder dass sonst ein Prozess über die Aspekte, über welche sich die Parteien selbst nicht einigen konnten, angehoben werden kann. Als "Prozess" sind dabei neben gerichtlichen

43 Näher dazu EIHOLZER, 59 und 248 f., insbes. N 856 f., wonach auch ein vereinbartes Prozessverbot jedenfalls mit der Beendigung der (erfolglosen) Mediation entfällt.

44 Das mit der Klageeinreichung gestellte Gesuch um Sistierung des Prozesses kann ausreichende Verhandlungsbereitschaft signalisieren, um die Mediation nicht als aussichtslos erscheinen zu lassen.

45 Vgl. zur Mediationsabrede als einfachem Auftrag auch EIHOLZER, N 705 f.

46 Richtlinien SAV für Anwaltsmediatoren vom 30.8.1998, Berufs- und Standesregeln für mediativ tätige Anwälte. Nach Ziffer 9 hat sich der Anwaltsmediator über eine angemessene Ausbildung in Mediationstechnik auszuweisen. Ausführlicher dazu GALLI-WIDMER, 15 Ziff. 5.

47 Berufsregeln SVM für Familienmediation bei Scheidung und Trennung vom 24.1.1994.

48 Die Charta wurde 1992 an einem europäischen Kongress in Paris von Organisationen der Mediationsausbildung erlassen. Dazu BONO-HÖRLER, 123 und Anhang II; GLENEWINKEL, 270.

49 In Deutschland sind sodann die umfassenden Ausbildungsstandards der Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation massgebend (ausführlich dazu DACH, 103 ff.), in Österreich die Berufsregeln des Österreichischen Berufsverbandes der MediatorInnen (dazu KLAMMER/GEISSLER, 239 f., ferner 233 ff.).

50 Vgl. dazu das Reglement des SVM zur Anerkennung als FamilienmediatorIn durch den SVM vom 27. März 1998.

51 Ausführlich zum Bild des Mediators und zu Qualitätskontrollen auch GLENEWINKEL, 267 ff.

auch andere behördliche Verfahren im Zusammenhang mit familienrechtlichen Streitigkeiten zu verstehen.

Diese Rechtfertigung der Gewährung der Unentgeltlichkeit der Mediation lässt sich auch für andere Bereiche der Mediation nutzbar machen. Die nachfolgenden Erwägungen (aa-cc) werden daher de lege ferenda nicht zuletzt auch hinsichtlich der künftigen Bundeszivilrechtsordnung angestellt.

aa. *Sanktionierbarkeit der Interessenmissachtung*. Wer für die Verfechtung seiner Interessen in der Mediation vom Staat Unentgeltlichkeit verlangt, hat in geeigneter Weise darzutun, dass die Missachtung dieser Interessen eine prozessuale Auseinandersetzung nach sich ziehen kann. Dabei geht es nicht um die Androhung von Gewalt oder anderen rechtlich nicht gebilligten Verhaltensweisen. Zu denken ist vielmehr zum Beispiel an folgende Fälle:

- Eine Arbeitnehmerin wird gemobbt. Sie hat die Wahl, ihre Stelle zu kündigen, den Konflikt eskalieren zu lassen oder eine Mediatorin aufzusuchen. Die Eskalation schädigt nicht nur die Produktivität und damit den Gewinn des Betriebes. Sie birgt auch die Gefahr einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung über die Folgen der (fristlosen) Entlassung von Konfliktbeteiligten. Dasselbe gilt für die Kündigung durch die Arbeitnehmerin selbst. Jede Kündigung belastet ausserdem womöglich die Arbeitslosenversicherung oder die Fürsorge.
- Der Hauseigentümer ärgert sich über die seiner Meinung nach mangelhaften Arbeiten der Handwerker. Verweigert er ihre Bezahlung, droht ein Grundpfandeintrag in fünfstelliger Höhe. Damit würde der vorvertraglich bereits vereinbarte Verkauf des Hauses platzen.
- In der Erbengemeinschaft ist die Hölle los: die im Testament mit der Nutzniessung an der Wohnung bedachte Ehegattin will keinesfalls ins Pflegheim; der nicht erbberechtigte Stiefsohn kann sie nicht länger zuhause betreuen; die Tochter will sofort ihr Erbe antreten.

In all diesen Konfliktfällen ist die Beschreitung des Gerichtswegs – oder auch die Anhebung eines anderen staatlich getragenen streitigen oder unstreitigen Verfahrens[52] – grundsätzlich zwar möglich, hilft aber entweder gar nicht weiter oder es hat die ihn beschreitende Person zumindest selbst Nachteile zu gewärtigen, welche die Verteidigung ihrer Interessen kaum aufwiegt.

Die Arbeitnehmerin beispielsweise mag dem Arbeitgeber die Missachtung von Artikel 328 OR (Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin) vorwerfen. Eine Klage gegen ihre Arbeitskollegen auf korrektes Benehmen steht ihr indes nicht zu, und gäbe es sie, würde sie realiter kaum weiterhelfen. Klagt sie gegen den Arbeitgeber, droht ihr auch bei missbräuchlicher Kündigung der Stellenverlust. Der Mobbing-Nachweis ist nicht leicht zu erbringen und führt allenfalls auch eigene Schwächen vor.

Dennoch treffen tagtäglich aus solchen Situationen heraus erhobene Klagen bei den Gerichten ein und müssen dort bearbeitet und beurteilt werden. Der Schreibende hat selbst erfahren, wie oft es dabei im Grunde genommen gar nicht um den eingeklagten Rechtsanspruch, sondern um dahinter liegende, als solche nicht klagbare Interessen geht. Diese Interessen sind ernst zu nehmen, um aus ihrer Missachtung weder Mördergruben noch unbehelfliche Prozesse erwachsen zu lassen.[53]

Die erforderliche Prozessnähe von umstrittenen Interessen beispielsweise am Arbeitsplatz oder unter Erben, aber auch in der Nachbarschaft, von Lehrerinnen und Eltern, in Vereinen, zwischen Bürgern und der öffentlichen Verwaltung, mit Hauseigentümern oder Mieterinnen ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass ein behördliches Verfahren eingeleitet werden kann, falls der entsprechende Konflikt mediativ nicht gelöst wird. Mit der Einleitung von Gerichtsverfahren wird die Missachtung von Interessen "sanktioniert", obgleich die Interessen selbst damit oftmals nicht gewahrt werden können.[54]

Sache der Gesetzgebenden wird es sein, zu entscheiden, in welchen dieser und weiterer Fälle von alltäglichen Interessenkonflikten inskünftig ebenfalls unmittelbar klagbare oder andere verfahrensrechtliche Rechtsansprüche zur Verfügung stehen, um die Konflikte so prozessual stringenter zu lösen. In allen übrigen Fällen sollte die unentgeltliche Mediation unter den vorgestellten Voraussetzungen im geldwerten Interesse einer nachhaltiger befriedeten Gesellschaft meines Erachtens gewährt werden.

bb. *Fairnesskontrolle und Durchsetzbarkeit der mediativ gefundenen Lösung*. Mediatoren sind für den kommunikativen Prozess verantwortlich, nicht jedoch für den Inhalt der Verhandlungen zwischen den Parteien. Diese bestimmen jenen selbst und wählen auch die in der Mediation gefundene Lösung ihres Konflikts. Um die Parteien nicht manipulativ zu beeinflussen, enthält sich die Mediatorin, auch wenn sie Anwältin ist, dabei rechtlicher Stellungnahmen.

Von diesem Grundprinzip der Mediation[55] ausgenommen sind Hinweise der Mediatorin auf die Nichtigkeit von Vereinbarungen der Parteien oder einen mit der Vereinbarung verbundenen Verzicht auf von Rechts wegen bestehende Ansprüche,[56] ebenso Hinweise auf offensichtlich einseitige, die andere Seite grob benachteiligende Lösungen, bei denen das Misslingen eines Machtausgleichs durch den Mediator zu vermuten ist. Solches Misslingen hätte der Mediator als Kunstfehler noch während der laufenden Verhandlungen mit einer Intervention zu verhindern.

---

52 In Betracht kommen beispielsweise Betreibungshandlungen, das Begehren um Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts oder um behördliche Inventarisierung einer Erbschaft sowie weitere Verwaltungsverfahren, die sich mit Mediation verhindern oder vereinfachen lassen.

53 Trefflich hiezu die Gegenüberstellung von im gesetzten Recht verobjektivierter Gerechtigkeit einerseits und von durch die Parteien nach individuellen Massstäben mediativ gefundener subjektiver Gerechtigkeit andererseits bei BONO-HÖRLER, 137 ff.

54 So sind denn auch Aussagen wie: der geb ichs, dem heize ich nun ein, das lasse ich mir nicht bieten usw. an den Gerichten häufig gehörte "Gründe" für Klagen, welche nur vage – im weitesten thematischen Sinn – oder auch gar nichts mit den verfochtenen Interessen zu tun haben.

55 Dazu auch FREY, 687 f.; BESEMER, Mediation, 18, 83, 85 f.; BREIDENBACH, 137, 143, 145 ff.; BREIDENBACH/HENSSLER, 114 f.; MOORE, 15, 74 ff.; ferner BONO-HÖRLER, 34 ff.

56 So auch gemäss Ziff. 3 Abs. 2 und Ziff. 6 der Richtlinien SAV für Anwaltsmediatoren.

Ganz natürlich und Zeichen einer gelingenden Mediation ist, dass Parteien im Laufe der mediativen Verhandlungen von ursprünglich eingenommenen Positionen abrücken, Interessen der anderen Seite entgegenkommen und mitunter auch auf eigene Rechtsansprüche verzichten. Ob die in der Folge vereinbarte Lösung ihr gerecht wird, entscheidet jede Partei für sich selbst. Hält sie sie für nicht fair, braucht sie ihr nicht zuzustimmen und die Mediation geht weiter, bis eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung gefunden ist. Allerdings ist nicht jede Partei immer imstande, sofort und allein zu beurteilen, wie es sich damit verhält. Da sich die Mediatorin selbst inhaltlichen Stellungnahmen enthält, benötigt die Partei dann den Rat einer Drittperson, die die Vereinbarung auf ihre Fairness hin überprüft.

Eine Fairnesskontrolle kann etwa angezeigt sein, wo eine mediative Lösung klar oder in ungewohnter Weise vom geltenden dispositiven Recht abweicht. Die Kontrolle wird durch eine rechtskundige Person durchgeführt, welche das Resultat der Mediation, die gefundene Lösung, im übrigen zu respektieren hat.[57] Die Fairnesskontrolle ist separat zu entgelten, kann jedoch auch, als Bestandteil der Mediation, unter die Unentgeltlichkeit fallen.

Zur Fairnesskontrolle gehört auch die Überprüfung der Durchsetzbarkeit der vereinbarten Lösung. Beide, Fairnesskontrolle und Durchsetzbarkeit der Lösung, sind im Rahmen des Notwendigen unabdingbare Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Mediation. Ohne sie läuft das den Mediator entgeltende Gemeinwesen Gefahr, für eine nicht tragfähige Konfliktlösung bezahlt zu haben, in deren Folge es schliesslich doch zum Prozess kommt oder die zum Beispiel den Scheidungsprozess noch verkompliziert, statt ihn zu vereinfachen. Immerhin ist im Einzelfall zu prüfen, ob es einer Fairnesskontrolle wirklich bedarf. Sind doch ihre Kosten wie erwähnt ebenfalls vom Gemeinwesen zu übernehmen.

Zumeist wird die mediativ gefundene Lösung am Ende der Mediation schriftlich in Vertragsform festgehalten. Nach dem Grundsatz "pacta sunt servanda" bindet dieser Vertrag die Parteien und auch die Gerichte. Die schriftliche Anerkennung einer Geldforderung kann bei Nichteinhalten des Vertrages als Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG verwendet werden. Der Vertrag zeitigt auch psychologische Bindungswirkungen: die Parteien haben ihn freiwillig und in Wahrung ihrer Interessen ausgehandelt, sind somit an seiner Einhaltung und ebenso an der Wahrung der in der Mediation erreichten Verständigung interessiert.

cc. *Vorbehalt gesetzlich zwingenden Rechts.* Es versteht sich von selbst, dass mediativ gefundene Lösungen die zwingenden Vorschriften des Rechts zu beachten haben. Mediation macht damit grundsätzlich nur in Bereichen Sinn, in welchen den Parteien überhaupt ein Verhandlungsspielraum zukommt. Ihr Konflikt beziehungsweise die geltend gemachten Interessen müssen von Gesetzes wegen verhandelbar sein. Im Strafprozess zum Beispiel gibt es zwischen Bezirksanwalt und Angeklagtem nichts zu vermitteln.[58] Im Scheidungsprozess entscheidet letztlich das Gericht über die Zuteilung der elterlichen Sorge für die Kinder. Dieser Entscheid wird jedoch durch den mediativ ausgehandelten Antrag der Eltern wesentlich vereinfacht. Der Verhandlungsspielraum und damit der Raum für eine Mediation ist mithin in jedem Konfliktfall neu zu ermitteln.

3. Offene Verfahrensfragen

Die Gewährung einer unentgeltlichen Mediation wirft Verfahrensfragen auf. Wer ist für die Gewährung zuständig? Wie läuft das Gesuchsverfahren ab? Wer bezahlt die unentgeltliche Mediation zu welchen Ansätzen? Ist auch unentgeltliche Co-Mediation möglich? Wann kann die Unentgeltlichkeit durch wen wieder entzogen werden? Welche Folgen hat ein Scheitern der Mediation für die gewährte Unentgeltlichkeit? Wer bekommt den Auftrag zur unentgeltlichen Mediation?

Bei familienrechtlichen Sachen im Sinne der Zürcher Gesetzgebung erscheinen folgende Antworten plausibel: Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Mediation ist beim Gericht oder der Behörde zu stellen, bei dem die Klage oder bei der das Begehren um Verfahrensschritte einzureichen ist. Die zuständige Amtsperson entscheidet über die Gewährung sowie den allfälligen Entzug der Unentgeltlichkeit. Die Mediation wird aus der Gerichtskasse oder der Kasse der zuständigen Behörde entgolten. Der Ansatz richtet sich nach den ortsüblichen Ansätzen, auch für Co-Mediation. Diese muss den Mediatoren offen stehen, denn nur so ist die geeignete Form der Vermittlung und Behandlung des Konflikts im Einzelfall zu gewährleisten. Den Parteien ist die freie Mediatorenwahl zuzugestehen, da sie am ehesten eine erfolgreiche Mediation verspricht.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Gewährung der Unentgeltlichkeit für Mediationen in Interessen-Konflikten, die ungelöst Prozesse anzetteln oder verkomplizieren können, dient sowohl der Befriedung der Konfliktparteien als auch der Entlastung der Gerichte und spart für die Steuerzahler Geld. Vorauszusetzen ist, dass die bedürftige Partei zur Mediation bereit ist und dass die umstrittenen Interessen überhaupt verhandelbar sind. Der vom Staat entgoltene Mediator hat noch festzulegenden Qualitätsstandards zu genügen. Die mediativ gefundene Lösung muss fair und durchsetzbar sein und dazu beitragen, dass ein Prozess oder Verwaltungsverfahren über den Streitgegenstand vermieden oder vereinfacht wird.

Rechtsdogmatisch belässt die unentgeltliche Mediation noch vieles offen. Klärungsbedürftig erscheint etwa das Verhältnis zwischen privater Mediation und staatlicher

57 Vgl. dazu auch TRACHSEL. Zur Fairnesskontrolle an sich auch BONO-HÖRLER, 139 ff.

58 Wogegen zwischen Täter und Opfer je nach Fall eine die Tat ausgleichende Vermittlung sinnvoll sein kann. Die Justizdirektion des Kantons Zürich hat ein entsprechendes Projekt zum Täter-Opfer-Ausgleich lanciert. Andere Länder kennen diesen bereits in der Praxis. Für Österreich ausführlich KLAMMER/GEISSLER, 178 ff.; für Deutschland HEHN, 65 ff.

Schlichtung im Bereich Mietrecht, allgemeiner auch zwischen Friedensrichtern, Ombudsmännern und Mediatorinnen.[59] Aus rechtspolitischer Sicht ist die Ausweitung der finanziellen staatlichen Unterstützung von Parteien eines Konflikts auf die aussergerichtliche Verhandlung von Interessen von besonderer Bedeutung. Zum einen zeigt sie eine Schwachstelle in unserem Rechtssystem, das in so manchem Konflikt zwar hoheitliche Entscheide ermöglicht, nicht aber die Wahrung der hinter dem Konflikt stehenden Interessen der Parteien. Zum anderen kann die mediative Verhandlung solcher Interessen inskünftig zu mehr subjektiver Gerechtigkeit führen und so auch den sozialen Frieden mehren. Das ist das Geld wert, welches die unentgeltliche Mediation den Staat kostet.

Literaturübersicht:

BESEMER CHRISTOPH, *Mediation* – Vermittlung in Konflikten, 3. A., Karlsruhe 1995.

BESEMER CHRISTOPH, Mediation in der *Praxis* – Erfahrungen aus den USA, 2. A., Karlsruhe 1999.

BÖSCH PETER, Der Nachbarstreit und dessen Beilegung, Mediation – ein neuer Weg, in SJZ 94 (1998) Nr. 4, 77 ff.

BONO-HÖRLER CAROLINE, Das Mediatonsverfahren im Unterschied zu Konventionsverhandlungen bei Trennungen und Scheidung, AJP/PJA 1998, 555.

BONO-HÖRLER CAROLINE, Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung, Eine interdisziplinäre Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Rolle des Rechts und der Rechtsanwälte, Diss. Zürich 1998.

BREIDENBACH STEPHAN, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.

BREIDENBACH STEPHAN/HENSSLER MARTIN (Hrsg.), Mediation für Juristen, Köln 1997.

BRUGGER-MARIANI GABI, Mediation und New Public Management, Wenn Konflikte die Verwaltung lähmen, in new public management, Zeitschrift der Öffentlichen Verwaltung des Kantons Zürich, Ausgabe September 1998.

DACH, Schriftenreihe 12: Mediation, Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Köln 1999.

EIHOLZER HEINER, Die Streitbeilegungsabrede, Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, Diss. Freiburg 1998.

FISHER ROGER/URY WILLIAM/PATTON M. BRUCE, Das Harvard-Konzept, Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, 14. A., Frankfurt am Main 1995.

FRANK/STREULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997.

FREY EBERHARD, Familienmediation – ein alternatives Ent-Scheidungsverfahren, in AJP/PJA 1997, 677 ff.

GALLI-WIDMER MARIANNE, Richtlinien für Anwaltsmediatoren, in Anwalts Revue 3/1999, 14 f.

GLASL FRIEDRICH, Konfliktmanagement: ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater, 6. A., Bern 1999.

GLENEWINKEL WERNER, Mediation als aussergerichtliches Konfliktlösungsmodell, Am Beispiel der Trennungs- und Scheidungsmediation in der Bundesrepublik Deutschland, Dissertation Göttingen 1999.

HEHN MARCUS, Nicht gleich vor den Richter …, Mediation und rechtsförmliche Konfliktregelung, Bochum 1996.

JACOT MARC ANDRÉ, Die Kosten der Rechtsverfolgung als Schranke für den Rechtsuchenden, Diss. Zürich 1978.

KLAMMER GERDA/GEISSLER PETER (Hrsg.), Mediation – Einblicke in Theorie und Praxis professioneller Konfliktregelung, Wien 1999.

MEIER ISAAK/DUVE CHRISTIAN, Vom Friedensrichter zum Mediator, Einführung von Mediation in bestehende Institutionen der Streitschlichtung, in SJZ 95 (1999) Nr. 8, 157 ff.

MÖHRLE CAROLINE, Mediation und mediative Techniken in der Hand des staatlichen Richters im revidierten Scheidungsrecht, in AJP/PJA 1999, 1546 ff.

MOORE CHRISTOPHER W., The mediation process – Practical strategies for resolving conflicts, 2. A., San Francisco 1996.

PETER JAMES T., Mediation: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen, AJP/PJA 2000, 18.

PROKSCH ROLAND, Kooperative Vermittlung (Mediation) in streitigen Familiensachen – Praxiseinführung und *Evaluation*, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.), Bd. 159.2, Stuttgart/Berlin/Köln 1998.

STREMPEL DIETER (Hrsg.), Mediation für die Praxis, Berlin 1998.

TRACHSEL DANIEL R., Respekt vor der Mediation bei Fairnesskontrollen durch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, in Anwalts Revue 3/1999, 4 ff.

WALDER-BOHNER HANS-ULRICH, Zivilprozessrecht, Zürich 1983.

59 Vgl. hiezu bereits EIHOLZER, N 116 ff. und 138 ff.; MEIER/DUVE; BONO-HÖRLER, 242 f.

L'octroi d'une médiation gratuite dans des conflits d'intérêts qui pourraient aboutir dans des procès indécis et compliqués sert à appaiser les parties au conflit, décharge les tribunaux et soulage les caisses de l'état. Néanmoins, la condition de base pour qu'une telle médiation puisse avoir lieu est la volonté de la partie indigente de s'y soumettre et que les intérêts litigieux sont à disposition des parties. Au surplus, le médiateur indemnisé par l'état doit adhérer à un niveau de qualité qui est encore à définir. La solution trouvée par la médiation doit être équitable et exécutoire et contribuer à éviter, voire simplifier, un procès de droit civil ou administratif.

Du point de vue de la théorie, la médiation gratuite n'a pas encore été discutée à fond. Par exemple, les relations entre le médiateur privé et les autorités étatiques de conciliation dans le domaine du droit de bail, et, d'une manière générale, entre les juges de paix, les ombudsmann et les médiateurs nécessitent une clarification. Du point de vue de la politique du droit, le soutien financier par l'état d'une partie à un conflit doit être élargi à des discussions extrajudiciaires lorsque les intérêts le justifient. D'une part, notre système est encore défaillant en ce sens qu'il garantit dans la plupart des cas des décisions autoritatives, mais il ne respecte pas toujours les intérêts subjectifs des parties au conflit. D'autre part, la discussion médiative peut respecter d'avantage ce genre d'intérêts et ainsi contribuer à une justice plus subjective, ce qui sera sans aucun doute bénéfique pour la paix sociale. La médiation gratuite vaut certainement l'argent que l'état doit débourser pour elle.

(Flurin von Planta)