

12. Статут Громадської організації «Національна асоціація медіаторів України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://namu.com.ua/wp-content/uploads/2015/01/statut.pdf>. — Дата доступу: 17.09.2016.

13. Красіловська, З. Теоретичні основи медіації як альтернативного способу вирішення спорів: поняття, види, принципи / З. Красіловська // Актуальні проблеми державного управління: зб. наук. пр. Одес. регіон. ін-ту держ. упр. — О.: Вид-во Одес. регіон. ін-ту держ. упр. Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, 2013. — Вип. 3 (55). — С. 10—13.

Ueberschär E.

Was ist Mediation und gibt es eine Tendenz zur Privatisierung der Justiz?

Убершяр А.

Что такое медиация и существует ли тенденция к приватизации правосудия?

Der Autor wendet sich gegen die inflationäre Verwendung des Begriffs der Mediation. In der Natur eines Gesetzes liegend, ist die Definition im deutschen Mediationsgesetz nicht eindeutig und lässt Auslegungen zu. Im Gesetz wird sie unter «strukturiertes Verfahren» erfasst, aber nicht weiter ausgeführt. Der Autor definiert Mediation nicht als jedwede Verhandlung, sondern als eine außergerichtliche aber nicht außerrechtliche Verhandlung mit Unterstützung eines allparteilichen Dritten. Der reale Kern einer jeden Mediation ist die privatautonome Verhandlung in einer klar definierten und verbindlichen Phasenstruktur mit dem Ziel eines Konsenses. Vor einer Überregulierung wird gewarnt. Es besteht auch keine Tendenz zur «Privatisierung der Justiz». Zum Einen ist der Staat nicht berechtigt, den Bürgern seine Justiz — von einigen Ausnahmen abgesehen — aufzudrängen. Die (selbst-)bewusste Entscheidung, sich privat und vertraulich als auch rechtlich verbindlich einigen wollen, ist zum Anderen Ausdruck der Privatautonomie und nicht der einer «Privatisierung der Justiz». Insofern hat der Staat eine solche Entscheidung zu respektieren, allenfalls die rechtlichen Rahmenbedingungen für autonome Verhandlungen zu schaffen und zu sichern.

Автор выступает против обесценившегося применения понятия медиации. Составляя основу закона, данное в Законе ФРГ о медиации определение неоднозначно и оставляет различные интерпретации. В законе под ней понимается «структурированная процедура», что

далее не раскрывается. Автор определяет медиацию не как любые переговоры, но как внесудебные, а также не внеправовые переговоры с поддержкой нейтральной третьей стороны. Реальным ядром любой медиации являются переговоры с автономией воли с четко определенными и обязательными фазами, направленные на достижение консенсуса. Предупреждается о недопустимости зарегулированности. Нет тенденции к «приватизации правосудия». С одной стороны, государство не имеет права навязывать гражданам свою судебную систему (за некоторыми исключениями). Осознанное решение, которого некоторые хотят, чтобы в частном порядке и конфиденциально, а также в юридически обязывающей форме прийти к соглашению, есть иным проявлением автономии воли, а не «приватизацией юстиции». В связи с этим государство должно уважать такое решение, чтобы обеспечить и гарантировать правовую основу для автономных переговоров.

1. Was ist eine Mediation?

Es mag etwas verwundern, dass ausgerechnet ich als langjähriger Praktiker und auch Mitkommentator des Mediationsgesetzes diese Frage aufwerfe, denn Mediation scheint doch auch gesetzlich längst klar definiert zu sein. Betrachtet man aber interessiert die Szene, dann fällt auf, dass der Begriff Mediation schon fast inflationär verwendet wird.

Also gleichwohl gefragt: Was ist eine Mediation?

Meine Definition lautet: Eine Mediation ist eine außergerichtliche aber nicht außerrechtliche Verhandlung mit Unterstützung eines allparteilichen Dritten. Was auf den ersten Blick so einfach scheint, kann im Einzelfall aber kompliziert sein. Das beginnt mit der Definition von Mediation nach dem Mediationsgesetz.

Was ist eine Mediation nach dem Mediationsgesetz?

«Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie» sagte einst Bismarck.

De lege late ist nach dem seit 2012 geltenden Mediationsgesetz:

«(1) Mediation ... ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.»

Das Kernproblem dieser Definition: Sie führt zu einem Zirkelschluss.

Dem ersten Absatz zufolge ist eine Mediation ein Verfahren, das von einem Mediator geleitet wird. Dem zweiten Absatz zufolge ist ein Mediator eine Person, der ein Mediationsverfahren leitet. Jenseits dieser Problematik ergibt sich zudem aus § 3 Abs. 1 MediationsG, dass der Gesetzgeber die in § 1 Abs. 2 MediationsG eigentlich vorgesehene Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators unter Umständen doch für verzichtbar hält, wenn es dort heißt:

§ 3 Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen

«(1) Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Er darf bei Vorliegen solcher Umstände nur als Mediator tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.»

Es bleiben eine ganze Reihe von wenig präzisen Tatbestandsmerkmalen, die wiederum viel Interpretationsspielraum für den Einzelfall offen lassen. Es verwundert daher nicht, wenn Mediatoren gelegentlich darüber streiten, was alles als Mediation bezeichnet werden könnte.

Insofern ist es schon hilfreich, zur Begriffsklärung dem — unvermeidlich — deduktiven Zugang des Gesetzgebers den induktiven Zugang der Praxis entgegen zu halten.

Was ist keine Mediation?

Fragen wir an dieser Stelle einmal umgekehrt: was ist keine Mediation?

Die Fachliteratur setzt sich mit eben dieser Frage auseinander. Greger wendet sich dagegen, den Mediationsbegriff ausufernd zu verwenden: darunter fielen reine Shuttle-Mediationen ohne gemeinsame Verhandlungen (siehe z.B. auch Caucus-Mediation) nicht, auch nicht die so genannte Telefonmediation durch Rechtsschutzversicherer, die so genannte deal mediation bei der Aushandlung eines Vertrages wie auch das aus den USA stammende Verfahren des *collaborative law*. Eine Sonderstellung nehme die Mediation als Tätigkeit des Richters im Güterichterverfahren ein: Hier handele es sich zwar um Mediation, aber nicht um Mediation im Sinne des Mediationsgesetzes.²⁰

²⁰ Greger, Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2015, 172-176.

Wie juristisch also ist der Mediationsbegriff?

Diese Sichtweise von Greger erfährt aber auch großen Widerspruch. Fritz und Krabbe warnen vor einer verrechtlichten Sichtweise auf die Mediation.²¹ Und auch ich warne vor dem deduktiven Zugriff des Gesetzgebers. Fritz und Krabbe meinen nämlich, dass der Gesetzgeber den Mediationsbegriff bewusst offen gestaltet habe. Namentlich die *Kurz-Zeit-Mediation*, die Greger näher beim allgemeinen Begriff der *Konfliktmoderation* verortet wissen will, wollen Fritz und Krabbe nicht aus dem Mediationsbegriff ausgegrenzt wissen. Prior verteidigt in einem weiteren Debattenbeitrag gar die so genannte Klärungshilfe gegen die Ansicht Gregers, denn es handele sich dabei nicht um ein *freiwilliges* Verfahren.²² Ein Schlusswort zu dieser Debatte ist noch nicht gesprochen. Mit Blick auf § 1 MediationsG zeigt sich aber, dass die gesetzgeberische Definition der Mediation womöglich mehr Fragen aufgeworfen als gelöst hat.

Die Antwort auf die Frage, was Mediation ist, lässt sich aus meiner Sicht mit dem Blick auf das **Verfahren** recht einfach beantworten: Der reale Kern einer jeden Mediation ist die privatautonome Verhandlung in einer klar definierten Phasenstruktur mit dem Ziel eines Konsenses. Im Gesetz wird sie unter «strukturiertes Verfahren» erfasst, aber nicht weiter ausgeführt. Das ist an dieser Stelle auch gut so, soll die Mediation nicht in das Prokrustesbett des Rechts gelegt werden! Hier stets das richtige Maß, den richtigen Takt und Ton zu treffen, scheint mir heute, nachdem die Mediation ihren Platz eingenommen hat und wachsende Aufmerksamkeit erfährt, eine der vordringlichsten Aufgaben zur Sicherung dieser Form der Konfliktlösung zu sein. In dem Maße, in dem diese Aufgabe bewältigt wird, gilt für die Mediation nicht «justice for harmony», sondern «justice and harmony», noch besser aber «creative justice».

In gleicher Weise ist das Recht verhandelbar, wenn die Verhandlung unter dem Recht oder — etwas milder formuliert — dem Rechte gemäß erfolgt. Diese Verhandelbarkeit des Rechts gemäß den Regeln des Rechts ist ein Charakteristikum des europäischen Rechts. Sie zeigt sich nicht nur an der Erscheinung der Mediation, sondern

²¹ ZKM 2016, 103-104.

²² ZKM 2016, 105-106.

auch an der Art und Weise der richterlichen Rechtsfindung. Das Element der Verhandelbarkeit des Rechts spielt bei der richterlichen Rechtsfindung ebenso eine Rolle wie in der Mediation.

2. Gibt es eine Tendenz zur Privatisierung der Justiz?

Ist also in der Tendenz einer Zuwendung zu außergerichtlichen Konfliktlösungsverfahren eine Abkehr vom Rechtsstaat sehen²³, gar hin zur Privatisierung der Justiz?²⁴ Aus dieser Sicht, zumal vor dem Hintergrund von CETA und TTIP, stellen Verhandlung und Mediation eine weitere gefährliche Mode dar, einen weiteren Schritt zur Auflösung von Formen, die dem Rechts nun einmal eigen sind, begünstigt durch einen Kult der Beliebigkeit. Wir sind uns einig darin, dass Rechtsordnung, Institutionen des Rechts sowie Gerichtsentscheidungen innerhalb einer Gesellschaft einen obersten Bezugspunkt darstellen, eine absolute Referenz. Sie sind konstitutives Element des Zusammenhalts der Gesellschaft. Nach der vorbeschriebenen Sicht aber bestünde die ernsthafte Gefahr, dass mit der «Verhandelbarkeit des Rechts» eine Entrechtung einhergeht, dass am Ende das Recht selbst zur wohlfeilen Handelsware verkommt.

Bei genauerem Hinsehen erweist sich diese Annahme indes als falsch: denn von zentraler Bedeutung ist die **freie Verfahrenswahl** der Streitparteien. Gemäß dem Grundsatz des «*volenti non fit iniuria*» darf der Staat seinen Bürgern seine Justiz — von einigen Ausnahmen abgesehen — nicht aufdrängen. Er muss ihre Entscheidung respektieren, wenn sie sich privat und vertraulich einigen wollen. Das ist aber auch überhaupt nichts Neues, schließlich stellt z.B. die Schiedsgerichtsbarkeit keinen modernen Trend dar, sondern ist schon seit über hundert Jahren in der deutschen Zivilprozessordnung verankert. Der Gesetzgeber hat aber auch zuletzt mit dem Mediationsgesetz gezeigt, dass er eine vertrauliche Einigung der Streitparteien positiv bewertet.

Mediation und andere außergerichtliche Verfahren sind insofern nur der Ausdruck für ein berechtigtes Bedürfnis nach einer Streitbeilegung ohne staatliche Intervention.

²³ Risse, SchiedsVZ 2014, 265-274.

²⁴ z.B. Julian Zado, Privatisierung der Justiz — Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister.

Ein in der Tat diskutables, aber viel zu wenig diskutiertes Problem mag wiederum in der Tatsache liegen, dass Konflikte mancher Rechtsbereiche heute kaum mehr zu den Gerichten gelangten und dadurch die Orientierungsfunktion der Rechtsprechung leidet.²⁵

Fazit:

Mediation wie Rechtsstreit haben einen Konflikt zum Gegenstand und sind insoweit beide konfliktuös. Beide wollen den Konflikt einer rechtlichen Lösung zuführen. Beide sind Verfahren zur Rechtsfindung, unterschiedlich sind die eingesetzten Mittel. In den Verfahren der alternativen Streitschlichtung wird somit durchaus antagonistisch, wenn auch konsensorientiert über Recht verhandelt. Verhandlungslösungen können deshalb nur gedeihen, wenn sie im Hinblick auf Verfahren wie Verfahrensergebnis unter dem Recht erfolgen, kurz: wenn sie die absolute Referenz des Rechtes respektieren. Auch das Mediationsverfahren wird durch vielfältige Regeln unterschiedlichster Quelle formalisiert. Zu Recht wird daher die strukturelle Ähnlichkeit dieser Regeln mit den allgemeinen Verfahrensgarantien im streitigen Gerichtsverfahren betont. Hieran wird einmal mehr deutlich, dass es sich bei Gerichtsverfahren und Mediation nur um unterschiedliche Weisen der Rechtsfindung handelt, beide aber auf die Gewinnung sachgerechter Ergebnisse

ausgerichtet sind. Klärungsbedürftig ist noch die vielschichtige Frage, inwieweit der Mediator für ein inhaltlich dem materiellen Recht entsprechendes Mediationsergebnis sorgen muss.

Nach dem hier betonten Grundsatz der Rechtsbezogenheit der Mediation sollte sich das Mediationsergebnis am materiellen Recht in vergleichbarer Weise orientieren wie das Mediationsverfahren am Gerichtsverfahren. Der Mediator kann aber anders als der Richter ein solches Ergebnis nicht produzieren. Dies ist nicht sein Amt. Er hat den Konsens der Parteien zu befördern, nicht einen bestimmten Konsens zu oktroyieren. Grundsätzlich gilt, dass ein faires Mediationsverfahren auch zu fairen Mediationsergebnissen führt. Damit kann sich der Mediator aber nicht beruhigen. Das materielle Recht verlangt höheren Respekt. Außer Zweifel steht indes, dass der Mediator illegale Vergleiche zu unterbinden hat.

²⁵ Risse, SchiedsVZ 2014, 265-274.

Weiterreichend sollte er Einigungsergebnisse ansteuern, die am materiellen Recht ausgerichtet sind oder die die Parteien in Kenntnis ihrer möglichen Rechte, gegebenenfalls auch unter bewusstem Verzicht auf diese Rechte, im Rahmen der Privatautonomie ausgehandelt haben. Andernfalls wäre die Stabilität der Vereinbarung gefährdet. Denn die benachteiligte Partei wird nichts unversucht lassen, das Verhandlungsergebnis zu korrigieren. Allerdings darf der Mediator bei seinem Bemühen um Erzielung derartiger an die Rechtsordnung angelehnter oder von den Parteien bewusst akzeptierter Vereinbarungen die ihm übertragenen Befugnisse nicht überschreiten. Die Autonomie der Parteien wie die Allparteilichkeit des Mediators müssen gewahrt bleiben. Nicht Direktiven und Urteile, sondern Fragen und Zweifel sind seine Instrumentarien.

Epilog

Ich hatte vor wenigen Wochen einen schönen Gedankenaustausch mit einem ehemaligen Kollegen aus Jena, einem Rechtsphilosophen. Er formulierte es so: «Ich habe so ein bißchen den Verdacht, daß das Phänomen «Mediation» auf gesamtgesellschaftlicher Ebene so eine Art Flucht- oder Kompensationsbewegung als Gegengewicht zu dem immer komplexer und damit natürlich auch komplizierter und unübersichtlicher werdenden rein rechtsdogmatischen Diskurs darstellt, welcher selbst für Spezialisten immer schwieriger beherrschbar ist. Mit einer gewissen Berechtigung ließe sich vielleicht sogar formulieren — in Gestalt der Mediation wird der rein verstandesorientierte, geradezu schon «blutleere» rechtsdogmatische Diskurs wieder ein wenig mit Vernunft angereichert und damit ein Stückchen aus der Entfremdung herausgeholt und an das wirkliche Leben herangebracht.»

Ich habe ihm darauf geantwortet:

«Ja, es ist so zu verstehen, dass die Streitentscheidung allein durch Gerichte die Komplexität der gesellschaftlichen/wirtschaftlichen Bedürfnisse wohl nicht mehr durchdringt. Vom Gericht bekomme ich letztlich auch nur eine rechtliche Bewertung des Konflikts und keine Lösung desselben. Und da ist sie wieder: die schöne Wechselbeziehung von «Basis und Überbau» — das reale Bedürfnis nach alternativen Konfliktlösungsmethoden und der langjährigen Praxis der Mediation - (mehr recht als schlecht) nachgezeichnet vom Mediation-

onsgesetz — welches wir im Grunde nicht brauchen — das zeigen die 30 Jahre zuvor!! Letztlich kann mit Mediation die Autonomie des Subjektes gestärkt und die Konfliktlösung wieder zurück in die Gesellschaft geholt werden — weg von der, wie Du zutreffend schreibst, «blutleeren Dogmatik», die den sozialen Konflikt nur in Normenkollisionen aufzulösen vermag. Und sie hat etwas zutiefst Demokratisches — denn die «Experten» des Konfliktes verhandeln die Konfliktlösung autonom.»

Es mag ergänzt werden: individuelle Vernunft unter dem Schirm der ratio legis!

Und ein Trost für alle Richter: Sie werden durch die Beförderung der Mediation beileibe nicht arbeitslos²⁶.

Ueberschär E.

What is Mediation and Is there a Tendency towards Privatising Justice?²⁷

The author is opposed to the over-extensive use of the term «mediation». In the nature of legal texts, the definition in the German Law on Mediation is unclear and leaves much room for interpretation. Mediation is categorised as a «structured procedure» but has not been further defined. The author defines mediation not as just any negotiation, but a negotiation with the support of a neutral, third party, which takes place outside of the court, but does not stand outside of the law. The real core of mediation is the private, autonomous negotiation in a clearly defined phase-structure. The aim of mediation is to reach a consensus. One should be careful of over-regulating the field of mediation; however there is no tendency to «privatise justice». On the one hand, the state is not allowed, but a few exceptions, to force justice upon its citizens. The conscious decision to enter into a private and confidential, legally binding procedure of negotiation speaks for private autonomy and not for a «privatisation of justice». In this respect the state must respect such

²⁶ Originalton aus der Feldanalyse Assmann/Betz/Hufschmidt/Paul/ Ueberschär, Empirische Praxisfeldstudie (Rechtspraxis) zum Themenbereich «Gerichtsexterne Mediation» an Brandenburgischen Amts- und Landgerichten sowie dem Brandenburgischen Oberlandesgericht, 2009.

²⁷ Перевод Джессики Сторей (Университет Потсдама) / Translated by Jessica Storey (Potsdam University).

a decision and in any case create and secure the legal framework for autonomous negotiations.

1. What is mediation?

It may seem unusual that I am asking this question, having practised for many years in this field and having been a co-commentator for the Law on Mediation, as there has been a clear legal definition for the term «mediation» for a long time. Interestingly however, if one looks more closely at this, it becomes clear that the term «mediation» is almost over-excessively used.

Nevertheless, the question remains: What is mediation?

I define mediation in the following way: Mediation is a negotiation with the support of a neutral, third party, which takes place outside of the court, but does not stand outside of the law. However, what seems so simple at first glance can be complicated in an individual case.

What is mediation according to the Law on Mediation?

«The less people know about how sausages and laws are made, the better they sleep at night» — Bismarck.

The current Law on Mediation has been in force since 2012:

*«(1) **Mediation** ... a confidential and structured procedure, by which the parties voluntarily and autonomously seek to mutually settle their conflict, with the help of one or several mediators.*

(2) A mediator is an independent and neutral person, without the power to make decisions, who leads the parties through the mediation.»

The main problem with this definition is that it takes one round in circles.

According to the first paragraph, mediation is a procedure conducted by a mediator. According to the second paragraph, a mediator is a person who conducts the process of mediation.

In addition to this problem, § 3 (1) of the Law on Mediation (MediationsG) states that in certain circumstances, the legislator will dispense of the requirement to have an independent and neutral mediator as set out in § 1 (2) MediationsG if:

§ 3 Duty to disclose; practice restrictions

The mediator is to disclose any circumstances to the parties which could hinder his independence and neutrality. The mediator

is only allowed to proceed in acting within this role if the parties explicitly agree to this.

There is a whole range of imprecise elements, which in turn leave a lot of room for interpretation in each individual case. It is therefore not surprising when mediators occasionally disagree as to what is meant by the term «mediation».

What does not constitute mediation?

So let us ask ourselves at this point, what is not classified as mediation?

Exactly this issue is addressed in the specialist literature. *Greger* is opposed to the term «mediation» being over-used, however he does not see the following forms as belonging to the term «mediation»: shuttle-mediation, where there is no mutual negotiation (see also caucus mediation), the so-called telephone mediation with a legal protection insurance expert, the so-called *deal mediation* used when negotiating a contract and the type of mediation which stems from the US procedure of *collaborative law*. Mediation adopts a special stance in procedures involving a conciliation judge, whereby it is then the judge's job to mediate. This still amounts to a form of mediation, but does not fit that as defined within the Law on Mediation.²⁸

So how legal is the term «mediation»?

The view adopted by *Greger* attracts much criticism. *Fritz* and *Krabbe* warn of a juridified view on mediation²⁹, and I warn about the legislator's deductive pull. *Fritz* and *Krabbe* have the opinion that the legislator has intentionally left the term «mediation» open, in particular the so-called *short-term mediation*, which *Greger* wants to see located within the more general term of «*conflict moderation*». *Fritz* and *Krabbe* on the other hand do not want this to be excluded from the term «mediation». In a further contribution to the debate and contrary to *Greger's* view, *Prior* defends the so-called «*clarification support*», as this is not a voluntary procedure.³⁰ There have been no closing words to this debate. Taking § 1 MediationsG into consideration, it appears that the legislative definition of mediation has thrown up more questions than it has answered.

²⁸ *Greger*, Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2015, 172-176.

²⁹ ZKM 2016, 103-104.

³⁰ ZKM 2016, 105-106.

In my opinion, the answer to the question «what is mediation?» can relatively easily be answered when one looks at the **proceedings**. The real core of mediation is the private, autonomous negotiation in a clearly defined phase-structure. The aim of mediation is to reach a consensus. In the eyes of the Law, it is categorised as a «structured procedure», but it isn't further defined — and that's a good thing — mediation should not be restricted by the letter of the law! It seems to me that after mediation having found its place and having experienced an increasing amount of attention, this is invariably the right amount of regulation in order to strike the right chord, one of the most urgent tasks for safeguarding this type of dispute resolution. Tackled in this way, mediation can be seen not as «justice for harmony», but rather «justice and harmony», perhaps even better as «creative justice».

Similarly, the law is also negotiable when the negotiations take place under the law, or to put it more mildly, in accordance with the law. This negotiability of the law in accordance with the rules of the law is a characteristic of European law. It is demonstrated not only in mediation, but also in the judicial course of finding justice. The negotiability of the law plays as much of a role in judicial decision making as it does in mediation.

2. Is there a tendency towards privatisation of justice?

Does the tendency towards using out-of-court conflict-solving procedures, seen as a departure from a constitutional state,³¹ constitute a privatisation of justice?³² Viewed from this perspective, particularly in the light of CETA and TTIP, negotiation and mediation present a further dangerous fashion, another step closer to the dissolution of forms, which are inherent in the law, favoured by a cult of arbitrariness. We agree that legal order, institutions of the law and judicial decisions constitute the highest point of reference in a society; they are the absolute referee. They are a constitutive element of the cohesion of society. Following the point of view outlined above, there is a real danger that the

³¹ *Risse*, SchiedsVZ 2014, 265-274.

³² For example, *Julian Zado*, Privatisierung der Justiz — Zur Bedeutung und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Privatisierungen in Rechtsprechung, Strafvollzug, Zwangsvollstreckung und Handelsregister.

«negotiability of the law» goes hand in hand with a disenfranchisement and that in the end law degenerates into a cheap commodity.

Upon closer inspection, this stance proves to be wrong; in fact it is the parties' ability to freely choose a procedure, which is of central importance. According to the fundamental principle «volenti non fit iniuria», the state is, aside from a few exceptions, not allowed to force justice upon any of its citizens. If the parties want to come to a mutual, private and confidential agreement, the state has to accept this decision. In fact, this is nothing new. Ultimately, arbitration, for example, is not a new trend, but rather has been anchored in the German Code of Civil Procedure for over hundreds of years. However with the recent Law on Mediation, the legislator has also shown that those parties who come to a mutual out-of-court settlement will be regarded positively.

In this respect, mediation and other extra-judicial procedures are only an expression of a valid need for dispute resolution, without state intervention.

A debatable problem, but one which is discussed too little, may on the other hand lie in the fact that conflicts in some legal fields nowadays rarely find their way to court and as a result of this, the orientation of the justice administration is being lost.³³

Conclusion

Mediation, like litigation, both have a conflict as their object and as a result they are both adversarial. Both want to deliver the conflict with a legal solution. Both are justice-finding procedures, differing only in the means used to ascertain justice. In alternative dispute resolution procedures, the law will be disputed in an antagonistic, albeit consensus-oriented way. Outcomes of the negotiation will therefore only thrive when, with regard to procedure, they are carried out in accordance with the law, summarised, when they respect the absolute referee of the law. Even the procedure of mediation is formalised by various rules from different sources. Rightly so, the structural similarities between these rules and the general procedural safeguards in litigious procedures are consequently being emphasised. It is now

³³ *Risse, SchiedsVZ* 2014, 265-274.

becoming even clearer that the only big difference between court proceedings and mediation is the way in which the legal solution is ascertained; both set out to achieve proper decisions. The multi-layered question as to what extent the mediator has to be careful of mediation outcomes, which in their content correspond to the substantive law, remains to be clarified.

According to the principle discussed here, which suggests that mediation in many ways corresponds to the law, the outcome of the mediation should orientate itself on the substantive law, as the mediation proceedings and the court proceedings do. Unlike a judge, the mediator is unable to produce such a judicial decision; it is simply not in his authority. He has the consensus to support the parties, not to force a particular consensus upon them. Fundamentally, it can be said that a fair process of mediation leads to a fair mediation outcome, however the mediator cannot settle for that. The substantive law commands high respect. However it is beyond doubt that the mediator has to prohibit illegal settlements. He should aim at mutual agreements which are in line with substantive law, or in which the parties have negotiated in line with their private autonomy, in full awareness of their rights, or even having knowingly and willingly relinquished their rights. Otherwise the stability of the agreement will be endangered as the disadvantaged party will do everything in his/her power to remediate the outcome of the negotiation. In any case the mediator is not allowed to act *ultra vires* in his attempts to achieve such a result, nor to achieve a result in line with the legal order, nor for a knowingly accepted agreement between the parties. The autonomy of the parties, as well as the neutrality of the mediator has to be maintained. It is not directives and decisions which are his instruments, but rather questions and doubt.

Epilogue

A couple of weeks ago I had a lovely exchange of ideas with a former colleague from Jena, who is a legal philosopher. He formulated it in the following way: «I have a bit of a suspicion that on the level of society as a whole, the phenomenon “mediation” depicts a type of escape or compensatory movement as a counterbalance to the discourse of legal doctrine, which is becoming increasingly complex, complicated and

confusing, even for specialists to master. With an element of authority, I would even formulate it like this — in the shape of mediation, the sheer pragmatic, even “anaemic” discourse of legal doctrine is being enriched with a little bit of reason and with that is being hauled out of alienation and being brought back into the real world.»

I responded to him by saying this:

«Yes, you’re right in saying that dispute settlement solely through the court is no longer permeating the complexity of societal and economic needs. Ultimately one only gets a legal evaluation of the conflict from the court and not a solution as such. And there it is again; the fine interdependency between “foundation and superstructure” — the real need for alternative methods of conflict resolution and for a long standing practice of mediation — outlined in the Law of Mediation (which is better than nothing) — but which we in principle don’t need — that shows the last 30 years!! Ultimately mediation can strengthen the autonomy of the subject and conflict resolution, can be brought back into society, away from the “anaemic dogmatic”, as you accurately write, which only wants to dissolve social conflict into a collision of norms. And it has something deeply democratic about it, as the “experts” of the conflict autonomously negotiate the conflict resolution.»

It should also be said: individual reason lies under the umbrella of ratio legis!

Finally, for the comfort of all judges: The advancement of mediation won’t by any means cost you your job.³⁴

³⁴ Original sound from the field analysis *Assmann/Betz/Hufschmidt/Paul/Ueberschär*, an empirical field study (legal practice) on the topic of «out-of-court mediation» at the district and regional court in Brandenburg, as well as at the regional high court in Brandenburg, 2009.