

Singapore Management University

Institutional Knowledge at Singapore Management University

Research Collection Yong Pung How School Of
Law

Yong Pung How School of Law

5-2003

International developments in mediation (Internationale Entwicklungen der gerichtsnahen Mediation)

Nadja ALEXANDER

Singapore Management University, nadjaa@smu.edu.sg

Follow this and additional works at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research



Part of the [Dispute Resolution and Arbitration Commons](#)

Citation

ALEXANDER, Nadja. International developments in mediation (Internationale Entwicklungen der gerichtsnahen Mediation). (2003). *Rechtskultur - Streitkultur - Mediation: Die reaktivierung von verlorener selbstverantwortung und abgegebener eigenkompetenz [Legal culture - Controversy cult - Mediation: The lost reactivation of self-responsibility and ceded own competence]*. 39-57.

Available at: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/1904

This Book Chapter is brought to you for free and open access by the Yong Pung How School of Law at Institutional Knowledge at Singapore Management University. It has been accepted for inclusion in Research Collection Yong Pung How School Of Law by an authorized administrator of Institutional Knowledge at Singapore Management University. For more information, please email cherylds@smu.edu.sg.

Internationale Entwicklungen der gerichtsnahen Mediation

1. Gerichtsnaher Mediation im Kontext der Annäherung von Rechtssystemen

Im Hinblick auf die Entwicklung der verschiedenen Rechtssysteme kreist die Diskussion in Literatur und Praxis derzeit um ein zentrales Thema: die Annäherung (Konvergenz) der Rechtssysteme, egal ob in einem Land des angloamerikanischen (common law) oder des kontinental-europäischen Rechtssystems (civil law). Für das angloamerikanische Rechtssystem z.B. bedeutete dies ein Umdenken in Fragen des Zivilprozessverfahrens u.a. im Hinblick auf den Einsatz von Sachverständigen (Experten) oder die Einführung von „case management Sichtweisen“.¹

Beiden Systemen ist allerdings eine Neuerung gemeinsam: die gerichtsnaher alternative Konfliktlösung, insbesondere die gerichtsnaher Mediation. Nicht die Annäherung der Rechtssysteme sollte das Diskussionsthema bilden, sondern die Entstehung einer globalen Form von Gerechtigkeit, einer informellen Justiz, einer kundenorientierten Bearbeitung von Konflikten. Sie wird alternative Konfliktlösung genannt, und ihre bekannteste Erscheinungsform ist die Mediation. Der Mediation ist kein fester Platz im Gefüge der Rechtssysteme zugeordnet. Sie findet sich dort, wo ein Bedürfnis nach ihr entsteht. Sie interagiert mit dem Rechtssystem, und insoweit sind beide voneinander abhängig – daher auch der Begriff der gerichtsnaher Mediation. Der Begriff der gerichtsnaher Mediation bezieht sich auf die Verbindung von alternativen Konfliktlösungsverfahren und den Gerichten. Zugleich spiegelt er den fließenden Übergang wider, der zwischen den beiden Verfahren besteht.

2. Vier Verweisungssysteme der gerichtsnaher Mediation

Gerichtsnaher Mediation bezeichnet diejenige Mediation, die im Schatten der Gerichtsprozesse stattfindet. Je nach gerichtlichem Verweisungssystem variiert das

¹ Ein klassisches Beispiel bieten die Lord Woolf Reformen in England an. Siehe *L. A. Mistelis*, in: N. Alexander (Hrsg.) *Global Trends in Mediation*, Köln 2003.

Ausmaß der Verbindung zwischen Mediation und Gerichtsverfahren. Der Begriff der gerichtsnahen Mediation wird hier im weitesten Sinne verstanden, und beinhaltet jegliche Methode, die von den Gerichten gebilligt oder unterstützt wird, um die Durchführung einer Mediation im Vorstadium des Konflikt- oder gar des Gerichtsverfahrens zu fördern. Aus weltweiten Erfahrungen haben sich folgende vier Verweisungssysteme herauskristallisiert:²

1. Gesetzlich nichtgeregelter Verweisung an die Mediation: Hier empfiehlt das Gericht den Parteien die Durchführung einer Mediation, ohne dass sich diese Empfehlung auf eine gesetzliche Regelung oder Grundlage stützt.
2. Die Verweisung an die Mediation aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage in Fällen, in denen das Gericht den Konflikt zur Durchführung einer Mediation geeignet hält und das Einverständnis der Parteien für einen Mediationsversuch vorliegt.
3. Die gesetzlich geregelte Verweisung an die Mediation in den Fällen, in denen die Sache nach Auffassung des Gerichts für eine Mediation geeignet ist. Das Einverständnis der Parteien ist für diese Art der Verweisung nicht erforderlich.
4. Die routinemäßige, gesetzlich geregelte Verweisung an die Mediation. Diese Form der gerichtsnahen Mediation sieht eine grundsätzliche Verweisung an die Mediation in allen bei Gericht eingereichten Fällen vor, die bestimmte Kriterien erfüllen.

Die Verweisungssysteme unterscheiden sich zusätzlich darin, wer als Mediator engagiert sein darf und – wenn die Mediatoren eine Gegenleistung überhaupt erhalten – wer die Kosten für die Mediatoren trägt.

3. Die globale Entwicklung der gerichtsnahen Mediation

Der Anstieg der alternativen Konfliktlösungsverfahren, und insbesondere der gerichtsnahen Mediation, fiel zeitgleich mit den folgenden höchst relevanten globalen Entwicklungen zusammen.

1. Eine Welle von Liberalisierungen und Privatisierungen öffentlicher Einrichtungen schwappte über die westliche Welt des zwanzigsten Jahrhunderts hinweg.
2. Die Wohlfahrtsstaaten in Ländern der angloamerikanischen und kontinental-europäischen Rechtssysteme brachen zusammen.
3. Der Rückgang von staatlicher Macht ging mit dem Verschwinden von

² L. Boulle, *Mediation. Principles, Process, Practice*, Sydney 1996, 188–192.

Gemeinschaftsgefügen einher. Die Komplexität der Gesellschaft nahm immer größere Ausmaße an.

4. Die Rolle der Frau am Arbeitsmarkt gewann wesentlich an Bedeutung.

In dieser Entwicklung spiegelt sich auch der Anstieg von konsumentenfreundlichen Modellen und von Managementtheorien wider, die den Konsumenten in den Mittelpunkt rücken.³

Die gerichtsnahen Mediation wird vermehrt als ein effektiver Weg verstanden, der den Streitparteien bzw. Konsumenten den Zugang zu Gerechtigkeit erleichtert und den Zufriedenheitsgrad mit der Art und Weise, wie juristische Konflikte gelöst werden, erhöht. *Cappelletti* stuft die alternative Konfliktlösung als die dritte Welle in der weltweiten Bewegung für den erleichterten Zugang zu Gerechtigkeit ein. Mit der ersten Welle der „Zugang zur Gerechtigkeit“-Bewegung wurden Institutionen, wie ein kostenloser Rechtsbeistand eingeführt, um ökonomischen Hindernissen, wie der Unzugänglichkeit von Informationen oder einer anwaltlichen Vertretung, welche die Anrufung eines Gerichts erschwerten, entgegenzuwirken. Die zweite Welle galt der Beseitigung von organisatorischen Hindernissen und mündete in die moderne Rechtsauffassung der Ausübung kollektiver Rechte sowie Interessen ganzer Gruppen und in die Einführung des Instruments der Gruppenklage (class action) zur Wahrung dieser Rechte. In einer dritten Welle entwickelten sich die alternativen Konfliktlösungsverfahren, hinter denen die Intention steht, der Unzulänglichkeit des traditionellen Zivilprozessverfahrens hinsichtlich des Zugangs zur Gerechtigkeit entgegenzuwirken. Im Gegensatz zum Zivilprozess verfolgt die alternative Konfliktlösung in der Problembearbeitung einen zukunftsorientierten Ansatz und hat ein breiteres Verständnis von Gerechtigkeit. *Cappelletti* prägt den Begriff der „*co-existenzialen Gerechtigkeit*“.⁴

4. Globale Trends und nationale Nuancen

Die globale Dimension der gerichtsnahen Mediation legt die Vermutung nahe, dass sie weltweit den gleichen Charakter und die gleiche Konzeption hat. Dies ist jedoch nicht der Fall. Obwohl die Mediation ein universales Verfahren ist, existiert sie nicht in einem luftleeren Raum. Sie operiert vor dem Hintergrund der jeweiligen nationalen Konfliktbearbeitungskultur und deren institutionellen Regeln und Gesetze. Demzufolge wäre es irreführend, die Mediation als universelles Verfahren, isoliert von anderen Verfahren zu betrachten. Das *Umfeld* bestimmt, wie die Mediation von den Mediatoren, den professionellen Konfliktbearbeitern – wie Anwälten und Sozialar-

³ Z.B. die Managementtheorie „Total Quality Management“ (TQM).

⁴ *M. Cappelletti*, „Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement“ (1995) 56 MLR 287.

beitern – und den Klienten aufgenommen und angewandt wird. Mit anderen Worten, das Umfeld definiert die Mediation und hat einen direkten Einfluss darauf, wie sie praktiziert wird. Nationale juristische Zusammenhänge decken historisch verankerte Unterschiede in den Systemen auf und geben Aufschluss über die Gründe, die hinter der Mediationspraxis stehen.

Der systemische Unterschied ist verantwortlich für die rapide Ausdehnung der Mediation im angloamerikanischen Rechtssystem und für die im Vergleich dazu zögerliche Entwicklung der Mediation in den kontinental-europäischen Rechtssystemen sowie für die Entwicklung der verschiedenen Modelle zur gerichtsnahen Mediation. Trotz dieser unterschiedlichen Entwicklungen in der Mediationspraxis in den angloamerikanischen und den kontinental-europäischen Rechtssystemen bildet das Spannungsverhältnis von Vielfalt gegenüber Einheitlichkeit in der Mediation ein einheitliches Thema, das sich durch alle Fragen nach der Qualität von Strukturierung, Verfahren und der Ergebnisse der Mediation zieht.

In Bezug auf die *Strukturierung* von Mediation werden immer wiederkehrende Fragen nach dem Einfluss regulierender Rahmenbedingungen (worunter die Zivilprozessordnungen, Regierungspolitik, Gebührenordnungen, Gesetze über Mediation und für Mediatoren sowie Verweisungssysteme an die Mediation fallen) auf die Flexibilität und tatsächliche Praxis von Mediation gestellt. Die Debatte darüber, bis zu welchem Umfang eine Regulierung der Mediatoren und der Mediationspraxis sinnvoll ist, verdeutlicht die Suche nach einer Balance zwischen Flexibilität und Vielfalt einerseits und Einheitlichkeit andererseits.

Die Überbrückung der Diskrepanz zwischen einigen praktischen Mediationsansätzen (zum Beispiel obligatorischer Mediation oder evaluativer Mediation) und der Mediationstheorie (z.B. über das freiwillige, auf Interessen basierende Verfahren) stellt im Hinblick auf die Verfahrens*qualität* eine der größten Herausforderungen für die Zukunft der Mediation dar. Die Diskussion über die Kluft zwischen Theorie und Praxis wird bei der gerichtsnahen Mediation, in der Anwälte und Richter eine größere Rolle spielen, besonders heftig geführt.

Eine der Schlüsselfragen hinsichtlich der *Ergebnisse*, die die Mediation liefert, ist, ob und in welchem Umfang die Ziele der gerichtsnahen Mediation, wie der verbesserte Zugang zu den Gerichten, die reduzierten Wartezeiten auf Gerichtsentscheidungen und eine höhere „Kunden“zufriedenheit mit dem Rechtssystem, erfüllt worden sind und werden können.

Im Folgenden wird jede dieser Qualitätsfragen (Strukturierung, Verfahren und Ergebnis) im Hinblick auf globale Trends und Unterschiede, die sich aus den angloamerikanischen und kontinental-europäischen Rechtssystemen ergeben, untersucht.

4.1 Die Qualität der Ergebnisse

Die Beurteilung der Qualität des Mediationsergebnisses macht zunächst die Klärung folgender Fragen erforderlich: Welche Ergebnisse hat die Einführung der alternativen Konfliktlösung und im Besonderen die Mediation bisher erzielt? Woran wird ein Erfolg gemessen?⁵ Welche Hinweise können zur Beurteilung eines positiven Ergebnisses herangezogen werden?

Die Aussagekraft der Daten, die über die Ergebnisse von Mediationen gesammelt werden, hängt im Wesentlichen davon ab, wie klar die Ziele einer Mediation definiert wurden. In Bezug auf die gerichtsnahen Mediation liegt das Ziel üblicherweise in dem Angebot bzw. dem Erbringen eines besseren „Rechtsservice“, z.B. durch Reduzierung der Wartezeiten bis zu einer Gerichtsentscheidung, durch Reduzierung der Gerichtskosten, durch einen verbesserten Zugang zum Recht, durch mehr Selbstbestimmung für die Parteien und durch eine zunehmende „Kunden“zufriedenheit mit dem Rechtssystem.

Gerichtsnahen Mediation kann sowohl qualitative, als auch quantitative Ziele beinhalten, je nachdem, woher die Projektgelder stammen und welche Personen, Institutionen und Unternehmen sie unterstützen.⁶ Die Tatsache, dass die Interessen verschiedener Geldgeber unterschiedlich ausfallen, muss dabei noch nicht bedeuten, dass die Ziele und Interessen miteinander konkurrieren. Sie sind vielmehr miteinander verbunden. Dennoch scheint es, als ob, solange die finanzielle Unterstützung der Mediation nur von einer Gruppe von Geldgebern gewährleistet wird, ihre Zielvorgaben zum Nachteil für andere Ziele und Interessen sich auf das Abdecken einiger bestimmter Bedürfnisse konzentrieren. Dies gilt insbesondere für die gerichtsnahen Mediation. Gerade in der Evaluierung der gerichtsnahen Mediation scheinen die quantitativen Daten eine größere Bedeutung für die Entscheidungsträger zu haben, was dazu führt, dass *quantitative Ziele* den Vorrang vor *qualitativen Zielen* haben werden.

⁵ *W. D. Brazil*, „Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns“ (1999) 14 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 715, 717. Über die Qualität von gerichtsnahen Mediationsprojekten siehe *T. Sourdin u.a.*, *Court Connected Mediation: National Best Practice Guidelines Draft For Comment*, Manuskript, 1994, Centre for Dispute Resolution, University of Technology Sydney, Centre for Court Policy and Administration, University of Wollongong, in Verbindung mit dem Law Council of Australia, 31. Über die Ziele von gerichtsnahen Mediationsprojekten siehe Justice *L. T. Olsson*, „Mediation and the Courts – Inspiration or Desperation?“ (1996) 5 *Journal of Judicial Administration* 236.

⁶ Z.B. s 94 *Supreme Court of Queensland Act 1991* (Qld) beinhaltet die folgenden Ziele für die Mediation: „to assist parties to achieve negotiated settlements and satisfactory resolutions of disputes, to improve access to justice for litigants, to reduce cost and delay in the court system, and to allow the specified ADR processes to be conducted as quickly, and with as little formality and technicality as possible.“

Zusammenfassend lässt sich folgendes beobachten: Je stärker die alternative Konfliktlösung reguliert wird, desto wahrscheinlicher werden die Mediationsziele miteinander konkurrieren anstatt sich zu ergänzen, und desto stärker werden gerichtsnahe Mediationsprojekte und -programme zunehmen, welche die Beurteilung von Effizienz und des Zugangs zum Recht zum Ziel haben. Inadäquate Finanzierung im Praxis- und Forschungsbereich vereitelt den Versuch, Rahmenbedingungen zu schaffen, durch die eine Vielzahl von qualitativen und quantitativen Mediationszielen gefördert werden könnten. Eine Ausnahme zu diesem Trend zeigt das niedersächsische Mediationsprojekt in Deutschland. In Niedersachsen wird derzeit der Versuch unternommen, im Zusammenhang mit freiwilligen gerichtsnahen Mediationen, die an einer Reihe von Gerichten (im ganzen Bundesland) durchgeführt werden, eine Vielzahl von quantitativen und qualitativen Zielen zu erreichen. Die Vision des niedersächsischen Projektes ist es, die Konfliktkultur so zu ändern, dass auf lange Sicht eine größere Kundenzufriedenheit mit der Qualität der Konfliktlösung und deren quantitative Effizienz erreicht wird. Der Erfolg dieses Projektes wird zum großen Teil von der weiteren finanziellen Unterstützung der Begleitforschung abhängig sein.

Die quantitativen Daten über die gerichtsnahe Mediation, stammen hauptsächlich aus Ländern des angloamerikanischen Rechtssystems, wo die gerichtsnahe Mediation schon seit ungefähr 13 bis 25 Jahren praktiziert wird. Aus Statistiken amerikanischer, australischer, kanadischer und britischer Internetseiten lassen sich vier Trends, die sich auf das Ergebnis von gerichtsverwiesenen Mediationen beziehen, ableiten.⁷

⁷ Zu Australien: Supreme Court of Queensland Annual Reports, www.courts.qld.gov.au/publications/annual/default.htm am 16.07.03; Supreme Court of New South Wales Annual Review, www.lawlink.nsw.gov.au/sc/sc.nsf/pages/ar_index am 16.07.03; ADR Statistics, Published statistics on Alternative Dispute Resolution in Australia, www.nadrac.gov.au/WWW/DISPUTERESOLUTIONHOME.nsf/Alldocs/704CA7BEC721D2B0CA256BC100121327?OpenDocument&highlight=adr%20statistics am 16.07.03.

Zu Kanada: *A. Pruijner*, „Développements Récents en Médiation au Canada et au Québec“ in: N. Alexander (Hrsg.), *Global Trends in Mediation*, Köln 2003; *H. Genn*, *Court-based ADR Initiatives for Non-Family Civil Disputes: an Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program* www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/manmed/exec_summary_recomm.pdf am 16.07.03.

Zu den USA: „US Mediation in the Twenty-first Century: The Path that Brought America to Uniform Laws and Mediation in Cyberspace“, in: N. Alexander (Hrsg.), *Global Trends in Mediation*, Köln 2003; www.caads.org/statistics/backgrnd.htm am 16.07.03.

Zu England: *L. A. Mistelis*, „ADR in England and Wales – A Successful Case of Public Private Partnership“ in: N. Alexander (Hrsg.), *Global Trends in Mediation*, Köln 2003 und *The Commercial Court and the Court of Appeal*, www.courtservice.gov.uk/docs/using_courts/guides_notices/comm/adr_civ_disp.pdf am 13.05.03.

Der erste Trend zeigt, dass die Einführung gerichtsnaher Mediation in ein Rechtssystem in vier Phasen verläuft:

1. Zunächst beherrscht anfängliche Skepsis und ein nur langsamer Anstieg der Verweisungen von Seiten des Gerichts das Bild.
2. Es folgt eine Phase der Euphorie, in der es zu einer plötzlichen Flut von Gerichtsverweisungen an die Mediation kommt.
3. Im Anschluss daran entsteht ein Plateau oder ein Abflachen der Gerichtsverweisungen.
4. In einigen Fällen kommt es schließlich zu einem merklichen Rückgang bei den Gerichtsverweisungen.

Welche Ursachen hat dieser Rückgang in der vierten Phase? Um diese Frage beantworten zu können, muss zunächst der Grund, der für das Abflachen und den Rückgang der Gerichtsverweisungen verantwortlich ist, geklärt werden. Dazu wäre, wenn die Daten vorhanden wären, die Beziehung zwischen dem Model der Gerichtsverweisungen einerseits und der Durchführung von Mediationen und Einigungsraten andererseits zu analysieren. Es bedarf der Feststellung, ob die Gerichte nach der anfänglichen Euphorie Kriterien entwickelt haben, um eine Unterscheidung treffen zu können, welche Fälle für Mediation geeignet sind und welche nicht. Dies kann eine Ursache dafür sein, dass nicht mehr so viele Fälle an die Mediation verwiesen werden. Man könnte dann vermuten, dass nur geeignete Fälle an die Mediation verwiesen wurden und dementsprechend die Einigungsquote steigt. Die Statistiken bestätigen diesen Trend aber nicht. Ein weiterer Grund für den Rückgang der von Gericht zugewiesenen Mediationen kann darin liegen, dass die Anwälte ihren Mandanten Mediation empfehlen, noch bevor die Gerichte in die Lage versetzt werden, selbst eine Verweisung ins Kalkül zu ziehen. In den amerikanischen und australischen Rechtssystemen lässt sich eine steigende Anzahl von Präzedenzfällen (case law) und gesetzlichen Regelungen verzeichnen, die berufsrechtliche Pflichten für Anwälte, die ihre Mandanten über die Möglichkeiten der Konfliktlösung beraten, festlegen, und einen Pflichtenkatalog für die anwaltliche Tätigkeit in einer Mediation begründen. Eine Folgeerscheinung ausgeprägter Gerichtsverweisung an die Mediation ist das zunehmende Anraten zur Mediation als primäres Konfliktlösungsinstrument seitens der Rechtsanwälte. Mit anderen Worten, die Kultur der rechtsberatenden Berufe verändert sich. Dies zeigt sich deutlich am Rechtssystem Queenslands (Australien), das im Hinblick auf Gerichtsverweisungen wahrscheinlich als das aktivste (ADR-)Bundesland in Australien bezeichnet werden kann. Die Richterschaft unterstützt tatkräftig Mediationsinitiativen, Mediationsklauseln, Vereinbarungen und Verweisungen. Im Laufe der Zeit wurden viele Anwälte, welche die Mediation zunächst strikt ablehnten, zu deren aktiven Befürwortern. Weiters haben eine kleine Anzahl von führenden Prozessanwälten ihre

beruflichen Aktivitäten auf die Durchführung von Mediationen anstelle des Führens von Prozessen umgestellt.

Der zweite Trend zeigt, dass in Rechtssystemen, die sogenannte *consent orders* (d.h. ein mit Einverständnis beider Parteien vor Gericht ergehender Beschluss, das Gerichtsverfahren bis nach Durchführung einer Mediation ruhen zu lassen) vorsehen, die Zahl der *consent orders* im Vergleich zu *non-consent orders* weiter steigt, bei einer unverändert stabil bleibenden Gesamtzahl von Gerichtsverweisungen an alternative Konfliktlösungsverfahren. Mit anderen Worten, die Entscheidung für Mediation als Konfliktlösungsinstrument ist bereits gefallen, noch bevor das Gericht die Gelegenheit für eine Verweisung hatte. Die Konfliktbehandlungskultur beginnt sich zu ändern.

Der dritte Trend zeigt, dass, obwohl alle drei Länder das „common law“-Rechtssystem vertreten, wesentlich mehr Fälle in Australien und den USA als in Großbritannien an die Mediation verwiesen werden. Vermutlich spiegelt sich darin ein Unterschied in den politischen Systemen der *neuen* und der *alten* Welt wider: die neue Welt sowohl mit ihrer Abneigung gegenüber Autoritäten und gegen die Intervention der Regierung, als auch mit ihrer Liebe zu Pragmatismus und Innovation einerseits und die alte Welt mit ihren Traditionen, Hierarchien und ihrer Geschichte, geprägt von der Einmischung ihrer patriarchalischen Regierungen, andererseits.⁸

Der vierte Trend korrigiert den Mythos der national übergreifenden Behauptungen von einer Einigungsquote von achtzig bis neunzig Prozent bei gerichtsanhängigen Mediationen. Statistiken der gerichtsnahen Mediation belegen dagegen eine Quote von fünfzig bis siebenundsechzig Prozent. Die Rechtssysteme, die in diesen Statistiken aufgenommen sind, verwenden eine Vielzahl von Verweiskriterien, die von der selektiv obligatorischen Verweisung bis zur Verweisung nur im Falle der beiderseitigen Zustimmung der Parteien reichen. Mit anderen Worten, die Statistiken beziehen eine wesentliche Anzahl von Mediationen mit ein, die mit Zustimmung beider Parteien durchgeführt wurde.

Empirische Studien über die quantitativen Vorzüge der Mediation im Vergleich zum Gerichtsverfahren haben gemischte Ergebnisse hervorgebracht. Es gibt keinen deutlichen Trend. Eine große Studie des amerikanischen Bundesgerichts über die alternative Konfliktlösung⁹ zeigt z.B., dass Mediation im Hinblick auf Zeit- und Kostenersparnis für ein Rechtssystem keinen Vorteil gegenüber einem Gerichtsverfahren

⁸ P. Dagitoglou, „Diskussionsbeitrag“, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), *Konflikt(2) Bond Law Review*, Special Issue: Dispute Resolution (2001) 325.

⁹ J. Kakalik u.a., *An Evaluation of Mediation and Neutral Early Evaluation under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica, California 1996, 53.

ren hat. Diese und andere Forschungsergebnisse beinhalten nur die erste Welle von empirischen Daten, die während der Kinder- und Jugendjahre der Mediationsindustrie gesammelt wurden.¹⁰ Die Vermutung liegt nahe, dass bei sich verändernder Konfliktkultur, die Ambiguität der empirischen Forschungsergebnisse weiter abnehmen wird.

4.2 Die Qualität des Verfahrens

Die Überbrückung der Diskrepanz zwischen der Mediationspraxis und der Mediationstheorie wird bei der gerichtsnahen Mediation, wobei Juristen mit ihren analytischen Problemlösungsfertigkeiten häufig als Mediatoren tätig sind, besonders deutlich. Insbesondere zeigt sich, dass Mediatoren, egal ob sie eine anerkannte Ausbildung zum Mediator absolviert haben oder nicht, vielfach dazu neigen, die Konfliktlösung in der Mediation in der gleichen Art handzuhaben, der sie sich auch in ihrem Quellberuf als Anwalt, Ingenieur, Sozialarbeiter, Psychologe oder Wissenschaftler bedienen. Voraussichtlich werden gerichtsnaher Mediationsprogramme und -projekte, die nicht mediative Wertvorstellungen und Verfahrensweisen spezifizieren, in hohem Maße Praktiken hervorbringen, die dann unter dem Begriff Mediation subsumiert werden, obgleich viele nicht die geringste Ähnlichkeit mit der Theorie aufweisen. Sowohl die europäischen, als auch die angloamerikanischen Rechtssysteme legen die Mediation nicht bis ins Detail fest, sondern überlassen die Ausgestaltung des Verfahrens dem Mediator. Flexibilität ist erwünscht. Aber zu welchem Preis? Unterschiedliche Vorgehensweisen machen es schwieriger, Mediation zu definieren, und erschweren so die Werbung für das „Produkt“ Mediation.

Im Hinblick auf das Mediationsmodell ist die Ausbildung in Europa vielfach tiefgreifender und dogmatischer, als im angloamerikanischen Raum. In Europa wird überwiegend auf ein Mediationsmodell Wert gelegt, das durch mehrere Sitzungen ohne Einzelgespräche (caucus) gekennzeichnet ist. Im Vergleich dazu ist das vorherrschende Trainingsmodell in den meisten Ländern des angloamerikanischen Systems das einer Einzelsitzung mit Einzelgesprächen. Theorie und Praxis weichen in der Mediation jedoch häufig voneinander ab. Überall auf der Welt spiegelt sich in den Praxismodellen die Art der Ausbildung, der berufliche Hintergrund des Mediators und die rechtlichen und organisatorischen Strukturen, in denen die Mediation durchgeführt wird, wider.

4.3 Strukturierungsfragen in der Mediation

Die Strukturen, in denen eine Mediation angelegt ist, entfalten grundlegende Auswirkungen auf das Ausmaß der Durchführung von Mediation im Rechtssystem

¹⁰ Siehe Anm. 7.

und auch auf die Ausübung von Mediation sowie die Durchführung von Mediationsverfahren selbst.

Die wiederkehrenden Strukturfragen sind einer Einteilung in folgende drei Kategorien zugänglich: einerseits in die regulierenden Rahmenbedingungen, in denen sich die Mediation bewegt, andererseits in die bereits existierenden mediativen Elemente innerhalb der vorhandenen Rahmenbedingungen und letztlich in die Frage der Mobilisierung von Mediation in der Praxis.

4.3.1 Die regulierenden Rahmenbedingungen

Prä-ADR: Der politische Druck, Mediation als ein Instrument für den schnelleren Zugang zum Recht heranzuziehen, äußert sich in den kontinental-europäischen Ländern nicht in dem gleichen Ausmaß wie in den angloamerikanischen Ländern. Die Entwicklung der Mediation in den angloamerikanischen Rechtssystemen resultierte aus einer Krise der Rechtsprechung und des Gerichtssystems sowie des Druckes auf die Regierungen und Politiker, dieses ineffiziente, langwierige und für die meisten Bürger unbezahlbare und höchst unbefriedigende Gerichtsverfahren zu reformieren.¹¹ Das kontinental-europäische Rechtssystem ist für seine *Kunden* dagegen vergleichsweise attraktiv. Das deutsche System ist beispielsweise hinsichtlich der Gebühren und Kostenstruktur, als auch in Bezug auf das Vorhandensein einer Rechtsschutzversicherung günstiger. Die Gerichte brauchen viel weniger Zeit, bis eine Entscheidung getroffen ist. In Italien wird dagegen ein kostengünstiges Gerichtsverfahren als umständlich und ineffizient beschrieben. In den Niederlanden und in Dänemark wurde die Mediationsbewegung sowohl von der weltweiten – von Gandhi inspirierten – Friedensbewegung als auch von der Entwicklung der alternativen Konfliktlösung in den USA beeinflusst.¹² Ein Vergleich zwischen der Entstehung der gerichtsnahen Mediation in den kontinental-europäischen und den angloamerikanischen Rechtssystemen gestaltet sich daher schwierig. Bei Übertragung eines Modells gerichtsnaher Mediation von einem Rechtssystem auf ein anderes ist Vorsicht geboten.

Post-ADR: Ein Aspekt, der wesentlich zur Blüte der Mediation beigetragen hat, ist, dass im angloamerikanischen Rechtssystem Prozessregeln auf kurzem Weg – ohne Befassung des Parlaments – abgeändert werden können. Dieser Umstand versetzt wiederum die Gerichte in die Lage, selbst mit verschiedenen Gerichtsverweisungsmodellen zu experimentieren. In den meisten kontinental-europäischen Rechtssystemen

¹¹ N. Alexander, „What’s law got to do with it? Mapping Modern Mediation Movements“, Vol 13 (2) Bond Law Review, Special Issue: Dispute Resolution (2001) 325.

¹² Zu Deutschland, Italien, den Niederlanden und Dänemark siehe die Beiträge in: N. Alexander (Hrsg.) Global Trends in Mediation, Köln 2003.

können die Prozessregeln nur vom Parlament geändert werden, was dazu führt, dass Abänderungen seltener vorgenommen werden und es weniger Spielraum für Probelaufe und Versuchsanordnungen bei den Gerichten gibt.

Einen weiteren Unterschied, der in der Besonderheit des britischen und australischen Rechtssystems im Gegensatz zum kontinental-europäischen System begründet liegt, stellt die zweigeteilte Anwaltschaft dar. Barristers, im Gegensatz zu Solicitors, sind unabhängige Mitglieder der Kammer (Bar) und sind keiner bestimmten Anwaltskanzlei verpflichtet. Auf diese Weise ist es ihnen möglich, als *gemietete Waffe* für jeden Mandanten zu arbeiten, der ihnen von den Anwaltskanzleien vermittelt wird. Für die Barristers in England und in Australien war es daher einfach, in die Rolle des unabhängigen Mediators zu schlüpfen. Mediationsfälle werden in Australien und Großbritannien von den Gerichten hauptsächlich an Barristers verwiesen. Solicitors sind dagegen weit abgeschlagen. Diesem unbefriedigenden Umstand sind die Vertretungsorgane der Solicitors in Australien (law societies) mit einer Werbekampagne begegnet, um den Bekanntheitsgrad von Solicitors als Mediatoren zu stärken.¹³

4.3.2 Mediative Elemente innerhalb der vorhandenen Rahmenbedingungen

In den kontinental-europäischen Rechtssystemen fanden sich traditioneller Weise schon mediative Elemente, wie die Aufgabe des Richters, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken. Dazu findet sich kein entsprechendes angloamerikanisches Gegenstück. Die Diskussion, ob ein vom Richter geschlossener Vergleich als Mediation gelten kann oder nicht, soll hier nicht wieder aufgegriffen werden.¹⁴ Ein Aspekt, der daran aber von Interesse ist, liegt in dem Einfluss, den der *vergleichende* Richter auf die Gerichtsverweisungsmodelle ausübt. Die Situation in Kanada stellt für diesen Punkt ein gutes Beispiel dar. In Kanada existieren zwei Mediationsmodelle an den Zivilgerichten. Beim ersten Modell entscheiden sich die Parteien auf Anraten des Richters für die Durchführung einer Mediation, ohne dass ihnen dafür Kosten entstehen. Die Mediation ist in den Gerichtsapparat eingegliedert. Sie findet vor einem Richter statt, der nicht mit dem Richter identisch ist, der den Fall entscheiden wird, falls die Mediation nicht erfolgreich sein sollte. Diesem Modell (*das Gerichtsmodell*) hat die neue Zivilprozessordnung von Québec den Vorzug gegeben.

Beim zweiten Modell handelt es sich um eine Verweisung an die Mediation durch die Gerichte, die entweder obligatorisch sein kann, oder die Zustimmung der Parteien (wie beim Gerichtsmodell) erfordert. Der Mediator wird in der Regel von den Parteien aus einer Anzahl von professionellen, akkreditierten Mediatoren

¹³ Protokoll der Sitzung des ADR Committee der Queensland Law Society am 7. April 2003.

¹⁴ Dazu siehe N. Alexander in: N. Alexander (Hrsg.) Global Trends in Mediation, Köln 2003.

(mediation panel) ausgesucht. Diese Mediatoren werden üblicherweise von den Parteien direkt bezahlt. Unter Umständen werden aber auch öffentliche Gelder zur Verfügung gestellt. In einigen Fällen sind die Gebühren für Mediatoren (von staatlicher Seite) reguliert; meistens aber setzen die Mediatoren ihre eigenen Gebühren fest. Dieses Modell (*das Marktmodell*) wird von Provinzen, wie Ontario und Saskatchewan, bevorzugt, die ein angloamerikanisches System vertreten.

Es hat sich gezeigt, dass das Gerichtsmodell häufiger in kontinental-europäischen Systemen Anwendung findet, wohingegen das Marktmodell eher in die angloamerikanischen Systemen integriert wurde.¹⁵ Das Gerichtsmodell ordnet die Mediation den Gerichten als einen weiteren Aufgabenbereich zu, für den, selbst bei Abgabe der Mediation an externe Mediatoren, das Gerichtssystem die Kosten trägt. Im Gegensatz dazu greift der lange Arm des Gerichts beim Marktmodell in den privaten Sektor ein, und hat zu dem Entstehen einer neuen Industrie beigetragen – der privaten gerichtsnahen Mediation.

Soweit die angloamerikanischen Rechtssysteme Verfahren des kontinental-europäischen Systems im Sinne der Annäherung (Konvergenz) in ihr System integriert haben, ist zu beobachten, dass Elemente des Gerichtsmodells auch bei diesen „common law“-Gerichten und Tribunalen Eingang gefunden haben. In vielen australischen Tribunalen kommt z.B. dem Richter bzw. dem Tribunalmitglied eine den Vergleich fördernde Rolle zu, die der des kontinental-europäischen Richters ähnelt. Es überrascht also nicht, dass man das Gerichtsmodell in solchen Tribunalen findet.¹⁶

4.3.3 Die systemische Herausforderung, die praktische Anwendung der Mediation im Schatten der Gerichte zu mobilisieren bzw. zu steigern – mit dem besonderen Augenmerk auf die juristischen Beteiligten: die Anwälte und Richter

Zur Erörterung der Möglichkeiten, die praktische Anwendung der Mediation im Schatten der Gerichte zu steigern, bedarf es der Klärung der folgenden Fragen. *Wie kommen Konflikte zur Mediation? Wer entscheidet, ob eine Mediation durchgeführt wird oder nicht? Welche Konflikte kommen zur Mediation? Wer kann Mediator werden? Wer nimmt an der Mediation teil? Wie werden die Gebühren festgelegt? In welcher Höhe? Wer bezahlt?*

(i) Wie kommen Konflikte zur Mediation?

Konflikte kommen entweder durch bereits vorhandene Strukturen, wie z.B. Prozesskostenhilfe und Schiedsmänner, oder durch Gerichtsverweisungen, die entweder obligatorische oder freiwillige Formen annehmen, zur Mediation.

¹⁵ Siehe die nationalen Beiträge in: N. Alexander (Hrsg.) *Global Trends in Mediation*, Köln 2003.

¹⁶ Z.B. das Commonwealth Administrative Appeals Tribunal in Australien.

Bereits vorhandene Infrastrukturen, die nun genutzt werden können, um Mediation bekannt zu machen, lassen sich in zwei Kategorien unterteilen.

Erstens kann auf allgemeine Strukturen zurückgegriffen werden, beispielsweise auf das Institut der Prozesskostenhilfe, die in Ländern des angloamerikanischen Rechtssystems und in den Niederlanden denjenigen mittellosen Parteien gewährt wird, die zur Durchführung einer Mediation bereit sind. Ein Einfallstor für die Mediation bieten zudem Rechtsschutzversicherungen, die Klauseln enthalten, wonach die Versicherten (Parteien) im Falle eines Konflikts zuerst angehalten sind, eine Mediation zu versuchen. Versuche eine Rechtsschutzversicherung mit einer Mediationsklausel einzuführen, sind in Australien bislang gescheitert. In Europa sind Rechtsschutzversicherungen dagegen sehr viel verbreiteter – dennoch finden sich in deren Bestimmungen kaum Mediationsklauseln. Darüber hinaus werden die Parteien von professionellen Beratern, wie Anwälten, Eheberatern, von Beratungsstellen und der Polizei auf die Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Mediation aufmerksam gemacht.

Die zweite Kategorie von für die Mediation nutzbaren und bereits bestehenden Konfliktlösungsstrukturen bildet die Gruppe der Schiedsmänner, Friedensrichter und anderer dem Gericht vorgeschalteter Institute mit Filterfunktion. Diese Personen übernehmen allerdings traditionellerweise die Rolle eines Sachverhaltsaufklärers sowie eines Ratgebers und Entscheiders. Das Verfahren ist nicht auf die Unterstützung der Parteien zu deren selbstbestimmter Konfliktlösung angelegt. Je stärker die Mediation aber in diese Strukturen integriert wird, desto wahrscheinlicher wird sie eine evaluative Gestalt annehmen.¹⁷

Die Einführung der gerichtsnahen Mediation stellte das wichtigste Instrument für generelle Akzeptanz und Förderung der Mediation dar. Trotz der vielen Diskussionen um die Rechtmäßigkeit einer obligatorischen gerichtlichen Verweisung an die Mediation, sieht die Realität heute dermaßen aus, dass die Fälle der obligatorischen Mediation den Hauptanteil der gerichtsnahen Mediation in den angloamerikanischen und kontinental-europäischen Rechtssystemen bilden. Am Scheideweg zwischen *außergerichtlicher* und *innergerichtlicher* Konfliktlösung nehmen Richter und Anwaltschaft eine einflussreiche Position als Hüter der vielen ADR-Verfahren ein. Sie spielen daher eine Schlüsselrolle in der Förderung der gerichtsnahen Mediation.

(ii) Wer entscheidet, ob eine Mediation durchgeführt wird oder nicht?

Hüter des Verfahrens, denen die Aufgabe obliegt, Fallgruppen für die Durchführung von Mediationen zu entwickeln, sind zum einen das Parlament, indem es die

¹⁷ Siehe z.B. G. Bierbrauer, „Factors Affecting Success in the Mediation of Legal Disputes: Third Party Conciliation through the German Schiedsmann“, in: S. Lloyd-Bostock, (Hrsg.), Law and

Kriterien festlegt, nach denen Konflikte mediiert werden. Der deutsche Gesetzgeber hat dies beispielsweise in §15 a EGZPO getan, wonach bei finanziellen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 750 Euro, Nachbarschaftsstreitigkeiten oder Konflikten über Ehrverletzungen, die nicht in den Medien geäußert wurden, zuerst eine Mediation durchgeführt werden muss, bevor die Sache dem Amtsgericht vorgelegt werden kann. Zum anderen sind Richter, Anwälte, Staatsanwaltschaft, Polizei und Mediatoren dazu berufen, eine Entscheidung über die Durchführung einer Mediation zu treffen.

Der allgemeine Trend im angloamerikanischen Rechtssystem geht dahin, dass das Parlament die Aufgabe der Konkretisierung von Verweisungskriterien für die obligatorische gerichtsnahe Mediation den anderen Gruppen, wie Richtern und Anwälten, delegiert. Hier wird den Parteien und ihren Beratern und selbst dem einzelnen Gericht bedeutend mehr Ermessen zugestanden, als in den meisten kontinental-europäischen Ländern. Es ist noch zu früh, um einen Trend im kontinental-europäischen System zu erkennen. Grundsätzlich neigen die kontinental-europäischen Länder aber zu einem höheren Grad an gesetzlichen Vorschriften und Regulierung, was wiederum in der steigenden Zahl der europäischen Gesetze über die Kriterien für eine obligatorische Verweisung an die Mediation seinen Ausdruck findet.

Letztlich müssen auch Hüter des Verfahrens Verantwortung für ihre Entscheidung tragen. Ein Gericht, das eine Mediation obligatorisch anweist, übernimmt Verantwortung für die Art des Mediationsverfahrens, zu dem es die Parteien schickt. Mit anderen Worten, es existiert eine positive Verpflichtung der Gerichte, sicherzustellen, dass erstens die Parteien ausreichend über die Art der Konfliktlösung, einschließlich der Art des Mediationsverfahrens, informiert sind, und zweitens, dass die Mediation oder ein anderes außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren bestimmte Qualitätskriterien erfüllen, sowie drittens, dass Gründe vorliegen, die die Verweisung eines bestimmten Konfliktes rechtfertigen. In Australien und den USA sorgen diese Themen derzeit für beachtlichen Diskussionsstoff.¹⁸

(iii) Welche Konflikte kommen zur Mediation?

Diese Frage zu beantworten ist Aufgabe der Hüter der Mediation. Wie wird also die Entscheidung getroffen, welcher Konflikt an die Mediation verwiesen wird? Trotz umfangreicher Literatur zu dieser Frage, wird die Entscheidung in der Praxis eher intuitiv gefällt. Zugleich tauchen in Amerika und Australien die ersten Präzedenzfälle auf, in denen die Kriterien für die gerichtliche Verweisung an die Mediation

Psychology, Oxford, 1981, 103 und *M. Petrovic* in: N. Alexander (Hrsg.) *Global Trends in Mediation*, Köln 2003.

¹⁸ *H. Astor*, *Quality in Court Connected Mediation Programs: an Issues Paper*, Carlton 2001.

beschrieben werden. Aufgrund des Präzedenzcharakters dieser Gerichtsentscheidungen ist es sehr wahrscheinlich, dass sich diese Kriterien durchsetzen werden. Als Kriterien wurden das Verhalten der Parteien, das zu dem jetzigen Gerichtsverfahren geführt hat, die Wahrscheinlichkeit einer wirklichen Bereitschaft in der Mediation mitzuarbeiten, die Wahrscheinlichkeit einer Konfliktlösung in der Mediation und Gründe des öffentlichen Wohls, die dem Ausschluss der Öffentlichkeit in der Mediation entgegen stehen, herausgearbeitet.¹⁹

(iv) Wer kann Mediator werden?

Mit Ausnahme von Österreich wird die Mediation weder gesetzlich noch politisch als unabhängiger Beruf anerkannt. Folglich darf auf dem freien Mediationsmarkt prinzipiell jedermann, der von einem Klienten für die Durchführung einer Mediation bezahlt wird, als professioneller Mediator angesehen werden.

Jegliche Versuche einzelner Berufsgruppen, ein Monopol für die Berechtigung zur Durchführung einer Mediation zu errichten, sind bisher fehlgeschlagen. Dennoch halten die Spannungen sowie die Versuche, sich gegenseitig auszuspielen, zwischen den verschiedenen Gruppen an. Dies ist auf den sich erst entwickelnden Mediationsmarkt zurückzuführen, auf dem es immer noch zu viele Mediatoren und nicht genug Klienten gibt. Das Angebot übersteigt die Nachfrage auf den freien Märkten von Europa, Großbritannien, Südafrika, den USA und Australien. Obwohl es den Enthusiasten auf diesem Gebiet so vorkommen mag, als ob es Mediation, zumindest in den USA, schon seit langer Zeit gibt, hat sich die Konfliktlöskultur gerade erst zu verändern begonnen. So lange das Angebot die Nachfrage auf dem freien Markt übersteigt, so lange wird es Versuche geben, gesetzlich zu regeln, wer als Mediator tätig sein darf und wer nicht. Muss beispielsweise ein Mediator gleichzeitig ein Anwalt sein, um gerichtsnahen Mediationen durchführen zu können? Einige Gesetzgeber würden diese Frage wohl positiv beantworten,²⁰ die überwiegende Mehrheit würde dies jedoch verneinen.²¹

¹⁹ Siehe z.B. die folgenden australischen Fälle: Australian Competition & Consumer Commission v Collagen Aesthetics Australia Pty Ltd [2002] FCA 1134; Finikiotis v Sandhurst Trustees Ltd [2002] FCA 341 (27 February 2002); George Andrew Harrison & Anor v Delcie Joan Schipp [2002] NSWCA 27 (15 February 2002); Higgins v Higgins [2002] NSWSC 455 (20 May 2002); Toomey v Scolaro's Concrete Constructions Pty Ltd & Ors (No 4) [2002] VSC 28 (27 February 2002); Remuneration Planning Corp Pty Ltd v Fitton; Fitton v Costello [2001] NSWSC 1208 (14 December 2001); Trelour v J H McDonald Pty Ltd [2001] QDC 053.

²⁰ Siehe z.B. das BaySchlG in Bayern, Deutschland.

²¹ Siehe z.B. den Supreme Court of Queensland Act 1991 (Qld) in Australien.

(v) Wer nimmt an der Mediation teil?

Die überwiegende Anzahl der Rechtssysteme verlangt von den Parteien, dass sie an der Mediation teilnehmen. Anwälte können, selbst bei gerichtsnahen Mediationen, ausgeschlossen sein – das hängt von den jeweiligen Verweisungs- und Mediationsmodellen ab. Ein Ausschluss der Rechtsanwälte könnte beispielsweise bei dem Gerichtsmodell denkbar sein. Beim Marktmodell, bei dem die Parteien selbst für das Mediationsverfahren bezahlen, ist davon auszugehen, dass die Parteien das Recht haben, ihren anwaltlichen Vertreter zur Mediation mitzubringen.

(vi) Wie werden die Gebühren festgelegt? In welcher Höhe? Wer bezahlt?

In der Beantwortung dieser Fragen wird wieder auf das bereits erwähnte kanadische gerichtsanhängige Mediationsmodell Bezug genommen. Beim Gerichtsmodell bezahlt das Rechtssystem die Mediationssitzungen, während die Parteien für alle Kosten aufkommen, die in der Vorbereitung auf die Mediation entstanden sind.

Im Gegensatz dazu ist das Marktmodell ein System, in dem der Benutzer zahlt. Im Allgemeinen werden die Kosten je zur Hälfte von den Parteien getragen, obwohl im Wirtschaftsbereich immer häufiger Modelle ausgemacht werden, bei denen das Unternehmen die gesamten Kosten der Mediation übernimmt – beispielsweise bei Mediationen zwischen Konsumenten und Großkonzernen.

Mit der Frage nach der gesetzlichen Festlegung der Gebühren ist das Thema der Neustrukturierung der Gerichtskosten, um Mediation zu einer attraktiveren Option werden zu lassen, verbunden. Es entsteht eine Gratwanderung zwischen dem Ermutigen der Parteien zu einer Mediation durch Schaffung eines finanziellen Anreizes (so wie Italiens neuestes Gesellschaftsrecht Steuervergünstigungen für Mediationsvereinbarungen eingeführt hat)²² und dem beschränkteren Zugang zu den Gerichten durch finanzielle Einbußen, wenn der prozessrechtliche Weg gewählt wird. Während die eine Methode die Anwendung eines alternativen Konfliktlösungsverfahrens attraktiv macht, kann die zweite Methode effektiv den Weg zu den Gerichten verschließen.

Dort, wo Gerichtskosten im Vergleich zu Mediationskosten sehr hoch sind und die Richterschaft die Parteien zur Inanspruchnahme von gerichtnaher Mediation ermutigt, findet ein dramatischer Rückgang der sich bei Gericht anstauenden Fälle statt. Dementsprechend ermöglicht Mediation eine verbesserte „Lieferung“ von Konfliktlösungen. Aber zu welchem Preis? Wenn die Kosten eines Gerichtsverfahrens so immens werden, dass Parteien sich ein solches Verfahren nicht mehr leisten können,

²²G. De Palo u.a., „Crisis of Courts and the Mediation Debate: the Italian Case“, N. Alexander (Hrsg.) Global Trends in Mediation, Köln 2003, Part 2 a).

stellt sich die Frage, ob die Mediation den Zugang zu den Gerichten noch fördert oder ihn nicht letztlich behindert? Wie sieht es mit den unbeabsichtigten Folgen einer Prozesskostenhilfe aus, die eine mediative Einigung als primären Kostenbeihilfegrund favorisiert? Wird eine solche Vorgehensweise darin resultieren, dass Konfliktparteien nicht mehr in der Lage sind, ihren Rechtsbeistand vor Gericht zu bezahlen? Führt die Tendenz der obligatorischen Mediation nach dem Marktmodell und die oben beschriebene Prozesskostenhilfe zu einer Situation, in der die Prozessführung nur noch eine Option für *Gutbetuchte* ist, wohingegen *Habenichte* auf der Strecke bleiben? Diese Überlegungen sind nicht nur reine Spekulation. Dieses Szenario erklärt vielmehr die Zunahme der nicht anwaltlich vertretenen Kläger (*litigants-in-person*) in Queensland (Australien), dessen Rechtssystem die obligatorische Mediation vorsieht, und deren Prozesskostenhilfe die Durchführung einer Mediation bevorzugt behandelt. Obwohl die Gerichte nicht länger überlastet sind, fallen für ein Gerichtsverfahren immer noch so hohe Kosten an, dass sich die meisten Parteien dieses nicht leisten können.

5. Vielfalt gegenüber Einheitlichkeit

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch nach Innovation und Experimentierfreude einerseits und dem Wunsch nach Qualität und Einheitlichkeit des Mediationservice andererseits, macht im Wesentlichen die Debatte um Vielfalt gegenüber Einheitlichkeit in dem neu entstandenen Feld der Mediation aus.²³

Die Mediationsbewegung in den meisten anglo-amerikanischen Rechtssystemen zeichnet sich durch eine frühe Phase der Experimentierfreude aus, die erst seit neuester Zeit zunehmender Regulierung und Institutionalisierung unterliegt. Demgegenüber wurde die Mediation in einigen kontinental-europäischen Systemen gleich zu Beginn durch Gesetze und organisierte Marktstrukturen reguliert.

Dementsprechend deutet vieles in den deutschsprachigen Ländern, trotz eines starken interdisziplinären Ansatzes in der Mediationsausbildung darauf hin, dass die aufkommenden Praxisfelder der Mediation die Kategorien der Rechtspraxis widerspiegeln. Mediationsangebote und -ausbildung werden in Anlehnung an vorgegebene, rechtliche Spezialisierungen strukturiert, statt sich an bestimmten Verfahren zu orientieren. Die Strukturierung erfolgt z.B. nach den Kategorien Umweltmediation, Familienmediation, arbeitsrechtliche Mediation und Mediation bei Insolvenzen. In anglo-amerikanischen Rechtssystemen werben die meisten Mediatoren nicht damit, ihre Dienste nur für eines dieser Gebiete anzubieten, auch wenn sie im Wesentlichen

²³ NADRAC, A Framework for Standards: Report to the Commonwealth Attorney-General, Köln 2003, Part 4).

nur auf bestimmten Gebieten tätig sind. Die Ausbildung für Fortgeschrittene in anglo-amerikanischen Ländern konzentriert sich vielmehr auf das Verfahren – beispielsweise auf Verhandlungstechniken, auf die Unterstützung von Mehrparteienkonflikten, auf die Vertretung eines Mandanten in der Mediation, auf das Aufbauen von Konfliktlösungssystemen, auf transformative, evaluative und facilitative Mediation.

Überdies weist *Prujiner* darauf hin, dass die Provinzregierungen der an das kontinental-europäische System angelehnten Provinzen, wie Québec, stärker in die Regulierung der Mediatorenakkreditierung involviert waren, als in den Provinzen, die dem anglo-amerikanischen System folgen.²⁴ Hier spiegeln sich die Tendenzen der neuen Welt und der alten Welt neuerlich wider: die alte kontinental-europäische Rechtskultur mit ihren Systemen, Gesetzen, Regelungen und ihrer patriarchalischen Einflussnahme seitens der Regierungen im Gegensatz zu dem politischen System der neuen Welt mit einem flexiblen Rechtssystem (case law), das Verfahren enthält, welche die Anpassung an Veränderungen ermöglicht, und einer kulturellen Mentalität, die offen für demokratische und aus dem privaten Sektor stammende Innovationen ist.

Während die Welt sich in einem Anfall von Globalisierung immer schneller verändert, bietet sich die Gelegenheit, über den Sinn der Debatte um Vielfalt gegenüber Einheitlichkeit nachzudenken. Handelt es sich dabei nicht schon um einen *fait d'accompli*?

Rechtssysteme, wie das australische oder das amerikanische, haben stark von der frühen Phase der Experimentierfreude mit den Mediationsmodellen und Marktstrukturen profitiert. Es wäre aber ein Fehler, zu glauben, dass die Lösungen, die diese anglo-amerikanischen Systeme gefunden haben, sich einfach auf andere Systeme übertragen ließen. Vielmehr hat sich gezeigt, dass obwohl Australien und Amerika das gleiche Rechtssystem haben, ihre Antworten auf die Frage nach Vielfalt oder Einheitlichkeit sehr unterschiedlich ausgefallen sind. Die Vereinigten Staaten waren das erste Land, das den Versuch unternahm, rechtlich bindende, einheitliche Mediationsstandards im Wege des Uniform Mediation Model Law zu schaffen, die von den verschiedenen Bundesstaaten übernommen werden sollen. Die Wende der Vereinigten Staaten hin zu einer national einheitlichen Regelung zeigt, dass das große und komplizierte Regelungswerk für Mediatoren und Mediation zu jeder Menge Verwirrung über die Rechte und Pflichten des Mediators, der Parteien, der Anwälte und der Richter geführt hat. Das Modellgesetz stellt das Resultat eines langen, auf Einigkeit basierenden Prozesses dar und verkörpert den Gipfel der Komprobatoren.²⁵

²⁴ *A. Prujiner* in: N. Alexander (Hrsg.), *Global Trends in Mediation*, Köln 2003.

²⁵ Dazu siehe R. Birke/L. Teitz, „US Mediation Today: The Path that Brought America to Uniform Laws and Mediation to Cyberspace“ in: N. Alexander (Hrsg.) *Global Trends in Mediation*, Köln 2003, Part 4).

In Australien wurde eine ganz andere Herangehensweise gewählt. Ein kürzlich erschienener Bericht an den Commonwealth Attorney General enthielt die Empfehlung, dass alle Anbieter von alternativen Konfliktlösungsverfahren sich einem Praxiskodex, der bestimmte Themen regelt, unterwerfen sollen, während gleichzeitig die Vielfalt dadurch gefördert werden sollte, dass die konkrete Wahl der Standards den spezifischen Praxisgebieten und Anbietern überlassen bleibt. Diese Herangehensweise trägt den Namen *Rahmenansatz* (framework approach), und zielt darauf ab, national gültige Rahmenbedingungen für Mediationsstandards zu schaffen, innerhalb derer Vielfalt und Einheitlichkeit nebeneinander existieren können.²⁶

Die Mediationslandschaft in Europa ist überzogen mit verschiedensten Gruppen, die ein Interesse an Mediation haben und die verschiedenste Interessen und Kulturen repräsentieren. Aus diesem Grund und um die Gelegenheiten zum Experimentieren zu erweitern, wäre die Schaffung von solchen Rahmenbedingungen auch ein wertvolles Mittel für die Mediation in Europa. Die Alternative wäre, das amerikanische Modell auf ein anderes rechtliches, politisches und kulturelles Modell zu übertragen.

6. Zusammenfassung

Aufgrund des globalen Trends hin zur Institutionalisierung der Mediation werden die Rechtssysteme weiterhin einen großen Einfluss auf die Mediationspraxis ausüben. Gleichzeitig bedarf es bei den Trends hin zur Globalisierung eines flexiblen Konfliktlösungsverfahrens, das in allen nationalen Systemen anwendbar ist (oder: über die nationalen Systeme hinausgeht).

Gerichtsnaher Mediation ist eine sich entwickelnde Form von globaler Gerechtigkeit, die in ihren zahlreichen Formen die Fähigkeit besitzt, das Gemeinwesen mit den Gerichten zu verbinden und die Rolle des Rechtssystems zu erweitern, wie es in *Cappellettis* dritter Welle beschrieben ist. Diese Verbindung ist von zentraler Bedeutung und sie muss erhalten werden, indem ein Ausgleich zwischen Vielfalt und Einheitlichkeit ständig angestrebt wird.

²⁶ Siehe Anm. 23.

