

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Johann Julius Goldmann

Mediation in Übergangstaaten

Entwicklung des Mediationsrechts in Serbien und Kroatien

Band 6



Wolfgang Metzner Verlag

Band 6

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Herausgegeben von
Professor Dr. Christoph Althammer
Professor Dr. Jörg Eisele
Dr. Heidi Ittner
Professor Dr. Martin Löhnig

Johann Julius Goldmann

Mediation in Übergangstaaten

Entwicklung des Mediationsrechts in
Serbien und Kroatien



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2017

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-002-9 (Print)

ISBN 978-3-96117-003-6 (Online)

ISSN 2195-2477

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Danksagung **12**

1. Teil Einführung in den Forschungsgegenstand **14**

A. Themeneinführung **14**

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung **15**

I. Wissenschaftliche Fragestellung und Untersuchungsperspektive **15**

II. Gang der Untersuchung **20**

C. Methode **20**

I. Rechtsvergleichung **21**

1. Länderauswahl **22**

2. Zuordnung Kroatiens und Serbiens in der Lehre
von den Rechtskreisen **23**

3. Auswahl der rechtsvergleichenden Methode **25**

II. Qualitative Dokumentenanalyse **28**

III. Qualitative Inhaltsanalyse **29**

1. Art und Struktur der Interviews **29**

2. Auswahl der Befragten **30**

3. Interviewleitfaden **32**

4. Datenerhebung und Datenaufbereitung **32**

5. Datenauswertung **33**

D. Grenzen der Untersuchung **34**

I. Methodische Grenzen **34**

II. Inhaltliche Grenzen **35**

E. Grundbegriffe **36**

I. Mediation **37**

II. Mediationsrecht	41
III. Rechtstransfer	45
IV. Übergangstaaten	47
F. Stand der Forschung	50
I. Die Ansätze und ihre wesentlichen Ergebnisse im Überblick	50
1. Rechtsvergleichung von Mediationsrecht	51
2. Rechtssoziologie - ADR und Förderung der Rechtsstaatlichkeit	54
3. Transformations- und Diffusionsforschung	56
II. Folgerungen der wissenschaftlichen Ansätze für das Forschungsvorhaben	57
G. Zusammenfassung des Forschungsvorhabens	59
2. Teil Alternative Streitbeilegung im Rahmen der Rechtsstaatsförderung und Spannungsverhältnisse bei der Regulierung der Mediation	61
A. Alternative Streitbeilegung im Rahmen der Rechtsstaatsförderung	61
I. Historische Entwicklung der alternativen Streitbeilegung in der Rechtsstaatsförderung	61
1. Die Law-and-Development-Bewegung	62
2. Der „Washington Consensus“	64
3. Der Rechtsstaatstransfer oder „rule of law“	65
a) Zielbereiche des Rechtsstaatstransfers	67
b) Methoden des Rechtsstaatstransfers	68
c) Kritik an den Zielen und Methoden des Rechtsstaatstransfers	70
4. Zusammenfassung und Bewertung	71
II. Alternative Streitbeilegung in der Rechtsstaatsförderung	72
1. Erwartungen an die Förderung von ADR	72
2. Maßnahmen zur Förderung von ADR in Übergangstaaten	75
3. Kritik an der Förderung von ADR in Übergangstaaten	77
a) Kritik am Transfer von Mediationsrecht	77
b) Kritik an der Förderung des Rechtsstaats durch Mediation	79
c) Kritik an der Mediation als Zugang zum Recht	81
d) Stellungnahme	82

4. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen	82
B. Regulierung der Mediation	83
I. Ausgangspunkt der Regulierung der Mediation	84
1. Das Spannungsverhältnis von Vielfalt und Vereinheitlichung	84
2. Prinzipiengeleitete Regulierung von Konfliktlösung	86
3. Zusammenfassung und Schlussfolgerung	88
II. Regulierungsinhalte des Mediationsrechts	88
1. Förderung	88
2. Verfahren	90
3. Standards	90
4. Rechte und Pflichten	91
III. Regulierungsarten des Mediationsrechts	91
1. Freie Marktregulierung	92
2. Selbstregulierung	93
3. Regulierte Selbstregulierung	95
4. Regulierung durch Modellgesetze	97
5. Gesetzliche Vorschriften	97
IV. Mediationsrechtsreformprozesse in Übergangstaaten	98
C. Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsentwicklung und Rechtstransformation	99
I. Die Unterscheidung zwischen nationaler Rechtsentwicklung und internationaler Rechtstransformation	100
1. Nationale Rechtsentwicklung	101
a) Akteure	101
b) Interessen	101
c) Maßnahmen/Instrumente	101
2. Internationale Rechtstransformation	102
a) Akteure	102
b) Interessen	102
c) Maßnahmen/Instrumente	103
II. Spannungsverhältnis der Einflussfaktoren	103

D. Zusammenfassung der Arbeitshypothese	106
3. Teil Internationale Vorgaben für das Mediationsrecht im Vergleich mit dem Mediationsrecht Kroatiens und Serbiens	107
A. Rahmengesetze, Modellgesetze und internationale Empfehlungen	107
I. Überblick	107
II. Europäische Union	108
1. Maßnahmen zur Förderung alternativer Streitbeilegung in der EU vor der Mediationsrichtlinie	108
a) Förderung alternativer Streitbeilegung zum Schutz der EU-Verbraucher	109
b) Die Brüssel-I- und Rom-I-Verordnungen	110
c) Das „Grünbuch ADR“	114
d) Der Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren	116
2. Die EU-Mediationsrichtlinie	117
a) Hintergrund	117
b) Regelungsinteressen	120
c) Regelungsinhalte	121
aa) „Harte“ Regelungen	121
bb) „Weiche“ Regelungen	122
cc) Nicht geregelte Aspekte	124
d) Die Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedsstaaten und erste Ergebnisse	125
3. Die Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten	127
4. Fazit	129
III. Europarat	130
1. Maßnahmen des Europarats zur Förderung alternativer Streitbeilegung	131
a) Empfehlung zur Familienmediation	131
b) Empfehlungen zur Mediation in Strafsachen	132
c) Empfehlung zur alternativen Streitbeilegung in Verwaltungsverfahren	132
d) Empfehlung zur Mediation in Zivilverfahren	133
2. Fazit	133
IV. Vereinte Nationen	134

1. Hintergrund des UNCITRAL-Modellgesetzes **134**
 2. Regelungsinteressen **135**
 3. Regelungsinhalte **137**
 4. Kommentare zum UNCITRAL-Modellgesetz **140**
 5. Fazit **142**
- V. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen **143**
- B. Mediationsrecht in Kroatien **144**
- I. Begriffe **145**
- II. Entwicklung des Mediationsrechts in Kroatien **145**
1. Außergerichtliche Streitbeilegung in Kroatien
vor dem Mediationsgesetz **145**
 - a) Friedensräte („Mirovna Vijeća“) **146**
 - b) Schiedsgerichtsbarkeit **147**
 - c) Regelung sonstiger Streitbeilegungsverfahren **148**
 - d) Fazit **148**
 2. Das erste Mediationsgesetz aus dem Jahr 2003 **148**
 - a) Regelungsinteressen **149**
 - b) Regelungsinhalte **149**
 - aa) Vollstreckbarkeit **150**
 - bb) Vertraulichkeit **150**
 - cc) Hemmung der Verjährung **151**
 - dd) Sonstige Regelungen **151**
 - c) Fazit **153**
 3. Die Reform der Zivilprozessordnung zur gerichtlichen Mediation
im Jahr 2008 **153**
 - a) Regelungsinteressen **153**
 - b) Regelungsinhalt **154**
 - c) Fazit **155**
 4. Die Änderungen des Mediationsgesetzes im Jahr 2009 **155**
 - a) Regelungsinteressen **156**
 - b) Regelungsinhalt **156**
 - aa) Vollstreckbarkeit **156**
 - bb) Vertraulichkeit **159**
 - cc) Hemmung der Verjährung **159**
 - dd) Sonstige Regelungen **159**

- c) Fazit **159**
 - 5. Das aktuelle Mediationsgesetz aus dem Jahr 2011 **160**
 - a) Regelungsinteressen **161**
 - b) Regelungsinhalt **161**
 - aa) Anwendungsbereich **162**
 - bb) Vollstreckbarkeit **162**
 - cc) Vertraulichkeit **163**
 - dd) Hemmung der Verjährung **164**
 - ee) Sonstige Regelungen **164**
 - c) Fazit **165**
 - 6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen **166**
- III. Förderung des kroatischen Mediationsrechts im Rahmen der ADR-Strategie 2005 **167**
- 1. Ziele der ADR-Strategie **167**
 - 2. Internationale Zusammenarbeit und Rechtsrahmen **169**
 - 3. Entwicklungsphasen der ADR-Strategie **170**
 - 4. Maßnahmen der ADR-Strategie **171**
 - a) ADR in Gerichten **171**
 - b) Außergerichtliche ADR-Zentren **171**
 - c) ADR-Dienstleistungen in Strafsachen, Arbeits- und Verbraucherrechtsstreitigkeiten **172**
 - d) Ausbildung, Information und Finanzierung **172**
 - aa) Ausbildung der Mediatoren **173**
 - bb) Information der Bürger über Mediationsverfahren **173**
 - cc) Finanzielle Impulse für die Förderung von ADR und Finanzierung der ADR-Strategie **173**
 - e) ADR-Kommission **174**
 - 5. Fazit **175**
- IV. Förderung des kroatischen Mediationsrechts durch internationale Projekte **175**
- 1. USAID-Projekt „Croatia Commercial Law Reform Project“ (2001–2004) **176**
 - a) Projektziel **176**
 - b) Projektaktivitäten **177**
 - c) Projektmethoden **177**
 - d) Projektergebnisse **178**

2. PHARE-Projekt „Enhancement of Mediation as an Alternative to Court Based Dispute Settlement“ (2008–2010) **179**
 - a) Das PHARE-Programm **179**
 - b) Projektziele **180**
 - c) Projektaktivitäten **182**
 - aa) Komponente 1: gesetzliche Rahmenbedingungen **182**
 - bb) Komponente 2: Struktur und System der Mediation **184**
 - cc) Komponente 3: Aus- und Fortbildung von Mediatoren **185**
 - dd) Komponente 4: Information und Publikationen über Mediation **185**
 - d) Projektmethoden **185**
 - e) Projektergebnisse **188**
3. Andere internationale Projekte **191**
4. Zusammenfassung und Schlussfolgerung **192**
- V. Wirkungen auf die außergerichtlichen Mediation in Kroatien **193**
 1. Wirkungen von Gesetzen **194**
 - a) Notwendigkeit der Regulierung **194**
 - b) Charakter der Mediationsgesetze **194**
 - c) Kenntnis/Popularisierung und Erwartungsklärung **194**
 - d) Registrierung **195**
 2. Wirkungen von Maßnahmen **195**
 - a) Infrastruktur **195**
 - b) Trainings **195**
 - c) Information **195**
 3. Nationale Akteure **196**
 - a) Handelskammer **196**
 - b) Mediatorenverband **196**
 - c) Gerichte **196**
 - d) Anwaltskammer **196**
 4. Internationale Akteure **197**
 - a) USAID **197**
 - b) CEDR **197**
 - c) EU **197**
 - d) Fazit **197**
- VI. Zusammenfassung und Stellungnahme **198**
 1. Nationales Umsetzungsinteresse **198**
 2. Internationales Interventionsinteresse **199**

3. Wirkungen der internationalen Vorgaben und der Regulierung der Mediation auf die außergerichtliche Mediation in Kroatien **199**
4. Stellungnahme **200**

C. Mediationsrecht in Serbien **201**

I. Begriffe **201**

II. Entwicklung des Mediationsrechts in Serbien **202**

1. Außergerichtliche Streitbeilegung in Serbien vor dem ersten Mediationsgesetz **202**
 - a) Friedensräte (Mirovna Veća) **203**
 - b) Alternative Beilegung kollektiver Arbeitskonflikte **204**
 - c) Fazit **205**
2. Die Änderungen der Zivilprozessordnung und die „Beilegungs-Woche“ im Jahr 2002 **205**
3. Das erste Mediationsgesetz aus dem Jahr 2005 **207**
 - a) Regelungsinteressen **207**
 - b) Regelungsinhalte **208**
 - aa) Allgemeine Regelungen **208**
 - bb) Vollstreckbarkeit **208**
 - cc) Vertraulichkeit **209**
 - dd) Hemmung der Verjährung **209**
 - ee) Sonstige Regelungen **210**
 - c) Fazit **211**
4. Nationale Strategien zur Justizreform **211**
 - a) Die nationale Strategie zur Justizreform 2006–2011 **212**
 - b) Die nationale Strategie zur Justizreform 2013–2018 **213**
 - c) Fazit **215**
5. Das aktuelle Mediationsgesetz aus dem Jahr 2014 **215**
 - a) Regelungsinteressen **216**
 - b) Regelungsinhalte **217**
 - aa) Begriffe **217**
 - bb) Allgemeine Regelungen **218**
 - cc) Vollstreckbarkeit **218**
 - dd) Vertraulichkeit **219**
 - ee) Hemmung der Verjährung **219**
 - ff) Verfahrensregelungen **220**

- gg) Zulassung, Registrierung und Organisation von Mediatoren **221**
 - hh) Sonstige Regelungen **223**
 - c) Fazit **223**
 - d) Zusammenfassung und Schlussfolgerung **224**
- III. Förderung des serbischen Mediationsrechts durch internationale Projekte **224**
- 1. International Financial Corporation (IFC) **225**
 - a) Projektziele **225**
 - b) Projektaktivitäten **225**
 - c) Projektmethoden **226**
 - d) Projektergebnisse **227**
 - 2. Europäische Union **227**
 - a) Projektziele **228**
 - b) Projektaktivitäten **229**
 - aa) European Agency for Reconstruction (EAR) und EU Delegation to Serbia (EUD) **229**
 - bb) Technical Assistance for Civil Society Organisations (TACSO) **230**
 - c) Projektmethoden **230**
 - d) Projektergebnisse **230**
 - 3. Andere internationale Projekte **231**
 - 4. Zusammenfassung und Stellungnahme **231**
- IV. Wirkungen auf die außergerichtliche Mediation in Serbien **232**
- 1. Wirkungen von Gesetzen **233**
 - a) Legitimation der Mediation **233**
 - b) Ausübungsfreiheit **233**
 - c) Umsetzung **233**
 - d) Anwendungsbereich **234**
 - e) Vollstreckbarkeit **234**
 - f) Zugangsregelungen **234**
 - 2. Wirkungen von Maßnahmen **235**
 - a) Einrichtung von Institutionen **235**
 - b) Mediationssystem **235**
 - c) Information **235**
 - d) Finanzierung **236**
 - 3. Nationale Akteure **236**
 - a) Justizministerium **236**
 - b) ADR-Zentrum **237**

- c) Richter **237**
- d) Anwaltskammer **237**
- 4. Internationale Akteure **237**
 - a) EU **237**
 - b) USAID **238**
 - c) IFC **238**
- 5. Fazit **238**
- V. Zusammenfassung und Stellungnahme **239**
 - 1. Nationales Umsetzungsinteresse **239**
 - 2. Internationales Interventionsinteresse **239**
 - 3. Wirkungen auf die außergerichtliche Mediation in Serbien **240**
 - 4. Stellungnahme **241**
- D. Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussfolgerungen **242**
- I. Ergebnisse der Regulierung des Mediationsrechts **242**
- II. Ergebnisse der Fördermaßnahmen **243**
- III. Auswirkungen auf die Ausübung außergerichtlicher Mediation **244**
- IV. Fazit **245**
- 4. Teil Zusammenfassung, Schlussfolgerungen und Empfehlungen **246**
 - A. Zusammenfassung der Ergebnisse **246**
 - I. Änderung der Regulierung der Mediation durch internationale Vorgaben **246**
 - II. Wirkungen der Mediationsgesetze auf die Praxis der außergerichtlichen Mediation **248**
 - B. Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen **249**
 - I. Regulierung des Mediationsverfahrens **249**
 - II. Förderung der Mediation **250**
 - C. Empfehlungen zur Förderung von Mediationsgesetzen in Übergangstaaten **251**
 - I. Empfehlungen der befragten Experten **251**
 - II. GRDR als Grundlage der Regulierung des Mediationsrechts **252**

III. Bedarfsanalyse nach Umsetzungsinteressen	252
IV. Regulatory Impact Analysis (RIA)	253
D. Weiterer Bedarf für wissenschaftliche Forschung	254
I. Langzeitstudie zu Mediationsrechtstransfer in Übergangstaaten	254
II. Studie zur Förderung des Zugangs zum Recht durch die Mediation	254
Literaturverzeichnis	256
Abkürzungsverzeichnis	283
Anhang 1 Interviewleitfaden	285
Anhang 2 Kroatisches Mediationsgesetz, „Zakon o mirenju“ (ZM) Daci humus	288
Anhang 3 Serbisches Mediationsgesetz, „Zakon o Posredovanju u Rešavanju Sporova“ (ZPRS)	299

Danksagung

Die vorliegende Arbeit ist die leicht veränderte und aktualisierte Fassung meiner Dissertation, die im Oktober 2015 durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder) angenommen wurde.

Das "Buch", wie meine Kinder Therese und Theo es über die Jahre der Entstehung genannt haben und was es nun endlich auch ist, verdanke ich vielen Unterstützern. Zuerst und ganz besonders meinem Doktorvater und Erstgutachter Prof. Lars Kirchhoff. Er hat mich seit dem ersten Vorgespräch bei dieser Arbeit auf bemerkenswerte Weise unterstützt. Er war inspirierend und motivierend, herausfordernd und pragmatisch, jederzeit erreichbar und zugleich auf Distanz. Und nicht zuletzt hatten wir wunderbare Gespräche über Vereinbarkeit von Beruf, Wissenschaft und Familie. Danke!

Mein Dank geht auch an Prof. Breidenbach für die Erstellung des Zweitgutachtens und an die Herausgeber für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe "Mediation und außergerichtliche Konfliktlösung".

Sehr herzlich bedanken möchte ich mich bei der Erwin-Stein-Stiftung für die großzügige finanzielle Förderung dieser Arbeit. Und hier sei insbesondere Frau Frauke Ueck erwähnt, die immer wieder in einem netten Kontakt mit mir stand.

Von den Wegbegleitern möchte ich stellvertretend für viele folgende Personen nennen: zu Beginn wesentlich inspiriert haben mich Dr. Leopold von Carlowitz und Dr. Oliver Meineke. Ein durchgehender Ansprechpartner, geschätzter Ratgeber und Freund war und ist Martin Blankenstein. Für die aufwändige Literaturrecherche in Kroatien und Serbien danke ich insbesondere Jelena Arsic, Blazo Nedic und Jusuf Hadziselimovic. Ein herzlicher Dank an dieser Stelle auch allen Interview- und Gesprächspartnern, die sich viel Zeit genommen haben, um meine Fragen umfassend zu beantworten und damit dieser Arbeit praktische Substanz gegeben haben. Für die Übersetzungen geht ein Dank an Paula Pocanic.

In der Abschlussphase der Arbeit möchte ich mich besonders bei Dr. Christina Stenner bedanken, die in einer für sie selbst herausfordernden Lebensphase, meine Arbeit Korrektur gelesen und mir hilfreiche theoretische und praktische Anregungen gegeben hat sowie Dr. Stefan Hammer und Remo Hug für die Korrekturen.

Außerdem danke ich meinen Eltern, Christiane und Dr. Dietrich Goldmann für ihren Zuspruch in den richtigen Momenten, ihre Zurückhaltung ebenfalls in den richtigen Momenten und ihre großzügige finanzielle Förderung.

Und der abschließende und allergrößte Dank geht an meine Frau Kristina Goldmann. Sie hat Geduld, Nerven und viel Langmut gezeigt, hat Therese und Theo in den entscheidenden Tagen und Nächten versorgt und mich als emotionale und intellektuelle Partnerin liebevoll und wesentlich unterstützt. Ihr widme ich diese Arbeit.

Johann Julius Goldmann, Dezember 2016

1. Teil

Einführung in den Forschungsgegenstand

A. Themeneinführung

Die Weiterentwicklung oder Neugründung des Rechtsstaats in sogenannten Übergangsländern Südosteuropas wird zu wesentlichen Teilen von Reformvorgaben der EU geprägt. Durch die Rahmenrichtlinie der EU zu bestimmten Aspekten der Mediation in Zivil- und Handelssachen¹ wird diesen Ländern unter anderem die Verabschiedung von Mediationsgesetzen aufgegeben.

Seitens der EU wird mit der Mediation die Hoffnung verbunden, dadurch die Streitkultur eines Überganglandes verändern und die überlasteten Gerichte einer im Umbruch befindlichen Rechtsordnung entlasten zu können. Damit werden in das wenig standardisierte Verfahren der Mediation hohe Erwartungen gesetzt: Es soll einen schnellen, kostengünstigen und raschen Zugang zu Konfliktlösungsinstanzen ermöglichen und darüber hinaus gar der Befriedung der Gesellschaft und Aufarbeitung der Vergangenheit dienen. Entsprechende Erwartungen liegen auch internationalen Modellgesetzen der UN sowie Empfehlungen des Europarats und zahlreicher Entwicklungsorganisationen für die Einführung der Mediation zugrunde.²

Neben der gesellschaftspolitischen Frage, wie die Mediation als Streitbeilegungsverfahren in Übergangstaaten etabliert werden kann, stellt sich die rechtliche (und rechtspolitische) Frage, wie sich das Mediationsverfahren gesetzlich regeln lässt, zumal die Mediationsrichtlinie für EU-Beitrittskandidaten oder EU-

¹ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, 2008/52/EG (nachfolgend Mediationsrichtlinie oder MediationsRL).

² Siehe unter anderem UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002; Recommendation No. R (98)1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation; Recommendation No. R (99)19 of the Committee of Ministers to member States concerning mediation in penal matters; Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties; Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters; Zu den Entwicklungsorganisationen siehe *Brown/Cervenak/Fairman*, 1998. Siehe dazu unten, 2. Teil A. II. 1., S. 71 ff. und 3. Teil A., S. 60 ff.

Anwärter eine gewisse Regulierung für die grenzüberschreitende Mediation zwingend vorschreibt.

Ebenfalls fraglich ist, ob eine Rechtsordnung im Umbruch, die damit befasst ist, mehrere tausend Rechtsakte des sogenannten „*acquis communautaire*“³ in nationales Recht umzusetzen, für ein so offenes und weitgehend nicht standardisiertes Verfahren wie die Mediation kurzfristig eine den jeweils spezifischen Bedürfnissen angemessene und tragfähige Regelung finden kann. Kann ein Verfahren, das im Wesentlichen auf der Selbstbestimmung der Streitparteien basiert, auf Grundlage von Modellgesetzen und internationalen Vorgaben adäquat geregelt werden? Diese Fragen stellen sich einerseits für externe Rechtsberater, welche die Regierungen von Übergangsländern bei der Umsetzung von EU-Recht unterstützen sollen. Andererseits müssen auch die nationalen Gesetzgeber, die sich im Hinblick auf die eigene gesellschaftliche Rechtsentwicklung und die internationalen Vorgaben der Rechtstransformation unter erheblichem Umsetzungsdruck befinden, hierauf passende Antworten finden. Sowohl die Rechtsvergleichung als auch die Transformations- und Europäisierungsforschung behandeln diese Fragen jedoch bislang nicht oder nur am Rande.⁴ Sie sollen daher Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein.

Die Arbeit wird sich im Wesentlichen mit zwei Hauptthemenbereichen befassen: erstens mit der internationalen Einflussnahme auf die Mediationsgesetzgebung in den Übergangsländern Kroatien und Serbien seitens der EU und anderer internationaler Akteure, zweitens mit den Wirkungen, die mit der Regelung des Mediationsverfahrens erzielt wurden. Dabei gilt ein besonderes Augenmerk dem Spannungsverhältnis zwischen der nationalen Entwicklung der Mediation in Übergangsländern einerseits und dem auf sie ausgeübten externen Transformationsdruck, ein EU-gemeinschaftsrechtskonformer Rechtsstaat zu werden, andererseits.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

I. Wissenschaftliche Fragestellung und Untersuchungsperspektive

Die zentrale Fragestellung dieser Arbeit lautet: wie haben sich die Regulierung der Mediation und die Ausübung außergerichtlicher Mediation in den Über-

³ Frz. "gemeinsamer Besitzstand", was im Europarecht bedeutet, dass ein Beitrittskandidat das bestehende Recht inklusive der politischen Zielsetzungen der Union sowie das geschriebene und ungeschriebene Recht übernehmen muss, vgl. *Streinz*, 2012, S. 140.

⁴ Siehe dazu unten, I. Teil F. I., S. 51 ff.

gangsstaaten Serbien und Kroatien durch europarechtliche und internationale Vorgaben verändert.

Da die internationalen Vorgaben auf nationale Rechtsordnungen treffen, die sich unabhängig von externen Vorgaben entwickeln, kann die Antwort auf die Frage nicht lediglich aufgrund der Betrachtung eines eindimensionalen Ursache-Wirkungs-Zusammenhangs erfolgen. Es muss vielmehr der komplexere Wirkungszusammenhang zwischen den internationalen Vorgaben auf der einen und der nationalen Rechtsentwicklung auf der anderen Seite untersucht werden. Es reicht daher nicht aus zu untersuchen, welche Intervention welche Wirkung hatte, sondern es muss auch der Wirkungsbereich betrachtet werden, auf den die Intervention trifft.

Aus dem Wirkungszusammenhang zwischen den internationalen Vorgaben und der nationalen Rechtsentwicklung lässt sich ein Spannungsverhältnis ableiten. Es liegt darin begründet, dass die internationalen Vorgaben, z. B. in Form der EU-Mediationsrichtlinie, mit dem Ziel erlassen werden, für viele Rechtsordnungen einen einheitlichen Regelungsrahmen zu setzen. Es soll zu einem Rechtstransfer kommen. Da sie eine Änderung beziehungsweise Anpassung nationalen Rechts vorsehen, werden diese Vorgaben nachfolgend „internationale Transformationsvorgaben“ genannt.⁵

Dagegen stützt sich die nationale Rechtsentwicklung der betroffenen Staaten auf Regelungen, die sich in die jeweilige Rechtsordnung und Rechtstradition einfügen. Dabei handelt es sich um einen Prozess der Rechtsfindung, der hauptsächlich von nationalen Akteuren innerhalb eines Rechtssystems vollzogen wird.

Das Spannungsverhältnis zwischen internationalen Transformationsvorgaben und nationaler Rechtsentwicklung muss nicht stark ausgeprägt sein. Die beiden Faktoren können harmonisieren, wenn z. B. ein nationales Regelungsinteresse besteht und die internationalen Vorgaben inhaltlich diesem nationalen Interesse entsprechen. Jedoch kann eine in Brüssel für eine Vielzahl von Mitgliedsländern entworfene Richtlinie der nationalen Rechtsentwicklung eines Landes auch entgegenstehen, entweder, weil gar kein Regelungsinteresse besteht, oder, weil die Art der Regelung nicht mit der Tradition und dem Tempo der nationalen Rechtsentwicklung harmonisiert. Dies ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn eine Rechtsordnung eine Vielzahl von Regelungen gleichzeitig in nationales Recht umsetzen will und muss, wie es bei Übergangsländern der Fall ist, die EU-Kandidaten oder -Anwärter sind.

⁵ Zur Abgrenzung der Begriffe Rechtstransfer und Transformation siehe unten 1. Teil E., S. 37f.

Es stellt sich also die Frage, auf welche Empirie zurückgegriffen werden kann, um dieses Spannungsverhältnis zu untersuchen. Wie noch genauer darzustellen sein wird, ist die Datenlage zur Untersuchung des Mediationsrechts in Übergangsländern allgemein und in Kroatien und Serbien speziell nicht umfassend.⁶ Um zu einer ausreichenden Informationsgrundlage zu kommen, sollen drei verschiedene Erhebungsmethoden angewandt werden: Zum Ersten werden in einem Rechtsvergleich die internationalen Vorgaben, bestehend aus Modellgesetzen, Empfehlungen und EU-Recht, und das jeweils nationale Mediationsrecht untersucht. Zum Zweiten werden durch qualitative Dokumentenanalyse weitere Informationsquellen hinzugezogen. Zum Dritten schließlich sollen durch eine qualitative Inhaltsanalyse von Experteninterviews die zuvor erlangten Erkenntnisse verifiziert oder falsifiziert und neue Informationen gewonnen werden.

Die so gewonnenen Informationen sollen dabei folgenden drei Kategorien zugeordnet werden, um die komplexe Datenlage zu strukturieren:

- handelnde Akteure,
- Interessen und
- Maßnahmen.

Die „Akteure“ bilden den Rahmen der handelnden Personen, Institutionen, Organisationen und Gruppen, die entweder für die nationale Entwicklung des Mediationsrechts oder die Intervention internationaler Transformationsvorgaben entscheidend sind.

Unter „Interessen“ der jeweiligen Akteure sind in der Mediation zu verstehen *„die im Einzelfall relevanten Kriterien, die in einer Konfliktlösung berücksichtigt werden müssen, damit diese im Ergebnis für die Parteien umfassend befriedigend ist“*⁷, wobei „Konfliktlösung“ im Rahmen dieser Arbeit die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen den genannten Einflussfaktoren bedeutet.

„Maßnahmen“ sind der Ausdruck der Interessen der Akteure und meinen alle Strategien und Handlungen in Bezug auf die Regulierung des Mediationsrechts. Zur Konkretisierung dieser Einteilung in Akteure, Interessen und Maßnahmen sollen schließlich folgende weiterführenden Fragen beantwortet werden:

Welche internationalen Akteure nehmen Einfluss auf die Regulierung der Mediation in den Beispielländern, welche internen Akteure wirken an der nationalen Rechtsetzung mit und welche Akteure praktizieren außergerichtliche Mediation?

⁶ Siehe dazu unten, 1. Teil E., S. 51.

⁷ Kirchhoff/Gläßer, 2005, S. 131.

Welche Interessen haben die internationalen Akteure an der Förderung des Mediationsrechts? Was sind die Umsetzungsinteressen der internen Akteure und welche Anwendungsinteressen haben die außergerichtlichen Mediatoren?⁸

Welche Instrumente zur Förderung von Mediationsrecht wurden eingesetzt, wie verlief der Gesetzgebungsprozess und was ist das Ergebnis?

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt dabei auf den Interessen der Akteure, da diese der entscheidende Faktor für die Ausprägung des Spannungsverhältnisses zu sein scheinen. Auf dieser Annahme gründet auch die zentrale Hypothese dieser Arbeit, nämlich dass es bei dem Rechtstransfer des Mediationsrechts in Übergangstaaten zu einem Spannungsverhältnis zwischen den Interessen zweier Gruppen kommt: den Interessen internationaler Akteure und den Interessen nationaler Akteure.

Dies lässt sich wie folgt darstellen:

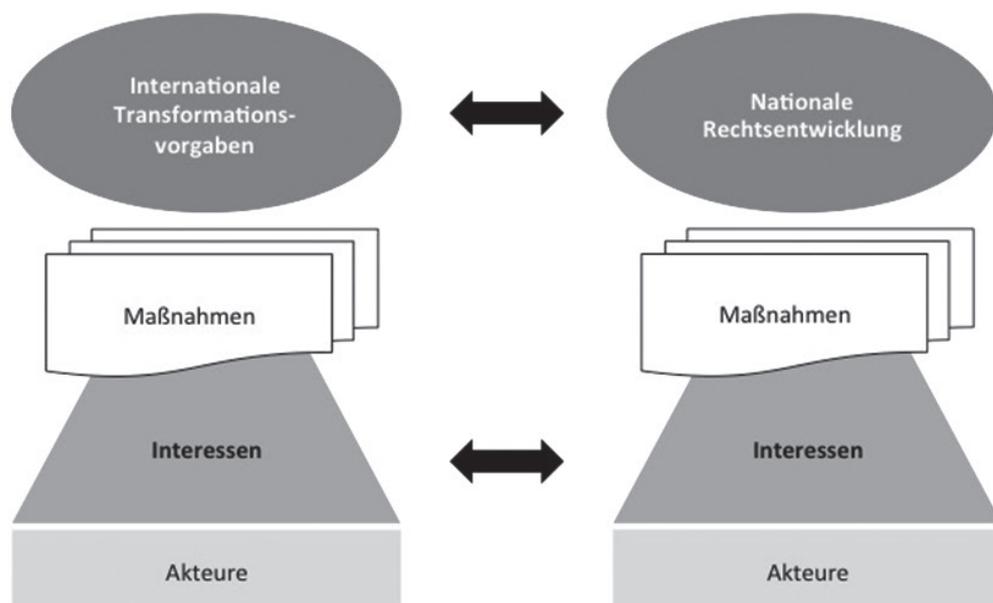


Abbildung 1: Das Spannungsverhältnis des Mediationsrechts in Übergangstaaten

Die Ergebnisse dieser Untersuchung des Spannungsverhältnisses sollen schließlich zur Klärung des zweiten Problembereichs führen, nämlich der Wirkungen der Regelung des Mediationsverfahrens:

⁸ Im Folgenden wird aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung nur die männliche Form verwendet. Es sind jedoch stets Personen männlichen und weiblichen Geschlechts gleichermaßen gemeint.

Welche Wirkung hat die Regulierung der Mediation auf die gelebte Praxis der außergerichtlichen Mediation? Werden Wirkungen auf das Mediationsrecht bestimmten internationalen Akteuren durch die Adressaten zugerechnet? Sind Wirkungen der eingesetzten Instrumente und Maßnahmen konkreten internationalen Akteuren zurechenbar?

Lassen sich Wirkungen feststellen und waren sie zieladäquat, das heißt, haben die internationalen und internen Maßnahmen zur Regulierung der Mediation ihre Ziele erreicht?

Aufbauend auf der hypothetischen Erwartung, dass die Abwägung und das Zusammenspiel der verschiedenen Interessengruppen die Wirkung auf das Mediationsrecht in Übergangsländern bestimmen, sind vier mögliche Interessenkonstellationen vorstellbar:

- 1) Das internationale Interventionsinteresse und das nationale Umsetzungsinteresse sind hoch, es kommt zu einem vollständigen Rechtstransfer. Die Interessengruppen finden zu konsensualen Lösungen zwischen internationaler Rechtstransformation und nationaler Rechtsentwicklung.
- 2) Das internationale Interventionsinteresse und das nationale Umsetzungsinteresse sind niedrig, es kommt zu keinem Rechtstransfer, da insgesamt kein Bedarf für die Regulierung der Mediation gesehen wird.
- 3) Besteht ein hohes internationales Interventionsinteresse und ein niedriges internes Umsetzungsinteresse, kommt es zu einem Pseudo-Rechtstransfer. Die Maßnahmen zur internationalen Rechtstransformation verhindern die interne Rechtsentwicklung.
- 4) Stößt ein hohes internes Umsetzungsinteresse auf ein niedriges internationales Interventionsinteresse, kommt es zu einem angepassten bzw. ebenfalls vollständigen Rechtstransfer. Die interne Rechtsentwicklung vollzieht sich ohne internationale Intervention.

Diese hypothetische Erwartung gilt es anhand der erhobenen Informationen zu prüfen und einzuordnen.

Das Forschungsvorhaben kann zusammenfassend wie folgt illustriert werden:

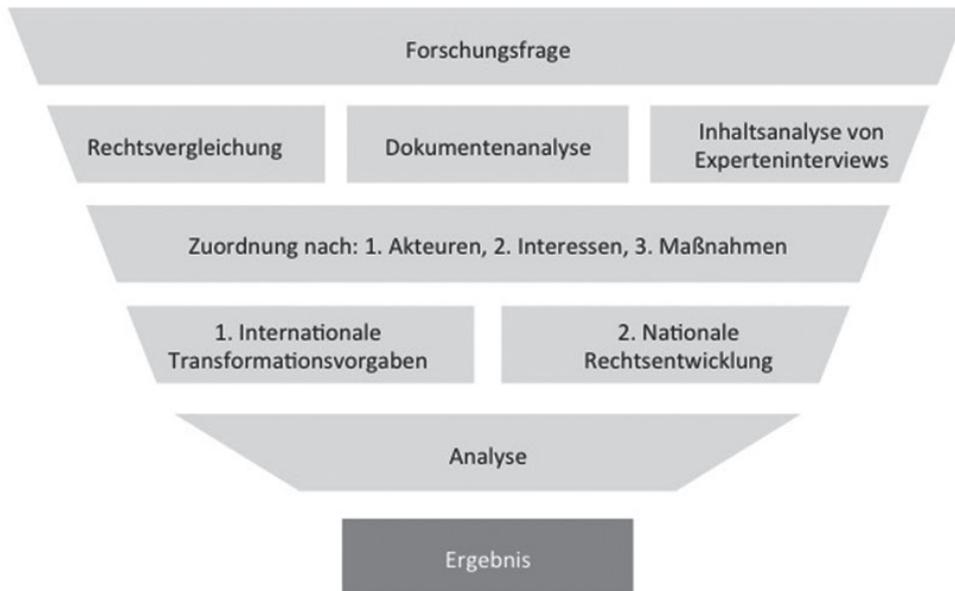


Abbildung 2: Illustration des Forschungsvorhabens

II. Gang der Untersuchung

Im **ersten Teil** sollen zunächst die methodische Herangehensweise und zentrale Grundbegriffe der Arbeit erläutert werden (Abschnitte C bis E). Sodann werden die wesentlichen Ergebnisse der Forschung auf dem Gebiet des Mediationsrechts in Übergangstaaten dargestellt und bewertet (Abschnitt F).

Im **zweiten Teil** werden die Förderung des Mediationsrechts im Zusammenhang mit der Rechtsstaatsförderung untersucht, die theoretischen Grundlagen des Mediationsrechts vorgestellt und das Spannungsverhältnis von Rechtsentwicklung und Rechtstransformation im Einzelnen dargestellt.

Im **dritten Teil** sollen die internationalen Rechtsvorgaben mit dem nationalen Mediationsrecht Kroatiens und Serbiens verglichen und ihre Auswirkungen auf die Praxis der Mediation herausgearbeitet werden.

Im abschließenden **vierten Teil** sollen die gewonnenen Ergebnisse ausgewertet und die notwendigen Schlüsse für die Theorie und Praxis der Förderung des Mediationsrechts sowie für zukünftige wissenschaftliche Arbeiten gezogen werden.

C. Methode

Es sollen vorhandene Ergebnisse der Transformationsforschung mit Erkenntnissen aus einer rechtsvergleichenden Untersuchung des Mediationsrechts in Serbi-

en und Kroatien sowie eigens für diese Arbeit erhobene Daten gegenüberstellt werden. Die Prüfung erfolgt in drei Schritten:

- 1) Ausgangspunkt der Prüfung ist das geschriebene Recht, also die „Formalstruktur“⁹ oder das sogenannte „law on the books“, das auf transnationaler und nationaler Ebene den Prozess der Mediation regelt.¹⁰
- 2) In einem zweiten Schritt sollen die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen geprüft werden, auf welche die geschriebenen Normen stoßen, d. h. die politischen, sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten, die zum Zeitpunkt der Einführung bzw. des Rechtstransfers der Regelungen über die Mediation bestehen. Diese Informationen werden durch eine Analyse von Sekundärliteratur, Kommentaren zu Gesetzesentwürfen und Projektberichten erhoben.
- 3) In einem dritten Schritt soll sodann durch qualitative Analyse von Experteninterviews ein Eindruck von der „Realstruktur“¹¹, dem „law in action“, also der tatsächlichen Anwendung bzw. Erfahrung der Mediatoren in den Beispielländern, gewonnen werden.

In einer abschließenden Analyse sollen diese Ergebnisse zusammengefasst und daraus Schlussfolgerungen für den Rechtstransfer des Mediationsrechts abgeleitet werden.

Im Folgenden sollen die verschiedenen methodischen Ansätze kurz dargestellt werden.

I. Rechtsvergleichung

Eine Rechtsvergleichung stellt im Rahmen der vorliegenden Untersuchung eine besondere Herausforderung dar, weil aus zwei Gründen nicht auf die „klassischen“ oder „herkömmlichen“ Methoden der Rechtsvergleichung zurückgegriffen werden kann.

Zum einen stellt der Vergleich von internationalen Modellgesetzen wie der EU-Mediationsrichtlinie¹² oder dem UNCITRAL-Modellgesetz¹³ mit dem nationalen Recht keinen herkömmlichen Stoff der Rechtsvergleichung dar, denn wie

⁹ Zur Unterscheidung von "Formalstruktur" und "Realstruktur" in gesellschaftlichen Systemen siehe *Luhmann*, (1984), S. 66 f.

¹⁰ Die Unterscheidung zwischen „law on the books“ und „law in action“ wird zurückgeführt auf *Pound*, 1910; vgl. dazu auch *Halpérin*, 2011.

¹¹ *Luhmann*, (1984), S. 66 f.

¹² Siehe dazu unten, 3. Teil A. II. 2., S. 117 ff.

¹³ Siehe dazu unten, 3. Teil A. IV., S. 134 ff.

unter anderem *Reimann* feststellt, ist transnationales oder internationales Recht klassischerweise nicht Teil der rechtsvergleichenden Methodik.¹⁴ Selbst in aktuelleren Veröffentlichungen wird kein Fokus auf transnationales Recht gelegt, sondern es bekommt, wenn überhaupt, oft nur die Rolle einer Fußnote oder eines Zusatzkapitels.¹⁵ Damit ist nicht gesagt, dass mit einem rechtsvergleichenden Ansatz nicht auch transnationales Recht mit den nationalen Reformergebnissen verglichen werden kann. Es fehlt jedoch bislang an einer vergleichbaren Praxis, an der sich die Untersuchung orientieren könnte.

Zum anderen liegt eine Herausforderung im Wesen des Vergleichsobjekts, der Übergangsländer Serbien und Kroatien. Damit dieses Problem besser nachvollzogen werden kann, soll zunächst dargestellt werden, auf welchen Gründen die Auswahl dieser beiden Länder beruht.

1. Länderauswahl

Auf der einen Seite teilen Serbien und Kroatien eine vergleichbare Geschichte. Sie hatten beide einen wesentlichen Status innerhalb der Länder des kommunistischen Jugoslawiens, waren an den Jugoslawienkriegen von 1991 bis 1999 direkt beteiligt und ihr Ausgangspunkt für den Übergang von der Planwirtschaft zur Marktwirtschaft und von autoritärer Herrschaft zur Demokratie war sehr ähnlich.¹⁶ Außerdem wurden beide Länder nach dem Krieg nicht durch internationale Verwaltungen regiert, wie es in den Fällen Bosnien-Herzegowina und Kosovo der Fall war, sondern sie wurden beziehungsweise blieben souveräne Staaten.

Auf der anderen Seite verlief Serbiens und Kroatiens Annäherung an die EU äußerst unterschiedlich. Während Kroatien bereits 2004 den Kandidatenstatus erlangt und seit dem 1. Juli 2013 EU-Mitglied ist, hat Serbien erst Anfang 2014 mit den Beitrittsverhandlungen begonnen. Das schon im April 2008 unterzeichnete Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen (SAA) trat erst zum 1. September 2013 in Kraft, nachdem alle EU-Mitgliedsstaaten das Abkommen ratifiziert hatten.

Die Vergleichbarkeit in Bezug auf die rechtlichen, staatlichen und gesellschaftlichen Grundlagen einerseits und die Unterschiedlichkeit in Bezug auf das je-

¹⁴ *Reimann*, 2001, S. 1106 ff.

¹⁵ *Ibid.*, S. 1109 f.

¹⁶ Vgl. *Subotić*, 2010, S. 310.

weilige Übergangstempo andererseits machen Serbien und Kroatien zu erkenntnisversprechenden Beispielländern für die vorliegende Untersuchung.

2. Zuordnung Kroatiens und Serbiens in der Lehre von den Rechtskreisen

Ein Vergleich des kroatischen und serbischen Rechts mit internationalem Recht stellt deshalb eine besondere Herausforderung dar, weil die Regionen Osteuropa bzw. Südosteuropa, denen Kroatien und Serbien zugeordnet werden, keine eigenen Rechtskreise darstellen und sich nicht anderen Rechtskreisen zuordnen lassen.

Die Lehre von den Rechtskreisen ist ein Hilfsmittel der Rechtsvergleichung, mit dem einzelne Rechtsordnungen zu Gruppen in Rechtskreisen zusammengefasst werden. *Zweigert* und *Kötz* gehen dabei von dem Grundgedanken aus, dass es einzelne Stilmerkmale von Rechtsordnungen gibt, die den jeweiligen Rechtssystemen inhärent sind.¹⁷ Indem diese Stilmerkmale erkannt, verglichen und kategorisiert werden, können in einer Gesamtschau ähnliche (d. h. zu einem Rechtskreis gehörige) oder unähnliche (d. h. zu unterschiedlichen Rechtskreisen gehörige) Rechtsordnungen unterschieden werden. Die Bedeutung eines stilprägenden Merkmals liegt dabei im Ermessen des Rechtsvergleichenden und ist somit subjektiv.

In Anwendung dieser Abgrenzungskriterien kommen *Zweigert* und *Kötz* auf sieben bzw. acht Rechtskreise¹⁸: (1) den romanischen Rechtskreis, (2) den deutschen Rechtskreis, (3) den nordischen oder skandinavischen Rechtskreis, (4) den Rechtskreis des Common Law, (5) den Rechtskreis des islamischen Rechts, (6) den Rechtskreis des Hindu-Rechts, (7) den fernöstlichen Rechtskreis mit der Unterteilung in chinesisches und japanisches Recht¹⁹ und (8) den im Entstehen befindlichen afrikanischen Rechtskreis.²⁰

Allerdings ist die Rechtskreislehre nicht unumstritten. Kritiker bemängeln unter anderem die materielle²¹ und zeitliche²² Relativität²³, die aus ihrer Sicht zu star-

¹⁷ *Zweigert/Kötz*, 1996, S. 71 f.

¹⁸ *Ibid.*, S. 73.

¹⁹ *Ibid.*, S. 65.

²⁰ Das afrikanische Recht wird von den Autoren nicht aufgelistet, sondern an gesonderter Stelle behandelt, *Zweigert und Kötz* scheinen jedoch die Kategorisierung eines afrikanischen Rechtskreises zu befürworten *ibid.*, S. 65 f.

²¹ Die Geltung der Einteilung in Rechtskreise ist nach *Zweigert und Kötz* „materienbezogen“, das heißt ihre Rechtskreislehre gilt nur für das Privatrecht und nicht für das Verfassungsrecht oder Strafrecht, *ibid.*

ke Vereinfachung und die Eurozentrierung bzw. Ethnozentrierung²⁴ dieses Gliederungsansatzes.²⁵ Außerdem wird eingewandt, dass die Kriterien der Einteilung kulturell indifferent und subjektiv seien und dass die Einteilung insgesamt eher theoretischen als praktischen Nutzen hätte.²⁶ Diesen Kritikpunkten wird von den Vertretern der Rechtskreislehre zum Teil sogar zugestimmt, wobei *Kötz* den Nutzen der Einteilung in Rechtskreise zumindest als didaktisches Mittel der Lehre nach wie vor für praktikabel hält.²⁷

Die Diskussion über Sinn und Nutzen der Einteilung in Rechtskreise muss jedoch für diese Arbeit nicht geführt werden. Betrachtet man die oben genannte Einteilung, die mit leichten Variationen wohl als die gängige Rechtskreiseinteilung gelten kann, so fällt auf, dass der Rechtsraum „Osteuropa“ oder „Südosteuropa“ nicht genannt wird. Tatsächlich waren die Länder Osteuropas nur so lange im Sinne der Rechtskreislehre zusammengefasst, wie sie dem „sozialistischen Rechtskreis“ zugeordnet werden konnten.²⁸ Historisch gesehen können die Regionen, die in der Ostrechtsforschung als Ostmittel-, Nordost- und Südosteuropa klassifiziert werden²⁹, dem kontinentaleuropäischen bzw. nach *Zweigert* und *Kötz* dem romanischen Rechtskreis zugeordnet werden. Das ostslawische Osteuropa wiederum ist mit seiner relativen Eigenständigkeit nur schwer einem eindeutigen Rechtskreis zuzuzählen.³⁰ Durch die externen Einflüsse auf die Rechtsreformprozesse des ehemaligen sozialistischen Rechtskreises im Rahmen des Systemwandels können aus heutiger Sicht einzelne Gesetze die Prägung anderer Rechtsordnungen aus unterschiedlichen Rechtskreisen haben. Zum Teil werden sogar sogenannte Transplantate³¹ aus anderen Rechtsordnungen komplett in die Rechtsordnung der Übergangstaaten importiert. Folglich können die Länder Osteuropas ohnehin nur schwer einem Rechtskreis zugeordnet werden, so dass die Diskussion über den generellen Sinn und Nutzen der Rechtskreiseinteilung

²² Zeitlich relativ bedeutet, dass die Einteilung in bestimmte Rechtskreise der zeitlichen Veränderung und Entwicklung der Rechtsordnungen unterliegt und sich demnach auch selbst ändern bzw. obsolet werden kann, *ibid.*, S. 64.

²³ *Heiss*, 2001, S. 411; *Neumayer*, 1988, S. 48; *Grossfeld*, 1996, S. 118 ff.

²⁴ *Frankenberg*, 1985, S. 411; *Heiss*, 2001, S. 396.

²⁵ Zu den genannten Punkten auch *Reimann*, 2001, S. 1106.

²⁶ *Friedman*, 1990, S. 50 f. .

²⁷ *Kötz*, 1998; *Kötz*, 2002, S. 262.

²⁸ *Zweigert/Kötz*, 1984, § 23 - 27.

²⁹ *Küpper*, 2005, S. 14.

³⁰ *Ibid.*, S. 29.

³¹ Zu den Begriffen der Rechtstransplantation, Rezeption und anderer Terminologie der Rezeptionsforschung siehe unten 1. Teil E., S. 37 f.

hier unterbleiben kann. Festzuhalten ist, dass die rechtliche Transformation in den ehemals sozialistischen Ländern Osteuropas zu komplex und vielschichtig ist, als dass hier die Zuordnung zu einem Rechtskreis möglich oder sinnvoll wäre.

3. Auswahl der rechtsvergleichenden Methode

Die methodische Frage nach der Einteilung in Rechtskreise reflektiert Aspekte einer theoretischen Auseinandersetzung, die in der Rechtsvergleichung schon lange vorherrscht und noch immer andauert. Es geht dabei um die grundsätzliche Frage, wie eine Rechtsvergleichung vorzunehmen ist. Dabei stehen sich auf den ersten Blick zwei Lager gegenüber, die nach genauerer Betrachtung noch untergliedert werden können. Grob können diese Lager in die rechtsvergleichenden Theorien und die rechtskulturvergleichenden Theorien unterteilt werden.

Die traditionelle Rechtsvergleichung³² geht von einer klaren Trennung der gesellschaftlichen Lebensbereiche aus und kann daher auch das Recht von anderen kulturellen Bereichen trennen und gesondert betrachten. Es handelt sich also um eine von der Rechtsquelle oder dem Gesetzestext ausgehende Rechtsvergleichung, die im Rahmen der Vergleichung dann andere Kriterien einbindet. Demgegenüber sieht die Rechtskulturvergleichung³³ (auch postmoderne Rechtsvergleichung) das Recht als Teil eines ganzheitlichen Systems gesellschaftlicher Interaktion, das nicht trennbar von den übrigen Faktoren des gesellschaftlichen Austauschs ist.

Die dargestellten Theorien verfolgen dabei entweder einen formellen³⁴ und funktionellen³⁵ Ansatz der traditionellen Rechtsvergleichung, d. h. einen Ansatz, der eher den Text als den Kontext in das Zentrum der Rechtsvergleichung rückt, oder einen freien und kontextuellen Ansatz³⁶ der Rechtskulturvergleichung, d. h. einen Ansatz, der die gesellschaftlichen und kulturellen Umstände in den Vordergrund stellt. Hinzu kommen vermittelnde Ansätze, die von einer autonomen bzw. isolierten Betrachtung des Rechts ganz abrücken³⁷ und sich mittels empiri-

³² Vgl. insbesondere *Zweigert/Kötz*, 1996.

³³ Vgl. insbesondere *Legrand*, 2009.

³⁴ Vgl. insbesondere *Watson*, *Legal transplants: an approach to comparative law*, 1993.

³⁵ Vgl. insbesondere *Zweigert/Kötz*, 1996.

³⁶ Vgl. etwa *Friedman*, 1977a; *Legrand*, 2009; *Frankenberg*, 1985.

³⁷ *Ewald*, 1995a.; *Ewald*, 1995b; *Sacco*, 1991a; *Sacco*, 1991b.

scher bzw. numerischer Methoden³⁸ der Rechtsvergleichung den Wirtschaftswissenschaften annähern möchten.

Im Rahmen der Rechtstransferforschung, d. h. bei der Frage, wie fremdes Recht in Übergangsländern aufgenommen und angenommen wird, kommen noch weitere Aspekte hinzu.³⁹

Die Rechtstransferforschung entscheidend geprägt hat *Watson* mit seiner umfassenden Theorie zur „Transplantation“ von Gesetzen in andere Rechtsordnungen.⁴⁰ In seinen Untersuchungen zur Häufigkeit und Dauerhaftigkeit von rezipierten Normen, für die er den provokativen Ausdruck „legal transplants“ prägte, stellt *Watson* Thesen auf, die vielen anderen Theorien der Rechtssoziologie und Rechtstheorie widersprechen.⁴¹ *Watson* kommt bei seinen Untersuchungen zu einer Reihe von Schlussfolgerungen hinsichtlich der Natur von Gesetzestransplantationen und der Natur des Rechts allgemein. Ihm zufolge sind Rechtstransplantationen die gängigste Art der Rechtsentwicklung.⁴² Demnach sei es falsch, wie die Rechtssoziologie anzunehmen, dass das Recht auf gesellschaftliche Veränderungen reagiere und diese widerspiegele.⁴³ Er versucht dies mit dem Bestand der Prinzipien des römischen Privatrechts zu belegen, das trotz extremer gesellschaftlicher Umwälzungen im Wesentlichen nicht verändert wurde.⁴⁴ Folglich sieht *Watson* das Recht als etwas Autonomes, das sogar im Konflikt mit den Interessen der Bevölkerung und seiner Eliten stehen könne.⁴⁵

Dem widersprechen viele andere Wissenschaftler, vor allem Rechtssoziologen.⁴⁶ Eine ausdrückliche Gegenmeinung zu dem theoretischen Ansatz *Watsons* hat *Kahn-Freund* entwickelt.⁴⁷ *Kahn-Freund* zufolge kann dem Recht sehr wohl die Rolle eines Antriebs zu gesellschaftlicher Veränderung zukommen.⁴⁸ Folglich sieht er in dem Transfer von Recht auch den Zweck gesellschaftlichen Wandels,

³⁸ Die Begründung dieses Ansatzes wird zurückgeführt auf *La Porta et al*, 1998.

³⁹ Im Nachfolgenden soll der Begriff Rezeption verwendet werden, wenn von der Einführung eines fremden Gesetzes, einer fremden Rechtsidee oder eines Modellgesetzes gesprochen wird. Zu der umstrittenen Terminologie in der Rezeptionsforschung noch näher unten 2. Teil C., S. 99 ff.

⁴⁰ *Watson*, 1993; *Watson*, 1977; *Watson*, 1982.

⁴¹ *Friedman*, 1977b, S. 127: „*This puts Watson in flat opposition to most sociologists of law, and indeed to most current theorists of law*“.

⁴² *Watson*, 1993, S. 95.

⁴³ *Ibid.*, S. 22.

⁴⁴ *Watson*, 1977, S. 12 ff.

⁴⁵ *Ibid.*, S. 8.

⁴⁶ *Abel/Watson*, 1982, S. 785 - 808; *Grossfeld*, 1984, S. 80 - 93; *Evan*, 1990, S. 32 - 35.

⁴⁷ *Kahn-Freund*, 1974.

⁴⁸ *Ibid.*, S. 3.

den ein Staat bereits vollzogen hat.⁴⁹ Außerdem könne ein eigenständiger gesellschaftlicher Wandel durch Rechtstransfer erzeugt⁵⁰ und auch international harmonisiertes Recht durch Rechtstransfer vorbereitet und geschaffen werden⁵¹. Auch in diesem, konkret auf den Rechtstransfer zugeschnittenen Theorienstreit stehen sich also die Befürworter eines technischen Ansatzes, der das Recht unabhängig von gesellschaftlichen Einflüssen betrachten möchte, und eines rechtskulturellen Ansatzes, der das rezipierte Recht im Kontext des gesellschaftlichen Umfelds sieht, gegenüber. Bereits diese summarische Darstellung des Theorienstreits zeigt, wie weit entfernt die vergleichende Rechtswissenschaft von einer einheitlichen oder überwiegend vertretenen Methode ist.

Allerdings helfen die zahlreichen Diagnosen hinsichtlich des Standes der Rechtsvergleichung („identity crisis“⁵², „collective crisis of methodological confidence“⁵³ oder sogar „end of comparative law“⁵⁴) bei der Suche nach einem überzeugenden Ansatz der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das Mediationsrecht in Übergangstaaten nicht weiter. Vielmehr müssen im Hinblick auf das oben dargestellte Theorienspektrum die wichtigsten Kriterien für eine klare und differenzierte Rechtsvergleichung entwickelt werden.

Die Frage nach einer geeigneten Methode zum Vergleich von Regelungen der Konfliktlösung wurde auch im Rahmen der Erstellung des „Guide for Regulating Dispute Resolution“ (GRDR), der von *Steffek* und *Unberath* in Kooperation mit einer Vielzahl von Wissenschaftlern erarbeitet wurde, gestellt.⁵⁵ Die Herausforderung lag darin, die Komplexität und Vielfalt der unterschiedlichen und zum Teil widersprüchlichen Regeln der Konfliktlösung aufzunehmen und transnationale Prinzipien herauszufiltern. *Steffek* kommt dabei zu dem Schluss, dass der „funktionale Ansatz“ am geeignetsten sei, um die Vielzahl der bestehenden Regeln, der Praxis sowie der normativen Positionen und Kulturen auf der theoretischen Ebene zu klassifizieren.⁵⁶ Indem die Konfliktlösungsverfahren und die Regulierungsthemen auf ihre Funktion hin untersucht würden, könne die Komplexität und Vielfalt auf die wesentlichen Merkmale reduziert und ein transnati-

⁴⁹ *Ibid.*, S. 4 f.

⁵⁰ *Ibid.*, S. 5.

⁵¹ *Ibid.*, S. 3 f.

⁵² *Glendon*, 1993, S. 386.

⁵³ *Riles*, 1999, S. 224.

⁵⁴ *Siems*, 2007.

⁵⁵ *Steffek et al.*, 2013a. zu den entwickelten Prinzipien nachfolgend mehr 1. Teil C., S. 21 sowie 2. Teil B., S. 83 ff.

⁵⁶ *Steffek*, 2013a, S. 35.