



Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Monika Pasetti

Gerechtigkeit durch Mediation

Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung
intersubjektiver Gerechtigkeit



Wolfgang Metzner Verlag

Band 11

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von
Dipl.-Psych. Nicole Becker, M. A.
Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.
Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter
Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Monika Pasetti

Gerechtigkeit durch Mediation

Mediation als praktischer Diskurs zur Herstellung
intersubjektiver Gerechtigkeit



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2013/2015



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© 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 978-3-96117-011-1 (Print)
ISBN 978-3-96117-012-8 (Online)
ISSN 2365-4155

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

Inhalt 1

Vorwort 5

1. Einleitung 7
2. Das Thema Gerechtigkeit im Lichte der ADR-Kritik 9
 - 2.1. Das Bedürfnis nach Gerechtigkeit 9
 - 2.2. Die Erwartung an das Medium Recht und das Verständnis von Mediation 10
 - 2.3. Recht und Gesetz als mögliche Voraussetzungen für Gerechtigkeit 11
 - 2.3.1. Rückgriff auf universale Werte 11
 - 2.3.2. Gerechtigkeit vs. Harmonisierung 12
 - 2.3.3. Ausschluss der Öffentlichkeit durch Mediation 13
 3. Die Behandlung von Gerechtigkeit in der Mediation 15
 - 3.1. Die Suche nach dem richtigen Tun oder Unterlassen 15
 - 3.1.1. Der Gerechtigkeitskonflikt und sein Ausdruck 15
 - 3.1.2. „Objektive“ und „subjektive“ Gerechtigkeit 15
 - 3.1.3. Gerechtigkeitsprinzipien als Argumentationsfiguren 18
 - 3.1.4. Verfahrensgerechtigkeit 19
 - 3.1.5. Die Begründung von Gerechtigkeit 20
 - 3.1.6. Die Schwierigkeit in der Begründung des Richtigen 21
 - 3.1.7. Aspekte der Verständigung 21
 - 3.2. Gerechtigkeit und Kommunikatives Handeln 22
 - 3.2.1. Die Geltungsansprüche Wahrheit, Wahrhaftigkeit und Richtigkeit 22
 - 3.2.2. Das Nachrichten- und Wertequadrat der Klärungshilfe 23
 - 3.2.3. Moralisches Bewusstsein und Verständigung über Gerechtigkeit 25
 - 3.2.4. Notwendigkeit des Rückgriffs auf eine Theorie der Gerechtigkeit 27
 4. Moderne Gerechtigkeitsmodelle 28
 - 4.1. Ein systemtheoretischer Blick 28
 - 4.2. Vom Utilitarismus über Rawls zur Diskursethik 30
 - 4.2.1. Zufriedenheit und Glück 30

4.2.2. Utilitarismus 31
4.2.3. Gerechtigkeit als Fairness bei Rawls 33
4.2.4. Vom praktischen Diskurs zur Diskursethik 36
5. Gerechtigkeitssinn, Perspektivenübernahme und Empathie 38
5.1. Moralstufen und Interaktionstypen 38
5.2. Autoritätsgesteuerte Interaktion (präkonventionell 1/6) 39
5.3. Interessengesteuerte Kooperation - (präkonventionell 2/6) 40
5.4. Interpersonelle Konformität/Rollenhandeln - (konventionell 3/6) 42
5.4.1. Die Einbeziehung der Beobachterperspektive 42
5.4.2. Fähigkeit zur Einbeziehung der Beobachterperspektive 43
5.5. Normengeleitete Interaktion - (konventionell 4/6) 44
5.6. Sozialer Kontrakt/Diskurs - (postkonventionell 5/6) 46
5.6.1. Der Übergang zum Diskurs der Normprüfung 46
5.6.2. Wie auf Stufe 5 argumentiert wird 47
5.6.3. Mediation und das Thema der Universalisierbarkeit 48
5.6.4. Perspektivenübernahme und Empathie 49
5.7. Universelle ethische Prinzipien/Diskurs - (postkonventionell 6/6) 52
5.7.1. Eine philosophische Stufe 52
5.7.2. Perspektivenübernahme beim postkonventionellen Gespräch 53
5.7.3. Verständigungsvoraussetzungen 53
5.8. Praktischer Diskurs in der Mediation 54
6. Die Person als Gegenstand des praktischen Diskurses in der Mediation 55
6.1. Gerechtigkeit und gutes Leben 55
6.1.1. Die diskursethischen Grundsätze 55
6.1.2. Der Universalisierungsschnitt 56
6.1.3. Vom verallgemeinerten zum konkreten Anderen 58
6.2. Empathie 59
6.2.1. Manipulation und Empathie 59
6.2.2. Empathie als Mitgefühl 60
6.2.3. Der Mensch als Person mit Grundbedürfnissen 63
6.3. Gesellschaftliche Strukturen 67
6.4. Ergebnis und Ausblick auf das Verfahren 68
7. Der juristische Anwendungsdiskurs 70

7.1. Das Problem der Gesetzesbindung	70
7.2. Die hermeneutische Rückkoppelung der Rechtsordnung an den Lebenssachverhalt	74
7.3. Von der Angemessenheitsprüfung zur Mediation	75
8. Der mediative Diskurs 78	
8.1. Diskursethische Annahmen für das Mediationsverfahren	78
8.2. Verständigungsvoraussetzungen und Wahrhaftigkeitspostulat	78
8.2.1. Das postkonventionelle Gespräch	78
8.2.2. Verständigungsbereitschaft und Verständigungsfähigkeit	79
8.2.3. Machtungleichgewichte	80
8.2.4. Authentizität der Medianten	81
8.2.5. Rechtliche Verankerung der Verständigungsbedingung	82
8.3. Freiheit des Diskutierens	82
8.3.1. Freiwilligkeit und Gleichheit der Teilnahme	82
8.3.2. Freiwilligkeit und Gleichheit der Rede	83
8.3.3. Rechtliche Verankerung	84
8.3.4. Die Einbeziehung der Betroffenen	85
9. Der Mediator als Facilitator des praktischen Diskurses 86	
9.1. Die mögliche Verwirklichung der Utopie der idealen Sprechsituation	86
9.2. Der Mediator als allparteilicher „virtueller“ Dritter	87
9.2.1. Empathischer Kommunikationskanal der Perspektiven	87
9.2.2. Wächter der Verständigung	88
9.2.3. Die Anleitung zum postkonventionellen empathischen Gespräch	89
9.3. Argumentationsregeln	91
10. Mediationsmodelle im Lichte der Diskursvoraussetzungen 93	
10.1. Instrumentell-strategische Zielsetzungen der Mediation	93
10.1.1. Meta-Ziele	93
10.1.2. Service-Delivery-Projekt	94
10.1.3. Access-to-Justice-Projekt	94
10.1.4. Reconciliation-Projekt	95
10.1.5. Social-Transformation-Projekt	96
10.1.6. Individual-Autonomy-Projekt	96
10.1.7. Kommunikative Rationalität und Meta-Ziele	97

10.2. Das Medium Recht und der Auftrag der Mediation **98**

11. Fazit **100**

Literaturverzeichnis **102**

Über die Autorin **110**

Vorwort

Das vorliegende Buch basiert auf der ergänzten Fassung der Masterarbeit im Master-Studiengang (2013-2015) der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

Der viel Theorie verheißende Untertitel sollte den Leser nicht abschrecken. Der Rückgriff auf die Theorie im Zusammenhang mit der Alltags- und Praxiserfahrung hat vielmehr Spannendes zu bieten. In der Theorie der Mediation lassen sich Paradigmen entwickeln, an Hand derer praktische Themen bearbeitet werden können. Die Frage, ob der Mediator eigene Bewertungen in die Mediation einführen soll, betrifft dann nicht mehr nur den persönlichen Mediationsstil, sondern das Verständnis von Mediation selbst im Kontext des Rechtssystems, der Rechtsphilosophie, der Kommunikationstheorie und anderer Wissenschaftsbereiche. Die sich anschließenden Antworten bekommen Erkenntniswert. Dabei bedarf der notwendige Rückgriff auf unterschiedliche Wissenschaftsbereiche einer kooperativen Herangehensweise, zu der diese Arbeit auch ermuntern möchte. Die Entwicklung neuer Tools für die Mediationsarbeit, Modifikationen des Prozessdesigns, Überlegungen zur erweiterten Anwendung von mediativen Verfahren usw. können damit vertieft und auf breiter Basis entwickelt und nachvollzogen werden.

Die vorliegende Arbeit ist ein Plädoyer für die *facilitative* Mediation, und zwar aus einer Perspektive, die nicht bei der Mediation als Verfahren ansetzt, sondern bei einem zentralen Grundbedürfnis der Medianten, das in so gut wie allen Mediationen wichtig wird, nämlich das Bedürfnis nach Gerechtigkeit und Fairness. Es bestehen vielfach Bedenken, die Deutungshoheit über Gerechtigkeit und Fairness der Befindlichkeit der Medianten zu überlassen und so eine Art „Paralleljustiz“ zu schaffen, die sowohl demokratischen Willensbildungsprozessen als auch rechtsstaatlichen Rechtsanwendungsverfahren und ihrer Kontrolle entzogen ist. Mediation, so wird befürchtet, könnte vielleicht die Errungenschaften des modernen demokratischen Rechtsstaates unterlaufen. Diese Besorgnis ist nicht von der Hand zu weisen, wenn Mediation als Ersatz für schlechte oder aus Sicht der Parteien nur suboptimal funktionierende Gerichtsverfahren verstanden und eingesetzt wird. Hier lohnt sich der Blick auf die praktische Philosophie, um aus der thematischen Enge der gern benutzen Zweiteilung von Gerichtsverfahren vs.

Mediationsverfahren herauszutreten. Die zentrale Frage ist schließlich sowohl innerhalb wie außerhalb des Rechtssystems, was gerecht ist und wie wir dies erkennen können. Im nachmetaphysischen Denken darf man hier natürlich keine Letztbegründungen erwarten. Gerechtigkeit stellt sich immer nur in einem strukturierten Prozess her, ist geschichtlich und konkret und damit ein nie endender Weg, der immer weiter führt, auch wenn eine Etappe erreicht ist. Die Mediation, die sich dem praktischen Diskurs (im Sinne der Diskursethik) verpflichtet fühlt, kann einen Beitrag zur Gerechtigkeit leisten, und zwar als integrativer Bestandteil des Rechtssystems.

Ich möchte es nicht versäumen, mich an dieser Stelle bei den Verantwortlichen des Master-Studiengangs Mediation und Konfliktmanagement, Frau Prof. Dr. Ulla Gläßer, Herrn Prof. Dr. Lars Kirchhoff, Frau Nicole Becker und Herrn Dr. Felix Wendenburg, den weiteren Ausbildern, der geschäftsführenden Koordinatorin, Frau Romy Orthaus, und meinen Kommilitonen für eine Zeit an der Europa-Universität Viadrina zu bedanken, die mich nicht nur wissenschaftlich und praktisch bereichert hat, in der ich vielmehr auch große Empathie und Wertschätzung erfahren durfte.

Bei Frau Dr. Sabine Renken möchte ich mich für die freundliche Durchsicht des Manuskripts und ihren Humor bedanken, mit dem sie den Blick immer wieder unterhaltsam auf das Leben richtet.

Und mein Dank gilt auch den Herausgebern und dem Wolfgang Metzner Verlag für die Aufnahme dieser Arbeit in die Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement.

Monika Pasetti im Mai 2017

1. Einleitung

Versteht man Mediation vor allem als Alternative zur Beschreitung des Gerichtsweges, taucht besorgte Kritik auf, die ihren Höhepunkt in der Vorstellung findet, dass Gerechtigkeit nur in rechtsstaatlichen, an der Rechtsordnung ausgerichteten Verfahren gefunden werden könne. Obwohl die Diskussion durch begriffliche Unschärfen geprägt ist, bei der Konfliktlösungsstrategien Gegenstand der Betrachtung sind, die nicht notwendig durch einen im engeren Sinne mediatischen Prozess bestimmt sind, sondern eher den Vergleich oder außergerichtlich erzielten Kompromiss im Focus haben,¹ verweist die Kritik auch auf die Mediation im hier verstandenen Sinn: als freiwilliges Verfahren, in dem die Parteien mit Hilfe des Mediators, aber in Autonomie und Selbstverantwortung eine Lösung erarbeiten.

Es wird eingewandt, dass unsere (westlichen) Rechtsordnungen das in demokratischen Prozessen und im Rahmen der Rechtsanwendung fortgebildete Recht repräsentieren; Fragen der Gerechtigkeit seien dort eingeflossen und verbindlich entschieden worden bzw. würden bei der Rechtsanwendung entschieden werden. Ein außerhalb des Verfahrens der Rechtsanwendung gefundenes und nicht notwendig an den Normen und Programmen der Rechtsordnung ausgerichtetes Konfliktlösungsergebnis garantiere nicht nur keine Gerechtigkeit, sondern trage auch das Risiko, an dem, was gerecht sein könnte, vorbei zu gehen.

Diesen Argumenten muss u.a. auf rechtsphilosophischer Ebene begegnet werden. Mit dieser Arbeit wird deshalb der Versuch unternommen, (i) Mediation als u.a. praktischen Diskurs im Sinne einer differenziert zu verstehenden Diskursethik einzuordnen, (ii) die sich aus dieser Einordnung für die Mediation ergebenden Bedingungen und grundsätzlichen Prinzipien zu bestimmen und (iii) zu zeigen, dass Mediation damit ein wichtiger Baustein unserer Rechtsgemeinschaft im fortwährenden Prozess zur Herstellung von Gerechtigkeit sein kann. Damit wird von einem teleologischen Modell der Mediation als Instrument zur Entlastung der Gerichte sowie zur Optimierung von Kosten, Zeit und anderen Ressourcen

¹ Bush/Folger 2005, S.87ff.

grundlegend Abstand genommen, ohne jedoch diese oder andere Zwecke für die Mediation auszuschließen. Den Parteien steht es frei, ihre Handlungen entsprechend zu koordinieren und von einem praktischen Diskurs, der auf die Verständigung über die Richtigkeit eines Tuns oder Unterlassens gerichtet ist, abzusehen.

2. Das Thema Gerechtigkeit im Lichte der ADR-Kritik

2.1. Das Bedürfnis nach Gerechtigkeit

Gerechtigkeit und Fairness zählen zu den Grundbedürfnissen, die alle Menschen im sozialen Miteinander (individuell und gesellschaftlich/institutionell) wohl unbestreitbar teilen, und doch erscheint die Erfüllung dieser Bedürfnisse Denker und Praktiker vor immense Herausforderungen zu stellen. Seit Jahrtausenden beschäftigt sich die Philosophie wie Sisyphos mit dem Thema Gerechtigkeit.² Gesucht wird nach dem relevanten Gerechtigkeitsprinzip wie z.B. „Jedem das Seine“, „Jedem nach seinem Bedürfnis“, „Jedem das Gleiche“, „Jedem nach seinem Rang“, „Jedem nach seiner Natur“, „Jedem ein Höchstmaß an Freiheit“, „Jedem nach seiner Leistung“.³ Jedem dieser Prinzipien können wir wohl spontan zustimmen, jedoch vermittelt allein schon die vorstehende Zusammenstellung ein Gefühl dafür, dass es möglicherweise kein vorrangiges Gerechtigkeitsprinzip gibt, aus dem sich alle weiteren Prinzipien ableiten ließen, dass es vielleicht mehrere Prinzipien gibt und dass diese unter Umständen noch zueinander in Konkurrenz stehen. Man könnte zwar überlegen, dass schließlich alle Gerechtigkeitsprinzipien auf das Prinzip „Jedem das Seine“ hinauslaufen, jedoch gewinnt dieses Prinzip dann eine Abstraktionshöhe, die es normativ nahezu inhaltsleer erscheinen lässt.⁴ Es ist zu befürchten, dass die Suche nach der Gerechtigkeitsnorm schlechthin erfolglos bleiben muss. Eine Erklärung dafür könnte sein, dass die Frage nach der alles umfassenden Gerechtigkeitsnorm möglicherweise sinnlos ist, weil der Mensch als sich selbst bewusstes, in Interaktion lebendes Wesen ethische Widersprüche und Dilemmata immer herausfordert wird.⁵

Wir kommen jedoch an dem Thema Gerechtigkeit nicht vorbei, und zwar auch deshalb nicht, weil wir, wie *Ladwig* schreibt, eine Selbstachtung zu verlieren haben. Wir wollen nicht das Gefühl haben, auf Kosten anderer zu leben, sie auszubeuten, sie unangemessen zu beherrschen oder um Güter zu bringen, die ihnen

² Einen guten Überblick hierüber gibt Kaufmann 2011, S.26ff. und Kaufmann 1984b, S. 11ff.

³ Merkel 2013, S.1.

⁴ Merkel 2013, S. 1; so auch Dreier 2015, S. 6.

⁵ Krainer/Heintel 2010, S. 39ff, 77ff.

gebühren, und vor Allem wollen wir nicht, dass andere dies mit uns tun.⁶ Auch wurde in der empirischen Forschung festgestellt, dass der Eindruck von Unge- rechtigkeit zu Vertrauensverlust und Unsicherheit führt und die Motivation zur Kooperation im sozialen Miteinander negativ beeinflusst.⁷ Das Bedürfnis der Selbstachtung wie auch das Bedürfnis nach Bestätigung und Verstärkung des eigenen positiven Selbstbildes sind Ausdruck des Wunsches nach einem guten Leben in der Gemeinschaft, das von den Institutionen, in denen wir leben, rekonstruiert wird, so dass „im Zusammenspiel von Institutionen mit dem Ethos von Einzelmenschen [...] Gerechtigkeit unverkürzt zu Geltung gelangen“⁸ kann.

2.2. Die Erwartung an das Medium Recht und das Verständnis von Mediation

Das Medium Recht, das Gesetze, rechtliche Prinzipien, Normen und Prinzipien der Rechtsanwendung, Rechtsprechung, Präjudizien, dogmatische Regeln usw. umfasst, ist eine solche Institution und hat den oben beschriebenen Bedürfnissen folgend wohl gerecht zu sein, d.h. Gerechtigkeit zu verbürgen und konkret zu schaffen. Diese Erwartungen bedingen gleichzeitig die Notwendigkeit, dass ein „gerechter“ Zugang zu dieser Institution sichergestellt ist. Unter anderem an diesem letzten Punkt setzte die US-amerikanische Mediationsbewegung der Siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts an. Ihren Ausgangspunkt nahm die Bewegung 1976 mit der Pound Revisited Conference als Projekt zur Bewältigung einer rechtsstaatlichen Krise, hervorgerufen durch eine Inflation von Klageverfahren, die die Kapazitäten der US-amerikanischen Gerichte sprengte und sowohl Dauer als auch Kosten der Verfahren derart ansteigen ließ, dass viele Menschen von der Rechtsverfolgung praktisch ausgeschlossen wurden.⁹

Inzwischen hat sich die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA in den unterschiedlichsten Formen und Einrichtungen weitgehend etabliert,¹⁰ und die Mediation ist auch in Europa und Deutschland angekommen.¹¹ Zu beachten ist

⁶ Ladwig 2013, S. 9.

⁷ Streicher 2010, S. 100 m.w.N.

⁸ Ladwig 2013, S. 10.

⁹ Näher zu dieser Entwicklung m.w.N. Yarn 2009, S. 1260f.

¹⁰ Näheres bei Yarn 2009, S. 1262ff.

¹¹ Siehe dazu Hehn 2009, S. 191ff. m.w.N.

jedoch, dass mit dem Begriff Mediation oft verschiedene Formen außergerichtlicher Streitbeilegung identifiziert werden.¹² In Deutschland hat sich ein Verständnis von Mediation durchgesetzt, das im MediationG (§ 1) verankert wurde. Danach ist Mediation ein „vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“ (Absatz 1), und der Mediator ist „eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt“ (Absatz 2).

Entscheidend sind die Aspekte der Freiwilligkeit und Selbstverantwortlichkeit auf Seiten der Parteien sowie die Funktion des Mediators als neutraler und allparteilicher Dritter, der die Parteien ohne eigene Entscheidungsbefugnis durch einen strukturierten Konfliktlösungsprozess führt. Dem strukturierten Prozess muss im Übrigen nicht unbedingt ein rechtlich relevanter Konflikt zugrunde liegen; vielmehr können es Meinungsverschiedenheiten jeder Art sein, die einer interessenbasierten Entscheidung zugeführt werden müssen, ohne dass die Beschreitung des Rechtsweges überhaupt in Betracht gezogen wird oder sonst wie Relevanz entfällt.¹³ Dieses grundlegende Verständnis von Mediation ist Leitbild der nachfolgenden Untersuchung.

2.3. Recht und Gesetz als mögliche Voraussetzungen für Gerechtigkeit

2.3.1. Rückgriff auf universale Werte

Die pauschale Einbeziehung unterschiedlicher mediativer Verfahren in die Diskussion macht es schwer, Mediation im hier verstandenen Sinne gegen die allgemeine ADR (*Alternative Dispute Resolution*) – Kritik zu verteidigen. Für Deutschland meint *Risse* feststellen zu können, dass immer noch das Gerichtsverfahren die Benchmark für sämtliche ADR-Verfahren sei, und er fordert die ADR-Befürworter auf, u.a. zu erklären und zu begründen, was sie „an die Stelle des verbindlichen Entscheidungsmaßstabs ‚Recht und Gesetz‘ setzen wollen“ und wie die Nachteile zu kompensieren seien, „die der Verzicht auf eine rechtsfixierte

¹² Ein Überblick über die Verfahren und ihre Abgrenzung findet sich u.a. bei Heussen 2009, S. 218ff.

¹³ Gläßer/Kirchhoff 2015, S. 124.

Entscheidungsfindung“ aufweise.¹⁴ Mit dieser sehr grundsätzlichen Auffassung reiht sich *Risse* in die Gruppe US-amerikanischer Kritiker ein, die anknüpfend an die berühmte Stellungnahme von *Owen Fiss* in *Against Settlement* aus dem Jahr 1984 bis heute eine Diskussion über die Rechtsstaatlichkeit verhandelter Streitbeilegung im allgemeinen führen.¹⁵ *Fiss* schreibt leidenschaftlich: „But when one sees injustices that cry out for correction the agony of judgment becomes a necessity. Someone has to confront the betrayal of our deepest ideals ... to bring those ideals to fruition.“¹⁶ *Fiss* argumentiert, dass nur im Recht (eines demokratischen Rechtsstaats) die *public values*, unter denen er universale Werte versteht, verankert seien; im Prozess der Rechtsanwendung würden diese realisiert und Gerechtigkeit geschaffen werden,¹⁷ wohingegen jede verhandelte Streitbeilegung lediglich der Erfüllung privater Interessen und einer „subjektiven“ Gerechtigkeit diene.¹⁸ *Fiss* geht nicht so weit zu behaupten, wie seine Kritiker ihm vorwerfen,¹⁹ Gerechtigkeit sei mit dem Gesetz (*law*) und seiner richterlichen Anwendung gleich zu setzen. Richter würden auch Fehlentscheidungen treffen; umgekehrt könnte eine verhandelte Streitbeilegung durchaus zu einem gerechten Ergebnis führen.²⁰ Gerechtigkeit sei – und damit spricht er einen richtigen Punkt an – eine *aspiration*,²¹ also eine Erwartung. Die Gerechtigkeit müsse verfolgt werden und nicht der „Frieden“, der mit einer alternativen Streitbeilegung zwischen den Parteien erzielt werde.²²

2.3.2. Gerechtigkeit vs. Harmonisierung

Der Wunsch, zwischen den Parteien lediglich Frieden (und nicht Gerechtigkeit) herzustellen, sei – so *Laura Nader* – Ausdruck einer Harmonisierungsideologie, nach der Konflikte über Fakten und Rechte in solche über Gefühle und Beziehungen transformiert werden sollen; dies diene letztlich der Ausübung von Macht

¹⁴ *Risse* 2012, S. 77.

¹⁵ *Fiss* 2009, S. 1273ff; die Kritik bezieht auch gerichtliche Vergleiche ein.

¹⁶ *Fiss* 1984, S. 1086f.

¹⁷ *Fiss* 2009, S.1276f.

¹⁸ *Cohen* 2009, S.1143f.

¹⁹ *U.a. McThenia/Shaffer* 1985, S. 1664.

²⁰ *Fiss* 2009, S. 1277.

²¹ *Fiss* 1985, S. 1672.

²² *Fiss* 2009, S. 1274.

zum Erhalt der sozialen Ordnung.²³ Die Harmonisierungsideologie gehe mit einer Konfliktintoleranz einher, die darauf abziele, nicht den Grund für den Konflikt zu lösen, sondern dessen Ausdruck zu unterdrücken.²⁴ Gerechtigkeitsfragen würden als Kommunikationsprobleme getarnt und Werte, Interessen und Bedürfnisse ausgeblendet werden. Die Funktion des Konsenses sei Konformität, ohne dass in der Mediation auf Rechte und Werte zurückgegriffen werde.²⁵

Diese Kritik basiert auf mehreren Unterstellungen. Erstens wird angenommen, dass es keinen außerhalb des Mediums Rechts zu gewinnenden Konsens über Rechte und Werte geben könne, dass zweitens Werte wie auch Interessen und Bedürfnisse in der Mediation nicht beachtet bzw. funktionalisiert würden und dass drittens der Konsens in der Mediation nur das Ergebnis der Erledigung eines Kommunikationsproblems sei. Wie noch zu zeigen sein wird, halten alle Annahmen einer Prüfung nicht stand, wenn man Mediation nicht als Vergleichsverhandlung versteht, die instrumentell-strategisch auf einen Abschluss gerichtet ist, sondern als kommunikativen Prozess, in dem gerade nicht mit Fordern, Nachgeben und Daraufhinwirken „gespielt“ wird. Es geht darum zu zeigen, ob und wie Gerechtigkeit in der Mediation kommunikativ bearbeitet werden kann bzw. welche Vorgaben dabei zu beachten sind, und schließlich ob Gerechtigkeit im Konsens der Parteien ihren Ausdruck finden kann.

2.3.3. Ausschluss der Öffentlichkeit durch Mediation

Unterstellte man nun an dieser Stelle ohne weitere Annahmen, Gerechtigkeit könne durch den Konsens der Parteien erreicht werden, ergibt sich ein weiterer Kritikpunkt aus der Überlegung, wer überhaupt die relevanten Parteien des Konsenses sind. *Brenowitz* berichtet beispielhaft von einem tödlichen Autounfall in den USA.²⁶ Unfallursache war ein technischer Fehler, der beim Auto- und Reifenhersteller bekannt war und bereits zu mehr als fünfzig Unfällen geführt hatte; alle diese Fälle waren außergerichtlich beigelegt worden. Gerechtigkeit scheint also für bestimmte Fälle das Licht der Öffentlichkeit zu erfordern, um wirksam

²³ Nader 1988, S. 269; ihre und in die gleiche Richtung gehende Kritiken fassen Bush/Folger unter dem Begriff „Oppression Story“ zusammen, 2005, S. 17ff m.w.N.

²⁴ Nader 1988, S. 272; zum Konflikt als „Harmoniestörung“ auch Heussen 2009, S. 219.

²⁵ Nader 1988, S. 282.

²⁶ Brenowitz 2003-2004, S. 679ff.

zu werden. Es sind Fälle, die auch im Privatrecht die Öffentlichkeit notwendig etwas angehen, weil sie Missstände oder unerledigtes Unrecht in der Vergangenheit betreffen, das in die Zukunft wirkt. Darüber hinaus kritisiert die sog. „Oppression Story“ der Mediation, dass die in der Mediation fehlende Öffentlichkeit die im Konfliktfall möglicherweise gegebenen Machtstrukturen zum Nachteil des schwächeren Medianten fortzuschreiben hilft.²⁷

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Kritiker der Mediation Gerechtigkeit wollen, ohne aber wirklich Auskunft darüber zu geben, was sie unter Gerechtigkeit verstehen und wie Gerechtigkeit erkannt und hergestellt werden kann.

²⁷ Bush/Folger 2005, S. 15ff m.w.N.

3. Die Behandlung von Gerechtigkeit in der Mediation

3.1. Die Suche nach dem richtigen Tun oder Unterlassen

3.1.1. Der Gerechtigkeitskonflikt und sein Ausdruck

Unabhängig davon, inwieweit das Medium Recht in die Mediation einfließt, spielen Gerechtigkeitsfragen in der Mediation jedenfalls immer eine Rolle.²⁸ Ob Interessen und Bedürfnisse von Gerechtigkeitserwartungen durchzogen sind, lässt sich an bestimmten Gefühlen wie vor allem Empörung, aber auch Abscheu, Verachtung, Kränkung, Ressentiment, Schuld, Scham, Loyalität, Dankbarkeit usw. ablesen.²⁹ Immer wenn Gefühle direkt oder indirekt auch Wertungen wie Billigung oder Missbilligung ausdrücken, liegt den Gefühlen ein moralisches Urteil über ein „Sollen“ zu Grunde, mit dem eine begründbare Verpflichtung bzw. Erwartungshaltung, dass etwas getan/nicht getan oder anders getan werden soll, verbunden ist.³⁰ Das Sollen ist dabei weit zu verstehen und umfasst nicht nur die im Medium Recht festgehaltenen Verpflichtungen und Erwartungshaltungen, sondern auch solche, die mit der Vorstellung eines guten (Zusammen)lebens verknüpft sind. Man könnte deshalb mit *Montada* annehmen, dass soziale Konflikte nicht aus unvereinbaren Interessen, sondern aus verletzten normativen Erwartungen resultieren und dass damit alle sozialen Konflikte letztlich Gerechtigkeitskonflikte sind.³¹

3.1.2. „Objektive“ und „subjektive“ Gerechtigkeit

Die normativen Erwartungen sind mit der Vorstellung von „Anrechten“ verknüpft, die das Gefühl von Ungerechtigkeit auslösen, wenn sie ohne triftigen Grund verletzt werden.³² Die im Medium Recht implementierten Werte müssen dabei nicht notwendig mit den persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen der

²⁸ Montada 2009, S. 13.

²⁹ Habermas 2009, S. 303f; Habermas 1983, S. 55ff; Müller 2003, S. 202.

³⁰ Ladwig 2011, S. 26ff; Montada 2009, S. 12; Habermas 2009, S. 321; Nachweise liefert auch die Neurobiologie; siehe z.B. Tricomi/Rangel/Camerer/O'Doherty 2010, S. 1089ff.

³¹ Montada 2009, S. 12; siehe dazu auch Seehausen 2009, S. 112.

³² Müller 2003, S. 201; Seehausen 2009, S. 112.

betroffenen Partei übereinstimmen,³³ vielmehr können gerade die besonderen Umstände des konkreten Konflikts im Widerspruch zu den Wertungen des Rechts stehen und in dieser Diskrepanz ein besonderes Gefühl der Ungerechtigkeit auslösen. Die Erfahrung zeigt, dass das Recht und seine Anwendung nicht immer zu Ergebnissen führen, die mit dem übereinstimmen, was im Einzelfall als gerecht empfunden wird.

In der Mediation hat das persönliche Gerechtigkeitsempfinden der Parteien jedenfalls erhebliche Relevanz, und wenn die Annäherung divergierender Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien gelingt, dürfte der Konflikt entschärft oder bei Erreichen einer Kongruenz sogar gelöst werden können. Das Ergebnis müsste dann eigentlich auch eines sein, das die Bezeichnung „gerecht“ verdient. Wenn man aber unterstellte, dass das Medium Recht oder sonstige anerkannte Normen eine „objektive“ Gerechtigkeit und die persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien nur eine individuelle „subjektive“ Gerechtigkeit verkörperten – wie vielfach gesagt –,³⁴ wäre ein in der subjektiven Vorstellung der Parteien erzieltes gerechtes Ergebnis noch lange kein auch tatsächlich gerechtes Resultat.

Die Unterscheidung zwischen „objektiver“ und „subjektiver“ Gerechtigkeit könnte mit dem Versuch erklärbar sein, zwischen einem normativen überindividuellen Gehalt und einem individuellen psychologischen Gehalt zu unterscheiden und die Welt der normativen Prinzipien von der Welt der subjektiven Vorstellungen zu trennen.³⁵ Es könnte ein Anliegen sein, die Disziplinen der Rechts- und Moralphilosophie von der Psychologie abzugrenzen, um die „Durcharbeitung der zunächst unreflektierten sinnlichen oder emotionalen Erfahrungen“ der jeweiligen Logik von empirischer Wissenschaft und Ethik zu unterwerfen.³⁶ Die Trennung kann aber nicht durchgehalten werden.³⁷ Der Grund liegt unter anderem darin, dass eine empirische Psychologie beim Thema Gerechtigkeit nicht ohne eine hermeneutische Methode auskommt, wenn man sinnvolle Ergebnisse erzielen

³³ Müller 2003, S. 201; Schmitz 2004, S. 217.

³⁴ Für viele Montada 2009, S.15; Müller 2003, S.200ff; Schmitz 2004, S. 217ff.

³⁵ So Klinger/Bierbrauer 2006, S. 36.

³⁶ Alexy 1983, S. 110.

³⁷ Siehe z.B. Klinger/Bierbrauer 2006, S. 36; die Autoren postulieren explizit die Trennung, verweisen aber bei der Beschreibung des „subjektiven“ Gerechtigkeitssinns auf die Ethik des Aristoteles und seiner Vorstellung eines sittlichen Lebens; damit „verobjektivieren“ sie in gewisser Hinsicht sog. subjektive Gerechtigkeitsvorstellungen.

will und Gerechtigkeitsaussagen nicht nur als Verbalverhalten beschreiben möchte.³⁸ Der persönliche Gerechtigkeitssinn kann jedenfalls nicht ohne Berücksichtigung der normativen Strukturen des sozialen Miteinanders, der Rollen, Gruppenzugehörigkeiten und der Gesellschaft, in der sich das Individuum befindet, begriffen werden – und vice versa.³⁹ Das Subjekt-Objekt-Schema ist überholt, da es letztlich immer nur der menschliche Geist ist, dem eine Welt erscheint,⁴⁰ und das Modell einer souveränen „reinen Vernunft“ im Sinne Kants muss ebenfalls als Produkt des menschlichen Geistes aufgefasst werden, der damit wieder auf sich selbst verweist.⁴¹ Objektive und subjektive wie auch die soziale Welt sind vielmehr Bestandteile unserer kommunikativen Bezugssysteme, in denen wir uns koordinieren.

Die Verschmelzung von Subjekt und Objekt führt u.a. auch zu einer pluralistischen Sicht von Wissenschaft.⁴² Gerechtigkeits- und Konfliktforschung wie auch die Mediationsforschung müssen wegen des Ineinandergreifens der Bezugssysteme interdisziplinär vorgehen.⁴³ Als Folge der Multidisziplinarität benötigen die jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisse untereinander eine gewisse Kohärenz zu ihrer Plausibilisierung. Dies gilt insbesondere im Zusammenspiel von theoretischen und empirischen Wissenschaften. Zum Verhältnis von Moralphilosophie und Moralpsychologie schreibt *Habermas* treffend: „Die empirische Theorie setzt die Geltung der normativen Theorie, die sie verwendet, voraus; gleichwohl wird deren Gültigkeit zweifelhaft, sobald sich philosophische Rekonstruktionen im Verwendungszusammenhang der empirischen Theorie als unbrauchbar erweisen.“⁴⁴ Wenn es um das Thema Gerechtigkeit geht, ist deshalb der Mensch in seinem Erleben und Dasein im Kontext seiner persönlichen Lebenswelt und den sozialen Systemen einzubeziehen. Damit verschmelzen – im nachmetaphysischen

³⁸ Vgl. Kohlbergs Erfahrung bei der Präsentation der Interviews zu den Gerechtigkeitsauffassungen der befragten Personen, Kohlberg 1996, Original 1984, S. 228 Fn. 5.; der Beschreibung des Verbalverhaltens methodisch vergleichbar ist die wissenschaftliche Definition der Beleidigung, die Franz v. Liszt als eine Reihe von Kehlkopfbewegungen, Schallwellenerregungen, Gehörreizungen usw. beschreibt, siehe dazu Kaufmann 2011, S. 123f.

³⁹ Siehe dazu Mead 1980, S. 299ff.

⁴⁰ Metzinger 2015, S. 33ff; zu den Verstehenswissenschaften beispielhaft Kaufmann 1989, S. 7f und Kaufmann 1993, S. 260f.

⁴¹ Siehe z.B. Merkel 2008, S.60ff, 62.

⁴² Kaufmann 1993, S. 265ff.

⁴³ Kirchhoff/Schroeter 2006, S. 57f.

⁴⁴ Habermas 1983, S. 49.