

Mediation und die Kunst des Regulierens

- Ein Überblick über bestehende Regulierungsformen und Regulierungsinhalte und ihre Zusammenführung zum „MediationMix“ -

Von Nadja Alexander¹

EINLEITUNG	2
A. VIELFALT UND VEREINHEITLICHUNG	3
B. UNVERMEIDBARKEIT VON REGULIERUNG	6
C. REGULIERUNGSFORMEN	7
II. DIE VIER WICHTIGSTEN REGULIERUNGSFORMEN	8
1. <i>Markt- und vertragsorientierte Regulierung (freie Marktregulierung)</i>	8
2. <i>Selbstregulierung</i>	10
3. <i>Rahmenbestimmungen</i>	13
4. <i>Normen (gesetzliche Vorschriften)</i>	14
III. REGULIERUNGSFORMEN IN INTERNATIONALEN RECHTSORDNUNGEN	16
D. REGULIERUNGSIHALTE	18
I. EINLEITUNG	18
II. RECHT (IN) DER MEDIATION	18
1. <i>Recht in der Mediation</i>	18
2. <i>Recht der Mediation (Mediationsrecht)</i>	19
a) Regulierungsformen	19
b) Regulierungsbereiche	19
III. REGULIERUNGSIHALTE IM MEDIATIONSRECHT	20
1. <i>Einführung</i>	20
2. <i>Einteilung der Regelungen nach ihrer Funktion</i>	20
a) Verfahrenseinleitende Normen	20
b) Verfahrensregulierende Normen	21
c) Qualitätssichernde Normen (standardsetzende Normen)	21
d) Schutznormen für Beteiligte	22
e) Fazit	22
3. <i>Schnittstellenbestimmungen</i>	23
4. <i>Regelungsnatur: Dispositives oder zwingendes Recht</i>	24
5. <i>Regelungssubjekt/ Regelungsobjekt</i>	25
a) Allgemeine Regelungen	25
b) Bereichsspezifische Regelungen	25
c) Kontextintegrierte Regelungen	26
d) Zusammenfassung	26
E. VEREINIGUNG VON FORM UND INHALT: „MEDIATIONMIX“	27
I. SYSTEMATIK ALS GESTALTUNGSINSTRUMENT FÜR REGULIERUNG	27
II. „MEDIATIONMIX“	29
III. REGULIERUNGSBEISPIEL	30
IV. BEISPIELE AUS DER PRAXIS	31
V. ZUSAMMENFASSUNG	32
F. ÜBERSICHT: STRATEGISCHE ÜBERLEGUNGEN ZUR FESTLEGUNG VON REGULIERUNGSIHALTEN	34

¹ Die Autorin ist Professorin für Streitbeilegung im australischen Zentrum für Friedens- und Konfliktforschung (Australian Centre of Peace and Conflict Studies) an der Universität von Queensland und apl. Professorin (Adjunct Professor) für Recht an der Murdoch-Universität in Australien. Dank geht an die Alexander von Humboldt-Stiftung in Deutschland für ihre Unterstützung bei Erstellung dieses Beitrags sowie an Josh Underhill, Tammy White und für ihre wissenschaftliche Mithilfe und Sebastian Himstedt (Ass. jur., Mediator, Bonn) für die Übersetzung. Professor Alexander kann unter der folgenden Adresse kontaktiert werden: n.alexander@uq.edu.au.

Einleitung

In einem politischen Klima, in dem sehr viel darüber diskutiert wird, wie sich die Mediation am besten regulieren lässt, überrascht es, wie wenige Theorien über Regulierungsansätze in diese Diskussion eingebracht worden sind. Ziel dieses Beitrags ist es, einen konzeptionellen Rahmen für eine sachlich fundierte Debatte über die Regulierung der Mediation zu bieten.

Dieser Rahmen umfasst zwei Teile. Zunächst werden vier internationale Tendenzen im Bereich der Regulierung der Mediation vorgestellt: der markt- und vertragsorientierte Ansatz, der Selbstregulierungsansatz, der auf Rahmenbestimmungen basierende Ansatz und der normative Ansatz. Vor diesem Hintergrund befasst sich der zweite Teil dann mit dem konkreten Inhalt von Regelungen im Bereich der Mediation. Der sich daraus ergebende Rahmen nennt sich „MediationMix“ und bringt Form und Inhalt zusammen. Er befasst sich mit folgenden Fragen: Welche Aspekte der Mediation werden bzw. sollten reguliert werden und wie? Der „MediationMix“ ist hilfreich, um Regulierungstendenzen in einer gegebenen Rechtsordnung zu analysieren, Tendenzen in verschiedenen Rechtsordnungen, Ländern und Regionen zu vergleichen und die Regulierungspolitik zu planen. Schließlich wird aufgezeigt, wie mit verschiedenen Regulierungsarten den Spannungen begegnet werden kann, die durch die fortwährende Diskussion über den Gegensatz Vielfalt und Vereinheitlichung in der Mediation verursacht werden.

A. Vielfalt und Vereinheitlichung

Die Regulierung der gegenwärtigen Mediationspraxis wird beeinflusst durch verschiedene Regulierungstendenzen. Sie spiegeln den schnell wachsenden Mediationsmarkt wider, der in verschiedene, zum Teil gegensätzliche Richtungen geht. Press hat sechs Tendenzen in der Mediationspraxis identifiziert:

1. **Institutionalisierung**
Einbindung der Mediation in Gerichtsprogramme, Regierungsstellen und Wirtschafts- und Gemeinschaftsorganisationen
2. **Regulierung**
Verhaltenskodizes (Codes of Conduct), Standards (Ausbildung-, Verfahrens- und Zulassungsordnungen), Regeln und Rechtsvorschriften
3. **Juristische Bestätigung/ Gesetzgebung**
Rechtsprechung zu konkreten Aspekten der Mediation
4. **Innovation**
Experimentieren mit Modellen der gerichtsnahen Mediation
5. **Internationalisierung**
Internationale Zulassung von Mediatoren (International Mediator Accreditation)

6. Koordinierung/ Zusammenwirken

z. B. zwischen Gesetzgebern in Bezug auf Modellgesetze² und zwischen Organisationen der alternativen Streitbeilegung [Alternative Dispute Resolution, ADR]³

Die Regulierung der Mediation war und ist eines der kontroversesten Themen in der Entwicklung der Mediation von einer Lebenshilfe zu einer eigenen Branche und letztlich zu einem Berufszweig.

Bei der Betrachtung von Ansätzen zur Regulierung der Mediation ist es sinnvoll, mit dem Thema zu beginnen, das auch weiterhin die Diskussion und die Entwicklungen hinsichtlich der alternativen Streitbeilegung in der ganzen Welt dominiert und bestimmt:

Das Dilemma zwischen Vielfalt und Vereinheitlichung.

Diagramm 1



Das Dilemma zwischen Vielfalt und Vereinheitlichung betrifft die zahlreichen Spannungen zwischen einerseits dem Wunsch, durch Flexibilität und Innovation die Vielfalt in der Praxis zu fördern, und andererseits der Forderung, durch eine Regulierung einheitliche und verlässliche Qualitätsmaßstäbe für Mediationsdienstleistungen zu schaffen⁴. Im Wesentlichen dreht sich die Debatte um die Frage der langfristigen Zukunftsfähigkeit der Mediation als alternatives, nicht förmliches Verfahren der Streitbeilegung, das den Beteiligten neben Kosten- und Zeitersparnissen auch Autonomie und Teilhabe bezüglich ihres Konflikts bietet.

Die Diskussion beginnt bei der Frage nach einheitlichen Definitionen und der Gefahr, dass durch das Streben nach Einheitlichkeit bestimmte Mediationspraktiken ausgeschlossen werden⁵, und erstreckt sich auf Befürchtungen, dass einheitliche Regelungen das Wachstum der Mediation ersticken, die Möglichkeiten der innovativen Entwicklung bremsen und ebenso weit in die Verrechtlichung hinein führen könnten, wie es bei der Schiedsgerichtsbarkeit der Fall war⁶.

In den Spannungen zwischen Vielfalt und Vereinheitlichung spiegeln sich die mannigfaltigen Interessen der Konfliktparteien, Mediatoren, Dienstleister und Regierungen wider. Auf einem so neuen Berufsfeld wie dem der Mediation bleiben viele Parteien im unklaren über die Qualität und

² Modellgesetze, wie Model Law on International Commercial Conciliation (MLICC) von 2002 der UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) und Uniform Mediation Act von 2001 (UMA) aus den USA, sollen den Mitgliedsländern als Muster für nationale Gesetzesreformen dienen; vgl. Fn. 56.

³ Sharon Press: *International Trends in Dispute Resolution* (2000) 3 ADRB 21.

⁴ NADRAC, *A Framework for Standards* (Attorney-General's Department: Canberra 2001), S. 4 und 70-71, insbesondere Empfehlung Nr. 1, www.nadrac.gov.au.

⁵ Zu den Befürchtungen, dass sich die Standardisierung negativ auf die Mediation im Bereich der australischen Ureinwohner auswirken wird, siehe H. Bishop, 'Influences Impacting on Aboriginal ADR Processes in the Context of Social and Cultural Perspectives', Beitrag für das NADRAC (Perth, 2000). Was ähnliche Befürchtungen bezüglich der Interessen von Familienmediatoren und ihre Mandanten betrifft, siehe NADRAC, *Fairness and Justice in Alternative Dispute Resolution*, Diskussionspapier (Canberra, 1997).

⁶ Zur Diskussion über die Einheitlichkeit der Regelungen siehe: T. Altobelli "New South Wales ADR Legislation: The Need for Greater Consistency and Co-ordination" (1997) 8 ADRJ 200, T. Altobelli, "Mediation in the nineties: The Promise of the Future" (2000) 4 Macarthur L Rev 103, 106. Siehe auch Kommentare zum Uniform Mediation Act 2001 in den Vereinigten Staaten, z. B. Robert Benjamin, "The Uniform Mediation Act: A Trojan Horse?" (September 2001) *Mediate.com*, unter www.mediate.com/ethics/ethicsforum2.cfm und die Uniform Mediation Act Working Reporter's Notes, Abschrift der Reporter's notes und den Gesetzesentwurf unter www.mediate.com/articles/umaJune01draft.cfm.

sind nicht in der Lage, die Qualifikation und Leistung des Mediators zu beurteilen. Die Verwirrung wird durch die bloße Vielfalt in der Mediationspraxis verstärkt, die therapeutische (Transformative and Narrative Mediation), vergleichsorientierte (Settlement), moderierende (Facilitative) und beratende (Wise Elder) Modelle umfasst⁷.

Der Schutz der Parteien vor inkompetenten und skrupellosen Praktiken macht eine Pflicht zur Übernahme von Sorgfalt und Haftung der Mediatoren gegenüber den Parteien und gegenüber dem Verfahren erforderlich (Accountability). Allerdings kann die Durchsetzung einer Sorgfalts- und Haftungspflicht durch das entgegengesetzte Interesse, die Integrität des Verfahrens durch strenge Vertraulichkeitsvorschriften zu schützen, erschwert werden. Angemessene Anerkennungs- und Verfahrensordnungen (Approval and Practice Standards) werden hierbei eine wichtige Rolle spielen. Jedoch auch bei vertraulichen Mediationsverfahren ist ein bestimmter Grad an Transparenz und Offenlegung notwendig. Schließlich wirft das Thema Sorgfalts- und Haftungspflicht die Frage auf, inwieweit Mediationsvermittler und Mediationsanbieter verpflichtet sind, die Parteien über die Art des Streitbeilegungsverfahrens, in das sie eintreten, und über die Qualifikationen und Fähigkeiten ihrer Mediatoren zu informieren.

Dieser Beitrag zeigt, dass es weder eine Frage der Vielfalt auf Kosten der Einheitlichkeit, noch eine Frage der Flexibilität auf Kosten der Form ist. Vielmehr müssen Entscheidungen darüber getroffen werden, bei welchen Aspekten der Mediation eine Standardisierung am sinnvollsten ist und welchen am besten mit flexibleren Vereinbarungen gedient ist.

B. Unvermeidbarkeit von Regulierung

Regulierung wird häufig mit gesetzlicher Intervention in Verbindung gebracht. Dies spiegelt eine ergebnisorientierte und inzwischen überholte Ansicht wider, die auf „einfachen und mechanistischen Modellen des wirtschaftlichen Rationalismus, strikter Befolgung von Gesetzen und Vorschriften (Legalismus) sowie staatlicher Kontrolle“ basiert⁸. Traditionelle Unterscheidungen zwischen öffentlich und privat, zwischen reguliert und dereguliert können verwirrend sein, weil die zu regulierenden Bereiche immer komplexer werden. In neueren Theorien über Recht und Regulierung wurde der Schwerpunkt vom Ergebnis auf das Verfahren verlagert und von der staatlichen Normsetzung auf den übergeordneten Rahmen der am Entscheidungsprozess beteiligten Institutionen und Interessengruppen. Regulierung im 21. Jahrhundert beinhaltet pluralistisches Denken und betrachtet Regulierung als ein System bzw. Netz, das verschiedene Interessengruppen, demokratische Verfahren und eine Reihe rechtlicher Instrumente und Wechselwirkungen umfasst⁹. Auch pluralistische Rechtsansätze gehen über das westliche Verständnis der Gesetzlichkeit hinaus und beziehen fernöstlich geprägte Vorstellungen des überzeugenden Rechts (Persuasive law) und mytische (chthonische) Ansätze bei der Regulierung der Gesellschaft mit ein¹⁰.

Marktregulierung wird oft als das Nichtvorhandensein von Regulierung oder das Ergebnis von Deregulierung verstanden. „Deregulierte“ Räume sind jedoch nicht inhaltsleer. Diese beziehen sich zwar nach allgemeinem Verständnis auf die Verringerung, den Wegfall oder das Nichtvorhandensein nur einer Regulierungsart, nämlich der Gesetzgebung. Sogenannte deregulierte Räume können aber mit anderen Regulierungsformen, wie branchen- oder berufsspezifischen Verhaltenskodizes (Codes of Conduct) sowie Beschwerde- und Disziplinarmechanismen, ausgefüllt

⁷ In den australischen nationalen Standards für Mediatoren ist die beratende Mediation ausdrücklich vorgesehen. Siehe §§ 2(4) und 5(4) der Zulassungsstandards und §§ 2(6) und (7) der Praxisstandards.

⁸ J. Braithwaite, 'Responsive Regulation for Australia' in P. Grabosky und J. Braithwaite (Hrsg.) *Business Regulation and Australia's Future* (Canberra: Australian Institute of Criminology 1993) S. 97.

⁹ Bezüglich einer Beschreibung und Analyse von Regulierungstheorien und -modellen, siehe H. Collins, 'Regulating Contracts' in C. Parker, C. Scott, N. Lacey und J. Braithwaite, *Regulating Law* (Oxford; New York: Oxford University Press 2004), S. 29.

¹⁰ Siehe P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 2. Aufl. (Oxford: Oxford University Press: 2004) Kapitel 3, 9 und 10.

werden. Hilfsweise haben, wie später noch dargelegt wird, die Gesetze von Angebot und Nachfrage ebenso eine regulierende Wirkung.

Kurz gesagt: Die aktuelle Diskussion, ob die Mediation reguliert werden sollte oder nicht, wird nicht sachgerecht genug geführt. Regulierung findet nämlich bereits statt und lässt sich –und ließ sich– nicht vermeiden. Es ist sinnvollerweise danach zu fragen, wie Mediation vor dem Hintergrund kultureller und rechtlich-politischer Traditionen reguliert werden kann.

C. Regulierungsformen

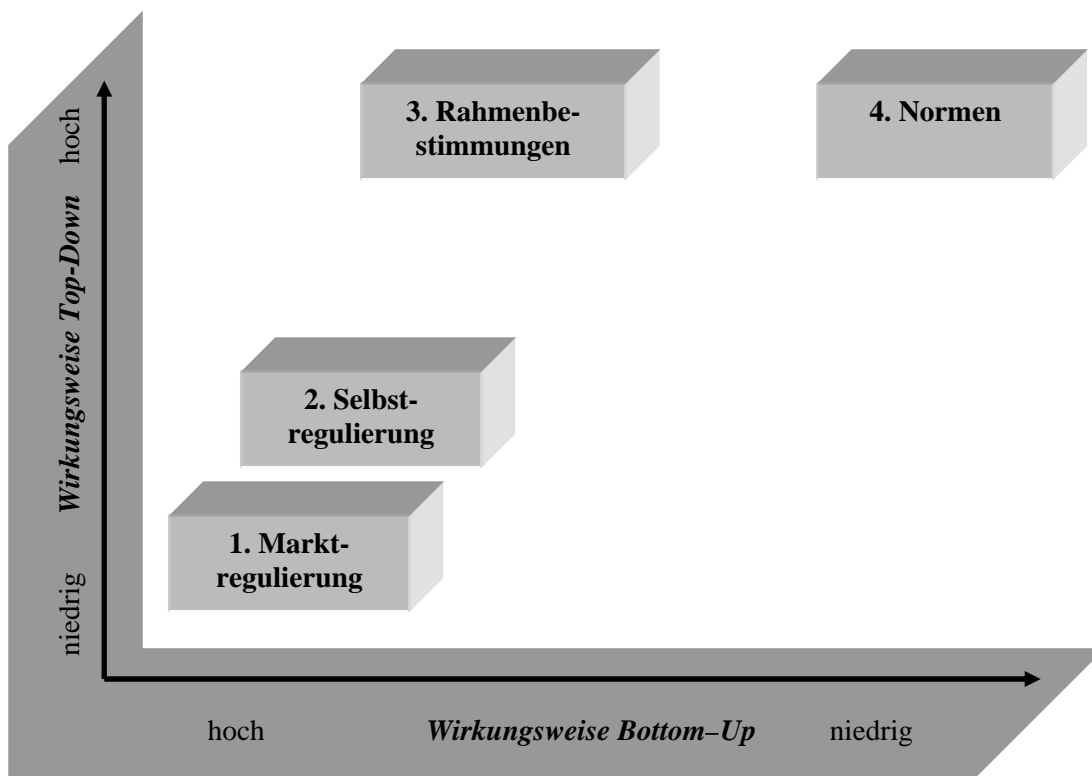
Es gibt viele Erscheinungsformen wie sich die Mediationspraxis reguliert. Zu diesen gehören die Marktregulierung, Regulierung durch Vertragsfreiheit im Privatrecht, Selbstregulierung durch Anerkennungs- und Verfahrensordnungen (Approval and Practice Standards), Benchmarks und Berufsethik, nationale Rechtsvorschriften, Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen, internationale Rechtsinstrumente und Gewohnheitsrecht. Die einzelnen Regulierungsformen wirken nicht isoliert, sondern sie vermischen sich in Abhängigkeit von Faktoren wie Regierungspolitik, Rechtstradition und -kultur.

Aus globaler Sicht können vier Hauptansätze, wie die heutige Mediationslandschaft reguliert wird, identifiziert werden:

1. Markt- und vertragsorientierte Ansatz (freie **Marktregulierung**),
2. **Selbstregulierung**,
3. Regulierung durch **Rahmenbestimmungen** und
4. Regulierung durch **Normen** (gesetzliche Vorschriften)

Die nachfolgenden Ansätze werden nach ihrem Grad an Institutionalisierung und Top-down-Formalismus (Wirkung der Regulierungsform „Von-oben-nach-unten“) vorgestellt.

Diagramm 2 *Grad der Intitutionalisierung der wichtigsten Regulierungsformen*



Dieses Modell stellt kein evolutionäres Konzept dar, sondern systematisiert nur die derzeitigen Regulierungsformen in der Mediationspraxis. Die Ansätze treten in der Regel nicht alleine auf, sondern vermischen und beeinflussen sich gegenseitig.

II. Die vier wichtigsten Regulierungsformen

1. Markt- und vertragsorientierte Regulierung (freie Marktregulierung)

Wie der Name bereits vermuten lässt, basiert der markt- und vertragsorientierte Ansatz auf Konzeptionen und Regeln des freien Marktes und des Vertragsrechts. Er leitet sich aus Werten wie Freiheit des Einzelnen (Privatautonomie), Wahlmöglichkeit (Vertragsfreiheit) und Wettbewerb ab. Jeder kann nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage und den Grundsätzen des privatrechtlichen Vertrages jede Art von Mediationsvereinbarung (vertragliche Vereinbarung zur Durchführung einer Mediation) schließen.

Die Regulierungswirkung dieses Ansatzes zeigt sich beispielsweise daran, dass eine Bank die vertraglich vereinbarte Option besitzt, die Kreditlinie eines kleinen Unternehmens herabzusetzen. Der Franchisegeber kann die Nutzung einer Marke durch einen Franchisenehmer wegen eines Verstoßes gegen die Franchisevereinbarung widerrufen. Die Möglichkeit der Bank und des Franchisegebers, ein notwendiges Wirtschaftsgut zu entziehen, beeinflusst das Verhalten des kleinen Unternehmens bzw. des Franchisenehmers.

Weitere wirkungsvolle Regulierungsmechanismen sind die Leistungsfähigkeit, Anschlussaufträge zu generieren, die Bedeutung des guten Rufes und hohen Ansehens sowie die Möglichkeit, durch privatrechtliche Verträge individualisierte Vereinbarungen zu schließen¹¹. Auch die Mediationspraxis unterliegt und handelt nach diesen Regeln.

Immer dann, wenn Informationen über einen Anbietermarkt den Kunden zugänglich sind, beeinflusst der Ruf und das Ansehen die Wahl für einen bestimmten Anbieter. Also werden Mediatoren, die schlechte Leistungen vorweisen, schrittweise vom Markt verdrängt. Im darwinistischen Sinne bedeutet dies „Survival of the fittest“. Die Tatsache, dass Mediationsverfahren regelmäßig mittels Verweisung durch ADR-Organisationen, Gerichte oder anderen Organen eingeleitet werden, stärkt die Qualität, das Vertrauen und die Einheitlichkeit in die Mediation und das Ansehen der gesamten Branche.

Als Argument für den markt- und vertragsorientierten Ansatz ist hervorgebracht worden, dass nur wenige Beschwerden über ADR-Dienstleistungsanbieter¹² vorliegen¹³. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber nicht, dass Parteien mit dem Angebot und der Durchführung zufrieden sind. Sie müssen nicht nur ausreichend über Mediation informiert und entsprechend geschult sein, um ihre Qualität einschätzen zu können, sondern sie brauchen auch Zugang zu Rückmeldungsmechanismen (Evaluierungssysteme und Beschwerdemanagement), um ihre Meinung zum Ausdruck zu bringen.

Problematisch ist auch, so eine australische Studie, dass der Zugang zu ADR-Programmen für „schutzbedürftige Parteien“, also Personen, die in sozioökonomisch schwachen oder ländlichen

¹¹ David Charney, 'Non-legal Sanctions in Commercial Relationships' (1990) 104 *Harvard Law Review* 375, S. 392–394.

¹² Zur Statistik über Beschwerden über alternative Streitbeilegungsdienste siehe z. B. NADRAC, *A Framework for Standards* (Canberra 2001) 2.76.

¹³ Siehe z. B. Beitrag des Law Council of Australia von 2004 an das NADRAC bezüglich der Schaffung nationaler Standards für die Zulassung von Mediatoren, verfügbar unter www.lawcouncil.asn.au/get/submissions/2398301151.pdf.

Regionen leben, schwieriger ist als für Personen mit einem anderen demographischen Hintergrund¹⁴.

Weitere Risiken des markt- und vertragsorientierten Ansatzes liegen in dem tatsächlichen Zugang zu Informationen und den Unzulänglichkeiten des Marktes. In der Regel haben Parteien keinen Zugang zu allen marktrelevanten Informationen, um die Qualität und den Preis der Anbieter vergleichen zu können. Letztendlich wird die Wahl für einen Mediator emotional beeinflusst, und erfolgt daher nicht nur nach rationalen Kriterien. Erschwerend kann hinzukommen, dass aufgrund struktureller Hindernisse wie Vermögensverhältnissen und Bildung ein Mediationsverfahren gar nicht erst in Betracht kommt.

Große Unternehmen und andere „repeat players“ nutzen vorformulierte Verträge. Standardverträge verzerren die Vertragsfreiheit, denn es besteht ein Verhandlungsmachtungleichgewicht zwischen Unternehmen und Verbrauchern. Ein Eingriff durch Schutzvorschriften –vgl. die bereits bestehenden Verbraucherschutzregelungen¹⁵– erforderlich, um Unzulänglichkeiten des Marktes zu korrigieren.

Das Zurückgreifen auf den Gerichtsweg ist eine Möglichkeit, um (ungeregelte) Sorgfalts- und Haftungspflichten von Mediatoren und Rechtsberatern in marktorientierten Mediationsverfahren durchzusetzen. Dies hat bisher zu unterschiedlichen Ergebnissen für die Kläger geführt. Zahlreiche Klagebegehren wurden letztlich außergerichtlich geregelt, weshalb nur begrenzte Informationen über endgültige Ergebnisse vorliegen¹⁶. Letztlich ist ein Rechtsstreit (mit ungewissem Ausgang) aufgrund des damit verbundenen zeitlichen und finanziellen Aufwands für die Parteien nicht immer eine praktische Vorgehensweise zur Durchsetzung von Pflichtverletzungen.

In der Anfangszeit der Mediation, bevor kollektiv organisierte und stärker formalisierte Ansätze zur Regulierung der Mediation aufkamen, herrschte der markt- und vertragsorientierte Ansatz vor. Trotz der zunehmenden Institutionalisierung der Mediation ist dieser Gedanke bei hochkarätigen Wirtschaftsstreitigkeiten in einigen Rechtsordnungen wie Australien und den Vereinigten Staaten weiterhin sehr verbreitet¹⁷. Hier entscheiden sich die Parteien gegen bestimmte, nebeneinander bestehende Regulierungssysteme wie Mediations-Verhaltenskodizes (Codes of Conduct), Anerkennungs- und Verfahrensordnungen (Approval and Practice Standards) und gesetzliche Grundlagen, um die Bedingungen der Mediation auf ihre individuellen Bedürfnisse zuschneiden zu können. In der Mediationssprache ausgedrückt: Sie üben Parteiautonomie bei der Entscheidung darüber aus, wie sie ihren Streit beilegen.

2. Selbstregulierung

Vorliegend bezieht sich der Selbstregulierungsansatz auf sämtliche Regulierungen, die auf Initiative eines Verbandes, einer Gemeinschaft und der gesamten Branche entstanden. Individuelle und privatvertragliche (Selbst)-Regulierungen sind hiervon nicht erfasst, sondern werden bereits durch den markt- und vertragsorientierten Ansatz erfasst.

¹⁴ T. Sourdin, 'An Alternative for Whom? Access to ADR Processes', NADRAC-Forschungsforum, verfügbar unter www.nadrac.gov.au.

¹⁵ Bezüglich eines Beispiels für implizite Verbraucherschutzbestimmungen, mit denen Verbraucher vor potentiell unangemessener Anwendung der alternativen Streitbeilegung geschützt werden sollen, siehe die Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 95, 21. April 1993, S. 29-34.

¹⁶ Siehe z. B. den Fall *Tapoohi v. Lewenberg* [2003] VSC 410 (21. Oktober 2003), in dem u. a. eine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflichten des Mediators behauptet wurde. Der Mediator beantragte im Wege eines Urteils im summarischen Verfahren die Zurückweisung der gegen ihn erhobenen Behauptungen, weil diese offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hätten. Der Oberste Gerichtshof von Victoria bestätigte jedoch, dass ein Verfahren gegen den Mediator vertretbar sei. Der Streit bezüglich der angeblichen Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflichten des Mediators wurde später beigelegt.

¹⁷ Siehe NADRAC, wie in Fußnote 3 angegeben, S. 22, und Kommentare von JAMS-Präsident Jay Welsh auf der ADR MEDA-Konferenz in Rom 2007.

Der Selbstregulierungsansatz umfasst sowohl die „reflexive“ als auch die „responsive“ Regulierungstheorie.

Responsiv meint die Zusammenarbeit zwischen dem Regulierer – wie dem Staat – und der regulierten Gruppe oder Gemeinschaft¹⁸.

Reflexiv bedeutet, dass die Akteure die Möglichkeit haben, Themen zu identifizieren, über sie nachzudenken und ihre eigenen Lösungen zu verhandeln.

Selbstregulierungsansätze in ihrer reinsten Formen entstehen ausschließlich durch Gemeinschaftsinitiativen, die kooperativ, konsultativ und reflexiv zusammenarbeiten. Dieser Ansatz unterscheidet sich stark von einer auf dem Top-down-Grundsatz (Regulierungswirkung von „oben-nach-unten“) basierenden Regulierung.

In der weltweiten Entwicklung der Mediationspraxis haben Selbstregulierungsinstrumente eine bedeutende Rolle gespielt und tun dies auch weiterhin. In Australien gehören zu den weitverbreiteten Selbstregulierungsinstrumenten im Mediationsbereich die Anerkennungs- und Verfahrensordnungen (Approval and Practice Standards), die Präzedenzfälle und die Musterklauseln.

Die australische nationale Anerkennungs- und Verfahrensordnung für Mediatoren (Australian National Mediator Standards) und das dazugehörige Akkreditierungssystem, die seit dem 1. Januar 2008 gelten, sind ein gutes Beispiel für Selbstregulierung in diesem Bereich. Das System befindet sich derzeit in einer bis 2010 andauernden Durchführungs- Übergangs- und Umstellungsphase. Bis dahin werden sämtliche Organisationen und Institutionen eingerichtet, die für die Umsetzung und Aufrechterhaltung der Standards erforderlich sind. Das vorläufig zuständige Organ ist das nationale Gremium für die Anerkennung von Mediatoren (National Mediator Accreditation Committee [NMAC]). Es setzt sich zusammen aus Vertretern ausgewählter Mediationsgruppen und Mediationsverbänden. Hauptaufgabe ist die Aufsicht über die Umsetzung der Standards und die Einsetzung eines dauerhaften nationalen obersten Gremiums (National Mediator Standard Body [NMSB]). Der Prozess wird unterstützt und gefördert durch das australische nationale ADR-Führungsgremium (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council [NADRAC]).

Das Akkreditierungssystem der „Australian National Mediator Standards“, ist das abschließende Ergebnis jahrelanger offizieller und privater Beratungsgespräche und Gemeinschaftstreffen zwischen Mediatoren, Mediationsverbänden und anderen Beteiligten. Mediatoren, die sich eintragen lassen und unter dem System arbeiten wollen, müssen die Auflagen der Ausbildungs- und Auswahlordnung erfüllen. Die Anerkennung als „Mediator“ erfolgt bei einer anerkannten und zertifizierten Akkreditierungsorganisation (Recognised Mediator Accreditation Body [RMAB]). Derzeitig handelt es sich bei den RMABs um Institutionen, die sich selbst anerkennen. Sämtliche Angelegenheiten¹⁹ werden, solange noch kein nationales oberstes Gremium (NMSB) gegründet worden ist, zwischen den Mitgliedern des NMAC besprochen und entschieden. Wenn eines Tages Gerichte, Tribunale, staatliche Einrichtungen und andere Anwender sich verbindlich auf diese Standards festgelegt haben, wird vermutlich jeder Mediator sich dafür entscheiden, die Akkreditierungsstellen aufzusuchen. Ein gemischtes Modell mit einem reflexiven Ansatz und normativen Regelungen ist in Australien entstanden.

Selbstregulierungsstandards gibt es jedoch auch bei Organisationen, die Mediationsdienste anbieten bzw. vermitteln. Hierzu gehören Berufsorganisationen (z.B. verschiedene IHK's in Deutschland), Mediationsverbände (für Deutschland: BM, BMWA, BAFM) sowie bei gewerblichen und

¹⁸ Da der Selbstregulierungsansatz nur auf kollektive Formen der Selbstregulierung anwendbar ist, sind vertragliche Verhältnisse zwischen Einzelpersonen hier nicht relevant.

¹⁹ Z.B. die Anerkennung einer Institution als Anerkennungs- und Zertifizierungsstelle (RMAB).

gemeinnützigen ADR-Anbietern. In vielen Rechtsordnungen wurden Standards für die Zulassung von Mediatoren und/oder die Mediationspraxis für einzelne Bereiche entwickelt, und zwar durch gerichtliche ADR-Programme, unternehmensinterne Mediationsstellen, Branchenvereinigungen (z.B. verschiedene IHK's in Deutschland), Mediationsverbänden, Vermittler und Dienstleister²⁰.

Die Selbstregulierung durch Anerkennungs- und Verfahrensordnungen (Approval and Practice Standards) ist eine weit verbreitete Form der Regulierung, die von einer wachsenden Zahl von Nationen und Provinzregierungen unterstützt wird²¹. Wenn es keine supranationale Regierung und Justiz gibt, ist dies die bevorzugte Methode zur Regelung der transnationalen Mediation. Die Initiative des „International Mediation Institute“ (IMI) für eine private, grenzüberschreitende, der Selbstregulierung unterliegende Zulassung von Mediatoren ist ein typisches Beispiel.

Die Selbstregulierung erstreckt sich auf etablierte Formen wie Co-Mediation, Supervision, Ausbildung und Einstellung von Mediatoren, aber auch empirische Forschung einschließlich Parteienbefragungen, Forschungsforen sowie Austauschprogramme.

Eine andere (neue) wachsende Form der Selbstregulierung ist die (freiwillige) Zusicherung von Unternehmen und Regierungen, die alternative Streitbeilegung zu nutzen und nicht den Gerichtsweg zu bestreiten. Zu den wichtigsten Beispielen aus allen Teilen der Welt gehört die freiwillige Selbstverpflichtung der Regierung des Vereinigten Königreichs von 2001²², das von mehr als 5500 Unternehmen und Anwaltskanzleien der USA unterzeichnete Bekenntnis zu CPR und ADR²³, das Bekenntnis der International Trademark Association zu ADR²⁴, die freiwilligen Selbstverpflichtungen von Einzelpersonen und Unternehmen der Mediation First Community in Hongkong²⁵ und die Euro-Mediterranean Charter on Appropriate Dispute Resolution von 2007, unterzeichnet von der arabischen Anwaltsvereinigung, der ägyptischen Anwaltsvereinigung, dem Council of the Bars and Law Societies (CCBE – Rat der Anwaltschaften) der Europäischen Union und dem türkischen Rechtsanwaltsverband²⁶.

Weiterhin sollten Selbstregulierungsmodelle bewährte Konzepte wie Aufklärungsinitiativen für Parteien sowie wirksame Strategien für ein Feedback- und Beschwerdemanagement einschließen²⁷.

Zur Weiterentwicklung und Aufrechterhaltung eines Selbstregulierungsmodells ist es unerlässlich, Mechanismen einzubauen, mit denen man jederzeit auf den Evolutions- und Reifeprozess der Mediationslandschaft, beispielsweise hinsichtlich der Infrastruktur und Koordination der Mediationsdienste, reagieren kann²⁸. Ein typisches Beispiel für einen solchen Mechanismus ist der

²⁰ Siehe z. B. die Entwicklungen im Bereich der Mediation in Deutschland, den Vereinigten Staaten, Kanada, Dänemark, Australien, England und Wales, Schottland, Italien, Schweiz, Südafrika und Frankreich, beschrieben in N. Alexander (Hrsg.) *Global Trends in Mediation* (Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006).

²¹ Siehe *Soft Law and the Consumer Interest*, European Consumer Law Group (März 2001), verfügbar unter www.ec.europa.eu/consumers/policy/eclg/rep03_en.pdf. Beispielsweise brachte der niederländische Justizminister in einem Schreiben an das Repräsentantenhaus seine Zurückhaltung bezüglich der Regulierung der Mediation zum Ausdruck; verfügbar unter www.english.justitie.nl. Darüber hinaus hat sich die Europäische Kommission für die Selbstregulierung der Mediation ausgesprochen, siehe „Proposed mediation directive adopted by European Commission“, *CEDR News* unter www.cedr.com. Es ist wichtig festzuhalten, dass die kollektive Selbstregulierung von der individuellen Selbstregulierung, z. B. durch Abschluss von Verträgen, zu unterscheiden ist, die unter den marktorientierten Ansatz fällt.

²² Der Bericht des *Department for Constitutional Affairs* über die Wirksamkeit der freiwilligen Selbstverpflichtung ist erhältlich unter www.justice.gov.uk.

²³ Zur CPR-ADR-Selbstverpflichtung siehe www.cpradr.org.

²⁴ Zur INTA-ADR-Selbstverpflichtung siehe www.inta.org.

²⁵ Siehe www.mediate.com.hk.

²⁶ Die Euro-Mediterranen Charter wird informell auch als Römer Erklärung bezeichnet und ist unter www.adrmeda.org erhältlich.

²⁷ In Bezug auf die Forschung zum Zugang der Verbraucher zu ADR siehe Fußnote 12.

²⁸ Aus diesem Grund werden die australischen Standards als „living documents“ bezeichnet, und es ist ein Überprüfungsverfahren in Gang gesetzt worden.

vom australischen nationalen Beirat für alternative Streitschlichtung (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council, [NADRAC]) unterstützte Prozess (2008-2010) zur Umsetzung der australischen Standards für Mediatoren (Australian National Mediator Standards) und zur Einsetzung eines nationalen obersten Gremiums für die Anerkennung von Mediatoren (National Mediator Standard Body [NMSB]).

Die Selbstregulierung hat zahlreiche erkennbare Vorzüge. Die am Regulierungsprozess beteiligten Personen sind Experten mit Fachwissen und großem Verständnis für die Bedürfnisse und Interessen der regulierten Gruppe und ihrer verschiedenen Untergruppen. Weiterhin fördert sie innovative Lösungen und Wahlmöglichkeiten bei der Festlegung des Selbstregulierung-Mixes. Sie ist im Allgemeinen flexibler, anpassungsfähiger und bedürfnisorientierter als normative Regulierungsformen. Die Selbstregulierung sorgt dafür, dass Angehörige der Mediationsbranche stärker eingebunden werden. Diese haben die Möglichkeit, sich an dem Entscheidungsprozess zu Regulierungsfragen zu beteiligen. Außerdem wird die Legitimation des der Regulierung unterliegenden Bereichs und das Einverständnis mit der Regulierung durch den partizipatorischen Charakter der Selbstregulierungsansätze verstärkt. Schließlich wird diese Art der Regulierung auch mit verminderten Kosten für Informationsbeschaffung, geringerem Kontroll- und Durchsetzungsaufwand sowie geringerer Formalität in Verbindung gebracht. Viele Regulierungskosten werden nämlich von der Mediationsbranche selbst absorbiert und fließen in die Selbstregulierungsmodelle ein²⁹. Eine erfolgreich etablierte Selbstregulierung verschiebt oder verhindert die Notwendigkeit einer Einführung umfangreicher und detaillierter Gesetze.

Die wesentlichen Risiken, die mit diesem Ansatz in Verbindung gebracht werden, beziehen sich auf die Verfügbarkeit von Ressourcen hinsichtlich des Fachwissens und der Finanzierung. Für wirksame responsive und reflexive Prozesse ist es erforderlich, dass Hauptinteressengruppen, Gemeinschaften und Regierungen ständig involviert werden und sich einbringen. Schwindet der Input der Branche und ihrer Experten, verlieren die selbstregulierenden Strukturen ihre Wirksamkeit. Eine stärkere Einflussnahme durch den Staat kann dann gerechtfertigt sein. Desweiteren können Selbstregulierungsprogramme dafür anfällig sein, dass Einzelne oder Gruppen den Markt beherrschen. Dies führt dazu, dass Interessen anderer Berufszweige und Parteien nicht oder nur teilweise berücksichtigt werden.

3. *Rahmenbestimmungen*

Genauso wie der Selbstregulierungsansatz gründet sich der Ansatz, der sich auf Rahmenbestimmungen stützt, auf die „reflexive“ und die „responsive“ Regulierungstheorie³⁰. Jedoch werden bei diesem Ansatz zunächst Parameter oder Richtlinien aufgestellt, innerhalb derer die Mediationsgemeinschaft verschiedene Aspekte der Mediation „selbst regulieren“ kann. Daher trifft bei diesem Ansatz die Regulierung „Von-oben-nach-unten“ (Top-Down) mit der Regulierung „Von-unten-nach-oben“ (Bottom-Up) zusammen. Man bezeichnet diesen Ansatz auch als Co-Regulierung.

Der Rahmen besteht gewöhnlich aus legislativen oder exekutiven Instrumenten wie beispielsweise bei internationalen Übereinkünften, Richtlinien, Rechtsvorschriften und Modellgesetzen. Er legt formelle und rechtlich anerkannte Parameter fest, innerhalb derer die verbleibenden Einzelheiten

²⁹ Man denke etwa an den Vorschlag, die in den Bereich der Selbstregulierung fallenden australischen Mediationsstandards durch eine Kombination von Gebühren, zu zahlen von den registrierten Mediationszulassungsstellen (RMABS, registered mediation approval bodies), und staatlichen Mitteln zu finanzieren: T. Sordin, *Australian National Mediator Accreditation System Report on Project 2007*, S. 38, erhältlich unter www.mediationworld.net.

³⁰ Zur reflexiven Regulierung siehe D. Hess, ‚Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness‘ (1999) 25 (1) *Journal of Corporate Law* 41. Collins definiert die reflexive Regulierung als eine Regulierung, die eine Mitwirkung der Personen, die der Regulierung unterliegen, erreichen will, siehe H. Collins, *Regulating Contracts*, (Oxford: Oxford University Press, 2001), S. 65.

von weicheren Regulierungsformen wie beispielsweise der freiwilligen Selbstregulierung abgedeckt werden können.

Dieser Ansatz wird von der Richtlinie der Europäischen Union über die Mediation³¹ anschaulich verdeutlicht. Die Richtlinie definiert zunächst die Mediation und legt so ihren Anwendungsbereich fest; dann benennt sie die Aspekte der Mediation, die der Regulierung durch EU-Mitgliedstaaten bedürfen. In den Erwägungsgründen werden verschiedene Formen der Mediationsregulierung einschließlich der Selbstregulierung (Erwägungsgrund 14) klar anerkannt, und auf marktgestützte Lösungen (Erwägungsgrund 17) Bezug genommen. In Erwägungsgrund 16 werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, sicherzustellen, dass geeignete Mechanismen für die Kontrolle der Qualität von Mediationsdiensten zur Verfügung stehen. Nach Artikel 4 der Richtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Einhaltung freiwilliger Verhaltenskodizes durch Mediatoren und Mediationsorganisationen und andere Verfahren zur Qualitätskontrolle zu fördern. In Erwägungsgrund 17 wird zusätzlich auf den Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren³² verwiesen.

Mit diesem Ansatz ist es möglich, verschiedenen Interessengruppen Rechnung zu tragen und dennoch eine gemeinsame Politik zu verfolgen. Ein solcher Ansatz ist dann besonders effektiv, wenn ein einzelnes Organ, wie beispielsweise der Europäische Gerichtshof, die Befugnis hat, Regulierungsfragen bei Bedarf auszulegen und den entsprechenden Entscheidungen Geltung zu verschaffen. Eine einheitliche Auslegung der Rahmenbestimmungen macht die Rahmenstruktur selbst tragfähiger. Im Bericht des „Australischen nationalen ADR-Führungsgremiums“ (National ADR Advisory Council [NADRAC]) von 2001³³ wurde vorgeschlagen, auf die australische Debatte über Mediationsstandards mit der Schaffung eines Rahmens zu reagieren. Die Empfehlungen setzten kein gesetzgeberisches Eingreifen voraus, sondern stattdessen wurde ein Rahmen für die Selbstregulierung angestrebt. Wie bereits erwähnt, wurde 2008 in Australien auf der nationalen Ebene ein Selbstregulierungsansatz für Mindeststandards beschlossen.

Modellgesetze³⁴ zielen zwar typischerweise auf den Erlass entsprechender Gesetze in Ziel-Rechtsordnungen ab (normativer Ansatz), können örtlichen Regulierern und Interessengruppen jedoch auch als Richtlinien oder Rahmen dienen. In Australien ist die Ansicht vertreten worden, dass ein nationales Modellgesetz, das sich mit Beweisprivilegien und anderen Rechten und Pflichten der Mediationsteilnehmer befasst, die Harmonisierung lokaler Verfahrensweisen und Gesetzgebungsinitiativen wirksam unterstützen könnte, in dem es Leitlinien für wünschenswerte Regulierungsergebnisse zur Verfügung stellt³⁵. Das Modellgesetz würde, anders ausgedrückt, als Leitlinie für Regulierungsreformen dienen.

Rahmenbestimmungen sind vielleicht nur für Länder attraktiv, die, wie Australien, noch sämtliche Regulierungsinitiativen im Bereich Mediation überblicken können. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass Länder mit wesentlich höherer Bevölkerungszahl, einer größeren Anzahl einzelner Staaten und entsprechend vieler lokaler und bundesstaatlicher Gesetze, wie beispielsweise die Vereinigten Staaten, einen alle Mediationsaspekte abdeckenden Rahmen für ungeeignet erachtet würden. In diesen Fällen kann eine rein normative Vorgehensweise als attraktivere Option erachtet werden.

³¹ *Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen*, vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union angenommener Vorschlag, 28. Februar 2008 (OR.en), Dokument 2004/0251 (COD), erhältlich unter www.eurlex.europa.eu.

³² http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm

³³ NADRAC, A Framework for Standards, siehe Fußnote 3

³⁴ Siehe Fn. 2

³⁵ Siehe Robyn Carroll, 'Trends in Mediation Legislation: 'All for One and One for All' or 'One at All'?' (2002) 30 UWAL Rev 167, S. 207.

4. Normen (gesetzliche Vorschriften)

Wie der Name besagt, stützt sich die rein normative Regulierung in erster Linie auf – von staatlichen Institutionen wie der Justiz unterstützte – gesetzliche Vorschriften. Man kann die Auffassung vertreten, dass es sich bei diesem Ansatz, um eine Ausprägung des traditionellen, eurozentrischen, zivilrechtsorientierten Denkens handelt. Dieser orientiert sich an einem positiv besetzten Gesetzesbegriff und passt gut zum Konzept eines „aktiven Staats“. Nach Damaska verfolgen aktive Staaten in der Regel paternalistische, gemeinwohlorientierte und interventionistische Ansätze in Bezug auf ihre Bürger³⁶. Mit anderen Worten: Aktive Staaten verfolgen eine Politik, die sich auf die Prämisse stützt, dass sie wissen, was für die Zivilgesellschaft gut ist. Hierzu wird in einem systematischen Rahmen aus gesetzlichen Normen und politischen Zielen definiert, was nach staatlichen Interessen und Werten sinnvoll und gerecht ist.

Gesetzliche Mediationsstrategien unterstützen in hohem Maße die Mediation durch staatliche Institutionen und haben viel zur förmlichen Anerkennung der Mediation als legitimes Streitbeilegungsverfahren und als Beruf beigetragen.

Ein gutes Beispiel hierfür ist das österreichische Gesetz von 2003 über die Mediation in Zivilsachen. Im Hinblick auf die Regelung der Zulassung und Tätigkeit von Mediatoren in Zivilsachen dominiert in dem Gesetz der normative Ansatz. In Österreich sind auch spezielle Gesetze für die Bereiche wie gerichtsnaher Mediation, Mediation in Familiensachen und die Mediation zwischen Täter und Opfer (in Österreich: außergerichtlicher Tatausgleich, sog. ATA; in Deutschland: Täter-Opfer-Ausgleich, sog. TOA) verabschiedet worden³⁷. Nach österreichischem Vorbild hat die Slowakische Republik 2004 eine umfassende gesetzliche Regelung der Mediation beschlossen. Eine ähnliche Strategie wurde auch vom deutschen Bundesland Niedersachsen verfolgt³⁸ und wird nun auf Bundesebene in Erwägung gezogen³⁹. Normative Ansätze zielen auf eine Klärung des Status quo, die Festlegung von Standards hinsichtlich der Vereinheitlichung der Praxis, die Schaffung von Rechtssicherheit und den Schutz der Parteien ab.

In Australien ist der normative Ansatz im Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung in Familiensachen eingeflossen. Das Akkreditierungssystem für Experten für Familienkonflikte (Family Dispute Resolution Practitioners [FDRP] Accreditation System) basiert auf dem Gesetz 1975 (Cth) [Law Act 1975] und den familienrechtlichen Regulierungen 1984 [Family Law Regulations 1984]. Um die Anerkennung der Berufsausübung zu verstärken, hat das System hohe Qualitätsmaßstäbe gesetzt. Das System besitzt nunmehr ein umfassendes und verpflichtendes Regelungspaket, das im Juli 2007 in Kraft trat. Seitdem befindet sich das Gesetz in einer zweijährigen Übergangs- Erprobungs- und Umstellungsphase. In dieser Zeit werden Verbesserungen am Regelwerk vorgenommen und Mediatoren, die sich beim FDRP akkreditieren wollen, müssen bis Juli 2009 den Anforderungen des Gesetzes entsprechen. Das FDRP-Akkreditierungssystem steht in starkem Gegensatz zu den freiwilligen Minimal-Standards des freiwilligen australischen Selbstregulierungssystems (Australian National Mediators Standards), welches bereits an anderer Stelle angesprochen worden ist. Obwohl die nationalen Anerkennungs- und Zulassungsordnung (Approval and Practice Standards) eine Art Ausgangspunkt darstellt, ist das Verhältnis zwischen diesen Systemen bis heute noch nicht geklärt.

Das Mediations-Vereinheitlichungsgesetz (Uniform Mediation Act, UMA) der USA ist ein Beispiel für einen normativen Ansatz in Bezug auf Aspekte der Vertraulichkeit in der Mediation. Es zielt

³⁶ Mirjan R Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (New Haven: Yale University Press 1986) 73-88.

³⁷ Zur australischen Mediationsgesetzgebung siehe Sascha Ferz und Ewald Filler, *Mediation: Gesetzestexte und Kommentar* (Vienna: WUV 2003).

³⁸ Entwurf eines Landesmediations- und Gütestellengesetzes, (Niedersachsen, April 2007).

³⁹ In Bezug auf die Erarbeitung eines Mediationsgesetzes hat das deutsche Justizministerium einen Sachverständigenbeirat ernannt.

darauf ab, „die Hunderte von Seiten komplexer und oft kollidierender Gesetze, die landesweit existieren, mit einigen wenigen kurzen Seiten einfacher, verständlicher und hilfreicher Regeln zu ersetzen“. Inwieweit dieses Ziel erreicht wurde, wird noch heftigst diskutiert⁴⁰.

Viele in einer Übergangsphase zur Demokratie befindlichen Länder bevorzugen eine zentralisierte und umfassende Regulierung der Mediation⁴¹, also eine, die auf gesetzlichen Vorschriften basiert. Diese Länder wollen Investoren anlocken und zwei- und mehrseitige politische und wirtschaftliche Vereinbarungen abschließen. Sie sind sehr daran interessiert, ihre demokratischen, der Streitbeilegung förderlichen und modernen Rechtssysteme der Welt zu präsentieren. Formell dokumentierte Gesetze werden international eher anerkannt, als andere, „weichere“ Regulierungsformen.

Im Zusammenhang mit der Mediation hat der normative Ansatz jedoch seine Grenzen. Gesetzliche Mechanismen sind nur bedingt geeignet wegen ihrem hohen Maß an Allgemeingültigkeit, um mit außerrechtlichen Perspektiven, der Komplexität, der Unvorhersehbarkeit und der Innovation in der Mediation umzugehen. Es ist schwierig, zugleich streng exakt und umfassend allgemeingültig zu sein. So erklärt sich bereits, dass in Ländern in denen Common Law (Gewohnheitsrecht) eine bedeutende Rolle spielt, wie Australien, USA und England eine bereichsspezifische gewohnheitsrechtliche Gesetzgebung über Mediation weit verbreitet ist. Diese Länder haben sich bewusst entschieden, keine umfassenden nationalen Mediationsgesetze zu erlassen⁴². Die Konzentration auf bestimmte Kontexte, Bereiche und Branchen erlaubt es, maßgeschneiderte Lösungen zu finden.⁴³

Während der Gesetzesentstehung beraten Arbeitsgruppen und Experten den Gesetzgeber im Vorfeld. Die endgültige Entscheidungsbefugnis fällt jedoch staatlich-finanzierten Regulierungsbehörden zu, die nach von der Regierung vorgegebenen Weisungen arbeiten. Die Vorteile der unmittelbaren Nutzung des in der Branche vorhandenen Fachwissens, die bei Selbstregulierungssystemen gelobt werden, können in der juristischen Vielschichtigkeit des Gesetzgebungsprozesses verloren gehen. Schließlich stehen gesetzliche, „Von-oben-nach unten“ (Top-down) erfolgende Regulierungsverfahren im Gegensatz zu den eigentlichen Werten, die durch die Mediation gestützt werden sollen, nämlich der Autonomie der Parteien und der Teilnahme an demokratischen Entscheidungsprozessen.

III. Regulierungsformen in internationalen Rechtsordnungen

Diese vier Ansätze zur Regulierung der Mediation schließen einander nicht aus. In praktisch allen Rechtsordnungen sind Aspekte von mindestens zwei Regulierungsansätzen vertreten. In Rechtsordnungen, in denen es umfassende Mediationserfahrungen gibt, lassen sich wahrscheinlich alle vier Ansätze nachweisen.

In anglo-amerikanischen Rechtsordnungen wird im Allgemeinen ein gemischter Regulierungsansatz mit bedeutenden selbstregulierenden, markt- und vertragsorientierten und gesetzlichen Elementen verfolgt. Beispielsweise erfolgt in Australien die Regulierung normativ. Hunderte von

⁴⁰ Siehe beispielsweise den Artikel der *International Academy of Mediators* gegen den UMA, erhältlich unter www.mediate.com/articles/umaiaim.cfm. Siehe auch Wayne I. Fagan und Brian D. Shannon, "A Potential Threat to Texas ADR" (2002) 65(1) *Texas Bar Journal* 27.

⁴¹ Zur Mediationsgesetzgebung in Osteuropa, Rafal Mork, „Waiting for the Directive: Recent Developments in Civil and Commercial Mediation Law in Central and Eastern Europe: Selected Issues" (Wien: Europäische Mediationskonferenz 2007).

⁴² Eine Auswahl australischer bereichsspezifischer Mediationsgesetze findet sich im australischen Teil von www.mediationworld.net.

⁴³ Z.B. in Australien: Akkreditierungssystem für Experten für Familienkonflikte (Family Dispute Resolution Practitioners [FDRP] Accreditation System)

(gewohnheitsrechtlichen) Rechtsvorschriften regeln die Mediation, überwiegend bereichsspezifisch.⁴⁴ Wie bereits erwähnt, hat das „Australische nationale ADR-Führungsgremium (National Alternative Dispute Resolution Advisory Council [NADRAC]) einen nationalen Rahmen befürwortet, und mindestens ein Autor hat vorgeschlagen, ein als Rahmen dienendes Modellgesetz zu verwenden. Gleichzeitig zeichnet sich ab, dass Australien mit der Einführung der australischen Anerkennungs- und Verfahrensordnung (Approval and Practice Standards) für Mediatoren klar in Richtung Selbstregulierung geht⁴⁵. Aufgrund des freiwilligen Charakters der nationalen Standards bleibt Raum für Weiterentwicklungen durch die markt- und vertragsorientierte Regulierungsform.

An der Zahl der gegen Mediatoren geführten Prozesse lässt sich ersehen, dass die Mediation eine Praxis mit geringem Risiko ist. Im Verhältnis zur Häufigkeit von Mediationsverfahren gibt es nur wenige Rechtsstreitigkeiten gegen Mediatoren, und die, die geführt worden sind, haben die Praxis der Mediation konstruktiv beeinflusst⁴⁶. Daher ist es wahrscheinlich, dass der aktuelle Regulierungsansatz weiter verfolgt wird.

In Europa haben eine Reihe von Ländern, darunter Frankreich, Deutschland und Italien, den Mediationsanbieter- und -vermittlern, den Mediationsverbänden, der Wirtschaft und den Gerichten erlaubt, ihre eigenen Selbstregulierungssysteme zu entwickeln. Trotz einiger Regulierungsexperimente weist der europäische Trend jedoch erkennbar in Richtung eines normativen Ansatzes, der durch die Entwicklung der EU-Mediationsrichtlinie verstärkt wird.

In dieser Hinsicht wird das österreichische Gesetz über die Mediation in Zivilsachen als Modell für einen gesetzlichen Ansatz insbesondere für die sich noch in der Entwicklung befindlichen demokratischen Staaten in Osteuropa hoch gehandelt. Eine gesetzliche Regelung, wie sie durch das österreichische Gesetz erfolgt ist, lässt jedoch viele weitere Möglichkeiten offen für die Selbstregulierung und die markt- und vertragsorientierte Regulierung. Folglich sind überall in Österreich verschiedene Selbstregulierungsinitiativen zur Förderung der Mediation entstanden. Beispielsweise führen Mediationsorganisationen in verschiedenen Gerichten in allen Teilen Österreichs organisierte Informationsveranstaltungen durch, in denen Parteien über die Möglichkeit der Mediation aufgeklärt und Streitgegner dazu ermutigt werden, Mediationsdienste in Anspruch zu nehmen.

Die derzeit etablierten Mediationsmodelle empfehlen eine Kombination aus privaten und öffentlichen Mechanismen, mit denen man auf die Bedürfnisse, Interessen und Veränderungen in regulierten Märkten eingehen kann. Experten bringen weiterhin vor, dass reflexive und responsive Prozesse – die oft mit Selbstregulierungsansätzen und sogar mit Rahmenbestimmungen in Verbindung gebracht werden – zu Leistungen anregen, die noch über die Einhaltung von Vorgaben hinausgehen⁴⁷. Mit anderen Worten: Die Teilhabe an der Festlegung von Regulierungsmaßnahmen fördert nicht nur die Sensibilisierung, das Verständnis und die Regelbefolgung, sondern unterstützt auch das Streben nach einer bewährten Praxis (Best Practice) in einem regulierten Markt.

Die Leitlinien zur Förderung der Regulierungsqualität (Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance) der OECD stellen ein nützliches Beispiel für diese Vorgehensweise dar. Sie wurden vom Rat der OECD im Jahre 2005 verabschiedet und unterstützen einen Regulierungsmix, der „die Innovation durch Marktanreize und zielorientierte Ansätze“ fördert und mit den „Grundsätzen des Wettbewerbs, Handels und der Investitionsförderung auf nationaler und

⁴⁴ Um einen Überblick zu erhalten siehe L. Boule, *Mediation: Principles Process Practice* (Sydney: LexisNexis 2005), S. 284 ff.

⁴⁵ Siehe die australischen National Mediator Accreditation System Standards, erhältlich unter www.nadrac.gov.au

⁴⁶ Siehe z. B. die speziellen Offenlegungspflichten für Mediatoren, die ein beratendes Modell annehmen: Australian National Mediator Standards.

⁴⁷ N. Gunningham, P. Grabosky und D. Sinclair, *Smart Regulation*, (Oxford: Clarendon Press 1998), S. 301.

internationaler Ebene“ vereinbar ist⁴⁸. Diese Grundsätze entsprechen denen, die bei gesetzlichen Reformvorhaben in Entwicklungsregionen verfolgt werden. Mediation wird häufig als ein Streitmanagement-Vorgang herausgestellt, der für Handel und Investitionen sowie wirtschaftliches Wachstum und Stabilität von Nutzen ist⁴⁹.

Die Kunst des Regulierens besteht darin, die Spannungen der Diskussion über den Gegensatz Vielfalt und Vereinheitlichung in die geeignete Regulierungsform zu übersetzen. Sie verlangt ein hochentwickeltes Verständnis für die Möglichkeiten, die Regulierungsmechanismen bieten können, und dafür, was diese für die Zukunft der Mediationspraxis bedeuten können. Zwar gewähren Regulierungsansätze wertvolle Einblicke in systemische Trends, geben jedoch nicht das Gesamtbild wieder.

Im ersten Teil dieses Artikels sind die vier wichtigsten Ansätze zu Regulierungsformen dargestellt worden. Im nächsten Teil wird eine Systematisierungsmöglichkeit zur Beschreibung der verschiedenen Aspekte und Inhalte der Mediation vorgestellt, welche wiederum den oben dargestellten Regulierungsansätzen unterliegen können.

D. Regulierungsinhalte

I. Einleitung

Es gibt viele Wege, um die Regulierung der Mediation zu klassifizieren und zu erklären. Jede Methode bietet einen anderen Einblick in die Besonderheiten und Möglichkeiten des betreffenden Regulierungsinstruments. Die nachfolgende Systematisierung der Regulierungsmöglichkeiten in der Mediation erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, noch ist sie ausschließlich. Vielmehr verdeutlicht sie die Komplexität und Vielfalt der Mediation als Regulierungsobjekt.

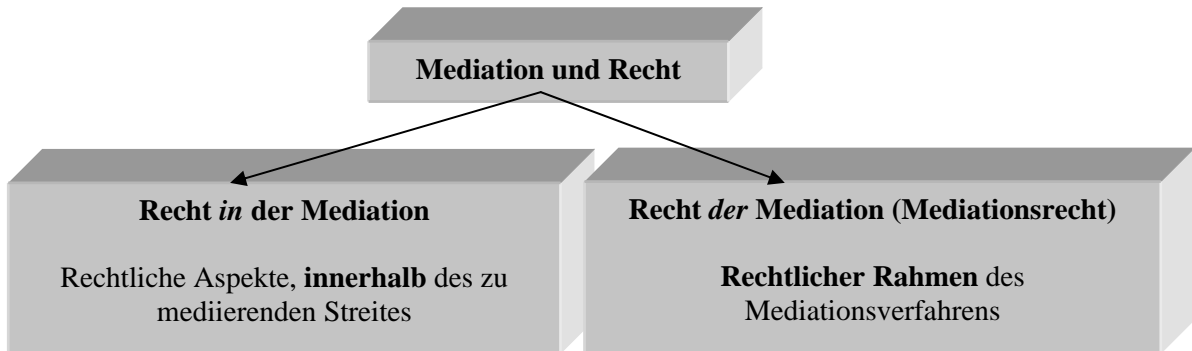
II. Recht (in) der Mediation

Eine unter deutschen Verfassern bevorzugte Klassifizierungsmethode unterscheidet zwischen dem Recht *der* Mediation und dem Recht *in* der Mediation.

⁴⁸ Die *Guiding Principles for Regulatory Performance and Quality* sind erhältlich unter www.oecd.org/dataoecd/19/51/37318586.pdf.

⁴⁹ Beispiele für solche Reformprojekte sind ersichtlich aus: *Facilitating Trade and Investment in the Mediterranean Region*, einem von der Europäischen Union gefördertes Projekt unter www.adrmeda.org und FIAS, *Vanuatu ADR/Mediation Project*, September 2007. In beiden Projekten wird das Ziel hervorgehoben, u. a. eine ADR-Reform dazu zu nutzen, um das Investitionsklima für in- und ausländische Investoren zu verbessern und dadurch eine maximale Armutsverringerung zu erreichen.

Diagramm 3

Recht in der Mediation und das Recht der Mediation**1. *Recht in der Mediation***

Das Recht *in* der Mediation bezieht sich inhaltlich auf das Recht, das für den zu mediierenden Streit relevant ist. Rechtsvertreter nutzen häufig das Recht, um ihre Argumentation in der Mediation zu untermauern. Das Recht setzt die Parameter für Konfliktalternativen fest, wenn die Parteien keine Vereinbarung treffen können. Außerdem beeinflusst es die Wahl des Inhalts und der Bedingungen in vermittelten Vereinbarungen.

Die Auswirkungen des Steuerrechts auf in Mediationsverfahren erzielte Vereinbarungen veranschaulichen die Bedeutung des Rechts *in* der Mediation. Im australischen Tapoohi-Fall⁵⁰ wollte eine Partei auf die Vereinbarung verzichten, weil ihre Rechtsanwälte sie nicht über die steuerlichen Auswirkungen der Vereinbarung beraten hatten. Mit anderen Worten: Das Argument konzentrierte sich auf die Rolle des Rechts *in* der Mediation beziehungsweise auf dessen Fehlen. Ein weiteres Beispiel für das Recht *in* der Mediation ist das innerhalb von gesetzlichen Vorschriften festgelegte Schlichtungsverfahren. In diesen Fällen wird üblicherweise ein Mediationsmodell mit fachlicher Beratung eingesetzt. Die wesentlichen Bedingungen der zwischen den Parteien durch Schlichtung getroffenen Vereinbarungen müssen sich innerhalb der Parameter der relevanten Rechtsvorschriften bewegen. Mit Blick auf die australische Kommission für Menschenrechte und Gleichstellung (Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, HREOC) schreiben Raymond und Georgalis, dass

HREOC-Mitglieder zur Erleichterung des Schlichtungsverfahrens zur Intervention berechtigt seien, um ein faires Verfahren für beide Parteien zu gewährleisten, über mögliche Schlichtungsoptionen informieren und sicherstellen sollen und dafür zu sorgen hätten, dass Vereinbarungen nicht gegen das Interesse und den Zweck der Rechtsvorschriften verstoßen.⁵¹

2. *Recht der Mediation (Mediationsrecht)***a) *Regulierungsformen***

Das Recht *der* Mediation (oder das Mediationsrecht) umfasst

⁵⁰ Tapoohi v. Lewenberg & Ors [2003] VSC 379.

⁵¹ T. Raymond und S. Georgalis, „Dispute Resolution in the Changing Shadow of the Law: A Study of the Parties’ View on the Conciliation Process in Federal Anti-discrimination Law“ (2003) 6 ADR Bulletin 31.

- **Rechtsvorschriften,**
- **Fallrecht,**
- **Vertragsbedingungen**
- und andere rechtlich bindende **Standards** (Anerkennungs- und Verfahrensordnungen),

die den rechtlichen Rahmen der Mediation bilden.

Das Mediationsrecht wird beeinflusst von allen Regulierungsformen, die direkt oder indirekt Aspekte des Mediationsverfahrens oder des Mediationsergebnisses regulieren.

b) **Regulierungsbereiche**

Gegenstand des Mediationsrechts sind häufig folgende Themen:

- **Vertraulichkeit** des Verfahrens,
- Gültigkeit und **Durchsetzbarkeit von Mediationsklauseln**
- **Durchsetzbarkeit von Mediationsvereinbarungen**
- **Vollstreckbarkeit** (Zwangsvollstreckung) von **Mediationsergebnissen**

Modellgesetze für die Mediation wie das Modellgesetz über internationale Wirtschaftsschlichtungsverfahren (Model Law on International Commercial Conciliation, [MLICC]) der UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) von 2002 und das Mediations-Vereinheitlichungsgesetz (Uniform Mediation Act [UMA]) der USA aus dem Jahr 2001 enthalten solche Mediationsgesetze (Recht der Mediation). Alleine in den USA gibt es tausende Gesetze, Gerichtsentscheidungen und institutionelle Standards, die das Mediationsrecht ausfüllen. Die Anzahl an Regelungen zur Mediation – auch in anderen Ländern der Welt – nimmt rasant zu.

Die Differenzierung zwischen dem Recht *in* der Mediation und dem Recht *der* Mediation fördert das Verstehen des Verhältnisses zwischen dem Rechtssystem und dem Mediationsverfahren, auch wenn die Unterscheidung nicht immer eindeutig ist.

Das Recht, das bei Mediationsergebnissen eine Rolle spielt, beleuchtet diesen Punkt gut. Wird im Gegensatz zu anderen Vereinbarungen die Vollstreckung einer im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung durch eine Spezialvorschrift bestimmt, ist die Regelung Teil des Rechts der Mediation. Regelungen bezüglich der Mediationsergebnisse erhalten daher, wie Gerichtsentscheidungen, einen besonderen Rechtsstatus und werden Teil des Mediationsrechts.⁵² Umgekehrt sind Fragen der Vollstreckung, die im allgemeinen Verfahrensrecht geregelt sind, Teil des Rechts *in* der Mediation. In ähnlicher Weise gehen die Meinungen auseinander, ob Bestimmungen über die Zulässigkeit von Beweisen in nachfolgenden Verfahren hinsichtlich der Ereignisse bei der Mediation als Recht *der* Mediation oder doch eher als Teil des bei der Mediation anzuwendenden allgemeinen Beweisrechts (Recht *in* der Mediation) anzusehen sind. Dort wiederum, wo sich das Recht nicht spezifisch auf Mediation bezieht, fällt es ebenfalls in die Kategorie eines Rechts *in* der Mediation oder, um einen australischen Kommentator zu zitieren, unter „zufällig auf Mediation angewendetes Recht.“⁵³

Die Regulierungsbedürftigkeit der Mediation bezieht sich hauptsächlich auf das Recht der Mediation, nicht auf das Recht *in* der Mediation.

⁵² Siehe beispielsweise s119 im Commercial and Consumer Tribunal Act 2003 des australischen Bundesstaats Queensland.

⁵³ R. Carroll (siehe Fußnote 30), S. 175.

III. Regulierungsinhalte im Mediationsrecht

1. Einführung

Die Regelungen des Rechts *der* Mediation lassen sich nach folgenden Bezugspunkten systematisieren:

- Funktion/Anwendungsbereich einer Regelung (**Regelungsfunktion**)
- Personenkreis (**Regelungssubjekt**) und Sachbereich einer Regelung (**Regelungsobjekt**)
- Schnittstelle zwischen dem Rechtssystem und dem Mediationsverfahren (**Schnittstellenbestimmung**) oder
- Regelung als zwingendes oder dispositives Recht (**Regelungsnatur**)

2. Einteilung der Regelungen nach ihrer Funktion

Ein Ansatz ist die Charakterisierung der Gesetze bezogen auf ihre Funktion und ihren Anwendungsbereich. Dabei lassen sich folgende Untergruppen identifizieren:

- Regelungen, die den Zugang zur Mediation unterstützen und ein Mediationsverfahren einleiten (**verfahrenseinleitende Normen**),
- Regelungen, die das Mediationsverfahren selbst betreffen (**verfahrensregulierende Normen**),
- Regelungen, die die Anerkennung und Praxis der Mediatoren durch die Schaffung von Mediationsstandards fördern und unterstützen (**qualitätssichernde Normen oder standardsetzende Normen**), oder
- Regelungen die Mediatoren und/oder die Parteien schützen und nützen, indem sie deren verschiedene Rechte und Pflichten festlegen (**Schutzvorschriften für Beteiligte**).

a) Verfahrenseinleitende Normen

Verfahrenseinleitende Gesetze enthalten sowohl Verweisungen auf eine (fakultative) Mediation, die somit nur mit Zustimmung und Einverständnis der Parteien durchgeführt wird, wie beispielsweise die Verweisungen in s102 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (Administrative Decisions Tribunal Act) des australischen Bundesstaats New South Wales aus dem Jahr 1997 und in § 278 Absatz 5 Satz 2 der deutschen Zivilprozessordnung.

Gesetze können auch eine Mediation verbindlich anordnen (obligatorisch). Australische Gerichte machen erkennbar von der Möglichkeit Gebrauch und verweisen immer häufiger auf die Mediation. Beispiele einer zwingenden Mediationsregulierung enthalten Teil 8 Abschnitt 2 des Einzelhandelsmietgesetzes (Retail Leases Act) des australischen Bundesstaats New South Wales aus dem Jahr 1994 und § 15a Einleitung zur deutschen Zivilprozessordnung (EGZPO) i.V.m. den jeweiligen Ländergesetzen in Deutschland. Nach Artikel 1 Absatz 1 der EU-Richtlinie über Mediation⁵⁴ soll unter anderem „ein leichter Zugang zur Streitbeilegung“ ermöglicht werden. In Artikel 5 werden verschiedene einleitende Mechanismen festgelegt, die durch die Mitgliedstaaten in ihrer Regulierungspolitik berücksichtigt werden können. Diese umfassen Informationsveranstaltungen des Gerichts über Mediation sowie freiwillige und verpflichtende Verweisungen von Gerichten auf eine Mediation.

⁵⁴ Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, vom Europäischen Parlament und dem Rat der Europäischen Union angenommener Vorschlag, 28. Februar 2008 (OR. EN), Dokument 2004/0251 (COD), erhältlich unter www.eurlex.europa.eu.

b) Verfahrensregulierende Normen

Verfahrensregulierende Normen regeln Aspekte des Mediationsverfahrens

- wie **Beginn**,
- **Protokollierung** und **Beendigung** einer Mediation sowie
- **Auswahl** und **Ernennung** von Mediatoren.

Beispiele lassen sich in den Artikeln 4 bis 7 des MLICC der UNCITRAL finden. Darüber hinaus betreffen die Mediationsregeln von ADR-Organisationen, Anwaltsvereinigungen und anderen Berufsverbänden typischerweise das Verfahren.⁵⁵ Insofern als sie Teil privater Verträge und damit für die Parteien bindend sind, konkretisieren institutionelle Mediationsregeln die verfahrensregulierenden Gesetze.

c) Qualitätssichernde Normen (standardsetzende Normen)

Standardsetzende (qualitätssichernde) Regulierungen betreffen die Fragen, welcher **Standard** erforderlich ist,

- für die **Qualifikation** und die **Befähigung** von Mediatoren sowie
- für die **Zertifizierung** oder **Registrierung**.

Standardsetzende Bestimmungen können ausschließend wirken, indem sie solchen Personen das Führen des Titels „Mediator“ untersagen, die nicht die Standards erfüllen. Länder, in denen ein Registrierungssystem besteht, das die Berufsausübung von einer Zulassung abhängig macht, sind bisher nicht bekannt. Hingegen hat das „Australische Akkreditierungssystem für Experten für Familienkonflikte (Family Dispute Resolution Practitioner System), wie bereits an anderer Stelle erwähnt, einen Titel geschaffen, den „Family Dispute Resolution Practitioner“. Dieser wird nur dann vergeben, wenn die jeweiligen Anforderungen erfüllt sind. Typischerweise bieten standardsetzende Bestimmungen Mediatoren einen Regulierungsrahmen, innerhalb dessen sie tätig sein können, sofern sie die erforderlichen Voraussetzungen erfüllen.

Die australische Anerkennungs- und Verfahrensordnung (Approval and Practice Standards) für Mediatoren lassen eine solche Politik deutlich werden. Mediatoren, die nachweisen, dass sie den Anforderungen entsprechen, dürfen unter dem nationalen Ermächtigungssystem für Mediatoren (National Mediator Accreditation System) arbeiten. Sie unterliegen dann der australischen Verfahrensordnung (Australian National Mediator Practice Standards) für Mediatoren, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 „das Verhältnis von Mediatoren zu den Teilnehmern der Mediation, ihren Berufskollegen, den Gerichten und der allgemeinen Öffentlichkeit bestimmen, sodass allen die hohen Standards der Mediationspraxis zu Gute kommen“. Artikel 1 Absatz 2 besagt, dass die Verfahrensordnung die Praxis- und Kompetenzvoraussetzungen für Mediatoren regeln und darüber informieren, was die Parteien vom Mediationsverfahren und von Mediatoren erwarten können. Standardsetzende Bestimmungen können lediglich empfehlenden Charakter haben. Der Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren ist ein anschauliches Beispiel für standardsetzende Normen, die eine beratende Funktion innehaben.

d) Schutznormen für Beteiligte

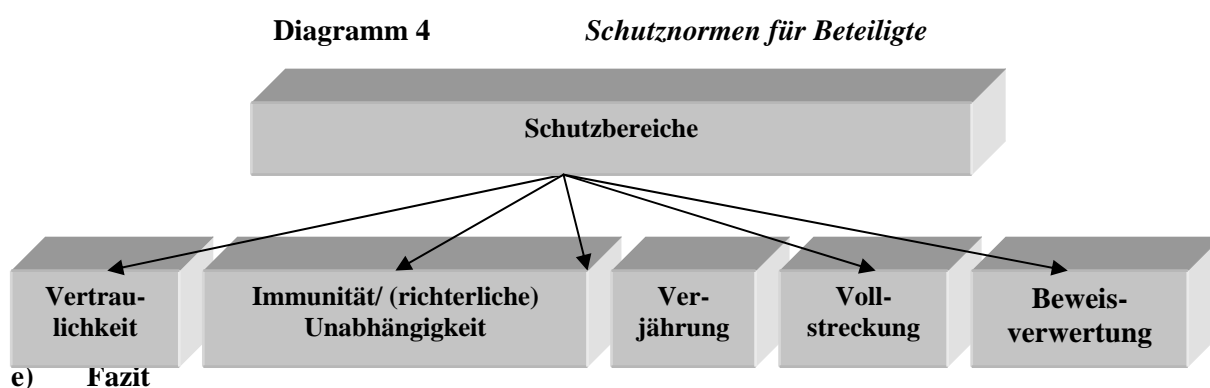
Es handelt es sich um Normen, die die Rechte und Pflichten der Parteien und der sonstigen Beteiligten (Freunde, Familie, Berater, Gutachter, Therapeuten, Psychologen und sonstige

⁵⁵ Siehe hierzu beispielsweise die Institute of Arbitrators and Mediators Australia's Conciliation Rules, insbesondere Teil II, erhältlich unter www.iama.org.au/pdf/ConciliationRules.pdf.

Experten) festlegen. Die Festlegung sichert die Integrität des Mediationsverfahrens und schützt sämtliche Beteiligten.

Beispielhaft zu nennen sind hier die betreffenden legislativen und gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen zur Vertraulichkeit von Informationen. Es sind u.a. solche Bestimmungen und Privilegien gemeint, die bereits von Natur aus für bestimmte Berufsgruppen gelten wie Richter, Rechtsanwälte, Ärzte, Psychologen und – sofern anerkannt – für Mediatoren. Das Mediationsvereinheitlichungsgesetz (Uniform Mediation Act) von 2001 betrifft vor allem Schutzvorschriften zu Vertraulichkeit und Privilegien.

Neben der Vertraulichkeit gibt es viele weitere Beispiele für Schutzvorschriften. Die Artikel 6, 7 und 8 der EU-Richtlinie enthalten Regelungen über die Vollstreckung von im Mediationsverfahren erzielten Ergebnissen, die Zulässigkeit von Beweisen und den Ablauf von Verjährungen. Diese Fragen werden im Modellgesetz der UNCITRAL auch in den Artikeln 10, 13, 14 und im optionalen Artikel [x] behandelt.⁵⁶



Wie die vorangegangene Darstellung gezeigt hat, können regulierende Instrumente verschiedene Arten von Mediationsbestimmungen enthalten. Beispielsweise enthält das umfassende slowakische Mediationsrecht (1) verfahrenseinleitende Bestimmungen, die Gerichte als (nicht ausschließliche) Verweisungsmittler für die Mediation festlegen, (2) verfahrensregulierende Bestimmungen über Beginn und Beendigung einer Mediation, (3) standardsetzende Bestimmungen für Qualifikationen und Zulassung von Mediatoren sowie (4) Gesetze für Mediationsklauseln und -verträge, Vertraulichkeit, Beweise und die rechtliche Durchsetzbarkeit von in Mediationsverfahren erzielten Vereinbarungen.

Das österreichische Mediationsrecht ist ein Beispiel für eine Gesetzgebung, die standardsetzende (Qualifikationsstandards für Mediatoren) und Schutzvorschriften für Beteiligte (Bestimmungen über Vertraulichkeit, Beweise und die Aussetzung von Gerichtsverfahren) enthält. Anders als das slowakische Recht weist es den Parteien weder einen Weg zu einer Mediation vor noch regelt es Verfahrensfragen wie Beginn und Beendigung. Aus diesem Grund ist es als Recht für Mediatoren beschrieben worden, und nicht als Recht für das Mediationsverfahren.⁵⁷

Das MLICC der UNCITRAL enthält im wesentlichen verfahrensregulierende Normen und Schutzvorschriften, wobei die Einleitung der Mediation und die Qualitätskontrolle vorzugsweise den Nationalstaaten überlassen werden. Die EU-Richtlinie fordert die Mitgliedstaaten auf,

⁵⁶ Der Artikel [x] über Verjährungsfristen befindet sich in der Fußnote zu Artikel 4 des Modellgesetzes über internationale Wirtschaftsschlichtungsverfahren (*Model Law on International Commercial Conciliations*) der UNCITRAL aus dem Jahr 2002.

⁵⁷ Ewald Filler, *Expertenrunde zum Stand der Gesetzgebung Mediation in Europa*, eine gemeinsame Initiative des Berliner Anwaltsvereins (BAV) und der Internationalen Vereinigung für Konfliktmanagement und Mediation (IVKM) e.V., Berlin, am 19. Oktober 2007.

verfahrenseinleitende, standardsetzende Normen und Schutzvorschriften selbst zu regulieren. Verfahrensregulierende Fragen werden in der Richtlinie nur wenig beachtet.

Carroll weist darauf hin, dass im Hinblick auf eine gerichtliche Mediation häufig standardsetzende Bestimmungen in den Gerichtsordnungen zu finden sind, während verfahrensregulierende Bestimmungen und Schutznormen in Gesetzen enthalten sind. Dieses ist sicherlich in Australien der Fall.⁵⁸

3. Schnittstellenbestimmungen zwischen Mediation und Rechtsordnung

Ein weiterer Ansatz zur Beschreibung der Mediationsgesetze ist die Unterscheidung, ob sie die Schnittstelle zwischen der Mediation und anderen Verfahren regulieren oder sich nur auf verfahrensregulierende Aspekte der Mediation konzentrieren. Diese Differenzierung unterstreicht die Rolle der Mediation im Rechtssystem sowie die Tatsache, dass Mediation in einem rechtlichen Vakuum nicht existiert und nicht existieren kann. Die verfahrensregulierenden Mediationsgesetze wurden bereits an anderer Stelle erörtert.

Schnittstellengesetze sind besondere Mediationsgesetze geschaffen als Schnittstelle zwischen dem Mediationsverfahren und anderen Verfahren, wie Schiedsgerichtsbarkeit und Gerichtsverfahren. Sie regulieren Fragen wie die Zulässigkeit von Informationen aus Mediationen als Beweis in nachfolgenden Schiedsgerichts- oder Gerichtsverfahren, die Vollstreckung von im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarungen vor einem Gericht und die Aussetzung von Fristen für die Erhebung von Rechtsansprüchen. Schnittstellenbestimmungen und Schutznormen überschneiden sich jedoch im beachtlichen Umfang. Dieses liegt daran, dass die in den Normen festgelegten Rechten und Pflichten sich häufig auf andere Verfahren wie Beweisverfahren und nachfolgenden Schiedsgerichts- und Gerichtsverfahren auswirken.

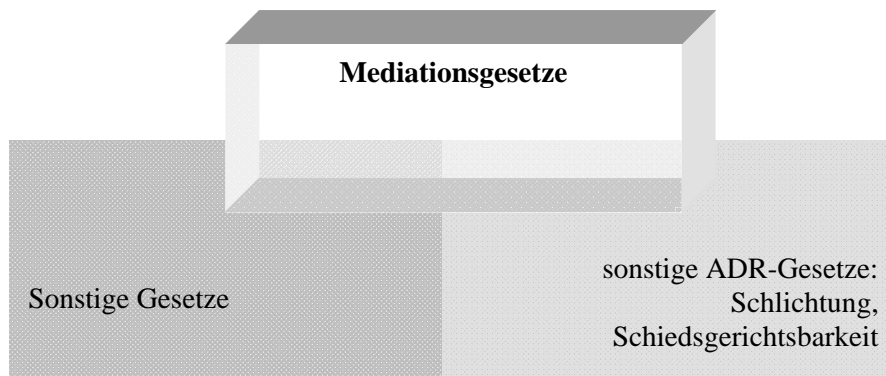
Die folgenden Artikel der EU-Richtlinie können als Schnittstellenbestimmungen angesehen werden: Artikel 3 in dem Umfang, wie dort die Grenzen zwischen gerichtlicher Streitbeilegung und gerichtlicher Mediation gezogen werden, Artikel 6 hinsichtlich der „Vollstreckung von im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarungen“, Artikel 7 in Bezug auf die Zulässigkeit von Beweisen und Artikel 8 im Hinblick auf Verjährungsfristen. Die folgenden Artikel im MLICC der UNCITRAL liefern ebenfalls Beispiele für Schnittstellenbestimmungen: Artikel 10 über die Zulässigkeit von Beweisen, Artikel 12 über Mediatoren als Schlichter, Artikel 13 und 14 über die Vollstreckung von Mediationsvereinbarungen und in Mediationsverfahren erzielten Vereinbarungen sowie der optionale Artikel über Fristen.

Zudem ist die Differenzierung zwischen Schnittstellenbestimmung und verfahrensregulierender Norm wichtig für die Ermittlung der Frage, ob sich eine normative Regulierung oder eher eine andere Regulierungsform anbietet. Im Allgemeinen verwirklicht die Gesetzgebung besser die Ziele regulierender Bestimmungen, welche die Überschneidung von Mediationsverfahren mit dem Rechtssystem regeln sollen. Hier kann die Gesetzgebung bei anderen Gerichtsverfahren für Sicherheit und Einheitlichkeit sorgen, insoweit diese mit der Mediation in Berührung kommen. Eine Regulierung des Mediationsverfahrens kann jedoch Raum für unterschiedliche Ansätze bieten, wenn den Parteien die Freiheit eingeräumt wird, das Verfahren an ihre spezifischen Bedürfnisse anzupassen.

Die Differenzierung nach Schnittstelle und Verfahren hilft auch bei der Festlegung, ob gesetzliche Bestimmungen über die Mediation zwingend oder dispositiv sein sollen.

⁵⁸ Zu Standard setzenden Regeln siehe beispielsweise s99.2 der *Rules of the Supreme Court* des australischen Bundesstaats Queensland.

Diagramm 5 *Schnittstellenbestimmungen*



4. *Regelungsnatur: Dispositives oder zwingendes Recht*

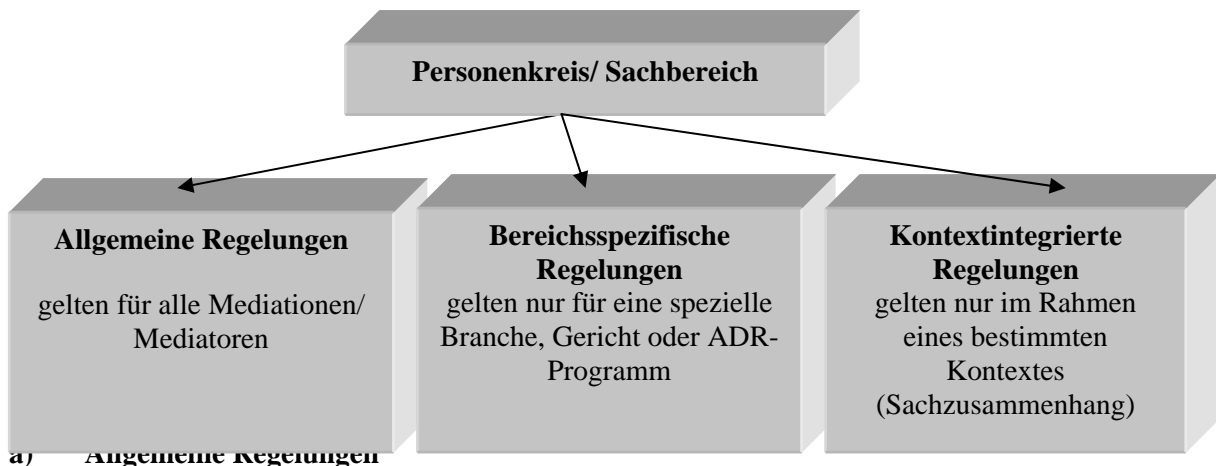
Ein weiterer Ansatz ist die Unterscheidung der Mediationsgesetze nach einer zwingenden oder dispositiven Wirkungsweise (Regelungsnatur). Dispositives Recht unterstützt den Gedanken der Parteiautonomie und wird nur bei Fehlen einer ausdrücklichen, anderslautenden Vereinbarung durch die Parteien wirksam (*ius dispositivum*). Viele Mediationsvereinbarungen zur Streitbeilegung enthalten eine Kombination aus zwingendem und dispositivem Recht. Das Modellgesetz über internationale Wirtschaftsschlichtungsverfahren der UNCITRAL ist ein Beispiel für dispositives Recht. Hier können die Parteien vertraglich vereinbaren, dass die Anwendung des gesamten Rechts verhindert wird. Jedoch wenn die Parteien das Modellgesetz zur Grundlage ihrer Mediation machen, sind nur noch bestimmte Vorschriften abdingbar, während andere von Natur aus zwingend sind.

Zwingende Regeln gelten unbeschadet gegensätzlicher Vereinbarungen (*ius cogens*). Mit anderen Worten: Parteien können zwingende Regeln vertraglich nicht ausschließen, wohl aber dispositives Recht. Artikel 6 Absatz 3 des MLICC, der den Grundsatz der fairen Behandlung bei der Mediation umfaßt, hat zwingenden Charakter. Geleitet von dem Gedanken des fairen und objektiven Verfahrens sollte diese Bestimmung nach der Absicht der Verfasser des Modellgesetzes so grundlegend sein, dass der andere Grundsatz der Mediation, die Parteiautonomie, außer Kraft gesetzt wird.

Ein weiteres anschauliches Beispiel ist das UMA in den USA, das zwingende Schutzvorschriften zu der Frage enthält, ob es zulässig ist, Beweismittel, die im Mediationsverfahren entstanden sind, in nachfolgenden (Gerichts- oder Schiedsgerichts)-Verfahren zu verwenden (Sicherung der Vertraulichkeit). Es herrschte die Auffassung, dass für diesen Aspekt der Vertraulichkeit vor allem Einheitlichkeit und Sicherheit nötig waren, da er das Potenzial besaß, nicht nur Gerichtsprozesse, sondern auch die Integrität des Mediationsverfahrens direkt zu beeinflussen.

5. *Regelungssubjekt/ Regelungsobjekt*

Letztendlich lassen sich Mediationsgesetze danach kategorisieren, welchen Personenkreis (Regelungssubjekt) bzw. Sachbereich sie regulieren (Regelungsobjekt). Zu unterscheiden ist zwischen allgemeinen und nicht-allgemeinen Regelungen. Letztere können eine bereichsspezifische oder kontextintegrierte Regelung darstellen.

Diagramm 6 *Regelungssubjekt/Regelungsobjekte***a) Allgemeine Regelungen**

Allgemeine Mediationsgesetze gelten in einer gegebenen Rechtsordnung allgemein für alle Mediationen und/oder Mediatoren, es sei denn, dieses wird ausdrücklich ausgeschlossen. Hierdurch erfährt Mediation durch die Legislative einen hohen Grad an Anerkennung als Streitbeilegungsverfahren.

Im Jahr 2003 setzte Österreich als erstes Land ein nationales, allgemeines Mediationsgesetz in Kraft. Die Gesetzgebung erkannte Mediation als eigenständigen Beruf an. Der Geltungsbereich erstreckt sich auf alle zivilrechtlichen Streitigkeiten. Das philippinische Gesetz über alternative Streitbeilegungsverfahren (Philippine Alternative Dispute Resolution Act) aus dem Jahr 2004 entspricht ebenfalls der Beschreibung eines allgemeinen Gesetzes. Sein voller Titel verdeutlicht den allgemeinen Charakter seiner Anwendung: „Ein Gesetz zur Institutionalisierung der Anwendung eines alternativen Streitbeilegungssystems in den Philippinen und zur Einsetzung des Büros für alternative Streitbeilegung sowie für andere Zwecke.“ Es behandelt nicht nur die Mediation, sondern alle Formen moderierender und beratender Streitbeilegungsverfahren und die Schiedsgerichtsbarkeit. Hinsichtlich der Mediation deckt es die freiwillige Mediation ab, sowohl ad hoc als auch institutionell, während die gerichtliche Mediation in Spezialgesetzen geregelt ist.

Das UMA und die EU-Richtlinie haben allgemeinen Charakter, das MLICC der UNCITRAL zielt hingegen auf Handelsstreitigkeiten ab. Aufgrund der sehr weiten Definition des Begriffs „Handel“ im MLICC könnte man die Zielgruppe ohne weiteres auch als allgemein bezeichnen. Dennoch können Mitgliedstaaten, die das Gesetz in Kraft setzen, den Personenkreis erweitern oder alternativ einschränken.

b) Bereichsspezifische Regelungen

Eine bereichsspezifische Regulierung bezieht sich auf eine unabhängige Gesetzgebung für die Mediation in einer spezifischen Branche, einem Gericht, einem ADR-Programm, einer Gruppe von Einzelpersonen oder in einem anderen definierten Kontext. In einigen Fällen ist die Einführung einer solchen Regulierung die Antwort auf eine Krise in einer spezifischen Branche. Die Gesetzgebung für die Verschuldung von Farmen in Australien und Kanada ist ein Beispiel für diese Art der Regulierung. Sie sieht eine Mediation vor, ehe die Zwangsvollstreckung von Farmen erfolgen kann. Hier reagierten die australische und kanadische Gesetzgebung auf eine besondere Krisensituation, da große Teile der jeweiligen Landwirtschaften nicht mehr ihre Bankkredite zurückzahlen konnten. In ähnlicher Weise wurde 2002 das Gesetz über die Streitbeilegung bei der Abdichtung von Häusern (Watertight Homes Resolution Service Act) in Neuseeland als Reaktion auf eine Krise in der Baubranche erlassen.

c) Kontextintegrierte Regelungen

Gesetze über kontextintegrierte Mediation ähneln bereichsspezifischen Gesetzen; ihnen fehlt aber die Eigenständigkeit. Stattdessen sind sie in Gesetze oder andere Formen der Regulierung einer besonderen Thematik eingebunden (Sachzusammenhang). Die Gesetzgebung für eine gerichtliche Mediation ist im Allgemeinen in die Gesetzgebung für ein bestimmtes Gericht integriert, wie die Bestimmungen über die Mediation im Gesetz über das australische Bundesgericht (Federal Court of Australia Act) von 1976 (Commonwealth) und das Familienrechtsgesetz (Family Law Act) von 1975 (Commonwealth). Im Jahr 2008 enthält die überwiegende Zahl der australischen Gerichtsgesetze Bestimmungen über Mediation und ADR. Weitere internationale Beispiele für kontextintegrierte Gerichtsgesetze sind das Gerichtsgesetz der kanadischen Provinz Alberta (Alberta Provincial Court Act) aus dem Jahr 2000 und die daraus folgenden Bestimmungen sowie das Gerichtsgesetz über geringfügige Ansprüche (Small Claims Tribunal Act) von 1985 in Singapur.

Ein weiteres Beispiel für kontextintegrierte Mediationsgesetze ist der Native Title Act (Commonwealth) in Australien aus dem Jahr 1993, der eine Reihe von Fragen rund um die von Aboriginals und Torres-Strait-Insulanern beanspruchte Bezeichnung als Ureinwohner, auch durch Mediation, regelt. In Neuseeland behandelt in vergleichbarer Weise der Treaty of Waitangi Act von 1975 Ansprüche gegen die Regierung von Neuseeland aufgrund von Verstößen gegen das Abkommen von Waitangi, wobei Mediation eines der vielen Themen ist, die von den Gesetzen abgedeckt werden. In den USA enthält das kalifornische Beweisgesetz (Californian Evidence Code) (ss1115–1128) Bestimmungen über die Zulässigkeit von Beweisen zu Ereignissen in der Mediation. Hier sind Mediationsbestimmungen in die Beweisgesetze integriert und werden daher als kontextintegrierte Mediationsgesetze bezeichnet.

d) Zusammenfassung

Die dreigeteilte Klassifizierung (allgemeine, bereichsspezifische und kontextintegrierte Regelungen) unterstreicht die erheblichen Unterschiede zwischen Gewohnheitsrecht (Common law) und Gerichtsbarkeiten mit kodifiziertem Recht (Civil Law). Eine Betonung bereichsspezifischer und kontextintegrierter Gesetze ist charakteristisch für Länder mit allgemeiner Rechtstradition. Sie spiegelt einen reaktiven, dezentralisierten und wenig systematischen Regulierungsansatz und eine Tradition des Experimentierens, des „Trial and Error“, wider, die zu der Entwicklung des Gewohnheitsrechts (Common Law) selbst passen. Obwohl Länder mit anderen Traditionen wie dem Zivilrecht auch eine begrenzte Anzahl bereichsspezifischer und kontextintegrierter Gesetze, die hauptsächlich die gerichtliche Mediation betreffen, in Kraft gesetzt haben, ist dort ein starker Trend zur Verabschiedung allgemeiner, zentralisierterer Gesetze zu erkennen. Dieses Muster passt zu interventionistischeren, paternalistisch aktiven Staaten und lässt nur wenig Raum für Experimente zu. Die EU-Richtlinie über Mediation wird vermutlich den Trend in den Mitgliedstaaten zu einer umfassenden allgemeinen Gesetzgebung verstärken.

E. Vereinigung von Form und Inhalt: „MediationMix“

I. Systematik als Gestaltungsinstrument für Regulierung

Die bisher dargestellten systematischen Einteilungen der Mediation helfen nicht nur bei der Beschreibung und dem Vergleich der Mediationsregulierung, sie bieten auch wertvolle Leitlinien für die notwendigen strategischen Wahlmöglichkeiten bei der Gestaltung der Regulierung. Dieser Abschnitt stützt sich auf diese Klassifizierungsansätze und legt die Themen und Fragen fest, die für die Planung der Mediationsregulierungspolitik nützlich sein könnten.

Die Begriffe „Regulierung“ und „Recht“, so wie sie bisher in diesem Artikel verwendet worden sind, werden in einem weiten Sinne verwendet, ohne dass sie sich auf einen bestimmten Regulierungsansatz beziehen.

Die Frage der Grenzbereichsgestaltung richtet sich nach dem Personenkreis. Soll die Regulierung auf alle Mediatoren und Mediationen ausgedehnt oder auf einen bestimmten Bereich beschränkt werden? Die Eignung einer allgemeinen Regulierung hängt im Gegensatz zur bereichsspezifischen und kontextintegrierten Regulierung von einer Vielzahl von Faktoren ab.

Allgemeine Mediationsgesetze bestehen gewöhnlich aus breit formulierten Bestimmungen, deren Anwendung in allen Bereichen schwierig sein könnte, so dass dadurch die Verwirrung über Erwartungen an Streitbeilegungsverfahren vergrößert wird. Die Gefahr, die Vielfalt und Flexibilität der Mediation durch genau formulierte allgemeine Regelungen zu zerstören, ist größer als durch eine differenzierte Regulierung.

Umgekehrt bieten bereichsspezifische und kontextintegrierte Regelungen den Raum für genaue Formulierungen, die den besonderen Bedürfnissen der Branche entspricht. Viele Aspekte der Mediation sollten kontextabhängig unterschiedlich reguliert werden. Dazu zählen vor allem Ansätze zu Vertraulichkeit und Übernahme von Sorgfalts- und Haftungspflichten sowie Vollstreckung von im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarungen. Vertraulichkeitserfordernisse können je nach Kulturkreis und Grad des öffentlichen Interesses variieren. Bestimmte Streitarten wie Umwelt und Stadtplanung können weniger Vertraulichkeit erfordern als Gerichtsverfahren in Handelssachen. Die Pflicht zur Übernahme von Sorgfalts- und Haftungspflichten von Mediatoren ist ein kontrovers diskutiertes Thema und wird in verschiedenen Bereichen unterschiedlich gehandhabt. Im Rahmen von gerichtsinternen Mediationen, Regierungs- und Gesetzeskontexten wird die Frage der Übernahme von Sorgfalts- und Haftungspflichten oft durch Immunitätsbestimmungen (Unabhängigkeit für Richtermediatoren) für Mediatoren geregelt,⁵⁹ während private, gewerbliche Mediatoren selten einen solchen Schutz genießen. Die Möglichkeit Mediationsergebnisse zu vollstrecken reicht von klaren Aussagen, dass im Mediationsverfahren erzielte Vereinbarungen rechtlich nicht bindend sind,⁶⁰ bis zur Unterstützung eines besonderen Vollstreckungsstatus für im Mediationsverfahren erzielte Vereinbarungen zum Beispiel durch einen vom Gericht geschaffenen vollstreckbaren Titel. Sind keine speziellen Bestimmungen vorhanden, wird allgemeines Verfahrensrecht angewendet.

Baylis beklagt das zunehmende Fehlen von Einzelheiten und, als dessen Folge, der Transparenz in der Mediationsgesetzgebung und plädiert für eine verstärkte Anwendung bereichsspezifischer und kontextintegrierter Regelungen, um Klarheit zu schaffen, wie Standards, Rechte und Pflichten im Rahmen der Mediation bzw. des Mediationsverfahrens zu handhaben sind.⁶¹

Je allgemeiner außerdem die Gesetzgebung ist, desto eher überschneidet sie sich mit anderen Regulierungsinstrumenten, die in erster Linie oder zufällig die Mediation regulieren. Dies kann zu Verwirrung führen und sich vor allem auf qualitätssichernde (standardsetzende) Bestimmungen und Schutzvorschriften für Beteiligte gravierend auswirken. Carroll verdeutlicht diesen Punkt sehr anschaulich im Kontext zu § 27 Absatz 3 des australischen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen (Commercial Arbitration Act) von 1984 (New South Wales), das Bestimmungen für die Mediation durch Schiedsrichter (Arbitrators) enthält, und zu § 51 desselben Gesetzes, das Immunität (richterliche Unabhängigkeit) für Schiedsrichter außer bei arglistiger Täuschung

⁵⁹ Zum Beispiel s113 des Supreme Court of Queensland Act 1991 (Queensland). In ähnlicher Weise besitzen gemäß s35 des Dispute Resolution Centres Act 1990 (Queensland), durch den ein staatlicher, gemeinnütziger Mediationsdienst geschaffen wird, Mediatoren Immunität.

⁶⁰ § 31 Absatz 3 des Dispute Resolution Centres Act 1990 (Queensland).

⁶¹ C. Baylis „Reviewing Statutory Models of Mediation/Conciliation in New Zealand: Three Conclusions“ (1999), 30 VUWLR 279.

vorsieht. Sollte die australische Legislative auf Bundesebene ein allgemeines Mediationsgesetz verabschieden wollen, würden sich sofort folgende beide Fragen stellen:

- Wären Schiedsrichter bei einer Mediation noch als Schiedsrichter tätig, oder würden sie unter die Bestimmungen des vorgeschlagenen allgemeinen Mediationsgesetzes fallen?
- Würde eine Immunität gemäß § 51 für Schiedsrichter gelten, die eine Mediation durchführen, oder würden diese den allgemeinen Mediationsbestimmungen zur Sorgfalts- und Haftungsfrist von Mediatoren unterliegen?

Es ist daher zwingend notwendig, dass Politik und Gesetzgeber die vorhandenen Gesetze daraufhin prüfen, inwieweit vorgeschlagene Mediationsgesetze mit bestehenden Regelungen von Streitbeilegungsverfahren interagieren.

Wird eine nicht-allgemeine Regelung eingebracht, ist abzuwägen, ob sich eine eigenständige bereichsspezifische oder eine kontextintegrierte Form eignet. Eigenständige Regelungen dürften nicht nur das Mediationsprofil stärken, sondern auch zu einer wenig systematischen Vermehrung von Gesetzen und somit zu einer potenziellen Verringerung der Transparenz der Mediationsregulierung insgesamt beitragen. Kontextintegrierte Gesetze erweitern bestehende Gesetze und führen daher nicht zu einer solchen Vermehrung von Gesetzen. Allerdings werden Mediationsbestimmungen im Rahmen einer kontextintegrierten Regulierung notwendigerweise in die bestehenden Strukturen jener Gesetze eingebunden; ein Umstand, der wahrscheinlich das „Wie“ der Mediationsdurchführung unter diesem betreffenden Gesetz beeinflussen wird.

Sobald der endgültige Geltungsbereich der Regulierung festgelegt wurde, muss ihr Inhalt geprüft werden. An dieser Stelle wird auf die bereits dargelegte Systematik (verfahrenseinleitende, verfahrensregulierende, standardsetzende Normen und Schutznormen für Beteiligte) verwiesen. Die nachfolgenden Bemerkungen und Fragen können politischen Entscheidungsträgern als nützliche Leitlinie dienen:

1. Zielt die Regulierung auf die Einleitung eines Mediationsverfahrens ab, und wenn ja, wie?

Hier stellen sich wichtige politische Fragen nach der Natur der Pförtnerrolle und nach dem Ermessensumfang, den die Parteien hinsichtlich ihrer Teilnahme an einer Mediation haben.

2. Müssen Aspekte des Mediationsverfahrens von der Regulierung erfasst sein?

Falls ja, welche Elemente des Mediationsverfahrens sollen von dem vorgeschlagenen Gesetz abgedeckt sein und welche Elemente nicht? Wie wird diese Wahl begründet?

3. Müssen für Mediatoren oder die Durchführung von Mediationsverfahren Standards gesetzt werden?

Standards für Mediatoren behandeln typischerweise die Zulassung der Tätigkeit als Mediator und werden abwechselnd als Zulassungs-, Anerkennungs-, Qualifizierungs- und Zertifizierungsstandards bezeichnet. Standards für die Mediationspraxis sind in der Regel Verfahrens- und Durchführungsstandards (Practice Standards) oder Verhaltenskodizes (Codes

of conduct). Standards werden auch durch Mediationsanbieter und Mediationsvermittler aufgestellt.⁶²

4. Müssen Fragen betreffend der Rechte und Pflichten von Beteiligten eines Mediationsverfahrens in Form von Schutzvorschriften reguliert werden?

Hier lassen sich Spannungen feststellen, die unter anderem die Sorgfalts- und Haftungspflichten von Mediatoren und anderen Verfahrensbeteiligten, die Vertraulichkeit oder die Durchsetzbarkeit von Mediationsvereinbarungen und die Vollstreckung in Mediationsverfahren erzielten Vereinbarungen betreffen.

Bilden Bestimmungen eine Schnittstelle zwischen Mediation und dem Rechtssystem (Schnittstellenbestimmungen), wird vermehrt argumentiert, dass diese im Unterschied zu Regelungen mit dispositiver Wirkungsweise zwingenden Charakter haben sollten. In der Debatte um Vielfalt und Vereinheitlichung spiegelt sich der Grundsatz der Parteiautonomie in der Fähigkeit der Parteien wider, bei der Gestaltung des Verfahrens und der Bestimmung des Ergebnisses mitzuwirken. Daher nehmen Verfahrensregeln oft die Form von dispositivem Recht an, damit die Parteien wahlweise darauf verzichten können. Auf diese Weise wird die Vielfalt der Praxis gefördert. Sind umgekehrt Mindeststandards und Rechtssicherheit erwünscht, wie beispielsweise bei Regeln für rechtskräftige Beweise, wird Vereinheitlichung wahrscheinlich das Vertrauen in die Mediation stärken – insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext. Vereinheitlichung lässt sich am ehesten durch die Anwendung zwingender (unabdingbarer) Vorschriften erreichen.

Nach der Abwägung der zuvor aufgeführten Fragen und Themen ist es wichtig, zu der ersten Frage zurückzukehren und die Gestaltung der Regulierung auf ihre Eignung bezüglich des zu regulierenden Personenkreises zu prüfen. Vorschläge für ein Mediationsgesetz mit allgemeinen Regulierungen müssen überprüft werden, wenn eine detaillierte und genaue gesetzliche Regulierung zahlreicher Aspekte der Mediation angestrebt wird. Werden andererseits Mindeststandards für jeden Aspekt der Mediation in einem spezifischen Bereich reguliert, muss die Frage einer allgemeinen oder erweiterten Anwendung der Regulierung erwogen werden. Ein typisches Beispiel war die Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner bei der Frage wie und unter welche Voraussetzungen Mediatoren in Australien anerkannt (akkreditiert) werden können.

In der obigen Diskussion wurde der Inhalt der Mediationsregulierung untersucht. Der letzte Abschnitt dieses Artikels baut auf dieser Analyse auf und greift die vier früher in diesem Artikel erörterten Regulierungsansätze für die Mediation wieder auf. Das Ergebnis ist ein Regulierungsmodell namens „*MediationMix*“.

II. „MediationMix“

Der „*MediationMix*“ vereint Aspekte der Regulierungsformen, die durch die vier Ansätze für eine Mediationsregulierung beschrieben wurden, und die Systematik der Regulierungsinhalte.

Das Modell liefert einen Konzeptionsplan, der Gesetzgeber und politische Entscheidungsträger bei der Mediation durch das Labyrinth der Regulierungsfragen leitet. In der folgenden Tabelle wird das Modell veranschaulicht.

⁶² Siehe zum Beispiel Artikel 3 Absatz 5 der australischen Zulassungsstandards für Mediatoren (*Australian National Mediator Approval Standards*), welche die erforderlichen „Eigenschaften“ der Zulassungsstellen für ermächtigte Mediatoren (*Recognised Mediator Accreditation Bodies, RMABs*) festlegen.

Diagramm 7 „MediationMix“

Regulierungs-		Formen			
Inhalte	„MediationMix“	Markt- und vertragsorientierte Regulierung	Selbstregulierung	Rahmenvorschriften	gesetzliche Vorschriften
	1. Allgemein				
2. Bereichsspezifisch					
3. Kontextintegriert					
1. Verfahrenseinleitend					
2. Verfahrensregulierend					
3. Standardsetzend					
4. Schutzvorschriften					
Regulierungsbeispiel					
Schnittstellenbestimmungen					
Zwingend oder Dispositiv					

de
en
ch
M
ze
ier
lt

heit der Tabelle hat dieser Artikel gezeigt, dass die Komplexität der
ionsregulierung einen Checklistenansatz ausschließt. Es ist gar nicht
.

sowohl eine Sprache als auch ein Verfahren für die Planung von
nsregulierung. Er zeigt vor allem, wie mit sehr differenzierten
aufgefangen werden können, die durch die Debatte über den Gegensatz
g verursacht wird.

eine nationale Mediationsregulierungspolitik, die unbedingt die
ohne die Rechtssicherheit oder die Streitbelegungsqualität aufs Spiel
zen, für den folgenden „MediationMix“ entscheiden.

Vorhersagbarkeit lassen sich durch den normativen Ansatz unter
wingenden Regulierung der Schutzvorschriften für Beteiligte und
ie eine Schnittstelle zum Rechtssystem bilden wie beispielsweise die
Zulässigkeit von Beweisen in nachfolgenden Verfahren, Fristen und Vorstreckungsfragen
verwirklichen.

- *Zulassung und Ermächtigung von Mediatoren* erfordern einen sensiblen Ansatz, der einen Ausgleich schafft zwischen dem Bedürfnis, verschiedenen Mediationspraktiken Rechnung zu tragen, und dem Bedürfnis der Parteien nach Klarheit über das, was von Mediatoren zu erwarten ist. Entsprechend einer Rahmenbestimmung sind hier Selbstregulierungsansätze sinnvoll.
- Selbstregulierungs- und markt- und vertragsorientierte Ansätze würden im Hinblick auf *Verfahrens- und Verhaltensfragen* eine Parteiautonomie anerkennen und bereichsspezifische Experimente fördern. In dem Umfang, wie Zulassungs- und Verfahrensfragen der Gesetzgebung unterliegen, würde die Anwendung von dispositiven Regelungen, die den Parteien gestatten, unterschiedlichen Vorgehensweisen zuzustimmen, das politische Ziel einer Parteiautonomie aufrechterhalten und gleichzeitig einen Politikstandard festsetzen.
- Schließlich können gesetzgeberisch abgesicherte verfahrenseinleitende Bestimmungen behilflich sein, die Aufnahme der Mediation in eine Rechtsordnung oder einen spezifischen Bereich voranzutreiben.

IV. Beispiele aus der Praxis

Die EU-Richtlinie über Mediation ist ein interessantes Regulierungsinstrument, da sie sich nicht auf einen Regulierungsansatz festlegt; vielmehr werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, eine Vielzahl von Regulierungsmechanismen (verfahrenseinleitende Normen, verfahrensregulierende Normen, standardsetzende Normen und Schutznormen für Beteiligte) einzusetzen. Der „*MediationMix*“ ist daher ein nützliches Werkzeug für die Planung und Beschlussfassung bei der Durchführung der Richtlinie.

Wie die Abbildung zeigte, ist der „*MediationMix*“ hilfreich, um Regulierungstendenzen in einer gegebenen Rechtsordnung zu analysieren und Tendenzen in verschiedenen Rechtsordnungen, Ländern und Regionen zu vergleichen.

Das Modellgesetz über internationale Wirtschaftsschlichtungsverfahren (Model Law on International Commercial Conciliation, MLICC) der UNCITRAL aus dem Jahr 2003 lässt sich mithilfe des „*MediationMix*“ analysieren. Als Modellgesetz sieht das MLICC vor, dass Normen durch die Nationalstaaten erlassen werden. Es ist ein allgemein anzuwendendes Gesetz bei Handelsstreitigkeiten und enthält hauptsächlich Schutzvorschriften und eine begrenzte Anzahl von Artikeln, die Standards für die Leitung des Mediationsverfahrens setzen. Es befasst sich selbst nicht mit Mediatorqualifikationen oder der Frage, wie Parteien an einer Mediation teilnehmen können. Letztlich ist das MLICC ein dispositives Gesetz, das die Parteien vertraglich ausschließen können. Sie können umgekehrt auch das Modellgesetz vertraglich einbinden, selbst wenn ihre Streitigkeit technisch nicht in dessen Geltungsbereich fällt. Selbst in dem Fall, wenn Parteien das gesamte Gesetz als solches anerkannt haben, bleibt immer noch viel Raum für die Äußerung der Parteiautonomie durch privatvertragliche Instrumente, da nur zwei Bestimmungen des Gesetzes zwingenden Charakter haben. Dieser Aspekt des MLICC ist von zahlreichen Kommentatoren kritisiert worden, da ihrer Ansicht nach dispositive Bestimmungen, die die Schnittstelle zwischen dem Mediationsverfahren und dem Rechtssystem betreffen, dem besonderen Zweck eines transnationalen Mediationsgesetzes, nämlich die Rechtssicherheit in diesen beiden Fragen zu verbessern, zuwider läuft.⁶³

⁶³ Siehe beispielsweise Eric van Ginkel, "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: A Critical Appraisal" (2004) 21(1) *Journal of International Arbitration*, S. 1 ff.

Wie das MLICC ist das UMA ein allgemein anzuwendendes Modellgesetz, das den normativen Regulierungsansatz übernimmt. Dennoch ist es enger fokussiert als das MLICC. Der Hauptschwerpunkt liegt auf Fragen zu Privilegien und der Zulässigkeit von Beweisen in nachfolgenden, bestimmenden Verfahren. Diese Bestimmungen können als Schutzvorschriften für die Beteiligten und Schnittstellengesetze beschrieben werden. Die Verfasser des UMA hielten dies für den einzigen wichtigen Punkt, der Einheitlichkeit und Rechtssicherheit erforderte. Andere Aspekte der Mediationsregulierung werden den einzelnen Staaten, ADR-Organisationen und dem Markt zur Regulierung überlassen.

Wie der Fall Österreichs zeigt, kann in einer Rechtsordnung im Hinblick auf Standards und materielle Aspekte der Mediation ein allgemeiner und formeller gesetzlicher Ansatz vorherrschen, gleichzeitig aber in der Frage, wie man an einer Mediation teilnimmt, ein in erster Linie markt- und vertragsorientierter Ansatz verfolgt werden.

In Australien wird klar eine bereichsspezifische und kontextintegrierte Gesetzgebung mit Hunderten von Regulierungsinstrumenten für die Einleitung und Unterstützung der Mediation in zahlreichen Bereichen wie Familien- und Franchising-Mediation bevorzugt. Ein solcher Ansatz unterstützt die Vielfalt in einer bereichsspezifischen Mediationspraxis, während eine Vereinheitlichung im relevanten Bereich angestrebt wird. Die im Jahr 2008 eingeführte australische Zulassungs- und Verfahrensordnung ist jedoch der Beginn eines allgemein-geltenden Selbstregulierungsansatzes mit wenigen zwingenden (unabdingbaren) Regelungen. Was jedoch wichtig ist, dass der freiwillige Charakter und das Mindeststandardniveau, entstanden durch eine nationale Selbstregulierungsinitiative, die Vielfalt, Regulierungen zu schaffen, welche weit außerhalb der Mindeststandards liegen, nicht verhindert, sondern fördert. Darüberhinaus wird nicht unterbunden, dass Mediatoren außerhalb der Standards arbeiten können und so der Markt entscheiden kann, ob man einen nach den nationalen Mindeststandards zugelassenen Mediator oder einen Mediator ohne Akkreditierung engagiert.

Die praktischen Aufgaben bei der Auswahl einer geeigneten Mischung von Regulierungsinstrumenten für einen sich entwickelnden Mediationsberuf und bei ihrer Implementierung sind herausfordernde Aufgaben. Zwei neuseeländische Kommentatoren betonen, wie schwierig es sei, eine Formel zu finden, in der Platz für die verschiedenen philosophischen Ansätze für die Regulierung der Mediation ist. Sie betonen, dass Gerichte in verschiedenen Rechtsordnungen auf der ganzen Welt mit diesem Dilemma zu kämpfen haben und vertreten die Auffassung, dass dieses zumindest teilweise

auf die relative Unreife der Mediation als Beruf und die etwas unnatürlichen und kollidierenden Grundsätze zurückzuführen sei, was die Unterschiede zwischen ADR- und Mediationsverfahren (konsensuell und subjektiv) und nachteiligem Gerichtsverfahren (aufgezwungen und angeblich objektiv) unterstreicht.⁶⁴

V. Zusammenfassung

Dieser Beitrag plädiert für einen gemischten Ansatz bei der Regulierung der Mediation; für eine Kombination aus allen Regulierungsformen (markt- und vertragsorientierte Regulierung, Gesetzgebung und Selbstregulierung mit stark responsiven und reflexiven Prüfmechanismen). In einem dynamischen und sich entwickelndem Berufsfeld sind partizipative Regulierungsprozesse für die Mediation unverzichtbar. Wenn sich die Sachlage und die äußeren Umstände ändern, müssen diese die Kompetenz und die Fähigkeit besitzen, den „*MediationMix*“ zu überprüfen und gegebenenfalls anzugleichen.

⁶⁴ D. Clapshaw und S. Freeman-Greene. „Do we need a mediation Act?“ Teile 1 und 2, 6(4) und 6(5) (2003) ADRB 61 sowie 95 bis 97.

r. Übersicht: Strategische Überlegungen zur Festlegung von Regulierungsinhalten

