

Pierre Kobel* und Hubert Rüedi**

Zehn Fragen zu den Richtlinien SAV für die Mediation

Stichworte : ■

1. Was ist Mediation?

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

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

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

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

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

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

4. Für wen haben die Richtlinien Gültigkeit?

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

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

Die Richtlinien verlangen, dass die Mitglieder des SAV, die sich als Mediator betätigen, eine angemessene Mediationsausbildung vorweisen können. Mit anderen Worten verletzt ein Mitglied des SAV, welches ohne eine entsprechende Ausbildung als Mediator tätig wird, die Richtlinien (Ziffer 3.1 Richtlinien). Die Anforderungen an die Ausbildung sind im Reglement «Mediator SAV/Mediatorin SAV» festgehalten. (Im Weiteren werden unter den Begriffen Mediator oder Anwalt immer Personen verstanden, die zugleich auch Mitglied des SAV sind.)

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

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

* Pierre Kobel, Genf, Mitglied Fachausschuss Mediation SAV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hubert Rüedi* et Pierre Kobel**

Dix Questions concernant les Directives FSA pour la médiation

Mots clés : ■

1. Qu'est-ce que la médiation?

«La médiation est une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges, dans laquelle un ou plusieurs tiers indépendants et impartiaux (médiateurs/médiatrices) aident les parties impliquées dans un conflit à la régler par elles-mêmes et de façon amiable, par la voie de la négociation» (Directives § 1). La médiation se distingue des processus judiciaire, arbitral et des négociations traditionnelles. La fonction principale du médiateur ne réside ni dans le conseil aux parties, ni dans leur représentation ou le prononcé de jugements. Le médiateur est responsable d'une question indépendante et impartiale du processus.

2. Quels sont les buts poursuivis par la FSA en adoptant ces Directives le 1^{er} juillet 2005?

En créant en 2002, une spécialisation et un titre correspondant de «Médiateur FSA/Médiatrice FSA», la FSA avait souhaité marquer son soutien à l'égard de cette activité et mettre en place des standards de qualité. La FSA se devait désormais de régler les obligations de l'avocat agissant comme médiateur. Des règles particulières s'imposaient dans la mesure où les obligations de l'avocat-conseil ou de l'avocat représentant des parties sont différentes de celles de l'avocat médiateur. Le médiateur n'est pas le conseiller ou le représentant de l'une ou l'autre des parties mais prend en charge pour toutes les parties, la responsabilité du processus de résolution amiable qu'est la médiation. Il fallait donc définir les obligations du médiateur dans leurs particularités. Les présentes Directives remplacent les précédentes directives pour les avocats-médiateurs.

3. Quelle est la relation entre les Directives et le Code suisse de déontologie sur la profession d'avocat?

Le Code suisse de déontologie adopté le 1^{er} juillet 2005 par la FSA, décrit les obligations professionnelles de l'avocat-conseil ou exerçant une activité judiciaire. Bien que l'activité de médiateur fasse partie de l'activité d'avocat, ses particularités exigent des Directives particulières. Il a donc été décidé que les Directives régleraient de manière exhaustive les obligations de l'avocat agissant en tant que médiateur (Directives § 2.1), sous réserve bien entendu des obligations relatives au contrat de mandat.

4. A qui s'appliquent les Directives?

Les Directives s'appliquent à tous les membres FSA qui ont une activité de médiateur correspondant à la définition donnée au paragraphe 1. Elles ne s'appliquent donc pas seulement aux membres FSA qui auraient obtenu le titre de «Médiateur FSA» (Directives § 2.1).

5. Quelles sont les obligations qu'un membre FSA doit observer pour pouvoir pratiquer comme médiateur?

Les Directives prescrivent que tout membre FSA qui souhaite agir comme médiateur justifie d'une formation en médiation appropriée. En d'autres termes, le membre FSA qui pratiquerait en tant que médiateur sans avoir suivi une formation appropriée violerait les directives FSA pour la médiation (Directives § 3.1). Les exigences en matière de formation sont définies dans le «Règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA».

6. Quelle est la signification des concepts d'indépendance et d'impartialité imposés au médiateur?

Le médiateur ne défend ni ne représente les intérêts de certaines des parties. Il agit comme intermédiaire entre les parties. Il doit donc s'assurer, avec le concours des parties, de son indépendance et son impartialité. Cela implique qu'il communique aux parties tout fait susceptible de mettre en cause son indépendance ou son impartialité (Directives § 4.3). Le médiateur avocat qui ne peut communiquer de tels faits aux parties en raison de son secret professionnel, devra renoncer à son mandat de médiateur (Directives § 4.4). Le médiateur est tenu de respecter ces obligations tout au long de la procédure de médiation (Directives § 4.1). Lorsqu'une ou plusieurs parties mettent en cause l'indépendance ou l'impartialité du médiateur et que ces doutes ne peuvent être levés, le médiateur doit renoncer à son mandat (Directives § 4.4).

Les Directives ne définissent ni l'indépendance ni l'impartialité. Elles partent toutefois d'une conception subjective-objective de ces devoirs. Compte tenu de l'expérience de la vie et des circonstances du cas d'espèce, c'est l'idée qu'un tiers placé dans des circonstances similaires pourrait raisonnablement se faire de l'indépendance et de l'impartialité du médiateur. L'indépendance en tant que telle dépend d'abord d'un substrat objectif: la présence ou l'absence de certaines relations avec l'une ou l'autre des parties. Les Directives font état de l'intérêt à l'issue

* Hubert Rüedi, Lucerne, membre de la Commission de médiation FSA.

** Pierre Kobel, Genève, membre de la Commission de médiation FSA.

du conflit, des relations avec les parties (Directives § 4.2). L'indépendance n'est plus garantie lorsque la nature ou l'intensité de cette relation entre le médiateur et une partie peut raisonnablement faire naître des doutes. L'impartialité dépend plus généralement de l'attitude du médiateur pendant la médiation. Les Directives donnent l'exemple de préférences exprimées pour une partie ou pour une solution (Directives § 4.2).

En principe, les Directives n'interdisent pas au médiateur d'agir comme arbitre, représentant, conseil ou autre fonction pour l'une ou l'autre des parties sur un sujet ayant fait l'objet de la médiation. Les Directives autorisent le médiateur à entreprendre toute activité pour les parties ou une partie d'entre elles après la médiation, à la double condition qu'il ait fourni à toutes les parties des explications complètes sur la signification de ces activités notamment par rapport à ses obligations d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité, et ait obtenu leur consentement écrit (Directives § 4.5).

7. Quelles sont les obligations d'information du médiateur?

Les Directives partent de l'idée que le processus de médiation doit répondre à une certaine transparence. Cette idée se concrétise dans l'obligation imposée au médiateur d'informer les parties sur la procédure et le rôle du médiateur (Directives § 5.1), de discuter avec les parties de l'opportunité de la médiation (Directives § 5.2), d'informer les parties sur le rôle du droit et l'intervention d'avocats dans la médiation (Directives § 5.3), d'informer les parties de tout fait pouvant remettre en question son indépendance ou impartialité (Directives § 4), d'informer les parties de la portée et des limites de la confidentialité (Directives § 6), d'informer les parties des frais additionnels aux honoraires (Directives § 7), de passer une Convention de médiation (Directives § 8), d'attirer l'attention des parties sur la possibilité de consigner leur accord final dans un écrit et de le faire examiner par un tiers (Directives § 9).

8. Comment est-ce que la confidentialité de la médiation est-elle garantie?

Il ne revient pas à des Directives en matière déontologique de définir les obligations de confidentialité du médiateur et des parties. Par contre, le médiateur se doit d'informer les parties de ses propres obligations et de la possibilité que les parties ont de s'obliger à une certaine confidentialité. Les Directives partent de l'idée que l'avocat pratiquant en tant que médiateur peut se prévaloir de son secret professionnel. Activité à mi-chemin entre la négociation et l'arbitrage, la médiation relève typiquement de l'activité professionnelle de l'avocat moderne. Cette question n'ayant pas été tranchée par le Tribunal fédéral, il est recomman-

dé que le médiateur définisse dans la convention de médiation les obligations de confidentialité des parties à son égard, soit notamment le renoncement à le faire citer comme témoin (voir à ce sujet l'art. 139 alinéa 3 CCS). On relèvera en passant que la loi d'organisation judiciaire genevoise prescrit la confidentialité au médiateur civil et, dans des termes légèrement différents, au médiateur pénal¹. Le projet de loi fédérale sur la procédure civile consacre également le droit du médiateur de refuser de témoigner. La confidentialité du médiateur est donc un principe juridiquement reconnu.

9. A quelles règles sont soumis les honoraires du médiateur?

Les Directives laissent la question des honoraires largement à l'appréciation du médiateur et des parties. En pratique les honoraires se calculent sur la base d'un taux horaire. Les médiateurs pourront également s'inspirer des principes applicables à la profession d'avocat. La rémunération du médiateur sera généralement traitée dans la convention de médiation.

10. Y'a-t-il une obligation de tenter ou considérer la médiation?

Les obligations de l'avocat à l'égard de son client relèvent d'abord du mandat, de la loi sur la libre circulation des avocats et du Code suisse de déontologie entré en vigueur également le 1^{er} juillet 2005. Ce dernier prescrit que, par principe, l'avocat se doit de rechercher une solution amiable (Code suisse de déontologie § 9.1). Ce n'est que lorsque l'intérêt du client s'y oppose que l'avocat peut renoncer à la recherche d'une solution amiable. Il prescrit aussi que l'avocat tienne compte du désir de son client de tenter une médiation (Code suisse de déontologie § 9.2). La possibilité d'une médiation en tant que méthode reconnue de résolution des litiges, doit donc être prise en considération dans le cadre d'une activité de conseil complète et conforme au droit, et cela eu égard à l'état de fait et de droit en cause. Cette obligation s'impose à fortiori, maintenant que la médiation est prévue dans certaines législations et selon toute vraisemblance, également dans le projet de loi fédérale sur la procédure civile.

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

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