

Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung

Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht



THOMAS PFISTERER,
Dr. iur., LL.M., Rechts-
anwalt, Titularprofessor
i.R. Universität St. Gallen,
ehemaliger Ständerat, Re-
gierungsrat, Bundesrichter,
Verwaltungsgerichts-
präsident, Baden/Aarau

Inhaltsübersicht

1. Bedeutung einer Übersicht
2. Gesetzgeberische Öffnung zu Konsens und Mediation
 - 2.1 Tradition und Kultur der Verständigung und Vermittlung
 - 2.2 Die Justizreform und parallele Reformen
3. Ziele und Gründe für eine verstärkte Beteiligung von Privaten
 - 3.1 Rascher, billiger und besser – streitvermeidend
 - 3.2 Eignung und Leistungsgrenzen des Verfahrens
 - 3.3 Beitrag der und Mehrwert für die Privaten sowie Entlastung des Staates
 - 3.3.1 Beiträge im Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht – Verträge und Entscheidvorbereitung
 - 3.3.2 Mehr Einfluss und Schutz der Privaten
 - 3.3.3 Entlastung für Justiz und Kantone
 - 3.4 Kulturwandel, ungenutztes Potential und Informationsbedarf
 - 3.4.1 Kulturwandel bei Behörden und Privaten
 - 3.4.2 Ungenutztes Potential – Information und Ausbildung
4. Einigungs- und Mediationslösungen – «konferieren statt prozessieren»
 - 4.1 Einigung als Ziel und Mediation als Mittel
 - 4.1.1 Einigung und Mediation – Kern und Umfeld
 - 4.1.2 Einigung als Ziel – Autorität, Kooperation, Konsens und Ausgleich
 - 4.1.3 Mediation als Mittel – Qualifikation
 - 4.2 Vermittlung durch Behörden oder Private – Konsenshilfe
 - 4.2.1 Behörden- oder Privatvermittlung
 - 4.2.2 Auftrag und Ausgestaltung der Mediation – Verfahrens- oder Inhaltshilfen

5. Integration in die Rechtsordnung
 - 5.1 Vorrang des Rechts
 - 5.1.1 Einfügung in die Grundordnung
 - 5.1.2 Einführung des Rechts in die Verhandlungen
 - 5.2 Rechtsgrundlage und ihre Dimensionen
 - 5.2.1 Keine besondere Rechtsgrundlage nötig – «Türen»
 - 5.2.2 Gesetz zur Erleichterung, zur Information, Legitimation und Kontrolle
 - 5.3 Freiwilligkeit und Rückfallposition – Behördenempfehlung
 - 5.3.1 Kein Zwang – das Recht «auszusteigen»
 - 5.3.2 Empfehlung von Richtern u. a. Behörden
6. Blosser Schnittstellenregelung
 - 6.1 Zwischen Kodifikation, Kombination und Erschwerungen
 - 6.1.1 Kombination mit dem Gesetz – weder Verstaatlichung, noch Aufweichung
 - 6.1.2 Einigung mit Mediation ausserhalb der Gesetze
 - 6.2 Kombinationen mit verschiedenen Verfahrensarten
 - 6.2.1 Arten von Kombinationen mit dem positiven Recht
 - 6.2.2 Ausbau der Palette der Konfliktregelungsarten
 - 6.2.3 Behördenvermittelte Einigungsprozesse – gerichtssintern
 - 6.3 Mehrfache Sicherungen der Integration
 - 6.4 Doppelrolle der Behörden
 - 6.4.1 Rechtsanwendung und Verhandlungstisch
 - 6.4.2 Kontrolle und Letztverantwortung – keine Betroffenenemokratie
 - 6.5 Mediator – kein Amt und kein amtlich geregelter Beruf
 - 6.6 Integration der Ergebnisse
7. Optimale Verfahrensgestaltung
 - 7.1 Optimale Wahl des Lösungsweges
 - 7.2 Erarbeitung von Konsens- und Mediationslösungen

1. Bedeutung einer Übersicht

Diese Übersicht versucht, aus den vor kurzem in Kraft getretenen und hängigen Gesetzgebungen wiederkehrende Züge zum Thema «Einigung und Mediation» in einem gesamthaften Bild zusammenzufassen; sie will nicht die einzelnen Gesetze kommentieren. Sie versucht, Stoff für kritische Überprüfungen und Ergänzungen zu liefern. Sie kann es erleichtern, im Geiste der Justizreform über die einzelnen Bundesgesetze hinweg zu harmonisieren¹. Einigung und Me-

¹ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (Botschaft StPO), BBl 2006, 1103; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 (Botschaft ZPO), BBl: 2006, 7246.

diation sind sich von Natur der Sache her überall ähnlich und gehorchen demselben übergeordneten Recht².

2. Gesetzgeberische Öffnung zu Konsens und Mediation

2.1 Tradition und Kultur der Verständigung und Vermittlung

Vermittlung ist uraltes Kulturgut³. In der Schweiz spricht man von einer Verständigungs- und Vermittlungstradition⁴. Der Friedensrichter ist für viele ihr Symbol. Er ist ein Geschöpf der französischen Revolution und der Helvetik⁵. Die Verständigungstradition reicht tiefer in die politische Kultur des Volksstaats. Die Bundesbriefe veranlassten (mit ihrem «harten» Schiedsverfahren) die «gütliche Übereinkunft» und die Vermittlungstätigkeit durch unbeteiligte Orte⁶. Der Konsens- und Mediationsweg ist eine zusätzliche Chance in dieser gewohnten Richtung. In neuerer Zeit verstärkt sich die Tendenz zur Vermittlung in vielen Ländern, nun auch im grenzüberschreitenden europäischen Binnenmarkt, an dem sich die Schweiz beteiligen will⁷, oft unter dem Titel der Mediation⁸.

2.2 Die Justizreform und parallele Reformen

Mit der neuen Bundesverfassung hat die Schweiz eine Justizreform angepackt⁹; sie öffnet sich mehrfach zu Einigung und Mediation, wie nachfolgend zu skizzieren sein wird. Die Gesetzgebung zur Justizreform umfasst eine grössere Anzahl an Gesetzen und Verordnungen¹⁰. Das Bundesgerichts- sowie das Verwaltungsverfahrensgesetz mit einer Novellierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes sind bereits in Kraft¹¹. Die erstmals vereinheitlichte Schweizerische Strafprozessordnung ist parlamentarisch verabschiedet und unter dem Vorbehalt eines Referendums fertig¹²; die erstmals vorgesehene Schweizerische Zivilprozessordnung¹³ und die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung¹⁴ sind im Parlament hängig.

Parallel zur Justizreform sieht das aktuelle Bundesrecht weitere Einigungs- (oder Konsens-) und Vermittlungslösungen vor; schon die neue Bundesverfassung weist solche aus zur Koalitionsfreiheit¹⁵ oder zwischen Bund und Kantonen¹⁶. Auch die Gesetzgebung kennt entsprechende, bereits geltende Regelungen, so die Wiedergutmachung sowie im Jugendstrafrecht die Einstellung und Strafbefreiung im Blick

² Z.B. der Rechtsweggarantie nach Art. 29a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

³ MARCUS HEHN, Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, in: FRITJOF HAFT/KATHARINA VON SCHLIEFEN (Hrsg.), Handbuch Mediation, München 2002, 153 ff.; JOSEPH DUSS-VON WERDT, homo mediator. Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, vorab 24 ff.

⁴ Botschaft ZPO, 7242.

⁵ JAN KAYSER, Alternative Formen gerichtlicher und aussergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht 120, Frankfurt a. Main u.a. 2005., 52 ff.; PETER ZIEGLER, 200 Jahre Friedensrichter im Kanton Zürich 1803–2003, Verband der Friedensrichter des Kantons Zürich (Hrsg.), Wädenswil 2003, 13 ff.

⁶ FRITZ FLEINER, Beamtenstaat und Volksstaat, in: FRITZ FLEINER, Ausgewählte Schriften und Reden, Zürich 1941, 146 ff.; ULRICH IMHOF, Mythos Schweiz. Identität – Nation – Geschichte 1291–1991, Zürich 1991, 56f.

⁷ Botschaft ZPO, 7252 ff.; am 29. März 2007 hat das EU-Parlament die Richtlinie Mediation im Zivil- und Handelsrecht gutgeheissen (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC(2004) 1314}/* COM/2004/0718 final – COD 2004/0251*), 1st reading by Council pending, am 29. März 2007. Allgemein: KARSTEN-MICHAEL ORTLOFF, Europäische Streitkultur und Mediation im deutschen Verwaltungsrecht, in: NVwZ 2007, 35 f.

⁸ CHRISTOPHER W. MOORE, The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict, 3. A., San Francisco 2003, 20 ff. gibt einen Überblick über den historischen und zeitgenössischen Einsatz von Mediation; DIANA MÜRNER, Gerichtsnaher Zivil

mediation. Unter Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine Zivilprozessordnung. Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 144, Zürich 2005, 13 ff., 25 ff., 40 ff., mit einem Überblick über das bisherige kantonale Zivilprozessrecht, S. 51 ff.; ISABELLE BIERI, Synthèse, in: Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung, Mediation in der Schweiz, Kantonale Mediationspraxis und Änderungsanträge zum Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Freiburg 2006, 9 ff.; der Band enthält Berichte aus einer ganzen Reihe von Kantonen.

⁹ AS 2002, 3148, SR 101; Inkrafttreten vollständig AS 2006, 1059, 1069, vorab Art. 29a BV (Rechtsweggarantie), Art. 188–191c BV (Gerichte), AS 2006, 3148 mit Hinweisen auf die Materialien, formell in Kraft seit 1.1.2007, teils mit Übergangsfristen im Gesetz.

¹⁰ Im September 2007 waren es neun Gesetze und zehn Parlaments- und Bundesratsverordnungen.

¹¹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110; Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG), SR 173.32 Änderungen bisherigen Rechts Ziffer 10/ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVg), SR 172.021.

¹² Text Schlussabstimmung BBl 2007, 6977; Botsch StPO, 1085 ff.

¹³ Botschaft ZPO, 7221 ff.; zuletzt ZPO Fassung Ständerat Juni 2007 AB 2007 S 498 ff.

¹⁴ Botschaft StPO, 1116 ff., 1353 ff.; Erläuterung der Änderungen des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2005 zu einer schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO) des EJPD vom 22. August 2007, mit neuen Textvorschlägen, (Zusatzbericht EJPD JStPO), zur Veröffentlichung im BBl vorgesehen.

¹⁵ Art. 28 Abs. 2 BV.

¹⁶ Art. 43 Abs. 3 BV.

auf die Mediation¹⁷, im Bundespersonalwesen die Schlichtung¹⁸ oder die Vereinbarungen im Verbandsbeschwerderecht¹⁹. Dazu gibt es eine Reihe von Vorläufern²⁰.

3. Ziele und Gründe für eine verstärkte Beteiligung von Privaten

3.1 Rascher, billiger und besser – streitvermeidend

Konsens und Mediation sind keine Wundermittel. Wenn sinnvoll eingesetzt, können sie im Einzelfall rascher und billiger zu besseren Lösungen führen: 1. rascher, weil die Chance zur Erledigung in einem einzigen Verfahren ohne Rechtsmittel wächst²¹ oder die Beteiligten die Probleme der Realisierung mehr einbeziehen. 2. billiger aus demselben Grund und wegen teils anderer Kostenteilung, kostensparend auch im Strafverfahren²². 3. inhaltlich besser, weil meist zusätzliche Inhalte aufgenommen werden können, die eine Behörde nicht berücksichtigen dürfte²³, nicht bedachte, nicht kennen konnte oder die ursprünglich nicht vorgebracht worden waren; man denke an Folgeprobleme, z. B. die Rücksicht auf künftige Beziehungen etwa der geschiedenen Eltern zu den Kindern²⁴ oder der Nachbarn zum Bauherrn, wenn der zu errichtende Betrieb einmal läuft. Besser, wenn die Beteiligten ihren Einfluss optimal wahrnehmen, d. h. alle ihre Unterlagen, ihr Wissen, ihre Erfahrungen und ebenso ihre Wünsche

einbringen können und die Zustimmung erst geben müssen, wenn sie (subjektiv) zufrieden sind. Besser, wenn die Behörden die öffentlichen Aufgaben kompetenter, effizienter und mit mehr Zustimmung erfüllen können.

In der Regel gewährt die Rechtsordnung nachträglich Schutz. Die informellen Einigungs- und Mediationsverfahren erlauben es, spätere, zusätzliche und voraussehbare Konflikte gleichsam ins ursprüngliche Verfahren vorzuziehen, in einem Umgang zu bearbeiten und künftigen Auseinandersetzungen vorzuzukommen. Nachfolgende Rechtsmittel oder – im Verwaltungsbereich – politischer Widerstand lassen sich so eher vermeiden. In solcher Streitvermeidung steckt ein Schlüssel zur Beschleunigung.

3.2 Eignung und Leistungsgrenzen des Verfahrens

Konflikte sind normal und sie friedlich und gerecht, kompetent und dennoch effizient beizulegen ist eine Uraufgabe des Staates. Das Verfahren kann sie lösen, wenn es dazu geeignet ist²⁵. Das Gesetz richtet das Verfahren auf durchschnittliche Situationen aus. Der konkrete Fall kann besonders, komplexer, dynamischer usw. als im Normalfall liegen oder neue Problemstellungen aufwerfen. Zudem kann die Behörde überlastet sein. Staat und Justiz stossen an Grenzen der Wirksamkeit. Effizienzsteigerung ist ein zentrales Thema der Justizreform gerade in der ZPO²⁶. Wenn das Verfahren nicht geeignet ist, können die Beteiligten einen massgeschneiderten Ausweg suchen, z. B. durch Einigungen und Mediationen²⁷.

¹⁷ Art. 53 StGB, im Art. 8 sowie Art. 21 Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG) vom 20. Juni 2006, SR 311.1.

¹⁸ Art. 34 Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000, SR 172.220.1.

¹⁹ Art. 55c, Art. 55 ff. Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG), SR 814.1, und Art. 12d, Art. 12 ff. Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG), SR 451, Änderung vom 20. Dezember 2006, AS 2007, 2701, in Kraft seit dem 1. Juli 2007.

²⁰ Etwa Art. 9 Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985, SR 942.20 oder Art. 4, Art. 6 ff., Art. 14 ff. Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), SR 700; Hinweise bei THOMAS PFISTERER, Über Konsens und Mediationslösungen im öffentlichen Recht («konferieren statt prozessieren»), in: ZSR, NF 121, II/2002, 241 ff.

²¹ Rechtsmittelverzicht gemäss Art. 33b Abs. 1 Satz 2 VwVG.

²² Vgl. Art. 33b Abs. 1 Satz 2, Abs. 5; Art. 215 Abs. 1 und 2 E-ZPO. Zum Strafverfahren: Abklärungen im Kanton Zürich, vorab Protokoll des Zürcher Kantonsrates vom 27. November 2006 Nr. 12661 ff. mit Hinweisen auf Berichte, vorab der Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich vom 15. August 2006, vom 12. Februar 2007, 14005 f.

²³ Z. B. Botschaft ZPO, 7242.

²⁴ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 15. November 1995 (Botschaft ZGB 1995), BBl 1996 I 29 f.

²⁵ ARTHUR TROSSEN, Integrierte Mediation, in: FRITJOF HAFT/KATHARINA VON SCHLIEFEN (FN 3), 463 ff.; JEAN A. MIRIMANOFF/SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux, ZSR 126/1 (2007), 21 ff.

²⁶ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (Botschaft Bundesrechtspflege), BBl 2001, 4211 ff.; Der SCHWEIZERISCHE JURISTENVEREIN, widmete seine Jahrestagung schon 1988 dem Thema der «Probleme des Rechtsschutzes», so in ZSR 107(1988), 1 ff. Zur ZPO: Botschaft ZPO, 7231 f., 7241, 7248; AB 2007 S 502; Botschaft zum Bundesgesetz über die Bereinigung und Aktualisierung der Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 1. März 2006.

²⁷ Zum ganzen Abschnitt Hinweise bei THOMAS PFISTERER, Grundsätze zur Verwendung von Konsens- und Mediationslösungen im Verwaltungsbereich, in: THOMAS PFISTERER (Hrsg.), Konsens und Mediation im Verwaltungsbereich, Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich, Zürich 2004, 111 ff. Zur Eignung: DERS., Konsensarbeit am Baregg: Beschluss zur dritten Tunnelröhre, im gleichen Band, 93 ff.

3.3 Beitrag der und Mehrwert für die Privaten sowie Entlastung des Staates

3.3.1 Beiträge im Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht – Verträge und Entscheidungsvorbereitung

Die vermehrte Beteiligung Privater an den Entscheidungsprozessen erfüllt je nach Rechtsbereich eine unterschiedliche Funktion. Im Zivilrecht und -prozess erhalten die Parteien statt ein Urteil zusätzliche verfahrensmässige Optionen und hauptsächlich (mehr) Raum für die Gestaltung ihrer Verträge. Die Stärkung der aussergerichtlichen Streitbeilegung und insbesondere der konsensualen Streiterledigung sind Kernpunkte des ZPO-Entwurfs²⁸. Beispielsweise soll es die ZPO ermöglichen, die Vorteile von Einigung und Mediation mit den Vorteilen des Gesetzes (hinten Ziffer 3.3.2) zu kombinieren, ohne sich Nachteile aus der ZPO einzuhandeln.²⁹

Im Verwaltungsverfahren beteiligen sich die Privaten schwergewichtig informell an der Entscheidungsvorbereitung, die nachher in einen formellen Verwaltungsentscheid einfließen soll³⁰. Im Zivilrecht schliessen die Privaten Vereinbarungen mit dem Willen, sich nach Gesetz damit rechtlich zu binden³¹. Im Verwaltungsbereich hat die Einigung blossere Vorbereitungsfunktion ohne unmittelbare rechtliche Wirkungen. Sie ist kein Vertrag, weil die Beteiligten sich gar nicht wie bei einem Vertrag rechtlich binden wollen. Selbst wenn sie diesen Willen besässen, stünde im Verwaltungsbereich das positive Recht entgegen. Hier können Verfahren und Inhalte Verbindlichkeit und Realisierung nur erreichen, wenn dies positivrechtlich bestimmt ist. So bedarf die Errichtung einer Baute stets einer Baubewilligung³², ob ein gewöhnliches Verfahren oder eine Einigung mit Mediation durchgeführt werden. Informell ist die Entscheidungsvorbereitung durch Einigung eben, weil sie keiner positivrechtlich vorgesehenen Handlungsform und keinem vorgeschriebenen Verfahren folgt. Die mit dem informellen Weg gewonnene Flexibilität soll es ermöglichen, je nach den Verhältnissen im Einzelfall rascher, billiger, besser zu einem Ergebnis zu gelangen. Das vorbereitende, informelle Verwaltungshandeln ergänzt die formelle Phase; es ersetzt sie kaum je. Das Motto lautet nicht «verhandeln statt verfügen», sondern «verhandeln, um rascher, billiger und besser zu verfügen». Im Verwaltungsrecht «bindet» die konsensuale Vorbereitung lediglich faktisch. Immer-

hin kann eine Einigung über den Verfügungsinhalt erheblich negativ präjudizieren. Die Behörde kann sich z. B. mit ihrer Zustimmung zur Einigung schon so festgelegt haben, dass eine spätere Anhörung eines am Konsens Nichtbeteiligten sinnlos und damit die Einigung insoweit rechtswidrig wird³³.

Im Strafrecht dürfen Einigung und Mediation das ordentliche System bloss ergänzen (hinten Ziffer 5.1.1): «verhandeln, um besser (z. B. mit Wiedergutmachung) oder gar nicht (z. B. bei Rückzug des Strafantrags) zu urteilen». Neben der gesellschaftlichen, systemgemässen Sanktion ist u. U. ein individueller Ausgleich zwischen Täter und Opfer sinnvoll. Täter und Opfer stehen sich nicht nur in einem Interessengegensatz gegenüber, sondern begegnen sich u. U. als Teile eines sozialen Zusammenhangs. Sie haben auch künftig Beziehungen, leben eventuell zusammen, im sozialen Nahraum vorab der Familie³⁴.

3.3.2 Mehr Einfluss und Schutz der Privaten

Wenn die Privaten kooperieren können und es auf ihre Zustimmung ankommt, geniessen sie mehr Einfluss, als wenn sie nur im ordentlichen Verfahren angehört werden. Sie können die Vorteile von Einigung und Mediation (hinten Ziffer 4.1.2) mit den Vorteilen der ZPO kombinieren: Sie geniessen mit der Rechtshängigkeit Zeit und Ruhe für Verhandlungen, erreichen allenfalls die Vollstreckbarkeit einer Vereinbarung, eine gewisse Qualitätskontrolle usw.³⁵. Selbst wenn die Privaten in der Einigung inhaltlich wenig Zusätzliches erreichen und sich z. B. der Beurteilung durch die Verwaltungs- oder Strafbehörde unterziehen müssen, kann ihre Beteiligung am Verfahren sinnvoll sein. Zumindest können sie prüfen, ob die Sache korrekt bearbeitet wird, ebenso, ob sie genug informiert werden sowie zum Wort kommen usw., kurz: als Partner fair behandelt werden. Verfahrensgerechtigkeit³⁶, erlebte Fairness des Verfahrens ist oft ebenso wichtig wie das inhaltliche Ergebnis des Entscheides.

Einigung mit Mediation ist ein Schritt zur Verbesserung des Zugangs aller zum Recht³⁷. Das streitige, kontradikto-

²⁸ Botschaft ZPO, 7223, 7241 f., 7243, 7252.

²⁹ Zur ZPO gesamthaft Hinweise bei THOMAS PFISTERER, Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der schweizerischen ZPO?, in: SJZ 103 (2007) 541 ff., zu den Nachteilen: 546.

³⁰ Art. 33b Abs. 4 VwVG.

³¹ Art. 18 Abs. 1 OR, teils abweichend etwa die Genehmigung der Scheidungskonvention, Art. 140 ZGB.

³² Allgemein Art. 22 Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG), SR 700.

³³ Vgl. BGE 117 Ib 380.

³⁴ Botschaft StPO, 1267, 1269, zur JStPO 1362; SILVAN FAHRNI, Mediation im Jugendstrafrecht. Zürcher Studien zum Strafrecht 37, Zürich 2001, 14 ff.; für die JStPO 1362; vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 2225 f.

³⁵ Art. 210 Abs. 2, Art. 60, Art. 141, Art. 213–215 E-ZPO; PFISTERER (FN 29), 548.

³⁶ AB 2007 S 525; zu Art. 29 Abs. 2 BV JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, 509; KLAUS F. RÖHL, Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice), Einführung in den Themenbereich und Überblick, ZfRSoz 14 (1993), 1 ff.

³⁷ CHRISTINE GUY-ECABERT, Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure civile suisse: une avance à

rische Verfahren ist nicht der einzige Weg zu rechtmässigen Lösungen und Rechtsfrieden. Die Rechtsweggarantie³⁸ gibt niemandem einen Anspruch auf einen Einigungs- oder Mediationsprozess. Es widerspricht diesem Grundrecht aber auch nicht, dass jemand einer Einigung zustimmt, eine Empfehlung einer Behörde³⁹ oder dem Rat eines Mediators folgt oder gar auf ein Rechtsmittel verzichtet⁴⁰. Solange sein Einverständnis im Einzelfall genügend informiert ergeht und sonst die erforderliche Qualität besitzt und ergänzend der Weg zum ordentlichen Verfahren gesichert ist (hinten Ziffer 5.3.1), kann er sich z.B. gegen eine konsensual vorbereitete Verfügung nicht mit dem Einwand durchsetzen, die Zustimmung zur Einigung, die Mediation, die Empfehlung usw. seien unrechtmässig gewesen; die Rechtsweggarantie verleiht ihm keinen Anspruch auf einen vom Richter, von der Behörde selber vorbereiteten Entscheid. Nach der Rechtsweggarantie hat aber der Gesetzgeber die Justiz, die Verwaltungs- und Strafbehörden ausreichend auszustatten (Personal, Sachmittel usw.) und zu organisieren⁴¹. Aber diese Pflicht hat Grenzen. Darum tut das Gesetz gut daran, Einigung und Mediation anzubieten. Sie ermöglichen dem Privaten mehr Entfaltung und entlasten den Staat.

conserver!, in: Die Zeitschrift für das schweizerische Zivilprozessrecht 2/2007, 199, 201 ff., als internationales Anliegen.

³⁸ Art. 29a BV.

³⁹ Z.B. Art. 211 Abs. 1 E-ZPO.

⁴⁰ Art. 33b Abs. 1 Satz 2 VwVG.

⁴¹ ANDREAS KLEY, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/ KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Zürich 2002, Art. 29a N 4; THOMAS PFISTERER, Der kantonale Gesetzgeber vor der Reform der Bundesrechtspflege, in: BERNHARD EHRENZELLER/RAINER J. SCHWEIZER (Hrsg.), Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis Band 40, St. Gallen 2006, 273 ff. – Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat kürzlich betreffend das neue Gütestellen- und Schlichtungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen die Annahme einer Verfassungsbeschwerde verweigert und dabei u. a. ausgeführt, der Justizgewährleistungsanspruch (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz) gewährleiste den Anspruch zum Rechtsschutz. Er bedürfe der Ausgestaltung durch eine Verfahrensordnung, was zu gewissen Vorschriften führen dürfe, und dann: «Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, nur kontraktorisches Verfahren vorzusehen. Er kann auch Anreize für eine einverständliche Streitbewältigung schaffen, etwa um die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden zu fördern oder die staatlichen Gerichte zu entlasten. Ergänzend muss allerdings der Weg zu einer Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte eröffnet bleiben.» (Beschluss vom 14.2.2007/1 BvR 1351/01, zitiert in REINHARD GREGER, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, im Auftrage des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, Erlangen 2007. Dieser Fall bezog sich auf die Pflicht zu einem Schlichtungsverfahren (analog Art. 194 ff. E-ZPO); umso mehr vermag die Argumentation für die Einrichtung der (freiwilligen) Einigung mit Mediation zu überzeugen.

3.3.3 Entlastung für Justiz und Kantone

Mit ihren Beiträgen in den Einigungsprozessen entlasten die Privaten die Justiz⁴², z.B. durch Wegfall eines Rechtsmittelverfahrens⁴³ und durch eine vereinbarte Beschränkung der Sachverhaltsermittlung: Das Gesetz verlangt nicht, dass immer sämtliche Personen zu befragen, Akten beizuziehen, Gutachten zu erstellen und überhaupt alle Beweismittel beizuziehen sind. Es gibt im Rahmen des Rechts Spielraum, z. B. auf weitere Anträge oder Abklärungen zu verzichten, weil sie durch Verständigung nicht mehr erheblich und nötig sind.⁴⁴

Die Reform der Bundesrechtspflege beabsichtigte einerseits, die Belastung des Bundesgerichts abzubauen, andererseits den Rechtsschutz auszubauen. Diese Spannung zieht sich durch die Reform der Bundesrechtspflege⁴⁵. Sie ist ungelöst und beeinflusst bereits die Praxis des Bundesgerichts zum neuen Recht⁴⁶. Zur Entlastung des Bundesgerichts nimmt das Gesetz die Kantone in die Pflicht⁴⁷. Wollen sie diese Aufgabe effizient erfüllen, müssen sie die Justizorganisation als Ganzes überprüfen und u. a. Wege suchen, um Verfahren zu vermeiden. Eine der wenigen derartigen Möglichkeiten bieten ihnen die Einigungen mit Mediation⁴⁸. Sie zu nutzen liegt in der Kompetenz der Kantone⁴⁹. Sonst hätte der Gesetzgeber den Kantonen keine Ausführungsbestimmungen⁵⁰, vorab keine Kostenanreize erlaubt⁵¹.

⁴² Botschaft ZPO, 7231, 7233, 7241 f.

⁴³ Art. 33b Abs. 1 Satz 2 VwVG; Botschaft StPO, 1268.

⁴⁴ Z. B. Art. 12 VwVG und BGE 116bV 26f. Beweismittel sind bloss «nötigenfalls» einzusetzen. Hinweise bei ALFRED KÖLZ/ ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998 N 268 f.; ebenso in dieser Richtung PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel und Stuttgart 1979, 122 f.

⁴⁵ Botschaft Bundesrechtspflege, 4211 ff.; PFISTERER (FN 41), 267 ff.

⁴⁶ So BGE 133 I 193, 196 ff.

⁴⁷ Von dieser Zusatzfunktion der Kantone im Blick auf die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV geht anscheinend auch das Bundesgericht aus (BGE 133 I 196).

⁴⁸ Zur ZPO: Botschaft ZPO, 7223, 7231 f., 7233, 7241 f., 7252, 7406; AB 2007 S. 525, 523, 526; PFISTERER (FN 41), 283 ff., vorab 311 ff., 323, 323.

⁴⁹ Art. 122 Abs. 2, Art. 123 BV; aus den Kommentaren ergibt sich kaum etwas anderes: CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Galler Kommentar, Zürich 2002, Art. 122 N 12 f., Art. 123 N 12; JEAN-FRANCOIS AUBERT, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, Art. 122 N 12 f., Art. 123 N 12.

⁵⁰ Ausdrücklich Art. 8 Abs. 3 JStG.

⁵¹ So Art. 33b Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 VwVG; Art. 215 Abs. 2 und 3 E-ZPO.

3.4 Kulturwandel, ungenutztes Potential und Informationsbedarf

3.4.1 Kulturwandel bei Behörden und Privaten

Das Verhältnis zwischen Behörden und Privaten wandelt sich. Das gilt für den Zivilprozess⁵², die Verwaltungstätigkeit⁵³, ja das Strafrecht⁵⁴. Die Kenntnis darüber, welche Lösungen haltbar sind, ist weder dem Staat, noch dem Gesetz, noch der Behörde allein vorbehalten. Die Behörde steigt vom Podest. Sie tritt weniger mit Hierarchie und Befehl auf, sondern sucht vermehrt im Dienste der Gemeinschaft mit den Privaten zusammen Lösungen zu erarbeiten; sie führt in der Rolle eines Fallmanagers⁵⁵. Alle wissen, wie schwierig es für einen Privaten ist, die Mittel für ein Verfahren aufzubringen, ebenso für eine Behörde, ein Verfahren fair durchzuführen und dann noch richtig zu entscheiden. Angesichts dieser Unsicherheiten liegt es nahe, dass die Behörden gerne auf Zustimmungen der Betroffenen abstellen, die Privaten einem Urteilsspruch ausweichen und einem Vergleichsvorschlag des Richters folgen, kurz sich Behörde und Private zu einigen suchen. So erhalten die Privaten mehr Einfluss und zugleich Selbstverantwortung; sie werden zudem in Pflicht genommen. Ein noch so gutes Behördemitglied kennt die Sache oft nicht so gut wie die Beteiligten und weiss fast nie besser als die Parteien, was für sie gut ist. Wer die Mitmenschen als mündig nimmt und sich nicht überschätzt, fragt zuerst nach einer Einigungsmöglichkeit. Einigung und Mediation illustrieren einen Kulturwandel.

3.4.2 Ungenutztes Potential – Information und Ausbildung

Die Rechtspraxis schöpft das Potential zu solchen gemeinsamen Einigungs- und Mediationslösungen bei weitem nicht aus. Vorurteile stehen im Weg. Die Justiz und allenfalls ihre Vergleichsgespräche werden überschätzt, die Einigung und die Mediation, das Potential zu eigenständigen Beiträgen der Privaten unterschätzt⁵⁶. Das erstaunt angesichts der schweizerischen Tradition. Es gilt, gute Beispiele⁵⁷ bekannt zu machen

und schlechte Beispiele⁵⁸ zu erklären. Die Diskussion um die ZPO offenbarte Bedenken, namentlich Befürchtungen, eine gesetzliche Regelung bewirke faktisch eine Pflicht zur Mediation. Wer nicht darauf eingehe, riskiere, vom Richter benachteiligt zu werden⁵⁹ oder der Richter sei verlockt Fälle abzuschieben⁶⁰. Fragwürdige «Alternativen zum Recht» hielten Einzug. Es etablierte sich eine Paralleljustiz und eine «Mediations-Industrie»⁶¹. Es gehe um eine «neue Mode», die fremdländisch durchwirkt sei, teils auch ideologisch-politisch. Umgekehrt fragen Anhänger: «Gibt es eine schweizerischere Methode als Einigung und Mediation?»

Die neue Bundesgesetzgebung zu Einigung und Mediation ist bloss Papier. Ob Taten folgen, hängt davon ab, ob – vor allem in den kommenden Jahren – Rechtsuchende, Funktionsträger, Fachleute, aber auch Gerichte u. a. Behörden die Chancen zu Konsensprozessen ergreifen. Eine wichtige Voraussetzung dazu ist die Ausbildung der potentiell Betroffenen in Behörden, Verwaltung, Wirtschaft usw. Sie muss auf zwei Ebenen ansetzen: bei den Akteuren und deren Vorgesetzten; sie müssen instruieren und motivieren.

4. Einigungs- und Mediationslösungen – «konferieren statt prozessieren»

4.1 Einigung als Ziel und Mediation als Mittel

4.1.1 Einigung und Mediation – Kern und Umfeld

Die Verfassung spricht von «Verhandlung und Vermittlung»⁶², das Verwaltungsverfahrensgesetz von «gütlicher Einigung und Mediation»⁶³ und der ZPO-Entwurf von «Einigung mit Mediation»⁶⁴. Der Kerngehalt lässt sich in die Formel «konferieren statt prozessieren»⁶⁵ fassen. Nicht die Mediatoren stehen im Vordergrund, sondern die Beteiligten, die sich einigen.

⁵² KURT EICHENBERGER, Beinwil a.S., Gedanken zu einer neuen aargauischen Zivilprozessordnung, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift des aargauischen Juristenvereins, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht Heft 21, Aarau 1969, 458 f.

⁵³ Hinweise bei PFISTERER (FN 27), 111 f.

⁵⁴ Botschaft StPO, 1267, 1269.

⁵⁵ Botschaft ZPO, 7242 f., 7250 ff., 7252 f.; WALTHER GOTTWALD, Gerichtsnaher Mediation, in: FRITJOF HAFT/KATHARINA VON SCHLIEFEN (FN 3), 426 f.

⁵⁶ MÜRNER (FN 8), 15 ff.; so auch für Deutschland GREGER (FN 41), 1 ff., und zwar nur schon zum deutschen Güterrichter.

⁵⁷ THOMAS FLUCHER, Anwendungstypen und -gebiete der Mediation, Konfliktprävention, in: PFISTERER (FN 27), 77 ff.; PFISTERER (FN 27), 91 ff.; Hinweise zu Konsenslösungen auch bei PFISTERER (FN 20), 280 ff.

⁵⁸ Gescheitert ist z.B. das Verfahren zum Flughafen Zürich <http://www.uvek.admin.ch/dokumentation/medienmitteilungen/artikel/20030924/01649/index.html?lang=de>; <http://www.uvek.admin.ch/dokumentation/00474/00492/index.html?lang=de&msg-id=14762>.

⁵⁹ AB 2007 S. 527.

⁶⁰ AB 2007 S. 525.

⁶¹ AB 2007 S. 523, 524, 527; ähnlich schon Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission vom Juni 2003, (Expertenkommissionsbericht ZPO), 15.

⁶² Art. 28 Abs. 2, Art. 44 Abs. 3 BV; vgl. die «einvernehmliche» Lösung nach Art. 61c, Art. 62 Abs. 3 RVOG.

⁶³ Art. 33b VwVG.

⁶⁴ Titel zu Art. 210 ff. E-ZPO Fassung Ständerat AB 2007 S. 523, 527 f.

⁶⁵ PFISTERER (FN 57), 177.

Was Einigung und Mediation sind, definiert die Gesetzgebung nicht selber⁶⁶. Dennoch knüpft der Gesetzestext verschiedentlich am Begriff der «Mediation» an⁶⁷. Gemeint sind dabei meist beide, Einigung und Mediation. Einigung und Mediation sind primär typologisch zu erfassen. Sie bestehen aus einem «harten» Kern und einem Umfeld von konsensualen und mediativen Elementen. Demnach muss die Rechtsanwendung die Anforderungen selber herausarbeiten, in möglicher Anlehnung ans positive Recht. Beispielsweise muss sie von der Freiwilligkeit ausgehen; die Parteien dürfen jederzeit «aussteigen»⁶⁸ (hinten Ziffer 5.3.1).

4.1.2 Einigung als Ziel – Autorität, Kooperation, Konsens und Ausgleich

Ziel des Prozesses ist die Einigung – der Konsens – im Blick auf einen Vertrag, eine Verfügung, ein Strafurteil usw.⁶⁹ Der Weg zur Einigung ist tendenziell rationales Verhandeln⁷⁰. Das Ergebnis ist die Einigung. Drei Dimensionen kennzeichnen sie: Das Resultat macht Sinn und verdient Anerkennung, wenn es kompetent, effizient und akzeptiert ist. Diese Qualität gewinnt die Einigung durch Kooperation und Konsens. Die Privaten kooperieren, indem sie den Inhalt sachlich anreichern, Kompetenz und Effizienz beisteuern (Wissen und Erfahrung in zusätzlichen Unterlagen, Auskünften usw.). Kooperation ist mehr als traditionelle Anhörung; sie begnügt sich nicht damit, negative Folgen für Einzelne abzuwehren. Kooperation ist Mitarbeit an der Verbesserung des Inhalts. Sie bringt das ein, was die Behörde nicht oder ungenügend einbringen kann; hier zeigt sich der Kulturwandel. Konsens reicht noch weiter. Er ergänzt die sachliche durch eine persönliche Anreicherung. Konsens will neben Kompetenz zugleich Akzeptanz und damit Effizienz erreichen, d.h. zügigen Übergang zur Realisierung. Die Beteiligten gestalten so weit mit, dass sie am Schluss dem Ergebnis zustimmen und es verwirklichen können.

Diese Zustimmung gelingt, wenn die Beteiligten aufeinander Rücksicht nehmen und zu einem Ausgleich mit den anderen Anliegen bereit sind. Bausteine zu einer Einigung sind Selbstbestimmung, Mitverantwortung für die übrigen

Partner sowie die Öffentlichkeit und ein Kooperationsgewinn; ein Stück weit müssen alle gewinnen («win-win»)⁷¹. Eine Einigung wird häufig prozessual durch einen Vergleich begründet⁷² oder umgangssprachlich so benannt.

Zustimmen müssen die Betroffenen, d.h. die verfahrensrechtlich berechtigten, legitimierten Privaten⁷³. Ebenso sind es die in der Sache entscheidbefugten Baubewilligungs-, Planungsbehörden usw. und die strafrechtlich zuständigen oder urteilenden Behörden⁷⁴. Was nützt eine Einigung, wenn die Verwaltungsbehörde sie nicht in die Verfügung übernimmt oder die Strafinstanz z.B. die Wiedergutmachung nicht anerkennt?

4.1.3 Mediation als Mittel – Qualifikation

Die Mediation ist ein Mittel, um das Ziel einer Einigung zu erreichen⁷⁵. Die lateinischen Landsleute sprechen von «Médiation» und «Mediazione». Im Deutschen wird zwischen Vermittlung und dem Fremdwort Mediation unterschieden⁷⁶. Im Einigungsprozess können Verhandlungshindernisse auftreten. Um diese zu beseitigen kann ein Dritter als Vermittler helfen; er «fördert die Einigung»⁷⁷. Wenn sich die Privaten ohne Vermittler einigen, umso besser. Das Ziel ist die einvernehmliche Lösung, nicht Arbeitsbeschaffung für den Mediator.

Das Gesetz definiert die Mediation so wenig wie die Einigung⁷⁸. Aus der Natur der Sache ist als Mediator eine «anerkannte, dafür geeignete Person»⁷⁹, eine «neutrale und fachkundige natürliche Person»⁸⁰ zu berufen. Eine natür-

⁶⁶ Eine Definition findet sich in der erwähnten EU Richtlinie (FN 7); KAYSER (FN 5), 114 ff. für das deutsche und 276 ff. für das französische Recht.

⁶⁷ Art. 33b Abs. 2, Abs. 5 VwVG; Art. 8 Abs. 2, Art. 21 Abs. 3 JStG; Art. 17 E-JStPO EJPD (FN 14); Art. 210 ff. E-ZPO passim, schon Art. 139 Abs. 3 ZGB.

⁶⁸ Ausdrücklich Art. 33b Abs. 6 VwVG.

⁶⁹ Art. 214 E-ZPO, Art. 33b Abs. 1 Satz 1 VwVG, Art. 8, 21 JStG, Art. 17 JStPO, Art. 316 StPO.

⁷⁰ FRITJOF HAFT, *Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit*, 2. A., München 2000, 34 ff.; daneben natürlich immer noch ROGER FISHER/WILLIAM URY/BUCE M. PATTON, *Das Harvard-Konzept: Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln*, 20. A., Frankfurt/New York 2001 (ursprünglich *Getting to Yes*, Bosten 1981).

⁷¹ Botschaft StPO, 1267 f. THOMAS PFISTERER, *Praxishilfe zur Erarbeitung von Konsens- und Mediationslösungen im Verwaltungsbereich*, in: PFISTERER (FN 27), 140 f.

⁷² So Art. 316 E-StPO, Art. 16 lit. a E-JStPO EJPD (FN 14).

⁷³ Die Parteien im Sinne von Art. 64 ff. E-ZPO, die Legitimierten nach Art. 48 VwVG, die Antragberechtigten gemäss Art. 30 StGB usw.

⁷⁴ Art. 8 Abs. 2 und Art. 21 Abs. 3 JStG.

⁷⁵ Botschaft StPO, 1267; Botschaft ZGB, 152 f.; Botschaft ZPO, 7242; AB 2007 S. 524; HEHN (FN 3), 153 f. Mit «Mediator» ist immer auch die weibliche Form «Mediatorin» gemeint.

⁷⁶ AB 2007 S. 524. Nach HEHN (FN3) 161, taucht eine Definition international erstmals 1991 in der ENZYKLOPÄDIA BRITANNICA auf. DIETER STREMPPEL, *Rechtspolitische Aspekte der Mediation*, in: FRITJOF HAFT/KATHARINA VON SCHLIEFEN (FN 3), 128, berichtet, das Wort «Mediation» habe sich in den 90er Jahren in der deutschen Sprache eingebürgert.

⁷⁷ Art. 33b Abs. 2 VwVG; HAFT (FN 70), 243 ff.

⁷⁸ Vgl. Ziffer 4.1.1. und 4.1.2.

⁷⁹ Art. 21 Abs. 3 JStG.

⁸⁰ Art. 33b Abs. 2 VwVG. Allgemein schon Botschaft ZGB, 151 ff.; statt vieler und detailliert MOORE (FN 8), 15, 43 ff. MOORE (52 f.) nennt das Muster der Mediation, das heute meist vorausgesetzt wird, das «North American model of mediation». JEAN A. MIRIMANOFF, *Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse?*, ZSR NF 123 2004, 558; PETER BÖSCH, *Gericht und Mediation. Partner oder Konkurrenten?*, in: *Die Schweizerische Richterzeitung* 2006/2; MÜRNER (FN 8), 4 ff., 7 ff.; allgemein: KARINE SIEGWART, *Einführung in Be-*

liche Person (aus «Fleisch und Blut») darum, weil nur sie die Qualifikation genügend erfüllen und Vertrauen begründen kann; eine Organisation⁸¹ kann den Mediator oder ein Team von Mediatoren administrativ tragen, aber die Privaten nicht zuverlässig überzeugen. In diesem Rahmen bestimmen die Parteien, welche Anforderungen sie an die Mediation stellen⁸²; erfüllt sie eine Person nicht, stimmen die Beteiligten der «Wahl» zum Mediator nicht zu. Er ist nicht einfach Fachkraft, sondern primär Generalist. Der Mediator hat vor allem eine Führungsfunktion in einem Problemlösungs- und Entscheidungsprozess inne. Er geht sachlich, neutral oder allparteilich vor, allen Parteien gegenüber gleich, selbst dann unabhängig vom Gericht⁸³, wenn dieses eine Mediation empfohlen hat⁸⁴. Der Mediator kommuniziert, führt das Gespräch, überzeugt, spricht auch unangenehme Wahrheiten aus, bis die Parteien zu dem von ihnen gewünschten Ziel gelangen. Er ist nicht Kapitän, sondern Konfliktlotse. Er führt nicht so sehr einen Schriftenwechsel durch, sondern bemüht sich um das Gespräch⁸⁵, um einen sachlichen und fairen Prozess. Darin sollen die Parteien über ihre Rechte hinaus ihre (tatsächlichen) Interessen darlegen, um daraus eine rechtmässige (hinten Ziffer 5.1) und gleichzeitig ihnen gesamthaft am besten entsprechende, ausgleichende Lösung zu erarbeiten. Das muss nicht die Lösung sein, die der Mediator bevorzugen würde.

4.2 Vermittlung durch Behörden oder Private – Konsenshilfe

4.2.1 Behörden- oder Privatvermittlung

Vermittlung ist nach hiesiger Tradition ureigene Funktion der Behörden, Richter, Verwaltungsbehörden und teils sogar der (Jugend-)Strafbehörden⁸⁶, erst recht im modernen Staat⁸⁷. Selbst im Zivilrecht kann der Richter Vergleiche vorschlagen⁸⁸ und vermitteln; er kann aber auch eine Mediation durch einen privaten Dritten empfehlen⁸⁹. Trotzdem gibt es auch im Verwaltungsbereich Gründe, anstatt der Behörde einen privaten Dritten als Mediator einzusetzen: zur Entlastung der Behörden, wenn besonderes Fachwissen nötig ist, die Behörde oder

das dahinter stehende Gemeinwesen besonders (finanziell) interessiert ist als Eigentümer, Geschädigter usw. Ein weites Anwendungsfeld für Mediation öffnet sich den Gemeinderäten u. a. Milizbehörden. Sie haben oft nicht die Zeit, teils auch nicht das Fachwissen oder die Erfahrung; ein Mediator kann sie «retten». Ebenso kann im Strafrecht ein privater Dritter gute Dienste leisten, wenn er z.B. den Parteien näher steht oder bei ihnen besondere Autorität genießt.

4.2.2 Auftrag und Ausgestaltung der Mediation – Verfahrens- oder Inhaltshilfen

Mediation ist, was die Beteiligten gemeinsam wollen. «Der Mediator ist nur an das Gesetz und den Auftrag gebunden.»⁹⁰ Seine persönlichen Absichten sind nicht gefragt. Im Auftrag bestimmen die Beteiligten, welche Art der Konsenshilfe der Mediator leistet. Sie kann von blosser Verfahrenshilfe (Organisation von Treffen, Ablauf der Verhandlungen usw.) bis zu inhaltlichen Vorschlägen für die Einigung reichen⁹¹. Die Parteien bestimmen die Organisation und Durchführung der Mediation selber; der (Mediations-)Vertrag ist das Mittel dazu⁹². Sie können die Mediation bestimmen, erst wenn ein Konflikt ausgebrochen ist oder diesen Weg zum voraus wählen (mit einer Mediationsklausel im Werkvertrag, der Einrichtung einer Mediationsstelle oder der Bezeichnung einer Person als Mediator usw.). Dass die Behörde eine Empfehlung abgeben und teils den Mediator einsetzen, bzw. beauftragen darf⁹³, ändert am Auftragscharakter und am Selbstbestimmungsrecht nichts (hinten Ziffer 5.3). Die Privaten müssen immer einverstanden sein, bzw. zumindest die Person des Mediators stillschweigend dulden. Sie behalten das Recht jederzeit auszusteigen. Wenn die Privaten nicht mitmachen, muss die Behörde die Person des Mediators auswechseln, den Auftrag anpassen oder den Konsensversuch abblasen.

5. Integration in die Rechtsordnung

5.1 Vorrang des Rechts

5.1.1 Einfügung in die Grundordnung

Einigung und Mediation sind ans Recht gebunden⁹⁴. Die Behörde darf z.B. eine zivilprozessuale Vereinbarung nur

griffe und Arten der Mediation, in: PFISTERER (FN 27), 17 ff.; PFISTERER (FN 27), 113 ff.; GUY-ECABERT (FN 37), 207 ff.

⁸¹ So Art. 8 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3 JStG; Art. 17 Abs. 1 E-JStPO EJPD (FN 14).

⁸² Art. 212 E-ZPO.

⁸³ Art. 213 Abs. 1 E-ZPO.

⁸⁴ Art. 211 Abs. 1 E-ZPO.

⁸⁵ AB 2007 S 525.

⁸⁶ Art. 33b, vorab Abs. 1 und 4 VwVG; Art. 17 E-JStPO EJPD (FN 14).

⁸⁷ Hinweise bei PFISTERER (FN 57), 214, 243 f. Zur Funktion des modernen Staats: PETER SALADIN, *Wozu noch Staaten?*, Bern 1995.

⁸⁸ Art. 122 Abs. 3 ZPO.

⁸⁹ Art. 211 Abs. 1 E-ZPO.

⁹⁰ Art. 33b Abs. 3 Satz 1 VwVG.

⁹¹ AB 2007 S 524; im Grunde so auch Botschaft ZPO, 7242; Hinweise bei PFISTERER (FN 27) 119.

⁹² Art. 212 E-ZPO; Botschaft ZPO, 7336f.; HEINER EIHOLZER, *Die Streitbeilegungsabrede*, Diss. Freiburg 1998, 43 ff., 195 ff.; EDGAR J. HABSCHIED, *Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis*, AJP 8 2001 940 ff.

⁹³ Art. 33b Abs. 2 VwVG, Art. 8 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3 JStG.

⁹⁴ Art. 5 Abs. 1 BV; vgl. auch Art. 33b Abs. 4 VwVG; Art. 214 E-ZPO, Art. 8 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3 JStG, Art. 55c Abs. 1 USG, Art. 12d Abs. 1 NHG.

genehmigen, wenn sie keinem zwingenden Recht widerspricht⁹⁵. Bei dieser Entscheidung wendet sie Recht an. Wenn Private an einem Einigungs- oder Mediationsprozess mitarbeiten, üben sie einen – delegierten – Teil der behördlichen Befugnis zur Rechtsanwendung aus. Sie sind genauso wie die Behörde ans Recht gebunden⁹⁶. Bei der verwaltungsrechtlichen Entscheidvorbereitung sind dieselben verfahrensmässigen und inhaltlichen Vorschriften des Bau-, Umweltschutz-, Strassenwesens usw. zu beachten, die für die nachfolgenden Verfügungen, Bewilligungen u.a. Verwaltungsentscheide gelten. Ebenso gelten bei strafrechtlichen Vereinbarungen die normalen gesetzlichen Voraussetzungen. Die Behörde darf darauf nur eingehen, wo das Gesetz solche Ergänzungen und Vorbereitungen des Strafentscheids vorsieht; derartige Vereinbarungen sind kein Urteilsersatz⁹⁷. Das Strafmonopol des Staates und der Verfolgungszwang gelten auch bei Strafmediationen⁹⁸.

Diese allgemeinen verwaltungs-, straf- und (zwingenden) zivilrechtlichen Vorschriften bilden die massgebende Grundordnung, auch wenn sich Private beteiligen⁹⁹. Einigung und Mediation sind kein Einfallstor für Belieben oder Politik, auch nicht für den Mediator¹⁰⁰; ebenso wenig verschafft das Verbandsbeschwerderecht ein inhaltliches Privileg oder einen politischen Aktionsraum im Verfahren¹⁰¹. Weder im Jugend-, noch im übrigen Strafrecht öffnet sich Raum für eine Vereinbarung, bei der Straferlass und Geständnis ausgetauscht werden; es gibt kein (amerikanisches) «Plea Bargening»¹⁰².

5.1.2 Einführung des Rechts in die Verhandlungen

Für den Verhandlungserfolg ist wichtig, dass die Behörde oder der Mediator Rechtsstandpunkte von Anfang an transparent in die Verhandlungen einführen, bis zum Ende durchhalten, die Kritik dazu entgegennehmen und keinerlei Missbrauch verfallen¹⁰³. Der frühzeitige Einbezug erleichtert

oft Verhandlungen, liefert Massstäbe für zulässige Verhandlungsinhalte, bewahrt vor Enttäuschungen und befördert die Realisierung. Das Recht steht als solches nicht zur Disposition.

5.2 Rechtsgrundlage und ihre Dimensionen

5.2.1 Keine besondere Rechtsgrundlage nötig – «Türen»

Es braucht kein allgemeines «Gesetz über Einigungs- und Mediationslösungen». Sie sind zulässig, wenn das Gesetz im fraglichen Bereich Spielraum – «Türen» – für eine konsensuale und mediative Lösung bietet: verfahrensmässige «Türen», z. B. durch Befugnisse zu Sistierungen für Mediationen¹⁰⁴, und inhaltliche «Türen», d. h. Spielräume, in denen sich die Beteiligten über Rechte und Pflichten vereinbaren können. Im Zivilrecht geht es um die Privatautonomie¹⁰⁵ und die Gestaltungsmöglichkeiten durch aussergerichtliche Streiterledigung¹⁰⁶. Im Verwaltungsrecht setzen Einigung und Mediation Räume für Verhandlungen voraus¹⁰⁷: verfahrensmässig direkt, indem das Gesetz auf private Vorschläge¹⁰⁸, «Einvernehmen»¹⁰⁹ oder eine «Verständigung»¹¹⁰ usw. verweist, oder indirekt, indem es Auflageverfahren¹¹¹, Augenscheine usw. vorsieht, an denen verhandelt werden darf, zumindest, wenn die Beteiligten einverstanden sind; inhaltlich, je nach Fall, wo es auf wirtschaftliche Tragbarkeit¹¹², eine Abwägung¹¹³, z. B. eine offene Parkplatzzahl abstellt¹¹⁴. Im Strafrecht ermöglicht es Einigungen, indem das Gesetz Antragsdelikte schafft¹¹⁵, einen Vergleich¹¹⁶ oder den Verzicht auf eine Strafverfolgung¹¹⁷ erlaubt, inhaltlich, indem es die Wiedergutmachung u. a. Strafmilderungs- sowie -befreiungsgründe einführt¹¹⁸.

⁹⁵ Art. 214 E-ZPO. Zusätzlich ist nach Bundesrat (Botschaft ZPO, 7337) zu prüfen, ob die Vereinbarung offensichtlich unangemessen sei. Das wäre ein unverständlicher Eingriff in die Privatautonomie und widerspräche der Ordnung von Einigungen im Gerichtsverfahren (Art. 211 Abs. 2 und 3, Art. 237 E-ZPO; Botschaft ZPO, 7345).

⁹⁶ Art. 5 Abs. 1 BV; besonders in Art. 55c Abs. 2 und 3 USG und Art. 12d Abs. 2 und 3 NHG.

⁹⁷ Vgl. materiell Art. 52–54 StGB, formell Art. 8, Art. 21 JStG, Art. 30 StGB und Art. 8 E-StPO, gesamthaft Art. 17 E-JStPO EJPD (Fn.14).

⁹⁸ Art. 2, Art. 7 E-StPO; Botschaft StPO, 1128, 1130, 1267.

⁹⁹ Hinweise bei PFISTERER (FN 27), 120 f.

¹⁰⁰ Art. 33b Abs. 3 Satz 1 VwVG.

¹⁰¹ Art. 55c USG, Art. 12d NHG; THOMAS PFISTERER, Verhandeln und Konsens im Verwaltungs- und insbesondere im Umweltrecht, URP 19/2, 2005, 114 f.

¹⁰² Botschaft StPO, 1267, 1269.

¹⁰³ Vgl. das Missbrauchsverbot in Art. 55c Abs. 2 und 3 USG und Art. 12d Abs. 2 und 3 NHG.

¹⁰⁴ Art. 33b Abs. 1 Satz 1 VwVG; Art. 211 Abs. 3 E-ZPO; analog Art. 8 Abs. 1 JStG.

¹⁰⁵ Art. 210 ff., vorab Art. 214 E-ZPO (blosse Genehmigung).

¹⁰⁶ Botschaft ZPO, 7231, 7242, 7253; AB 2007 S. 499; AB 2007 S. 525 f.

¹⁰⁷ Hinweise bei PFISTERER (FN 27), 121 f.

¹⁰⁸ Z.B. Art. 16 Abs. 3 USG.

¹⁰⁹ Z.B. Art. 23 AltIV; Art. 9 PüG («einvernehmliche Regelung»).

¹¹⁰ Z.B. Art. 48 Bundesgesetz vom 20. Juni 1930 über die Enteignung (EntG).

¹¹¹ Z.B. Art. 33 RPG zu den Nutzungsplänen.

¹¹² Z.B. Art. 11 Abs. 2 USG.

¹¹³ Z.B. Art. 24 RPG.

¹¹⁴ Z.B. «je nach Verkehrsbelastung auf der öffentlichen Strasse 1 bis 3 Parkplätze pro...».

¹¹⁵ Art. 30 StGB (Antragsrecht), Art. 33 StGB (Rückzug des Antrags).

¹¹⁶ Art. 316 E-StPO; Botschaft StPO, 1268.

¹¹⁷ Art. 8 E-StPO; Botschaft StPO, 1131.

¹¹⁸ Art. 48, Art. 48a, Art. 52–54 StGB; Botschaft StPO, 1131 f.

5.2.2 Gesetz zur Erleichterung, zur Information, Legitimation und Kontrolle

Trotzdem kann ein Gesetz der Einigung und Mediation helfen. Primär kann es die Einigung erleichtern, z.B. durch die Ermächtigung zur Sistierung, zu Kostenanreizen oder zur Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit¹¹⁹. Es kann die Stellung des Mediators stärken, indem es ihm besondere Verfahrensbefugnisse wie das Recht, Beweise abzunehmen gewährt¹²⁰.

Einigung mit Mediation im Gesetz zu verankern, schafft Mehrwerte (vorne Ziffer 3.3.2): Die Rechtssuchenden und die Behörden werden informiert. Der Konsens- und Mediationsweg wird legitimiert. Institute wie die Wiedergutmachung werden allen zugänglich, nicht bloss findigen Anwälten und Fachspezialisten. Die behördliche Kontrolle samt deren Massstäben werden abgesichert, d.h. vorab die rechtliche Bindung etwa gegenüber fragwürdigen Vereinbarungen oder überforderten Mediatoren. Das Gesetz stützt Einigung und Mediation psychologisch, schafft bei Privaten, Behörden, Öffentlichkeit und Medien Vertrauen; es steht den Miliz-Exekutiven in den Gemeinden bei.

Für Familien- und Kindesrecht ist der Sinn von Einigung und Mediation weithin unbestritten. Der Sache nach überwiegen die dort massgebenden Gründe ebenso in anderen Konstellationen die Bedenken. Also müssten Einigung und Mediation an sich allgemein anerkannt sein.

5.3 Freiwilligkeit und Rückfallposition – Behördenempfehlung

5.3.1 Kein Zwang – das Recht «auszusteigen»

Ein Zwang zu einer Einigung ist ein Widerspruch in sich. Er ist nicht durchsetzbar, läuft der Freiwilligkeit und tendenziell dem Anspruch auf richterlichen Rechtsschutz¹²¹ zuwider. Die Gesetze setzen darum stets in der einen oder anderen Form Freiwilligkeit, das Einverständnis aller Parteien, voraus¹²². Wenn die Gesetze die Behörde zur Wahl des Einigungs- oder Mediationsweges ermächtigen, verwenden sie «Kann-Formulierungen»¹²³. Vor ihrem Entscheid muss die Behörde ab-

klären, wie sich die Betroffenen dazu einstellen. Gegen ihren Willen darf und kann sie keine Zustimmung zu einer Vereinbarung verfügen oder keine Teilnahme an einem Einigungsverfahren – über dessen ganze Dauer – vorschreiben. Eine solche Pflicht sollte ohnehin unnötig sein: Wenn Einigung und Mediation für die Parteien Vorteile bringen, dann muss man auf Einsicht und freiwillige Teilnahme bauen können und ist eine Verpflichtung unnötig. Das ist das Mediationsparadox.¹²⁴

Freiwilligkeit gibt dann auch das Recht, – an sich jederzeit – aus Einigung und Mediation «auszusteigen»¹²⁵. Dann springt als Rückfallposition die Grundordnung (vorne Ziffer 5.1.1) ein. Das Verfahren wird darauf nach den normalen Regeln des Schlichtungs-, Entscheid-, Planungs- oder Baubewilligungsverfahrens usw. weitergeführt, z.B. im Zivilprozess die Klagebewilligung ausgestellt oder die Sistierung aufgehoben und das Gerichtsverfahren fortgesetzt¹²⁶, im Verwaltungsverfahren die Verfügung inhaltlich vorbereitet und erlassen¹²⁷, bzw. das Strafurteil gefällt¹²⁸.

5.3.2 Empfehlung von Richtern u. a. Behörden

Die ZPO soll den Richter ermächtigen, den Parteien den Einigungs- und Mediationsweg zu empfehlen¹²⁹. Gemeint ist dabei allein eine Einstiegshilfe. Die Empfehlung verpflichtet nie, sich an einem Einigungsprozess zu beteiligen, in der Sache zu verhandeln oder gar einer Einigung zuzustimmen; sie macht die Mediationsvereinbarung nicht zu einem Urteil. Die Empfehlung gilt nur der Frage, ob, wie und wie weit sich die Parteien auf ein Einigungsverfahren mit Mediation einlassen sollen. Die Richterempfehlung will im Einzelfall informieren und zu einer Einigung mit Mediation überzeugen. Dazu darf das Gericht die Parteien zu einer Informationssitzung vorladen oder ihnen schreiben und ihnen die Gründe für diese Art der Konfliktregelung und eventuelle Vorgehensvorschläge unterbreiten. Es gibt bei Nichtbefolgung keine Ersatzvornahme und keinen Nachteil, weder hinsichtlich des Ausgangs des Verfahrens, noch der Kostenverteilung und schon gar nicht inhaltlich¹³⁰.

¹¹⁹ Art. 33b Abs. 1 und 5 VwVG; Art. 210 Abs. 2, Art. 60, Art. 141, 211 Abs. 2 f. E-ZPO.

¹²⁰ Art. 33b Abs. 3, Art. 16 Abs. 1^{bis} VwVG.

¹²¹ Art. 29a BV.

¹²² Art. 33b Abs. 1 VwVG; sinngemäss Art. 210 Abs. 1, Art. 211 Abs. 2, 214 E-ZPO, Art. 316 Abs. 2 und 3 E-StPO, Art. 8 Abs. 2 JStG; Art. 55c Abs. 1 USG und Art. 12d Abs. 1 NHG: sprechen von «gemeinsamen Anträgen».

¹²³ Art. 33b Abs. 1 VwVG; Art. 8 Abs. 1 JStG; Art. 316 Abs. 1 StPO. Die ständerätliche Kommission hat am 16. Oktober 2007 mit Grund in Art. 17 E-JStPO EJPD (FN 14) die Pflicht der Behörde zu entsprechenden Abklärungen durch eine «Kann-Formel» ersetzt.

¹²⁴ STREMPER (FN 77), 132 f.; WALTHER GOTTWALD, Staatliche Massnahmen zur Förderung aussergerichtlicher Mediation – empfiehlt sich eine verordnete Mediation?, AJP 5/2007, 61 ff., 615, 616 f.; DERS. (FN 56), 441 f.; MÜRNER (FN 8), 176 ff.; JAMES PETER, Mediation in der eidgenössischen ZPO, Anwaltsrevue, 2/2004, 45.

¹²⁵ Ausdrücklich Art. 33b Abs. 6 VwVG; sinngemäss Art. 210 Abs. 3 E-ZPO.

¹²⁶ Art. 210 Abs. 3, Art. 211 Abs. 3 E-ZPO.

¹²⁷ Art. 33b Abs. 6 Satz 1, Abs. 4 VwVG.

¹²⁸ Art. 8 Abs. 2, Art. 21 Abs. 2 JStG.

¹²⁹ Art. 211 Abs. 1 E-ZPO; ähnlich der Pflicht des Gerichts zu einem Einigungsversuch in Scheidungssachen (Art. 286 Abs. 2 E-ZPO).

¹³⁰ Dem Buchstaben nach sind im E-ZPO keine Kostenanreize vorgesehen, anders als in Art. 33b Abs. 5 VwVG. Der Vorentwurf

In Kindesrechtssachen sind die Konflikte auch in den Augen der ZPO nicht selten mehr verhärtet, sodass eine (gewöhnliche) Empfehlung des Richters nicht ausreicht; er darf mehr als «empfehlen», nämlich «auffordern» oder ein Verfahren «einleiten», soll der Einigungsprozess mit Mediation überhaupt beginnen¹³¹. Für eine derart intensivierete Empfehlung sprechen oft verstärkte öffentliche Interessen vorab am Kindeswohl.

Abgesehen vom Entwurf zur ZPO kommt in der aktuellen Bundesgesetzgebung keine ausdrückliche Ermächtigung zu einer Empfehlung vor. Dem Sinn nach muss sie trotzdem zulässig sein, schon für den Friedensrichter¹³². Das muss auch für das Verwaltungs- und das (Jugend-) Strafverfahren gelten, weil sonst die dortige Ermächtigung keinen Sinn machte, einen Mediator einzusetzen oder zu beauftragen¹³³. Dasselbe folgt aus der Möglichkeit im Strafrecht einen Vergleich abzuschliessen¹³⁴ oder zu sistieren¹³⁵. Solche Bestimmungen lassen sich allein so erklären, dass die Behörde zur Überzeugung gelangen kann, eine Einigung und eventuelle Mediation seien sinnvoll; bis sie dann den Einigungsprozess empfiehlt, ist es dann ein kleiner Schritt.

6. Blosser Schnittstellenregelung

6.1 Zwischen Kodifikation, Kombination und Erschwerungen

6.1.1 Kombination mit dem Gesetz – weder Verstaatlichung, noch Aufweichung

Keines der neuen Bundesgesetze will Einigung oder Mediation «verstaatlichen», kodifizieren oder die Grundordnung – das Recht insgesamt – der Einigung oder Mediation zuliebe aufweichen. Sie wollen nur die Schnittstellen regeln, um Kombinationen zwischen Einigung mit Mediation und den Verfahrensordnungen zu ermöglichen¹³⁶. In der Experten-

kommission und in der Vernehmlassung zur ZPO war diese Frage nach einer Kombination einer der hauptsächlichen Diskussionspunkte gewesen¹³⁷. Der Bundesrat hat die Mediation als «konsequenteste Möglichkeit aussergerichtlicher Streitbeilegung» bewusst aufgenommen¹³⁸. Die Bedenken im Ständerat richteten sich nicht gegen die Mediation an sich, sondern gegen ihre «Institutionalisierung»¹³⁹. Im Grunde wurde eingewendet, die «Einführung» der Mediation «weiche» Recht und Gesetz auf. Im gleichen Sinne wurde in der Auseinandersetzung um das Verbandsbeschwerderecht eingewendet, die Behörde verliere ihren Vorrang. Dieselbe «Demontage»-Wirkung wurde der verwaltungsrechtlichen Bestimmung zur «gütlichen Einigung und Mediation» unterstellt¹⁴⁰. Indessen wahrt das Gesetz diese Behördenstellung¹⁴¹. Mit demselben Ziel spricht das neue Verbandsbeschwerderecht nur von gemeinsamen Anträgen der Beteiligten, nicht von Verträgen oder Vereinbarungen¹⁴². Ebenso ist die spezifische Regelung der Strafmediation in den Eidgenössischen Räten zu Unrecht angegriffen worden, mit der Begründung, sie stelle das Strafmonopol des Staates in Frage; das trifft nicht zu (vorne Ziffer 5.1.1).

Die Gesetze suchen, die Einigung mit Mediation und die (Grund-)Ordnung zweifach sinnvoll zu kombinieren. Sie anerkennen die Befugnis der Privaten und gleichzeitig den Einfluss der Behörden. Die Befugnis der Privaten wahren sie: 1., indem die Privaten sich einigen und jederzeit wieder «aussteigen» bzw. ins normale Verfahren zurückkehren (vorne Ziffer 5.3.1) und, 2., indem sie die Mediation nach eigenem Gutdünken ausgestalten dürfen (vorne Ziffer 4.2.2). 3. ergänzen Einigung und Mediation die Verfahren; nur bei der ZPO sparen sie die normalen Verfahren teilweise ein¹⁴³; im Verwaltungs- sowie im Strafprozess bereiten sie die Entscheide im Wesentlichen vor¹⁴⁴. 4. gestatten die Gesetze mitunter Kostenerleichterungen für die Privaten, die diese Befugnis benutzen¹⁴⁵. Zusätzlich wird trotz Einigung und Mediation der Einfluss der Behörden aufrechterhalten: 1., die Behörden behalten die Herrschaft über das Verfahren, indem sie sistieren, das ordentliche Verfahren wieder aufnehmen, beförderlich vorantreiben und Behördenempfehlungen abgeben

sah in Art. 99 Kostenerleichterungen vor, so Expertenkommissionsbericht (FN 8), 57; Art. 107 E-ZPO erwähnt Kostenanreize nicht ausdrücklich, aber verbietet sie auch nicht; Botschaft ZPO, 7298.

¹³¹ Art. 292 Abs. 2, Art. 298 Abs. 2 E-ZPO; Botschaft ZPO, 7255 f., 7337 f.; AB 2007 S 527 f.

¹³² Art 210 E-ZPO.

¹³³ Art. 33b Abs. 2 VwVG; Art. 8 Abs. 1, Art. 21 Abs. 3 JStG; Art. 17 E-JStPO EJPD (FN14), entspricht Art. 18 des Entwurfs Bundesrat, Botsch StPO, BBl 2005, 1566.

¹³⁴ Art. 8 Abs. 1 JStG; Art. 316 E-StPO; Art. 16 lit.a JStPO.

¹³⁵ Art. 33b Abs. 1 Satz 1 VwVG, Art. 211 Abs. 3 E-ZPO und Art. 17 Abs. 1 E-JStPO EJPD (FN 14); vgl. zudem die vorläufige Einstellung nach Art. 8 Abs. 1 JStG und die Unterbrechung nach Art. 21 Abs. 3 JStG sowie im Blick auf den Vergleich Art. 314 Abs. 1 lit. c E-StPO.

¹³⁶ Botschaft ZPO, 7335; AB 2007 S. 526f.

¹³⁷ Expertenkommissionsbericht ZPO, (FN 61), 15, 65, 82; Zusammenstellung der Vernehmlassungen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2004 (Zusammenstellung Vernehmlassungen), 14, 81 ff.

¹³⁸ Botschaft ZPO, 7243.

¹³⁹ AB 2007 S. 500, 523, 535.

¹⁴⁰ Pa. Iv. SCHMID 10. Oktober 2005 zur Aufhebung von Artikel 33b VwVG, im SR keine Folge gegeben AB 2007, 846.

¹⁴¹ So deutlich Art. 33b Abs. 1, 3 und 4 VwVG.

¹⁴² Art. 55c Abs. 1 USG und Art. 12d Abs. 1 NHG.

¹⁴³ Art. 210 Abs. 3, Art. 211 Abs. 3, Art. 214, Art. 237f. E-ZPO.

¹⁴⁴ Sinn gemäss Art. 33b Abs. 1 und 4 VwVG, Art. 8 Abs. 2, Art. 21 Abs. 3 JStG, Art. 55c Abs. 1 USG, Art. 12d Abs. 1 NHG, Art. 316 Abs. 1 und 2 E-StPO.

¹⁴⁵ Art. 33b Abs. 5 VwVG; Art. 215 E-ZPO.

(vorne Ziffer 5.3.2). 2. bleibt die inhaltliche Kontrolle der Ergebnisse¹⁴⁶ und der Qualität der Vermittlung zur Mediation¹⁴⁷ in der Hand der Behörden.

6.1.2 Einigung mit Mediation ausserhalb der Gesetze

Im Rahmen der Rechtsordnung dürfen die Parteien selbstverständlich unabhängig von und ausserhalb der Prozessgesetze ihre Streitigkeiten mit Vermittlung durch einen Dritten vertraglich beilegen. Je früher sie die Einigung suchen, desto weniger sind die Parteistandpunkte verhärtet. Ausserhalb der Gesetze verpassen dann aber die Rechtsuchenden die Vorteile, die das Prozessgesetz ermöglicht (vorne Ziffer 3.3.2). Zudem handeln sie sich Erschwerungen ein¹⁴⁸. Bevor eine ausserhalb der ZPO entstandene Mediationsvereinbarung rechtskräftig wird, muss sie wie irgendein privatrechtlicher Vertrag ein ZPO-Verfahren überstehen; auf eine Schlichtung wird ja oft nicht verzichtet werden dürfen¹⁴⁹. Zumindest muss ein Schlichtungsverfahren bis zum Schlichtungsgesuch oder zur Schlichtungsverhandlung oder gar ein Gerichtsverfahren durchgeführt und dort nochmals eine Einigung versucht werden¹⁵⁰, obwohl schon eine Einigung vorliegt. Zudem trifft man im Schlichtungsverfahren u. U. einen (Friedens-)Richter, der weder die Zeit, noch das Fachwissen des betreffenden Mediators hat. Im Verwaltungs- und Strafverfahren liegen die Dinge sinngemäss gleich.

6.2 Kombinationen mit verschiedenen Verfahrensarten

6.2.1 Arten von Kombinationen mit dem positiven Recht

Zivilprozessual öffnen sich für Einigung und Mediation zwei Türen. Sie treten an Stelle des Schlichtungsverfahrens¹⁵¹ oder erhalten im Entscheidungsverfahren vor Gericht Raum¹⁵². Das Verwaltungs- und das (Jugend-)Strafrecht regeln die Kombinationsmöglichkeiten nicht spezifisch. Einigungen mit

Mediation können vor oder neben dem Verfahren stattfinden, soweit das positive Recht dazu Türen enthält.

6.2.2 Ausbau der Palette der Konfliktregelungsarten

Besonders die ZPO bietet voraussichtlich neu eine Mehrheit von Konfliktregelungsarten an. Der Bundesrat sieht darin eine Innovation, sinnvoll auch zur Entlastung¹⁵³. Die ZPO denkt in Richtung der sog. «Alternative Dispute Resolution», oft abgekürzt mit «ADR»¹⁵⁴; analog ist im Strafrecht von alternativer Streitbeilegung die Rede¹⁵⁵. ADR ist ein Sammelbegriff für die verschiedenen Arten der Konfliktregulierung. Wenn man dort anknüpft, muss man bedenken, wie die ADR durch die Eigenheiten des amerikanischen Zivilprozesses verursacht wurden. Die Verhältnisse liegen in der Schweiz vielfach anders. Die ZPO-Konfliktregelungsarten lassen sich einigermassen auf einem Kontinuum einordnen: Am einen Ende sind sie informell, privatautonom und vertraulich (rein private Streitvermeidung oder Verhandlungen zur Einigung), am anderen Ende formell, durch externe Autorität bestimmt und öffentlich (gerichtlich). Dazwischen liegen Vermittlungen durch Dritte mit privatem Auftrag ohne Entscheidungsbefugnis (Einigung mit Mediation), mit amtlichem Auftrag und teilweiser Entscheidungsbefugnis (das Schlichtungsverfahren durch den Friedensrichter¹⁵⁶ usw.). Diese Konfliktregelungsarten sind hierzulande keine (echten) Alternativen. Sie erreichen nicht auf anderen Wegen das gleiche Ergebnis; sie ergänzen die normalen ZPO-Verfahren nur.

Das Straf- und Verwaltungsrecht bietet ebenfalls mehr Handlungsmöglichkeiten als oft angenommen wird. Namentlich kann man Einigungen mit Mediation im Verwaltungsrecht unterschiedlich einsetzen: so hinsichtlich Zeitpunkt (vorher, begleitend oder beides), Phasen oder Stufen (in einem Schritt oder abgestuft), in verschiedenen Konkretisierungsschritten (zuerst über Grundsatz- oder regionale Punkte, später über Einzel- und lokale Fragen oder zuerst über einen Richt-, später über einen Nutzungsplan bis zur Baubewilligung), für Rechts- oder bloss für Sachverhaltsfragen usw.¹⁵⁷.

¹⁴⁶ Art. 33b Abs. 4 VwVG; Art. 55c Abs. 1 bis 3 USG, Art. 12d Abs. 1 bis 3 NHG, Art. 214 Abs. 3 E-ZPO.

¹⁴⁷ Z.B. Art. 33b Abs. 2 VwVG, Art. 210 Abs. 3, Art. 211 Abs. 3, Art. 213, Art. 215 Abs. 2 und 3 E-ZPO.

¹⁴⁸ AB 2007 S. 526; PFISTERER (FN 29), 545.

¹⁴⁹ Der Verzicht auf die Schlichtung ist nach Art. 196 E-ZPO bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten erst ab Fr. 100 000.– Streitwert und nur auf gemeinsamen Antrag, einseitig überhaupt bloss in drei Ausnahmefällen vorgesehen, Botschaft ZPO, 7329 f.; anders noch der Vorentwurf Art. 192 Abs. 2: einseitig ab Fr. 20 000.– Streitwert

¹⁵⁰ Art. 205, Art. 210, Art. 211, Art. 122 Abs. 3, Art. 237 E-ZPO.

¹⁵¹ Art. 210 Abs. 3 E-ZPO.

¹⁵² Art. 211 Abs. 3 E-ZPO.

¹⁵³ Botschaft ZPO, 7231, 7233, 7241 f.; AB 2007 S 523.

¹⁵⁴ Botschaft ZPO, 7241 ff., 7245/7252 f.; AB 2007 S 502; DOMINIK GASSER, Das vereinfachte Verfahren, in: ZSR NF 124/1 (2005), 74 ff.; MOORE [FN 8], 6 ff.; zusätzlich: GOTTWALD (FN 56), 425 ff.; vgl. auch PETER DERENDINGER, Alternative Methoden zur Beilegung von Baurechtsstreitigkeiten, in: PIERRE TERCIER/ROLAND HÜRLIMANN (Hrsg.), In Sachen Baurecht. Zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, 160 ff.; EIHOLZER (FN 92), 3 ff.

¹⁵⁵ Botschaft StPO, 1110.

¹⁵⁶ Vgl. zu den Unterscheidungen zwischen Friedensrichter und Mediator etwa GUY-ECABERT (FN 37), 203 ff.

¹⁵⁷ Hinweise bei PFISTERER (FN 71), 142 ff.; FLUCHER (FN 57), 149 ff., 156 ff.

6.2.3 Behördenvermittelte Einigungsprozesse – gerichtsintern

Die Behörden vermitteln seit je mit konsensualen und mediativen Elementen. Trotzdem können sie von den Erkenntnissen und Erfahrungen gewinnen, die die Bearbeitung der Konsens- und Mediationspraxis im In- und Ausland zusammengetragen hat. Dieses Potential bietet sich auch den Gerichten an: die Rede ist von gerichtlicher Mediation¹⁵⁸; dazu liegen beachtliche Bearbeitungen und Erfahrungen z. B. aus Deutschland vor¹⁵⁹. Gewisse Gerichte bieten «hausintern» eine besondere Stelle für die Mediation an. Bei Nichteinigung geht das Geschäft an das ordentliche Gericht zurück, wobei der als «Mediator» eingesetzte Richter nicht mehr mitwirkt. Die ZPO dürfte dieses Vorgehen nicht verbieten.

6.3 Mehrfache Sicherungen der Integration

Die Kombinationen von Einigung und Mediation mit der Grundordnung sind kontrolliert und abgesichert; sie öffnen keine Türen zu Belieben und Willkür. Bei der Verfahrenseröffnung bzw. Anmeldung müssen die Privaten durch Anträge und die Behörde durch Sistierungsentscheide usw. zustimmen¹⁶⁰. Ebenso ist beim Abschluss das Einverständnis der Privaten und ein positiver Entscheid der Behörde nötig z.B. durch einen Rückzug des Strafantrags, die Zustimmung zu einem Vergleich, den Erlass einer Verfügung oder die Genehmigung einer Vereinbarung¹⁶¹.

¹⁵⁸ Bericht über den Versuch am Bezirksgericht Zürich vom 12. September 2001; dazu BÖSCH (FN 79), 12 ff.; MÜRNER (FN 8), 46 f., 148 ff.; SCHWEIZERISCHE RICHTERVEREINIGUNG FÜR MEDIATION UND SCHLICHTUNG, Mediation in Zivilsachen in der Schweiz, neue Gesetzgebung in Genf, hrsg. von der Staatskanzlei, Genf 2005, 51 ff.; MÜRNER (FN 8), 153 ff.; Bedenken z. B. in AB 2007 S 501.

¹⁵⁹ ORTLOFF (FN 7), 33 ff.; er berichtet über Erfolgsquoten von 75 bis 90% der in Mediationsverfahren behandelten Streitsachen. DERS., Mediation ausserhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses, in: NVwZ, 2004, 385 ff.

¹⁶⁰ Anträge und Entscheide zur Sistierung, Unterbrechung usw. nach Art. 33b Abs. 1 VwVG, Art. 8 Abs. 2, Art. 21 Abs. 3 JStG, Art. 210 Abs. 2, Art. 211 Abs. 2 und 3 E-ZPO, gemeinsame Anträge nach Art. 55c Abs. 1 USG, Art. 12d Abs. 1 NHG.

¹⁶¹ Zum Erlass einer Verfügung gemäss Art. 33b Abs. 1 und 4 VwVG, zur Einstellung nach Art. 8 Abs. 2, Art. 21 Abs. 3 JStG, Art. 17 Abs. 2 E-JStPO EJPD (FN 14), zu einem Rückzug des Strafantrags nach Art. 33 StGB, zu einem Vergleich in Art. 316 E-StPO, Art. 16 lit. a E-JStPO EJPD (FN 14), zur Genehmigung einer Vereinbarung gemäss Art. 214 E-ZPO.

6.4 Doppelrolle der Behörden

6.4.1 Rechtsanwendung und Verhandlungstisch

Im Grundmuster eines (Verhaltens-)Gesetzes regeln sich die Dinge gleichsam ohne eine Behörde selbst; die Beteiligten halten sich aus eigenem Antrieb an die Vorschriften. Wo die Behörde handelt, erlässt sie einseitig eine hoheitliche Anordnung. Sie ermittelt den Sachverhalt, hört die Betroffenen an und entscheidet letztverantwortlich allein.

In gewissen Situationen sucht die Behörde sinnvollerweise Kooperation und Konsens. Sie steigt «vom hohen Podest herab» und setzt sich mit den Privaten an den Verhandlungstisch. In der Verhandlungsrolle tritt die Behörde als gleichberechtigter Partner auf. Sie bezieht zusätzliches Wissen und Erfahrungen von den Privaten, geht auf ihre Interessen und weitere Anliegen ein, lässt die Privaten an den Lösungen und Einigungsvarianten (mit-)arbeiten, handelt aus, unterstreicht Vorteile, akzeptiert Nachteile und bemüht sich um einen Ausgleich, ohne die überlegene Entscheidungsbefugnis auszuspielen und immer im Rahmen der Rechtsordnung. Dieser Weg an den Verhandlungstisch ist ein wichtiger Teil der Auseinandersetzung um das Verbandsbeschwerdrecht¹⁶².

6.4.2 Kontrolle und Letztverantwortung – keine Betroffenenemokratie

Die Behörde agiert in einer Doppelrolle: Sie trägt zusätzlich zur Verhandlungsfunktion die Letztverantwortung für ein korrektes Verfahren und den Entscheidungsinhalt; sie darf diese an keinen Dritten delegieren, auch nicht an einen Mediator. Wer Einigung oder Mediation mit der ZPO kombiniert, muss hinnehmen, dass die Behörden die ZPO-Bestimmungen ihm gegenüber anwenden¹⁶³. Wer im Verwaltungs- oder Strafverfahren an einer Einigung mitarbeitet, muss akzeptieren, dass die Behörde die Einigung nur in die Verfügung aufnehmen, die Vereinbarung genehmigen und das Strafverfahren einstellen darf, wenn diese Entscheide rechtmässig sind. Gegen aussen, der Öffentlichkeit, der kommenden Generationen, dem Staat gegenüber ist allein die Behörde verantwortlich. Einigung und Mediation öffnen kein Tor zu einer Betroffenenemokratie oder zu Sonderrechten einer betroffenen Minderheit, auch nicht der Umweltschutzorganisationen¹⁶⁴. Die Behörde darf nicht schon dann zustimmen, wenn ihr das Ergebnis als akzeptabel erscheint oder wenn alle Betroffenen zugestimmt haben. Die Behörde sorgt stets dafür, dass der Sachverhalt korrekt ermittelt wird, alle Beteiligten ausreichend angehört werden usw. Ihr obliegt es, die öffentlichen

¹⁶² Hinweise bei PFISTERER (FN 101), 118 ff.

¹⁶³ Botschaft ZPO, 7240.

¹⁶⁴ Hinweise bei PFISTERER (FN 20), 181 f.; DERS., (FN 101), 116 ff.

Interessen, eingeschlossen die Anliegen der künftigen Generation und von anderen Nichtbeteiligten zu wahren, kurz: das Recht durchzusetzen¹⁶⁵.

6.5 Mediator – kein Amt und kein amtlich geregelter Beruf

Die Gesetze kennen weder eine Institutionalisierung des Mediators in einem Amt, noch in einem Berufsstand; es ist bundesrechtlich nicht statthaft, nur Personen zuzulassen, die kantonale oder gar private Fähigkeitsausweise oder -bewilligungen erworben haben. Kein Gericht ist befugt, als Schlichter eine Amtsperson einzusetzen, die unter dem Mantel der Obrigkeit handelt, ähnlich wie ein Richter oder Friedensrichter. Ebenso wenig ist die ZPO als eine Mediations- oder Zufordnungsgeplante, welche die Mediatoren von Staats wegen beruflich anerkennt und ihnen eine geschützte Berufsbezeichnung verleiht¹⁶⁶. Sie werden auch den Anwälten nicht gleichgeordnet.

Immerhin ist es den Kantonen freigestellt, die organisatorischen Rahmenbedingungen¹⁶⁷ für Einigungen mit Mediation zu verbessern und Pilotprojekte durchzuführen¹⁶⁸ (vorne Ziffer 3.2.3). Um die Qualitätssteigerung kümmern sich heute verdienstvoll Private; es gibt Anleitungen, Ausbildungsgänge und Diplome, die eine spezielle Ausbildung ausweisen¹⁶⁹. In Österreich steht ein Gesetz in Kraft, das die Institution eines eingetragenen Mediators schafft¹⁷⁰.

6.6 Integration der Ergebnisse

Die Ergebnisse aus dem Einigungs- oder Mediationsprozess sollen im Zivilrecht in einen Vertrag, im Verwaltungsrecht

in eine Verfügung und im Strafrecht in einen Vergleich, eine Einstellung oder ein angepasstes Urteil münden¹⁷¹.

7. Optimale Verfahrensgestaltung

7.1 Optimale Wahl des Lösungsweges

Verfahren sind nicht nur als vorgegeben zu erdulden, sondern zu gestalten¹⁷². Einen Lösungsweg suchen heisst, zuerst die Eignung (vorne Ziffer 3.2) abzuklären. Selbst wenn das Gesetz es erlaubt und alle Beteiligten einverstanden sind, ist abzuwägen, ob die Gründe für eine Verhandlungslösung und den Konsensweg, eventuell eine Vermittlung bzw. Mediation, diejenigen für das ordentliche Verfahren überwiegen¹⁷³. Eine Strafmediation ist z. B. denkbar, wenn die Voraussetzungen für einen Vergleich¹⁷⁴ erfüllt sind, der Sachverhalt untersucht ist, von der Interessenlage her ein Ausgleich möglich ist, keine besondere öffentliche Sensibilität besteht (wie bei schweren Gewaltdelikten) usw.

Wenn die Eignung gegeben ist, fragt sich, wie Einigung und Mediation optimal mit den ordentlichen Verfahren zu kombinieren seien, z. B. die Verständigung über eine Baubewilligung ins Baubewilligungsverfahren einzubauen und überhaupt mit dem Baurecht abzustimmen ist. Die rechtlichen Bindungen sind einzuhalten, z. B. bei grenzüberschreitenden Einigungen zu schaffen¹⁷⁵ sowie die Erleichterungen, die Informations- und Legitimationsleistungen des Gesetzes zu nutzen. Gleichzeitig ist das Potential für Verhandlungen und Einigung auszuschöpfen.

7.2 Erarbeitung von Konsens- und Mediationslösungen

Verhandeln¹⁷⁶ heisst, dass sowohl die beteiligten Privaten als auch im Verwaltungs- und im Strafrecht die Behörde im

¹⁶⁵ Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BV.

¹⁶⁶ Botschaft ZPO, 7335; AB 2007 S 525; 554.

¹⁶⁷ Art. 122 Abs. 2, Art. 123 Abs. 2 BV; so hat der Kanton Genf, seine Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, einen «Praktischen Leitfaden zur zivilen Mediation, Genf 2006, herausgegeben. ISAAK MEIER/DIANA MÜRNER, Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber – unter der besonderen Berücksichtigung der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung, recht 2004/1, 5 f.

¹⁶⁸ Art. 399 E-ZPO. Beim Erlass der StPO war streitig, wie weit der kantonale Spielraum reiche.

¹⁶⁹ Botschaft ZPO, 7335 f.; AB 2007 S 554. Der Schweizerische Anwaltsverband hat am 1. Juli 2007 ein «Reglement Mediator SAV/Mediation SAV» für den Titel eines «Mediators SAV» erlassen. Der Schweizerische Dachverband für Mediation als Zusammenschluss von schweizerischen Mediatoren-Vereinen bietet eine Ausbildung zum «MediatorIn SDM-SDM» an. PHILIPP GELZER, Vorschläge zur Regelung des Schlichtungs- und Mediationsverfahrens in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung und im Obligationenrecht, in: Jusletter 6. November 2006, 3 f.

¹⁷⁰ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), Bundesgesetzblatt 2003 I 34 ff.

¹⁷¹ Art. 214E-ZPO; Verwaltungsrecht: Art. 33b Abs. 4 VwVG; Art. 55c Abs. 1 USG; Art. 12d NHG; Strafrecht: Art. 52–54 StGB; Art. 8 Abs. 2, Art. 21 JStG; Art. 17 Abs. 2 E-JStPO EJPD (FN 14); Art. 30 StGB.

¹⁷² PFISTERER (FN 157), 141 ff.

¹⁷³ PFISTERER (FN 157), 135 ff.

¹⁷⁴ Art. 316 E-StPO.

¹⁷⁵ Bei den beiden Rheinfelden ist eine neue (Autobahn-)Brücke erstellt worden. Im Verfahren sind Einwände von Opponenten aus beiden Städten durch eine Einigung im aargauischen Verfahren abgewandelt worden. Streitig war die Schliessung der alten Rheinbrücke – nach einer Übergangszeit – und die Entlastung der Altstadt beidseits des Rheins. Die Einigkeit ist durch den Staatsvertrag verbindlich erklärt worden. (Botschaft betreffend das Abkommen mit Deutschland über Bau und Erhaltung einer Autobahnbrücke über den Rhein zwischen Rheinfelden (Aargau) und Rheinfelden (Baden-Württemberg) vom 7. März 2003, BBl 2003, 2978, insbesondere Art. 1 Abs. 4 des beigefügten Abkommens und Bericht in AB 2003 S. 506 f.)

¹⁷⁶ Nun HAFT (FN 70), 197 ff.; FISHER (FN 70), 39 ff.

gleichen Boot miteinander in dieselbe Richtung «rudern»¹⁷⁷: «Verhandlungstisch, statt Briefkasten». Das Einigungspotential steckt darin, dass alle Beteiligten mehr erreichen können, wenn sie ihre (eentlichen) Interessen darstellen und ein Stück weit zu realisieren suchen, dabei aber aufeinander eingehen und die gemeinsamen oder doch vereinbaren Interessen entdecken. Thema ist, die Partner zu überzeugen, nicht nur die Behörde, die nachher einseitig entscheidet. Diese Gemeinsamkeit der Erarbeitung¹⁷⁸ ist der Kern einer optimalen Nutzung des Potentials.

Zusammenfassung

¹⁷⁷ ORTLOFF (FN 7), 733 f.

¹⁷⁸ Der Bundesrat sprach in der Botschaft StPO von einem gemeinsamen Hinarbeiten auf eine Lösung.