



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 11

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, könne 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 benutzten 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 ausgegerichteten 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 mediativen 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.

grundsätzlich 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 herausfordern 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 Ungerechtigkeit 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 entfaltet.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 könne 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. „Opresion 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. Triconi/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 Gerechtigkeitseinstellungen 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 Gerechtigkeitseinstellungen der Parteien nur eine individuelle „subjektive“ Gerechtigkeit verkörpern – wie vielfach gesagt –,³⁴ wäre ein in der subjektiven Vorstellung der Parteien erzieltetes 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 Gerechtigkeitseinstellungen.

will und Gerechtigkeitsaussagen nicht nur als Verbalverhalten beschreiben möchte.³⁸ Der persönliche Gerechtigkeitsinn 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 Moralphychologie 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.

Denken - objektive und subjektive Gerechtigkeit und werden zur Funktion von Verständigung im psychologischen, soziologischen, philosophischen, politischen und juristischen Sinne. Wahrnehmungen, Vorstellungen und Erwartungen im Miteinander müssen kommunikativ koordiniert werden.

3.1.3. Gerechtigkeitsprinzipien als Argumentationsfiguren

Die Koordinierung der unterschiedlichen Gerechtigkeitswahrnehmungen scheint die Schwierigkeit insbesondere in sehr streitigen Konflikten zu sein.⁴⁵ Dabei geht es wie ausgeführt nicht darum, inwieweit einer privaten „subjektiven Gerechtigkeit“ „Objektivität“ zuzuschreiben ist, sondern um einen Dissens in den persönlichen Gerechtigkeits-erwartungen, die ihre Grundlage in einem Gerechtigkeits-sinn⁴⁶ der Parteien haben. Mit dem Gerechtigkeits-sinn ist ein bestimmtes Erleben gemeint, das wie ausgeführt eine Gefühlsempfindung wie z.B. Empörung erklärt, das aber auch kognitiv erfasst und als Prinzip sprachlich beschrieben werden kann. Hierfür stehen Begriffe zur Verfügung, deren Verwendung auch für die Mediation empfohlen wird, wie z.B. Ausgleichsgerechtigkeit, Verteilungsgerechtigkeit, Gleichheit, Bedürftigkeit, Verfahrensgerechtigkeit.⁴⁷ In der Wirtschafts-mediation werden als besonders einschlägig noch das Leistungsprinzip, Senioritätsprinzip, Bedürftigkeitsprinzip, Statusprinzip sowie Besitzstandswahrungsprinzip genannt.⁴⁸ Man müsste diese Prinzipien natürlich noch durch Freiheit, Solidarität und das Prinzip der Nutzenmaximierung für alle (Win/Win) ergänzen. Mit letzterem Win/Win-Prinzip werden zudem gern die Vorteile der Mediation selbst beschrieben.

Es handelt sich jedenfalls bei all diesen Begriffen um wissenschaftlich, vor allem auch philosophisch untersuchte bzw. entwickelte normative Gerechtigkeitsprinzipien, die als Argumentationsfiguren in der Mediation dienen können⁴⁹ und mit denen vor allem normative Geltungsansprüche in die Kommunikation eingeführt

⁴⁵ Müller 2003, S. 203.

⁴⁶ Neurobiologisch betrachtet hat der Gerechtigkeits-sinn seinen Sitz im Präfrontalen Cortex, siehe dazu z.B. Siegel 2014, S. 71, 430f m.w.N.

⁴⁷ Seehausen 2009, S. 111f; Streicher 2010, S. 100ff.; Müller 2005, S. 79.

⁴⁸ Schmitz 2004, S. 220.

⁴⁹ Schmitz 2004, S. 219.

werden. Den Argumentationsfiguren selbst kann aber nicht entnommen werden, was in der jeweiligen Situation richtig sein könnte. Man kann beispielsweise über Gleichheit einerseits und Bedürftigkeit andererseits endlos und ergebnislos debattieren, wenn die Debattierenden nicht in einen Begründungsprozess eintreten, der auch die Besonderheiten des Einzelfalls einschließt. Dies liegt daran, dass der Inhalt universal konzipierter Gerechtigkeitsprinzipien erst im Sachverhalt eine konkrete Gestalt annimmt. *Arthur Kaufmann* sagt treffend: „... Gerechtigkeit existiert nicht jenseits der Gerechtigkeitsurteile, die stets ein rationales und ein emotionales Moment enthalten.“⁵⁰ Gerechtigkeit wird folglich erst im Gerechtigkeitsurteil konkret. *Kaufmann* deutet des Weiteren an, dass dieses Urteil nicht nur ein kognitives, sondern auch ein emotionales Element hat. Das emotionale Element widerspricht dabei nicht – wie noch zu zeigen sein wird – dem Anspruch auf Rationalität des Urteils und seiner Begründung. An dieser Stelle lässt sich schon sagen, dass eine Berücksichtigung der Gefühle bei der Urteilsfindung wohl dann dem Wunsch nach Rationalität nicht entgegen steht, wenn das Urteil in einer bestimmten Weise zustande kommt. Dies führt zum „Wie“ der Urteilsfindung im konkreten Fall.

3.1.4. Verfahrensgerechtigkeit

Gerechtigkeit allein im „Wie“ der Urteilsfindung zu realisieren ist ein Anspruch der sogenannten Verfahrensgerechtigkeit. Dieses Prinzip gibt aber keine materiellen Inhalte vor, vielmehr wird Gerechtigkeit aus der Erfüllung formaler prozeduraler Anforderungen abgeleitet wie Transparenz, Gehör, Mitsprache usw. Wenn die Prinzipien der Verfahrensgerechtigkeit erfüllt sind, gewinnen die Parteien wohl das Gefühl, alles sei fair und gerecht gelaufen, auch wenn das Ergebnis nicht unbedingt positiv für sie ausfällt.⁵¹ Interessant sind dabei insbesondere solche Elemente der Verfahrensgerechtigkeit, die auf bestimmte Diskursvoraussetzungen für die Mediation verweisen. Es werden (i) Kontrolle über Verfahrensaufnahme und Ausgang, (ii) Konsistenz im Hinblick auf Gehör und Mitsprache, (iii) Unvoreingenommenheit im Sinne von Willkürfreiheit von Informationen und Argumenten, (iv) Genauigkeit im Sinne der Prüfung des Wahrheitsgehalts von Informationen, (vi) Interaktionale Fairness im Sinne von Achtsamkeit, Respekt

⁵⁰ Kaufmann 1984b, S.10

⁵¹ Schmitz 2004, S. 219; vgl. auch Friedrich 2012, S. 181ff; Streicher 2010), S. 101ff; Klinger/Bierbrauer 2006, S. 71ff.

und das Halten an Verfahrensvereinbarungen genannt.⁵² Das Anliegen der Verfahrensgerechtigkeit ist im Ergebnis die Ermittlung der Voraussetzungen dafür, dass dem besseren Argument Raum gegeben wird, um zu überzeugen und um auf dieser Basis zum begründeten Konsens zu gelangen, der keine Gegenargumente mehr kennt. Dieser Befund führt zu den später noch darzustellenden Voraussetzungen des praktischen Diskurses im Sinne der Diskursethik. Am Beispiel des Mediationsverfahrens wird dabei deutlich werden, dass diese und weitere Diskursvoraussetzungen den Rechtfertigungsgrund für den Konsens nicht nur am „Wie“ fest machen, sondern auch das „Was“ einschließen, wie *Kaufmann* fordert, nämlich den Menschen in seinen Beziehungen und mitkonstituierten Grundbedürfnissen, die seine Würde ausmachen, Respekt und Solidarität verdienen⁵³ und die miteinander ausbalanciert oder – anders ausgedrückt – in unser intersubjektives Erleben integriert werden müssen.

3.1.5. Die Begründung von Gerechtigkeit

Aus den Gerechtigkeitsprinzipien als Argumentationsfiguren und den prozeduralen Elementen der Verfahrensgerechtigkeit ergibt sich, dass Gerechtigkeit in der Mediation wohl Gegenstand eines gewissen formale Bedingungen erfüllenden Argumentations- und Begründungsprozesses sein muss. Was diesen Prozess ausmacht und warum der auf dieser Grundlage gefundene Konsens auch zu einem gerechten Ergebnis führen kann, wird nachfolgend zu untersuchen sein. Dabei wird nur an geeigneter Stelle zwischen universalisierbaren moralischen Grundsätzen und einer der Individualsphäre zuzuordnenden lebensweltlichen Sittlichkeit (z.B. wie isst man richtig mit Messer und Gabel oder doch besser gleich mit Stäbchen), die einem Konsens nur bedingt zugänglich ist, unterschieden. Grund hierfür ist, dass der Unterschied zwischen Moral und Sittlichkeit selbst wieder nur diskursiv bestimmbar ist.⁵⁴ Deshalb wird im Folgenden Gerechtigkeit allgemein mit der Richtigkeit eines Tuns oder Unterlassens oder dem Sollen umschrieben.

⁵² Schmitz 2004, S. 219.

⁵³ Kaufmann 1984b, S. 40ff.

⁵⁴ Habermas 1983, S. 113;

3.1.6. Die Schwierigkeit in der Begründung des Richtigen

Der Grund für die besondere Schwierigkeit im Umgang mit Gerechtigkeitskonflikten liegt darin, nachvollziehbare Begründungen dessen, was richtigerweise zu tun oder zu unterlassen ist, in den Diskurs einzubringen. Anders als Meinungsverschiedenheiten über Objekte und Tatsachen, bei denen es um Aussagen über die Wahrheit dessen geht, was der Fall oder nicht der Fall sein könnte, stehen für Gerechtigkeitsfragen im nachmetaphysischen Denken keine ontologischen Vorgaben zur Verfügung, von denen sich Geltungsansprüche für das Sollen oder Nichtsollen ableiten ließen, und auch der Rechtspositivismus gilt als überwunden.⁵⁵ Auch Fiss vertritt anscheinend weder eine metaphysische noch eine rechtspositivistische Position, sondern eine kontraktualistische, da er dem Medium Recht zwar ein gewisses Primat in einer demokratischen Gesellschaft einräumt, ihm andererseits jedoch Fehlbarkeit zuschreibt.⁵⁶

3.1.7. Aspekte der Verständigung

Um in der Mediation über die Richtigkeit eines Tuns oder Unterlassens sprechen zu können, müssen weitere Klärungen zwischen den Parteien stattfinden. Es sind neben Meinungsverschiedenheiten über Sachverhalte vor allem auch die für den Konflikt relevanten Interessen und Bedürfnisse der Parteien – ontologische Bezüge also, die auf die Frage der Richtigkeit Einfluss nehmen und besprochen werden müssen. Sachverhalte können nun aufgearbeitet werden, in dem eine Situation rekonstruiert wird, bislang nicht bekannte Ereignisstränge einbezogen, Gutachten (z.B. über einen technischen Fehler) erstellt werden usw. Bei Sachverhalten geht es folglich um eine Verständigung über die Wahrheit oder Nicht-Wahrheit von Tatsachen und Ereignissen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Wahrheit bestimmten theoretischen Wahrheitsansprüchen genügt, entscheidend ist vielmehr allein die gemeinsame Verständigung darüber, was als wahr gemeinsam akzeptiert werden kann.

⁵⁵ Siehe Kaufmann 2011, S. 26ff.; allerdings hat das richtige Sollen, wie Kaufmann betont, immer einen relationalen personalen Bezug und ist damit auch ontologisch, siehe Kaufmann 1984, S. 41f. Die Ontologie beschränkt sich aber nach hier vertretener Auffassung und Bezug nehmend auf Siegel 2017, S. 26ff, 76, 262 auf den menschlichen Geist als interner und relationaler („between ourselves and others and the world“ S. 48 ebd.) Selbstorganisationsprozess von Energie und Informationen.

⁵⁶ Fiss 2009, S.1275, 1277.

In gewisser Hinsicht gehören zum Sachverhalt auch die Interessen und Bedürfnisse. Dabei handelt es sich aber primär um innerpsychische Vorgänge und Befindlichkeiten, die über die Körpersprache hinaus letztlich nur sprachlich (unter Umständen noch bildlich unterstützend) vom Betreffenden vermittelt werden können. Hierfür stehen grundsätzlich keine dem Zeugen- oder Gutachterbeweis diskursiv zugänglichen Wahrheiten zur Verfügung, sondern nur der Ausdruck der Person selbst. Die diesbezügliche Wahrheit der Person ist nicht davon unabhängig, dass dem Gegenüber der Ausdruck berechtigt oder angemessen erscheint, da die Bedürfnisse und Gefühle unabhängig von ihrer Bewertung durch Dritte einfach da sind. Trotzdem kann der Ausdruck sinnvoll hinterfragt werden, da er durch bewusste oder unbewusste Täuschungen beeinflusst sein kann. Es ist die Authentizität des Sprechers, die als Orientierung für die Innenwelt des Sprechers heranzuziehen ist. Diese kann zwar nicht unter dem Gesichtspunkt der Wahrheit, aber unter dem der Wahrhaftigkeit kritisiert werden.

Der aus Wahrheit und Wahrhaftigkeit zusammengesetzte „Sachverhalt“ stellt im Übrigen die Weiche und gibt den Kontext für das mögliche Sollen der Parteien in der gegebenen Situation; er öffnet das Gespräch über die Richtigkeit eines Tuns oder Unterlassens. Der dem Konsens vorausgehende Argumentations- und Begründungsvorgang in der Mediation umfasst damit unterschiedliche kommunikative Strukturen. Diese lassen sich mit einer Theorie kommunikativen Handelns beschreiben.

3.2. Gerechtigkeit und Kommunikatives Handeln

3.2.1. Die Geltungsansprüche Wahrheit, Wahrhaftigkeit und Richtigkeit

Wie *Habermas* in seiner Theorie kommunikativen Handelns zeigt, hat letztlich jeder sprachliche Akt immer nur drei Bezüge, d.h. jedes kommunikative Handeln kann im Substrat nur vor dem Hintergrund der Wahrheit, Wahrhaftigkeit und der Richtigkeit hinterfragt, geklärt und entschieden werden.⁵⁷ Diesen Bezügen liegt ein Bezugssystem des Sprechers zugrunde, das kommunikationstheoretisch mit den von *Popper* analysierten drei Welten beschrieben werden kann. Es handelt sich um (i) die Welt 1/objektive Welt als Inbegriff alles Physischen und solcher

⁵⁷ Habermas 1981a, S.149, 412ff.

Entitäten, über die wahre Aussagen gemacht werden können (der Geltungsanspruch ist die Wahrheit), (ii) die Welt 2/subjektive Welt als Gesamtheit der Bewusstseinszustände, zu denen nur der Sprecher einen privilegierten Zugang hat (der Geltungsanspruch ist die Wahrhaftigkeit) und (iii) die Welt 3/soziale Welt, in der Welt 1 und 2 einfließen und die die Produkte des menschlichen Geistes wie theoretische Systeme, Problemlösungsvorschläge sowie die Gesamtheit aller (legitim) geregelten Beziehungen erfasst - Geltungsanspruch ist die Richtigkeit.⁵⁸ Auch das von *Adrian Schweizer* in Anlehnung an *Ken Wilber* und *Grinder/DeLozier* zur Prüfung nachhaltiger Lösungen in der Mediation vorgestellte Modell der Wahrnehmungspositionen - Wahrheit/individuell/kollektiv und Wahrhaftigkeit/individuell/kollektiv - hat diese drei Weltbezüge, wobei die soziale Welt im kollektiven Element zu verorten ist.⁵⁹ Die im Bezugssystem der drei Welten jeweils erhobenen Geltungsansprüche konstituieren (i) sog. theoretische Diskurse, in denen die Wahrheit von Annahmen in der objektiven Welt und die Wirksamkeit teleologischer Handlungen diskutiert werden, (ii) sog. therapeutische „Diskurse“ (richtiger therapeutische Kritik),⁶⁰ die Expressionen und ihre Wahrhaftigkeit zum Gegenstand haben und (iii) sog. praktische Diskurse, bei denen es um die Richtigkeit und Angemessenheit von Handlungen vor dem Hintergrund normativer Erwartungen geht.⁶¹ In der kommunikativen Interaktion verschränken sich die Welten, so dass auch bei der kommunikativen Analyse und Kritik unterschiedliche Diskurse zusammentreffen und geführt werden können.

3.2.2. Das Nachrichten- und Wertequadrat der Klärungshilfe

In dieses Modell kommunikativen Handelns lässt sich das von *Schulz von Thun* für die Klärungshilfe entwickelte Nachrichtenquadrat, das den Vorgang zwischenmenschlicher Kommunikation in einen Sachaspekt, Beziehungsaspekt, Selbstoffenbarungsaspekt (Selbstkundgabe) sowie Appellaspekt (Bitte, Wunsch,

⁵⁸ Popper 1984, S. 18ff, 27f, 32; Popper 1973, S. 123ff.; Habermas 1981a, S. 115ff, 149.

⁵⁹ Schweizer 2009, S. 360.

⁶⁰ Habermas 1981a, S. 45 bezeichnet diesen Diskurs als therapeutische „Kritik“, da die Wahrhaftigkeit aufgrund des Fehlens eines thematisch analogen Gegenanspruchs des Kommunikationspartners einem Diskurs nur bedingt zugänglich ist.

⁶¹ Habermas 1981a, S. 45; die Angemessenheit von Wertstandards grenzt Habermas argumentationstheoretisch als ästhetische Kritik vom reinen moralisch-praktischen Diskurs ab. Grund hierfür ist das für die Diskursethik geltende Universalisierungsprinzip.

Befehl, Empfehlung, Verbot usw.) unterteilt,⁶² problemlos einfügen. Diese Kongruenz ist nicht zufällig, da sowohl *Habermas* wie auch *Schulz von Thun* durch das Organonmodell von *Karl Bühler* inspiriert wurden.⁶³

Der Sachinhalt (oder die Sachseite)⁶⁴ im Nachrichtenquadrat gibt an, worüber der Sprecher informieren möchte, und diese Aussage kann unter dem Gesichtspunkt der Wahrheit - entspricht dies den Tatsachen?- kritisiert werden (z.B. „Wir sind spät dran.“) Der Sprecher sagt des Weiteren etwas über sich selbst aus, wobei verschiedene Inhalte zusammentreffen können (z.B. „Ich habe es eilig. Pünktlichkeit ist mir wichtig.“). Alle möglichen Inhalte der Selbstkundgabe können diskutiert und unter dem Gesichtspunkt der Wahrhaftigkeit – was stimmt, geht es vielleicht doch noch um etwas anderes? – hinterfragt werden. Der Beziehungsaspekt ist meist noch vielschichtiger, enthält Du- und Wir-Botschaften⁶⁵ und verweist im Kern darauf, ob sich der Sprecher/der Empfänger richtig oder falsch, angemessen oder unangemessen, angenehm oder unangenehm verhält (z.B. „Es ist meine Pflicht als Teamleiter, Dich an den Termin zu erinnern.“). Die möglichen Beziehungsaspekte lassen sich damit unter dem Geltungsanspruch der Richtigkeit zusammenfassen, können aber auch Wahrheitsaussagen – z.B. „Ich bin der Teamleiter“ – enthalten, an die Richtigkeitsaussagen geknüpft werden.

Der Appellaspekt (z.B. „Beeile Dich!“) schließlich gibt den illokutionären Gehalt des Sprechaktes an und enthält keine weiteren Geltungsansprüche, die nicht bereits auf den anderen Ebenen besprochen und kritisiert werden könnten. Auf allen vier Ebenen kann es schließlich perlokutionäre Effekte des Sprechaktes geben, wie z.B. Angst oder Ärger, die sich nicht schon aus dem Sprechakt selbst ergeben, sich vielmehr erst in einem erweiterten Bedeutungszusammenhang ermitteln lassen und dadurch gekennzeichnet sind, dass etwas durch den Sprechakt bewirkt wird.⁶⁶ Diese Effekte können intendiert oder unbeabsichtigt eintreten, z.B. kann der Sachinhalt beim Hörer Angst auslösen oder der Beziehungsaspekt Ärger. Sind diese Effekte beabsichtigt, verbirgt sich hinter der verständigungsori-

⁶² Schulz von Thun 2013, S. 14f.

⁶³ Siehe Habermas 1981a, S. 372ff und Habermas 2009a, S. 70f zu Bühlers 1934 veröffentlichter Theorie der Sprachfunktionen; Schulz von Thun 2013, S. 33.

⁶⁴ Pörksen/Schulz von Thun 2016, S. 31.

⁶⁵ Schulz von Thun 2013, S. 31.

⁶⁶ Habermas 1981a, S. 389.

entierten Handlung, die als ein Prozess der Einigung unter sprach- und handlungsfähigen Subjekten beschrieben wird,⁶⁷ eine teleologische/strategische Handlung, bei der es nicht mehr um sprachlich vermitteltes Überzeugen geht, sondern um die Intention des Sprechers, Effekte mit Hilfe der Sprache manipulativ zu erreichen (z.B. der Satz „Wir sind spät dran“ soll den anderen unter Druck setzen).

Zahlreiche Fragetechniken und -arten stehen in der Mediation für die kommunikative Bearbeitung des Konflikts zur Verfügung.⁶⁸ Auch diese Fragen haben immer nur die genannten Bezüge, und die Techniken helfen, die entsprechenden Schichten der Kommunikation und die darunter liegenden Geltungsansprüche frei zu legen. Im Selbstkundgabe- und Beziehungsaspekt fließen auch die Werte der Parteien ein. Bei der Diskussion hierüber kann z.B. das Werte- und Entwicklungsquadrat der Klärungshilfe, das an die aristotelischen Überlegungen zur Tugend als Mitte zwischen zwei Extremen angelehnt ist,⁶⁹ helfen, einschlägige Differenzierungen vorzunehmen, um im konkreten Fall „den dialektisch strukturierten Daseinsformen zu entsprechen.“⁷⁰ Beispielweise kann das Gerechtigkeitsprinzip der Gleichheit in ein positives Wertepaar von Gleichheit und Individualität und in ein entsprechendes negatives „Wertepaar“ von Schematisierung und Egozentrik/Privilegierung aufgeschlüsselt werden.

Die Mediation kann folglich als ein Komplex kommunikativen Handelns begriffen werden, als Diskurs, der die Verständigung über Themen in der objektiven, subjektiven und sozialen Welt zum Gegenstand hat.

3.2.3. Moralisches Bewusstsein und Verständigung über Gerechtigkeit

Gerechtigkeit oder allgemein formuliert das richtige Tun oder Unterlassen ist, wie gezeigt, in einen Kommunikationszusammenhang eingebunden und scheint also eine Verständigung der Parteien über die richtige Handlung im Kontext der in den Konflikt einfließenden objektiven und subjektiven Welt vorauszusetzen.

⁶⁷ Habermas 1981a, S. 386.

⁶⁸ Kessen/Troja 2009, S. 307f; Schweizer 2009, S. 342ff; Krabbe 2014, S.186.

⁶⁹ Aristoteles 1983, S. 35ff, Abschnitt 1106b-1109b.

⁷⁰ Schulz von Thun 2013a, S. 43.

Der Erfolg der Verständigung drückt sich im Konsens über die erhobenen Geltungsansprüche aus, wobei die theoretischen und praktischen Diskurse sowie die therapeutische(n) Diskurse/Kritik situativ vernetzt sind. Im kommunikativen Handeln koordinieren die Akteure ihre Handlungspläne, wobei der höchste Grad der Handlungsrationalität im Einverständnishandeln erreicht wird,⁷¹ also in der Verständigung/Einigung (i) über den zu beurteilenden und maßgebenden Sachverhalt, der damit als wahr anerkannt wird, (ii) darüber, welche Anliegen und Bedürfnisse die Parteien authentisch (wahrhaftig) mit diesem Sachverhalt verbinden und (iii) darüber, was vor diesem Hintergrund richtigerweise getan oder unterlassen werden sollte. Auf der letzten Argumentationsebene können Gerechtigkeitsprinzipien, die als Argumentationsfiguren eingeführt werden, helfen, Geltungsansprüche zu formulieren.

Der damit verbundene Kommunikationsauftrag erscheint jedoch anspruchsvoll. Wie ausgeführt lassen die Gerechtigkeitsprinzipien aufgrund ihrer Unbestimmtheit unterschiedliche Inhalte und Interpretationen zu. Hinzu kommt, dass schon ihre Anwendungsvoraussetzungen strittig sind sowie ihr Verhältnis zueinander ungeklärt, insbesondere wenn Dilemmata ihre Unvereinbarkeit aufzeigen.⁷²

Das Führen eines komplexen, fast wissenschaftlichen Diskurses ist nun mit dem Anliegen der Mediation, einen Konflikt oder eine Meinungsverschiedenheit alsbald zu lösen, in der Regel nicht vereinbar und würde die Parteien wohl auch überfordern. Umfangreiche Differenzierungen werden aber möglicherweise gar nicht gebraucht, wenn die Parteien einen allgemeinen Gerechtigkeitsinn haben, der sie in die Lage versetzt, sich auf den Fall zu fokussieren und die dort relevanten ethischen Themen zu identifizieren und argumentativ zu bearbeiten. Damit stellt sich die Frage, was ein solches moralisches Bewusstsein ausmacht, ob es in der Mediation vorausgesetzt werden kann, und schließlich inwieweit und in welcher Hinsicht es als Kriterium für gerechte Ergebnisse taugt, insbesondere wenn man davon ausgehen muss, dass der Gerechtigkeitsinn der Parteien unterschiedlich ausgeprägt sein wird.⁷³

⁷¹ Genauer: im postkonventionellen Einverständnishandeln, Habermas 1981a, S. 383.

⁷² Vgl. auch Müller 2005, S. 81.

⁷³ Einen sprachanalytischen Gegenbeweis bringt Alexy 1983, S. 59f.

3.2.4. Notwendigkeit des Rückgriffs auf eine Theorie der Gerechtigkeit

Wenn also einerseits fraglich ist, ob das richtige Tun oder Unterlassen im konkreten Fall nur vom Medium Recht befriedigend entschieden werden kann, und wenn andererseits das moralische Bewusstsein der Parteien im konkreten Fall und ein von ihnen erzielter Konsens noch keine Gewähr dafür bieten, dass ein gerechtes Ergebnis erreicht wird, müssen für die Annahme eines gerechten Ergebnisses sowohl im Recht wie in der Mediation weitere Bedingungen aufgestellt werden. Der Theorie kommunikativen Handelns konsequent folgend werden dies die von der Diskursethik genannten Bedingungen sein. Dies bedarf der Begründung. Deshalb muss ein (die Mediation im Auge habender) Blick auf Theorien der Gerechtigkeit geworfen werden. Benötigt wird im Ergebnis eine prozedurale Theorie der Gerechtigkeit, die in kantischer Tradition den Menschen als sprach- und vernunftbegabtes Wesen im Prozess der Begründung dessen, was richtig ist, begreift.⁷⁴ Es wird gezeigt werden, dass die Verständigung über Gerechtigkeit der richtige Ansatz bleibt, jedoch nur unter Beachtung bestimmter Diskursvoraussetzungen, Diskursregeln und Haltungen die Begründung für Gerechtigkeit geliefert werden kann. Die Mediation wird sich im Sinne von *Kaufmanns* prozeduraler Konvergenztheorie als ein mögliches Modell für die reale Durchführung von Argumentationen als intersubjektiver Veranstaltung in einem geregelten Prozess erweisen,⁷⁵ dessen Gegenstand wie *Kaufmann* fordert nicht beliebig ist. Die Mediation hat den Menschen als in Beziehung stehende geistige⁷⁶ Person zum Gegenstand, die sich mit ihren Interessen und elementaren Bedürfnissen einbringt; damit geht es bei der Mediation ganz im Sinne *Kaufmanns* auch um Wertschätzung im Miteinander.⁷⁷

⁷⁴ Kaufmann 1989, S.9 ff.

⁷⁵ Habermas 1983, S. 67, 78ff., Kaufmann 1989, S.30.

⁷⁶ Siegel 2017, S. 262 sagt: „Our essence, our mind, is truly relational.“

⁷⁷ Kaufmann 1993, S. 277ff.

4. Moderne Gerechtigkeitsmodelle

4.1. Ein systemtheoretischer Blick

Unsere hochkomplexe, ausdifferenzierte Welt ist täglich geprägt von dem Miteinander der Menschen, von Begegnungen der unterschiedlichsten Art und auf verschiedenen Ebenen. Wir treten ständig in Interaktion mit Anderen, bringen unsere Erwartungshaltungen und Ziele, unsere Interessen und Bedürfnisse ein und antizipieren bzw. unterstellen, dass unser Gegenüber in strukturell gleicher Weise in die Interaktion eintritt. Die Kontexte dieser Interaktion wie Familie, Schule, Arbeitsplatz, geschäftliche Beziehungen, Umgang mit Behörden, Kauf-, Dienst- und Werkvertragsbeziehungen, Unterhaltung und Freizeit, um nur einige der Wichtigsten zu nennen, bilden systemtheoretisch betrachtet ein Netz organisierter Systeme, deren Möglichkeiten sich – wie wir beobachten können – ständig erweitern und in denen Lernprozesse stattfinden, die aber auch eine „laufende Überproduktion heterogener Wunschvorstellungen“ produzieren.⁷⁸

Je komplexer die Systeme und damit die Welt insgesamt werden, desto mehr besteht das Bedürfnis nach Strukturen, die Orientierung geben, durch die sich die Teilnehmer der Interaktionen der eigenen Erwartungen auch über den Enttäuschungsfall hinaus vergewissern und das Erwarten anderer mit den eigenen Erwartungen verbinden können.⁷⁹ Das Medium Recht als – so *Luhmann* – kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartung⁸⁰ erfüllt in besonderem Maße dieses Strukturbedürfnis, führt aber auch wie *Luhmann* schreibt zu „Verhaltenszumutungen“, u.a. deshalb weil das Recht, insbesondere das Privatrecht auf die Rechtsanwendung zugeschnitten sei; d.h. die richterliche Entscheidung wird in gewisser Hinsicht vom Gesetzgeber „vorprogrammiert“,⁸¹ um der Erwartungssicherung genügen zu können. Die damit einhergehende binäre Schematisierung von Recht und Unrecht sowie die Entwicklung einer universalistischen Entscheidungspraxis für jeden denkbaren Konfliktfall führe zu einer Ausdifferenzierung

⁷⁸ Vgl. dazu *Luhmann* 1981, S. 14ff, 29.

⁷⁹ *Luhmann* 1981, S. 17.

⁸⁰ *Luhmann* 1983, S. 43.

⁸¹ *Luhmann* 1981, S. 30f.

des Rechts als ein besonderes Sozialsystem, das Entscheidungen relativ autonom ohne Ansehen der Person treffe; die Zusammenhänge von Recht und sozialer Nähe, Recht und Liebe, Recht und Wahrheit würden dadurch nach Möglichkeit gelöst.⁸²

Das Medium Recht ist systemtheoretisch für die Frage nach Gerechtigkeit, wenn diese extrasystemisch von außen an das System herangetragen würde, unzugänglich.⁸³ Es kann zwar vermutet werden, dass das System Recht weniger Anpassungsbedarf hat, je mehr systemimmanente Gerechtigkeitserwartungen integriert sind, jedoch bleibt es beim oben beschriebenen Schematismus und der universalistischen Entscheidungspraxis, in welcher die konkrete Person und ihr individueller Lebenssachverhalt, soweit überhaupt möglich, erst eingebracht werden müssen.

Jedes System ist aber der Evolution zugänglich, so auch das System Recht, wenn die Bedingungen der Variierung (Erzeugung neuartiger Möglichkeiten an einem im Übrigen unveränderten System), der Selektion (Selektion brauchbarer Möglichkeiten und Abstoßen unbrauchbarer) und der Stabilisierung (Stabilisierung der brauchbaren Möglichkeiten) gegeben sind.⁸⁴ Bei der alternativen Streitbeilegung handelt es sich um Konfliktlösungsverfahren, die sich innerhalb des Systems Recht vor allem in den USA aus einem Anpassungsbedarf an Veränderungen im Subsystem Gerichtsverfahren entwickelt haben. Sie haben systemtheoretisch das Potential einer Evolution, wenn die für das System Recht brauchbaren Varianten der alternativen Konfliktlösung selektiert, unbrauchbare Modelle eliminiert werden und schließlich die brauchbaren Verfahren im System stabilisiert werden. Damit könnte der kritisierten Entwicklung doch etwas Gutes, eine Veränderung zum Besseren anhaften. Systemtheoretisch ist das „Bessere“ jedoch nur im Sinne größerer Funktionalität zu verstehen. Für die systemtheoretische Rationalität ist es jedenfalls ohne Belang, ob alternative Streitbeilegung zur Systemfunktion beiträgt, weil die individuelle Person und ihr konkreter Konflikt mit allen Aspekten der soziale Nähe, der Gefühle, Interessen und Bedürfnisse in das System Recht in größerem Umfang als bisher integriert werden und Verhaltens-

⁸² Luhmann 1981, S. 78.

⁸³ Kaufmann 2011, S. 137.

⁸⁴ Luhmann 1981, S. 14.

zumutungen damit abnehmen, oder aber weil in Harmonisierungskraftakten Konflikte erledigt werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Systemtheorie keine Antwort darauf gibt, ob das, was im System geschieht, gut, schlecht, erstrebenswert, leidvoll, gerecht oder ungerecht ist. Die Evolution ist jedenfalls wertneutral, und ob die Interaktionsteilnehmer die Entwicklung für gut oder schlecht erachten, ist lediglich als Umstand für die systemimmanenten Prozesse relevant.

Die Systemtheorie beschreibt zwar treffend die Funktion des Medium Rechts als (kontrafaktische) Stabilisierung von Verhaltenserwartungen, bleibt aber notwendig eine Antwort darauf schuldig, was gerecht ist und wie Gerechtigkeit herzustellen ist. Damit werden die Überlegungen wieder zurückgeworfen auf die Ausgangsfrage, wie sich Mediation zu Recht und Gerechtigkeit verhält, wie sich Wertekonflikte und ethische Dilemmata lösen lassen, wenn kein „Überwert“ zur Verfügung steht, sondern die Notwendigkeit besteht, den Konflikt an Ort und Stelle in Ansehung der Personen wahrzunehmen und zu behandeln.⁸⁵

4.2. Vom Utilitarismus über Rawls zur Diskursethik

4.2.1. Zufriedenheit und Glück

Naturrecht und Rechtspositivismus zur Begründung von Recht und Gerechtigkeit gelten als überwunden. Gesucht wird nach einem „dritten Weg“,⁸⁶ der das Subjekt/Objekt Schema objektivistischer Erkenntnis verlässt und den Menschen als interagierendes, kommunikatives und interpretierendes Wesen in den Mittelpunkt stellt; die Ethik soll für Raum und Zeit geöffnet und in diese Dimensionen übersetzt werden.⁸⁷ Diesem Anliegen könnte die Mediation als Konfliktlösungs- oder Entscheidungsverfahren für konkrete Parteien entgegen kommen. Mit dem Ziel der selbstverantwortlichen Lösungsfindung rückt die Mediation den Menschen wie er ist (und nicht wie er sein sollte) sowie seine persönliche Konfliktsicht im Kontext der konfliktrelevanten Interessen und Bedürfnisse in den Mittelpunkt. Befindlichkeit und Wünsche der Parteien erhalten Relevanz. Diese drücken sich auch in Gefühlen aus.

⁸⁵ Krainer/Heintel 2010, S. 30.

⁸⁶ Kaufmann 2011, S. 89.

⁸⁷ So Krainer/Heintel 2010, S. 37.

So wie Ungerechtigkeit schwierige Gefühle auslöst, dürfte Gerechtigkeit wohl zu „leichten“ Gefühlen wie Zufriedenheit und sogar Glück führen. Die mögliche Zufriedenheit der Parteien mit dem Verfahren oder Ergebnis der Mediation könnte mit dem beiderseitigen Win-Management und dem daraus resultierenden Nutzen, den die Parteien aus der Mediation ziehen, zusammenzuhängen.⁸⁸ Der ggf. im Vergleich zum Gerichtsverfahren größere Nutzen der Parteien könnte damit der Grund sein, warum mit Mediation Gerechtigkeit erzielt wird.

4.2.2. Utilitarismus

Der von *Bentham* begründete Utilitarismus bietet eine theoretische Grundlage für diese Sichtweise. Obwohl keine prozedurale Gerechtigkeitstheorie begründend, hat die Idee der Nutzenmaximierung eine große Bedeutung für die Mediation. So wird mit Mediation teilweise sogar eine Art Heilsversprechen verbunden (sog. Satisfaction Story),⁸⁹ indem Glück und Nutzen sowie eine Verringerung des Leidensdrucks in Aussicht gestellt werden.

Bentham sieht, dass das menschliche Dasein von Freude und Leid bestimmt wird. Das Prinzip der Nützlichkeit erkenne dieses Joch an und fordere ein Sollen, das Gewinn, Vorteil, Freude, Gutes und Glück nach einem hedonistischen Kalkül für die Mehrzahl der betroffenen Menschen schafft.⁹⁰ Dieser vordergründig schönen Vorstellung wohnt jedoch eine im Extremfall menschenverachtende Konsequenz inne. Das Glück des Einzelnen und seine Menschenwürde müssen im Zweifel geopfert werden, wenn dieses Opfer erforderlich sein sollte, um das Glück mehrerer anderer zu mehren. Die Unhaltbarkeit dieser Position wird u.a. beim Thema Folter deutlich (siehe z.B. die von der US-amerikanischen Regierung zugelassenen sog. „verschärften Verhörtechniken“⁹¹). Auch die oben erwähnten öffentlichkeitsrelevanten Fälle veranschaulichen das Problem. Die Parteien, die ihren Fall einvernehmlich und zufrieden einer Lösung zugeführt haben, mögen für sich den größten Nutzen erzielt und den anderen Betroffenen durch ihre Einigung auch

⁸⁸ Vgl. für viele von Schlieffen 2009a, S. 8 und 2009b, S.205.

⁸⁹ Siehe zur Satisfaction Story Busch/Folger 2005, S. 9ff, 20 m.w.N.

⁹⁰ Bentham 1975, Original 1823, S. 56f, 78ff.

⁹¹ Siehe Der Spiegel vom 15.12.2014 „Die dunkle Seite der Macht. Wie Amerika seine Werte verlor“, S. 82ff; siehe auch die Diskussion über Folter aus utilitaristischer Sicht bei Sandel 2013, S. 56ff.

keinen direkten Schaden zugefügt haben. Die für die Parteien nützliche Einigung kann aber nicht gerecht sein, wenn andere Betroffene von dieser Gerechtigkeit ausgeschlossen werden. Gleichheit, Freiheit und Menschenwürde lassen sich mit dem Utilitarismus von *Bentham* nicht vereinbaren.

Mill versuchte deshalb die Idee der Freiheit mit dem Utilitarismus zu versöhnen.⁹² *Mill* warf auch *Bentham* eine Art Harmonisierungsideologie vor; er wolle eine künstliche Harmonie der Interessen sicherstellen, indem er voraussetze, dass das Verhalten im Allgemeininteresse immer auch im Eigeninteresse sei.⁹³ *Mill* vertrat bereits ein auch u.a. in der heutigen humanistischen Psychologie vertretenes Menschenbild,⁹⁴ wonach der Mensch unbegrenzt lernfähig sei und sich im Sinne einer psychisch ganzheitlichen Person zu einem im aristotelischen Sinne edlen Charakter⁹⁵ mit einem Gerechtigkeitssinn entwickeln könne, der das Glück auch qualitativ und sozial einzuordnen verstehe.⁹⁶ Gerechtigkeitsfragen werden in dieser Theorie im Ergebnis zur bewussten Entscheidung an den Einzelnen zurückgegeben. *Mill* plädierte für die individuelle Freiheit autonomer und unabhängiger Menschen, die in ihrem Plan von einem guten Leben von staatlicher Bevormundung möglichst frei sein sollten.⁹⁷

Mills Arbeiten über den Utilitarismus und die Freiheit könnten ein Plädoyer auch für die Mediation sein. Verwirklicht sich der Mensch im Umgang mit Konflikten nicht optimal, wenn er in Eigenverantwortung und Selbstbestimmung eine gemeinsame Lösung zum beiderseitigen Nutzen mit seinem Gegenüber sucht?⁹⁸ Die Welt, die das Individuum mit seinen unterschiedlichen Fähigkeiten und Begabungen einschließt, setzt der eigenverantwortlichen Glücksmaximierung jedoch Grenzen. Dabei spielen nicht nur die oben beschriebene für den Einzelnen nicht zu managende Komplexität der Welt mit ihren Systemen und Subsystemen eine Rolle, sondern eben auch materielle, strukturelle und biologische Ressourcenknappheit, bzw. -verteilung. Die Situation, in die jeder Mensch hineingeboren

⁹² Sandel 2013, S. 71.

⁹³ Birnbacher 1981, S. 145.

⁹⁴ Kriz 2007, S.154ff.

⁹⁵ Aristoteles 1983, S. 19, Abschnitt 1100a: „das Glück setzt ethische Vollkommenheit und ein Vollmaß des Lebens voraus.“

⁹⁶ Birnbacher 1981, S. 143ff; Mill 2010, Original 1871, S.37, 93ff.

⁹⁷ Birnbacher 1981, S. 146f; Mill 2013, Original 1859, S. 108ff.

⁹⁸ In dieser Richtung Hoffman-Riem 2001, S.66ff.

wird, ist ein Lotteriespiel. Die Konflikte, die allein aus diesen Unterschieden und Zufälligkeiten resultieren, können selbstverständlich nicht allein selbstbestimmt und eigenverantwortlich (auch zeitlich nicht) beigelegt werden, vielmehr ist eine gesellschaftliche Struktur erforderlich, in der unter anderem das Medium Recht ein elementarer Bestandteil ist.

Der Utilitarismus wurde bis in die heutige Zeit wissenschaftlich weiterentwickelt,⁹⁹ und das ihm zugrunde liegende Nutzenprinzip hat auch andere Wissenschaftsbereiche wie z.B. die Ökonomie beeinflusst. So liegt beispielsweise der Spieltheorie eine utilitaristische Grundüberzeugung zugrunde, indem sie untersucht wie sich egoistische Spieler zu verhalten haben, um in einem Spiel mit Spielern gleichen Interesses den eigenen Nutzen zu maximieren.¹⁰⁰ Der Spieltheorie ist insbesondere ein Verständnis für die Nützlichkeit kooperativer Strategien und damit auch der Mediation zu verdanken. Je länger das Spiel dauert (bzw. die Beziehung in der Zukunft Relevanz hat) desto größer ist der Nutzen einer kooperativen Herangehensweise.¹⁰¹

4.2.3. Gerechtigkeit als Fairness bei Rawls

Der Utilitarismus als Gerechtigkeitstheorie muss aber seit dem Werk von *Rawls* zur Theorie der Gerechtigkeit als Fairness als überwunden gelten.¹⁰² Seiner Auffassung nach besteht Glück in der möglichen und am Ende erfolgreichen Ausführung eines vernünftigen und guten Lebensplans.¹⁰³ Die Lebenspläne sind naturgemäß individuell, hängen von den jeweiligen Fähigkeiten und Neigungen ab, der familiären Situation und gesellschaftlichen Stellung, den realistischen Möglichkeiten usw. und setzen sich aus vielen Teilplänen zusammen, die nicht systematisiert oder von einem einzigen Ziel abgeleitet werden könnten; es gibt wie *Rawls* überzeugend ausführt also kein einzelnes Ziel, das alle unsere Entscheidungen vernünftigerweise bestimmen könnte.¹⁰⁴ Der vernünftige Lebensplan ist nach *Rawls* trotzdem nicht beliebig, sondern setze die Orientierung an elementaren

⁹⁹ Siehe dazu Höffe 2013, S. 25ff.

¹⁰⁰ Axelrod 2012, S. 21; eine Zusammenfassung der Spieltheorie unter besonderer Berücksichtigung der Mediation findet sich bei Groß 2009, S. 1227f.

¹⁰¹ Axelrod 2000, S. 106ff, 113ff.

¹⁰² Zur Utilitarismuskritik schon bei Kant siehe Sandel 2013, S. 148ff.

¹⁰³ Rawls 1979, S. 595.

¹⁰⁴ Rawls 1979, S. 608.

Grundgütern voraus, und zwar Selbstachtung, Freiheit, Chancen, Einkommen und Vermögen.¹⁰⁵ Hinzu komme der „Aristotelische Grundsatz“, dass die Menschen unter sonst gleichen Umständen ihre Fähigkeiten einsetzen möchten und dass die Befriedigung umso größer ist, je besser entwickelt oder je komplizierter die beanspruchte Fähigkeit sei.¹⁰⁶ Rawls vermutet, dass die komplizierteren Tätigkeiten deshalb mehr Freude bereiten, weil sie das Bedürfnis nach neuen und vielfältigen Erfahrungen befriedigen und der Erfindungsgabe Raum geben.¹⁰⁷ Diese Vermutung wird heute von der Neurobiologie bestätigt.¹⁰⁸ Es ist deshalb nur konsequent den Grundgütern ein weiteres Grundgut hinzuzufügen, nämlich das die Neugierde und Weiterentwicklung einschließende Grundgut der Selbstverwirklichung.

Ein vernünftiger und guter Lebensplan muss nach Rawls darüber hinaus mit solchen anderer Menschen in bestimmter Hinsicht kompatibel sein. Die Menschen könnten, wenn nicht weitere Voraussetzungen erfüllt werden, Lebenspläne mit egoistischen Zügen entwickeln, die mit Blick auf die vorstehend genannten Grundgüter die Lebenspläne anderer Menschen in ungerechter Weise verletzen. Es sei deshalb ein Gerechtigkeitsinn einer moralisch entwickelten Persönlichkeit erforderlich, die mit abwägender Vernunft im Sinne einer Vorstellung des Rechten und Guten (im Sinne von Rawls' vollständiger Theorie des Guten) den Lebensplan entwickelt und verfolgt. Zur Begründung des Gerechtigkeitssinns nimmt Rawls Rückgriff auf die Moralpsychologie. In gewisser Anlehnung an die von Lawrence Kohlberg empirisch ermittelten Stufen moralischer Entwicklung vom Kind bis zum Erwachsenen - hierauf wird später noch konkreter einzugehen sein - benennt Rawls drei psychologische Gesetze einer ontogenetischen moralischen Entwicklung, die grob zusammengefasst bestimmen, dass der Betreffende in einem als gerecht und liebevoll empfundenen Umfeld aufwächst und erkennt, dass er und die Menschen, zu denen er eine Beziehung unterhält, von der Gerechtigkeit in der Gesellschaft Vorteile haben.¹⁰⁹ Die Erarbeitung der elementaren, für die Gesellschaft geltenden Gerechtigkeitsgrundsätze bildet den Kern von Rawls Werk. Was eine gerechte Gesellschaft ausmacht, bestimmt sich nach Rawls an-

¹⁰⁵ Rawls 1979, S. 472.

¹⁰⁶ Rawls 1979, S. 464f unter Verweis auf Aristoteles, Nikomachische Ethik, Buch 7, Kap. 11-14, Buch 10, Kap. 1-5; siehe z.B. Aristoteles 1983, S. 229ff, Abschnitt 1176b-1179b.

¹⁰⁷ Rawls 1979, S. 465.

¹⁰⁸ Vgl. z.B. Hüter 2015, S. 103ff.

¹⁰⁹ Rawls 1979, S. 532f.

hand der Prinzipien, auf die sich die Menschen hypothetisch einigen würden, wenn sie sich fiktiv in einen Urzustand versetzten und unter dem Schleier des Nichtwissens ihrer zukünftigen Situation in der Gesellschaft wählen müssten, was als grundlegend gerecht erscheint (diese sind nach *Rawls*, hier grob zusammengefasst: gleiche Grundfreiheiten, einschließlich Chancengleichheit, differenzierte Verteilungsgerechtigkeit und ein Vorrangsprinzip¹¹⁰). Gemäß seiner vollständigen Theorie des Guten¹¹¹ sei ein Lebensplan dann erst vollends vernünftig, wenn er mit diesen elementaren Gerechtigkeitsgrundsätzen in Einklang stehe.¹¹²

Obwohl die von *Rawls* entwickelten elementaren Gerechtigkeitsgrundsätze einleuchten, (weil wir wohl einen Gerechtigkeitssinn haben, der durch sie angesprochen wird), führt *Rawls* keinen theoriekonsistenten Grund dafür an, dass der Mensch im fiktiven Urzustand, der vielleicht durch eine egoistische Einstellung,¹¹³ jedenfalls aber durch das Fehlen eines sich in der Gemeinschaft erst entwickelnden Gerechtigkeitssinn gekennzeichnet ist, diese Grundsätze auswählen würde. Sicher hatte *Rawls* einen auch durch die Verfassung seines Landes geprägten Gerechtigkeitssinn, der ihn diese Grundsätze entwickeln ließ. Von diesem Gerechtigkeitssinn konnte er sich auch beim fiktiven Hineinversetzen in den Urzustand und der unparteilichen Bewertung des Nutzens für jeden Einzelnen nicht wirklich distanzieren. Darin liegt der Zirkelschluss, der *Rawls* vorgeworfen wird.¹¹⁴ Wie *Habermas* anmerkt ist seine Theorie der Gerechtigkeit letztlich eine Nachkonstruktion vorthoretischen Wissens.¹¹⁵ Den Rückgriff auf den Gerechtigkeitssinn - den es im Urzustand eigentlich nicht geben kann, weil dieser sich erst in der Gemeinschaft entwickelt – gibt *Rawls* indirekt selbst zu, indem er

¹¹⁰ Rawls 1979, S. 140ff; auf die Prinzipien muss hier nicht näher eingegangen werden; sie sind außerdem komplex. So gilt für die „gleichen Grundfreiheiten aller“ sowie für die „Chancengleichheit“ und „Verteilungsgerechtigkeit“ ein von *Rawls* detailliert entwickeltes Differenzprinzip. Die beiden zuerst genannten Prinzipien haben im Übrigen Vorrang und Freiheit hat Vorrang vor Chancengleichheit.

¹¹¹ Rawls 1979, S. 433ff. unterscheidet zwischen einer schwachen Theorie des Guten und einer vollständigen Theorie des Guten.

¹¹² Rawls 1979, S. 464. *Rawls* Gerechtigkeitstheorie ist im Ergebnis eine Vertragstheorie und spiegelt letztlich ein demokratisches, moralisches und rechtliches Verständnis wider, wie es vor allem der US-amerikanischen Gesellschaft zugrunde liegt.

¹¹³ Ob wir als rein egoistisch angelegte Wesen geboren werden, erscheint nach den Befunden der Neurobiologie zweifelhaft: das Autonomiestreben scheint vielmehr in enger Verbindung zu einem Zugehörigkeitsbedürfnis zu stehen; siehe für viele Hüther 2015, S. 89ff, 103.

¹¹⁴ Kaufmann 2011, S. 138.

¹¹⁵ Habermas 1983, S. 89.

sagt, dass seine Theorie der Gerechtigkeit als Fairness eine Theorie unserer moralischen Gefühle sei, wie sie sich in unseren wohlbedachten Urteilen im sogenannten Überlegungsgleichgewicht darstellen.¹¹⁶

In der Vorstellung vom Überlegungsgleichgewicht liegt nun der Schlüssel für die Weiterentwicklung der Theorie von *Rawls* bzw. für den theoretischen Ansatz, auf dessen Grundlage das Gerechtigkeitsthema nicht nur inhaltlich, sondern auch theoretisch überzeugender abgebildet werden kann. Das Überlegungsgleichgewicht hat nach *Rawls* die Funktion, die im fiktiven Urzustand erwogenen Gerechtigkeitsprinzipien in einen kohärenten Zusammenhang mit unseren wohl überlegten Urteilen zu bringen, die ohne Angst, Verwirrung, Druck, persönliche Nutzenkalküle und mit Vertrauen in ihre Richtigkeit gefällt werden.¹¹⁷ Jedoch unterlägen auch wohl überlegte Urteile Unregelmäßigkeiten und Verzerrungen, so dass sie an Hand anderer thematisch einschlägiger Urteile überprüft werden müssen. Prüfung, Abgleich und ggf. Modifikation unter Einbeziehung aller Umstände und sonst noch möglichen jeweils relevanten Urteile würden zum Überlegungsgleichgewicht führen.

Aufgrund der Komplexität der Welt, der Differenziertheit unserer Lebens- und Entscheidungssituationen und auch wegen der immer auch Einfluss nehmenden ganz persönlichen Betroffenheit des Urteilenden ist ein Überlegungsgleichgewicht monologisch (wie *Rawls* unterstellt) jedoch nicht zu schaffen, vielmehr bedarf es hierfür eines kooperativen Austauschs.¹¹⁸ Was eine solche Kooperation ausmacht und wie daraus auf gerechte Ergebnisse geschlossen werden kann, stellt *Habermas* in seiner auf der Theorie des kommunikativen Handelns aufbauenden Diskursethik vor.

4.2.4. Vom praktischen Diskurs zur Diskursethik

Die Analysen von *Rawls* zum vernünftigen Lebensplan bieten nun bereits wertvolle Erkenntnisse für die Mediation. Da jeder Lebensplan aus Teilplänen besteht, könnte ein Konflikt jedenfalls als Störung gegenseitiger Teilpläne verstanden werden. Es erscheint deshalb sinnvoll, bei der Ermittlung der Interessen und

¹¹⁶ Rawls 1979, S. 142.

¹¹⁷ Rawls 1979, S. 67.

¹¹⁸ Kaufmann 2011, S. 139.

Bedürfnisse in der Mediation auch darauf zu schauen, inwieweit der Konflikt die Lebens(teil)pläne der Betroffenen berühren könnte und inwieweit sie darauf angewiesen sind, diese einander anzupassen.

Den kooperativen Abgleich der Lebens(teil)pläne mit verschiedenen möglichen Urteilen über das, was vernünftig und gerecht sein könnte, kann folglich (nur) das Gespräch liefern und dieses muss, um das Überlegungsgleichgewicht zu erreichen, prinzipiell so lange fortgesetzt werden bis sich ein weiterer Austausch von Überzeugungen und Sichtweisen erübrigt, weil sich die Parteien des Gesprächs mangels weiterer Argumente über den Inhalt des Urteils einig sind. Das Sollen setzt folglich immer ein Einverständnis voraus, das in einem realen intersubjektiven Verständigungsprozess erreicht wird.¹¹⁹

Die Verständigung über das richtige Tun ist aber mit Schwierigkeiten verknüpft. Sie kann misslingen oder sogar unmöglich sein, wenn die Themen, welche die Richtigkeit von Handlungen betreffen, keinem Konsens zugänglich sind. Schließlich kann es auch sein, dass der Konsens nur scheinbar das Ergebnis einer echten Verständigung ist. Der praktische Diskurs muss folglich weitere Bedingungen erfüllen. Diese stellt *Habermas* in seiner Diskursethik vor.

Von großer Bedeutung für die Diskursethik wie auch für die Mediation sind nun die Plausibilisierungen, die *Habermas* (wie auch *Rawls*) mit Rückgriff auf die empirischen und philosophischen Arbeiten von *Kohlberg* über die Psychologie der Moralentwicklung vornimmt. Bei den untersuchten Entwicklungen handelt es sich vor allem um die Fähigkeit des Menschen zur Reflexion und Selbstreflexion, die in ihm als Potential angelegt ist, jedoch im Laufe des Lebens erst entwickelt werden muss und reift.¹²⁰

¹¹⁹ Habermas 1983, S. 77.

¹²⁰ Krainer/Heintel 2010, S. 41; siehe auch z.B. Siegel 2014, S. 69ff über die hierfür entscheidende Reifung des Präfrontalen Cortex.

5. Gerechtigkeitssinn, Perspektivenübernahme und Empathie

5.1. Moralstufen und Interaktionstypen

Auf der Grundlage einer hermeneutisch rekonstruktiven Methode hat *Kohlberg* eine Theorie der Ontogenese von Stufen im Gerechtigkeitsdenken der Menschen entwickelt. *Kohlberg* führte eine interkulturell angelegte Langzeitstudie über die Moralentwicklung von Kindern bis zum Erwachsenenalter durch und zeigte, dass die Entwicklung des Selbst mit der Entwicklung eines Gerechtigkeitssinns einhergeht, der, wie *Piaget* schon untersuchte¹²¹ und später u.a. auch *Selman*¹²² darlegte, dadurch gekennzeichnet ist, dass die Bedürfnisse und Gefühle anderer Menschen zunehmend mehr Beachtung finden und komplexere Vorstellungen von Reziprozität und Gleichheit entwickelt werden.¹²³

Kohlberg beschreibt sechs Moralstufen, die entwicklungslogisch der Reihe nach durchlaufen werden, d.h. keine der Stufen kann übersprungen werden. Jede Stufe ist nach *Kohlberg* umfassender und komplexer¹²⁴ und durch eine bestimmte soziale Perspektive sowie durch ein Begründungsschema über das, was richtig ist und warum es beachtet werden sollte, gekennzeichnet. Dies bedeutet, dass auf jeder Moralstufe Gerechtigkeit anders verstanden wird. Interessant ist dabei, dass - so *Kohlberg* - ein Mensch auf einer bestimmten Stufe der Moralentwicklung die Möglichkeit habe, Verständnis und Einsehen für moralische Argumente auf der nächsthöheren Stufe zu entwickeln, während für die übernächsthöhere Stufe erst die nächsthöhere Stufe innerpsychisch integriert sein müsse.¹²⁵ Umgekehrt jedoch sei es möglich, dass je nach Kontext und Anliegen der betreffenden Personen von jeder höheren Stufe aus auch Begründungsstrategien und Methoden der Handlungskoordination gewählt werden können, die unteren Stufen zuzuordnen

¹²¹ Piaget 1973, S. 223ff, siehe auch S. 23ff., 39ff., 66ff., 196ff.

¹²² Selman 1984, S. 54f.

¹²³ Kohlberg 1996; Original 1968, S. 25f.

¹²⁴ Diese Ansicht wird heute für die Stufen 4 bis 7 bestritten und angemerkt, dass z.B. die Stufe 5 nicht notwendig weniger komplexer ist als die Stufe 6; siehe Gerrig/Zimbardo 2008, S. 407.

¹²⁵ Kohlberg 1996, Original 1973, S. 94.

sind.¹²⁶ Da diese Befunde für Verständigungsprozesse in der Mediation höchst bedeutsam sind, werden nachfolgend die *Kohlbergschen* Moralstufen sowie die kommunikationstheoretischen Erläuterungen und Differenzierungen von *Habermas* dazu, die in kommunikative Interaktionstypen münden, näher erörtert.

Kohlberg stellt drei Ebenen der Moralentwicklung vor, denen hierarchische Stufen von 1 bis 6 im Zweierschritt zugrunde liegen: a) das präkonventionelle Niveau I, b) das konventionelle Niveau II und c) das postkonventionelle Niveau III.¹²⁷ *Habermas* seinerseits entwickelt in bewusster Kohärenz zu *Kohlberg* sechs Interaktionstypen, und zwar von der autoritätsgesteuerten Interaktion der Stufe 1 bis zum normbegründenden Diskurs der Stufe 6.

5.2. Autoritätsgesteuerte Interaktion (präkonventionell 1/6)

Stufe 1 des präkonventionellen Niveaus¹²⁸ beschreibt nach *Kohlberg* die heteronome Moralität der frühkindlichen egozentrischen Haltung, die maßgebend dadurch gekennzeichnet sei, dass die eigene und die Perspektive der Autorität miteinander verwechselt werden. Gehorsam wird hier als Selbstwert empfunden und der Grund für regelkonformes Verhalten ist die Vermeidung von Strafen. Nach *Habermas* handelt es sich um einen autoritätsgesteuerten Interaktionstyp, in dem die Kommunikationsrollen von Sprecher und Hörer auf die Ich-Du-Perspektiven ohne Beobachterperspektive beschränkt bleiben.¹²⁹

Ein mediativer verständigungsorientierter Prozess ist auf dieser Stufe nicht durchführbar. Der Schluss, dass in der Mediation wohl kein Interaktionstyp dieser Stufe zu erwarten sei, wäre aber verfrüht. Wie oben ausgeführt wurde, schließt die Entwicklungslogik der Moralentwicklung nicht aus, dass auch eine reifere Persönlichkeit auf unteren Moralstufen kommunikativ handelt. In einem stark religiös oder ideologisch geprägten Konflikt könnte z.B. die Beurteilung einer Handlung nach dem äußeren Erscheinungsbild bestimmend sein und eine Per-

¹²⁶ Kohlberg 1996, Original 1969, S. 70 Fn. 7 sagt, dass niemand beim Feilschen auf einem orientalischen Basar mit Stufe 6 argumentiert. Die Unfähigkeit, sich in niedrigere Stufen hineinzudenken sei das Zeichen des selbstgefälligen Pedanten und Tugendwächters.

¹²⁷ Kohlberg 1996, Original 1976, S. 128ff.

¹²⁸ Siehe Tabelle 1 bei Kohlberg 1996, Original 1976, S. 128.

¹²⁹ Siehe Tabelle 7 bei Habermas 1983, S. 176f.

spektivübernahme des anderen aus einer Haltung des Beobachters sich gerade vor dem Hintergrund des unbedingten Autoritätsanspruchs der Religion oder Ideologie verbieten. Die unvollständige Perspektivübernahme auf dieser Stufe, die wie *Habermas* erläutert durch eine fehlende Reziprozität der Handlungsorientierung gekennzeichnet ist,¹³⁰ schließt die Möglichkeit konsensualer Verständigung aus, so lange nicht die Bereitschaft und Fähigkeit besteht, in eine Perspektivenerweiterung einzutreten. Erst mit der Hereinnahme der Beobachterperspektive, die, wie unten beschrieben wird, die konventionelle Ebene charakterisiert, kann ein meditativer Prozess grundsätzliche Sinnhaftigkeit entfalten.

5.3. Interessengesteuerte Kooperation - (präkonventionell 2/6)

Stufe 2 des präkonventionellen Niveaus¹³¹ ist nach *Kohlberg* bereits durch eine konkret individualistische Perspektive und die Einsicht geprägt, dass es verschiedene individuelle Interessen gibt, die miteinander in Konflikt stehen können. Fairness und gleichwertiger Austausch werden schon als richtungsweisend erkannt, jedoch reduziert sich der Gerechtigkeitsinn auf die Nützlichkeit einer Handlung oder Regel für die eigenen Interessen und Bedürfnisse, wobei den Interessen und Bedürfnissen anderer aber durchaus ein Stellenwert eingeräumt wird. Gerechtigkeit als Wert spielt in diesen Absichts- und Handlungskontexten keine Rolle. Den Interaktionstyp auf Stufe 2 bezeichnet *Habermas* als interessengesteuerte Kooperation, wobei die Verhaltenserwartung wie bei Stufe 1 partikular und die Sozialperspektive egozentrisch bleibt.¹³²

Unabhängig von der ggf. weiter entwickelten Reife der moralischen Gesinnung der Parteien, kann, wie bereits oben ausgeführt, eine Interaktion auf unteren Stufen stattfinden, d.h. auch Personen mit ausgeprägtem Gerechtigkeitsinn können entscheiden, ihre Handlungspläne so zu koordinieren, wie es strukturell der Ebene 2 entspricht. Die Spieltheorie ist ein Beispiel für die Art und Weise wie auf Stufe 2 Handeln koordiniert wird. Die Handlungsorientierung ist strategisch und der Erfolg der Koordination hängt vom Grad des Ineinandergreifens egozent-

¹³⁰ Habermas 1983, S. 154f.

¹³¹ Siehe Tabelle 1 bei Kohlberg 1996, Original 1976, S. 129.

¹³² Siehe Tabelle 7 bei Habermas 1983, S. 176f.

rischer Nutzenkalküle ab.¹³³ Ziel ist, am Ende der Gewinner zu sein, wobei die Perspektive des Anderen, der das gleiche zu erreichen versucht, eingenommen und strategisch verarbeitet wird. Die Kooperation mit dem anderen hat jedoch die alleinige Funktion, das eigene Ergebnis in Fällen längeren Miteinanders zu verbessern.¹³⁴ Die Kooperation erscheint zwar im Interesse der Konfliktregulierung und des friedlichen Miteinanders auch darüber hinaus eine „gute Sache“ zu sein, stellt aber in diesen Kontexten keinen Wert dar, über den ein kommunikativer Austausch stattfindet. Die Kooperation steht und fällt vielmehr damit, wieweit sie der Erfüllung strategisch-instrumenteller Handlungspläne dient. Ein verständigungsorientiertes Handeln, das über die binäre Ich-Du Perspektive von Sprecher und Hörer eine Beobachterperspektive im Sinne einer unbeteiligten dritten Person in der Rolle des Zuhörers/Zuschauers voraussetzt,¹³⁵ findet spieltheoretisch nicht statt. Ein Spiel funktioniert auch ohne Beobachter, wenn vorausgesetzt wird, dass sich die Teilnehmer immer an die Regeln halten. Eine Betrachtung von außen, ob es sich um ein angemessenes oder sinnvolles Spiel handelt oder das Spielen des Spiels überhaupt rational ist, ist für das Gelingen des Spiels irrelevant.

Geht es folglich den Parteien rein um die selbstbezogene Verwirklichung strategisch-instrumenteller Handlungspläne und nicht um eine verständigungsbasierte Koordination, welche die Integration einer Beobachterperspektive erfordert, erscheint Mediation wenig Sinn zu machen. Die den Übergang vom strategischen zum kommunikativen Handeln kennzeichnende Verständigungsorientierung setzt eine Einstellung der Interaktionsteilnehmer voraus, welche die zumindest hypothetische Einbeziehung einer dritten Person als Zuhörer verlangt. Diese wird in der Mediation durch den Mediator zur Realität. Fehlt diese Verständigungsorientierung bzw. kann diese nicht hergestellt werden, ist auch ein Mediator fehl am Platz.

¹³³ Habermas 1983, S. 144.

¹³⁴ Axelrod 2012, S. 113ff. zur Erweiterung des Schattens der Zukunft.

¹³⁵ Habermas 1983, S. 156f.

5.4. Interpersonelle Konformität/Rollenhandeln - (konventionell 3/6)

5.4.1. Die Einbeziehung der Beobachterperspektive

Die oben dargestellte binäre Sichtweise verändert sich auf Stufe 3,¹³⁶ mit der nach der *Kohlbergschen* Struktur der Moralentwicklung das konventionelle Niveau II erreicht wird. Hier wird nicht nur die Perspektive des anderen berücksichtigt, vielmehr wird den Interessen des anderen, seinen Gefühlen und Erwartungen ein Stellenwert eingeräumt, der unter Umständen Vorrang vor der eigenen Bedürfnisbefriedigung haben kann. Es wird unter anderem mit der „Goldenen Regel“¹³⁷ argumentiert, Beziehungen und Rollen (Vater, Freund etc.) werden nicht nur unter Nützlichkeits-, bzw. Glücksaspekten subsumiert, vielmehr werden Liebe, Zuneigung, Wertschätzung, Vertrauen, Dankbarkeit etc. sowie der ehrenwerten Absicht Bedeutung zugemessen.

Auch wenn diese Moralstufe noch mit nicht weiter hinterfragten Stereotypisierungen arbeitet, wird bereits die soziale Welt in die Interaktion integriert, in dem die Handlungen auch aus der Perspektive einer dritten Person beurteilt und verstanden werden können.¹³⁸ Es tritt folglich die auf den vorangegangenen Stufen noch fehlende Beobachterperspektive hinzu. *Habermas* kennzeichnet den entsprechenden Interaktionstyp im Anschluss an *Mead* als Rollenhandeln,¹³⁹ da die Sozialperspektive auf die Primärgruppe von Familie, Freundeskreis, Sportgruppe etc. beschränkt bleibt, d.h. das sozial generalisierte Verhaltensmuster ist die soziale Rolle.¹⁴⁰

Mit der Integration der Beobachterperspektive öffnet sich die Tür für Mediation. Parteien, die sich freiwillig für eine Mediation entscheiden und sich zutrauen, in Selbstverantwortung eine Lösung ihrer Themen zu erarbeiten, müssen nicht nur zu einem reziproken Interessenverständnis in der Lage sein, sondern grundsätzlich auch zur gegenseitigen Achtung und Wertschätzung dergestalt finden kön-

¹³⁶ Siehe Tabelle 1 bei Kohlberg 1996, Original 1976, S. 129.

¹³⁷ „Was du nicht willst, dass man dir tu, das füg auch keinem andern zu“; dazu Dreier 2015, S. 6 unter Verweis auf Tobias 4,16.

¹³⁸ Habermas 1983, S. 157.

¹³⁹ Mead 1980, Original 1934, S. 244ff.; Habermas 1981b, S. 47ff.

¹⁴⁰ Siehe Tabelle 7 bei Habermas 1983, S. 176f.

nen, dass den Interessen des Gegenübers im Verhältnis zu den eigenen Achtung entgegen gebracht werden kann. Dies verlangt die Koordinierung von Teilnehmer- und Beobachterperspektive, d.h. die Beurteilung der Interessenssphären basiert auf der Fähigkeit und Bereitschaft, eine Sicht von außen auf die Handlungsstruktur sowie auf ein System ineinander transformierbarer Handlungsperspektiven einzunehmen, in denen Beobachterperspektiven mit den Ich-Du-Perspektiven zusammengewachsen sind.¹⁴¹

Der Entwicklungslogik von *Kohlberg* folgend können Gerechtigkeitsthemen auf Stufe 3 bearbeitet werden, wenn sich die moralische Entwicklung auf Stufe 2 befindet. Kommunikationstheoretisch müssen die Teilnehmer aber unabhängig vom Stand der moralischen Reife in der Lage sein, in den Perspektiven der Stufe 3 interagieren zu können.

5.4.2. Fähigkeit zur Einbeziehung der Beobachterperspektive

Fraglich ist, inwieweit die Fähigkeit zur rollenbezogenen Interaktion bei den Medianten vorausgesetzt werden kann. Die empirischen Forschungsergebnisse von *Kohlberg* haben belegt, dass bereits in der High School Zeit (Jugendliche um die 16 Jahre) die Ebene II (Stufe 3 und 4)¹⁴² entwickelt wird. Heute geht man davon aus, dass die Stufe 3 der Moralentwicklung in der Regel bereits mit 13 Jahren erreicht ist.¹⁴³ Gleiches gilt wohl auch für die kommunikativen Fähigkeiten der Perspektivübernahmen, die für Stufe 3 typisch sind, wie die empirischen Studien von *Selman* belegen.¹⁴⁴ Es liegen auch empirische Untersuchungen von *Clare W. Graves u.a.* zu insgesamt 8 nicht ontogenetisch zu verstehenden und teilweise auch kulturell und historisch bedingten Bewusstseinslevels vor, die nahelegen, dass der Interaktionstyp der Stufe 3 für Jugendliche typisch ist.¹⁴⁵ Die

¹⁴¹ Habermas 1983, S. 161.

¹⁴² Ein zwischendurch von Kohlberg festgestelltes Zurückfallen von College-Studenten auf die Stufe 2 (Regression) wurde von Kohlberg später nach neuerer Interpretation der Datenlage als eine Zwischenstufe 4 ½ auf dem Entwicklungsweg zur Stufe 5 gedeutet; Kohlberg 1996, Original 1973, S. 99ff. Die Stufe 4 ½ wurde in einem späteren Modell jedoch wieder fallen gelassen, in dem durch die Bildung von jeweiligen Unterstufen A und B zwischen weichen Entwicklungsniveaus des sozialen und moralischen Denkens und harten operativen Stufen, in denen Werthierarchien intuitiv erfasst werden, unterschieden wird. Siehe dazu Kohlberg 1996, Original 1984, S. 221ff.

¹⁴³ Gerrig/Zimbardo 2008, S. 407.

¹⁴⁴ Selman 1984, S.53ff.

¹⁴⁵ Die empirischen Befunde finden sich zusammengefasst bei Schweizer 2009, S. 326.

vorliegenden Forschungsergebnisse bieten deshalb eine gewisse Plausibilität dafür, dass Heranwachsende zwischen 13 und 16 Jahren kommunikativ in der Lage sind, die Beobachterperspektive in ihre Interaktionen zu integrieren. Sofern also keine psychischen Störungen oder sonstige Umstände vorliegen, welche die Entwicklung der Perspektivübernahmefähigkeit gehemmt oder verzögert haben, kann von einem entsprechenden Verständigungsniveau in der Mediation von Jugendlichen und Erwachsenen grundsätzlich ausgegangen werden.

5.5. Normengeleitete Interaktion - (konventionell 4/6)

Auf der Stufe 4¹⁴⁶ der moralischen Entwicklung nach *Kohlberg*, die sich ebenfalls noch auf dem konventionellen Niveau befindet, wird zusätzlich eine Systemperspektive eingenommen, welche die soziale Ordnung und auch das Medium Recht in Augenschein nimmt. Gesetz und Ordnung und die Achtung der rechtlichen und sozialen Regeln werden als wichtig für das Zusammenleben in der Gruppe und der Gesellschaft angesehen. Das Vertrauen in die Notwendigkeit und Autorität der Institutionen und ihrer Regeln ist darüber hinaus bereits einer hinterfragenden Betrachtung zugänglich, wenn sich ein Widerspruch zu anderweitig festgelegten sozialen Verpflichtungen ergeben sollte.

Der für diese Stufe relevante Interaktionstyp ist nach *Habermas* die normengeleitete Interaktion.¹⁴⁷ Die auf Stufe 3 noch eingenommene Primärgruppenperspektive wird durch die Sicht auf das über die Primärgruppe hinausreichende unpersonliche Kollektiv erweitert. Zur Struktur der Verhaltenserwartung zählt nun auch das gesellschaftliche Normensystem.

Die Wahrnehmung möglicher Widersprüche zwischen rollenbestimmten sozialen Verpflichtungen und den im Normensystem verankerten Verhaltenserwartungen erscheint ein notwendiger Bestandteil der zunehmenden Differenzierung in der Moralentwicklung zu sein. Ein unreflektierter Gehorsam gegenüber dem Medium Recht und den gesellschaftlichen Institutionen wäre ein Rückschritt auf Orientierungen, die denjenigen der Ebene I ähneln. Trotzdem steht auf der Moralstufe 4 eine Ausrichtung an prinzipiell unveränderbaren Rechts- und Ordnungssystemen

¹⁴⁶ Siehe Tabelle 1 bei Kohlberg 1996, Original 1976, S. 130.

¹⁴⁷ Siehe Tabelle 7 bei Habermas 1983, S. 176f.

im Vordergrund. Dadurch können Widersprüche und moralische Dilemmata auftreten, für die auf der Stufe 4 noch keine Lösungsleitfäden zur Verfügung stehen. Die Stufe 4 beschreibt letztlich ein funktionales Rollenhandeln von „Law and Order“¹⁴⁸ und entspricht damit den Bewusstseinsleveln 4 und 5 von *Graves u.a.*, die als konventionell, konformistisch (Level 4) und gewissenhaft (Level 5) bezeichnet werden.¹⁴⁹

Der Schluss, dass eine Handlungskoordination in der Mediation auf der Stufe 4 besonders schwierig ist, liegt deshalb nahe. Während auf Stufe 3 eine verallgemeinerte Systemperspektive noch außen vorbleibt und sich die Parteien aus der Rolle (als gutes Familienmitglied, wertgeschätzter Freund, loyaler Kollege etc.) auf die gegenseitigen Interessen und Bedürfnisse konzentrieren können, steht die Argumentation auf der Stufe 4 in rechtlich unterlegten Konflikten unter dem Primat der Rechtsordnung und hierarchischer Systemstrukturen. Eine Argumentation auf Stufe 4 ist deshalb durch eine gewisse Starrheit als Folge einer „Law and Order“ Haltung geprägt. Beispielsweise würde eine Führungsperson, die auf Stufe 4 interagiert, auf die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Pünktlichkeitspflicht bestehen, selbst wenn sie Verständnis für ihre unpünktliche Mitarbeiterin aufbrächte, die morgens ihr Kind in die Schule bringen muss und deshalb regelmäßig zu spät kommt. Der Vorgesetzte würde in diesem Interaktionsmuster nur dann anders reagieren, wenn es beispielsweise eine Betriebsvereinbarung (arbeitsrechtliche Norm) gäbe, die eine Verpflichtung begründete, auf die notwendigen Belange von Arbeitnehmerinnen mit Kindern durch Gleitzeitvereinbarungen Rücksicht zu nehmen. Entsprechend kommt *Adrian Schweizer* zu dem Ergebnis, dass ein Interessenausgleich in der Mediation auf den Bewusstseinsleveln 4 und 5 nach *Graves u.a.* noch nicht stattfinden kann, vielmehr Konfliktlösung nur durch Macht und Recht verstanden wird.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Apel 1988, S. 126.

¹⁴⁹ Schweizer 2009, S. 326.

¹⁵⁰ Schweizer 2009, S. 327.

5.6. Sozialer Kontrakt/Diskurs - (postkonventionell 5/6)

5.6.1. Der Übergang zum Diskurs der Normprüfung

Kohlberg äußerte im Jahre 1968 die Ansicht, dass die nächste Stufe 5 (postkonventionelles oder prinzipiengeleitetes Niveau)¹⁵¹ der offiziellen Moral der amerikanischen Verfassung entspreche.¹⁵² Es handele sich bei dieser Stufe um eine legalistische sozialvertragliche Orientierung oder, anders ausgedrückt, um die Stufe des sozialen Kontrakts.¹⁵³ Richtige Handlungen würden in der Regel an Hand allgemeiner Regeln und Standards definiert, die von der gesamten Gesellschaft kritisch geprüft und in demokratischen Verfahren konsensorientiert und nicht notwendig unveränderlich festgelegt werden. Werte und Meinungen außerhalb dieser Grundordnung seien persönliche Angelegenheiten, bei denen man durch freie Übereinkunft bindend in die Pflicht genommen werden könne. Die normprüfende Orientierung erfolge anhand gesellschaftlicher Nützlichkeitsabwägungen, wobei bestimmte absolute Werte vorrangig seien.

Der Komplexitätsfortschritt zwischen Stufe 4 und 5 besteht einerseits darin, dass die Ausrichtung stärker am Gemeinwohl ausgerichtet ist als dies auf Stufe 4 der Fall ist, und andererseits dieser Gemeinwohlgedanke auch zu einer kritischen Hinterfragung bestehender Regeln anregt, wobei neben dem Gemeinwohl auch andere Werte in die Überlegungen einfließen können.

Habermas bezeichnet den Interaktionstyp der Stufe 5 als normprüfenden Diskurs.¹⁵⁴ Die Komplexität dieses Interaktionstyps erhöhe sich im Vergleich zur konventionellen Stufe dadurch, dass neben den Sprecher- und Hörerperspektiven nun auch die Gesamtheit der sozialen Welt, die sich von der persönlichen Lebenswelt abhebt, einbezogen wird. Auf der Stufe 5 erst findet nach *Habermas* der Einstellungswechsel von einer rein kommunikativen Handlungsstruktur der Sprecher und Hörer zu besonderer Form des Diskurses statt. Es handele sich aber noch nicht um einen praktischen Diskurs, in dem in diskursiver Begründung über Gerechtigkeit bzw. Sollenssätze konsensual entschieden werde, vielmehr setze

¹⁵¹ Siehe Tabelle 1 bei Kohlberg 1996, Original 1976, S. 131.

¹⁵² Kohlberg 1996, Original 1969, S. 53.

¹⁵³ Kohlberg 1996, Original 1973, S. 118.

¹⁵⁴ Siehe Tabelle 7 bei Habermas 1983, S. 176f., S. 137.

die Normprüfung vorgelagerte Gerechtigkeitsprinzipien voraus, die ihrerseits allerdings wieder der Begründung bedürfen. Der Interaktionstyp der Stufe 5 verlangt folglich noch nach einer Letztbegründung von Gerechtigkeit, für die keine Antworten zur Verfügung stehen. Das ist wohl auch der Grund, warum *Kohlberg* meint, dass derjenige, der sich auf der moralischen Entwicklungsstufe 5 befinde, noch Schwierigkeiten sehe, moralische und legale Gesichtspunkte zu integrieren.

5.6.2. Wie auf Stufe 5 argumentiert wird

Diese Schwierigkeit kann am obigen Beispiel des arbeitsrechtlichen Konflikts (Pünktlichkeit vs. familiäre Betreuungserfordernisse) verdeutlicht werden. Die Pünktlichkeit des Arbeitnehmers ist ein rechtlicher Anspruch, der nicht nur die Belange des Prinzipals an einer ordnungsgemäßen Dienstleitung berücksichtigt, vielmehr entfalten auch Gerechtigkeitsthemen wie unter anderem die Austauschgerechtigkeit von Leistung und Gegenleistung sowie die Gleichbehandlung hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer ihre Bedeutung. Daneben steht die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht – ebenfalls ein Gerechtigkeitsprinzip – die einen Ausgleich zur Abhängigkeit des Arbeitnehmers zum Gegenstand hat. Diese Gesichtspunkte können die Parteien in einer Interaktionsstruktur der Stufe 5 nun abwägen und kritisch hinterfragen. Strukturell wäre es der Führungsperson auf dieser Stufe jetzt möglich, Überlegungen darüber anzustellen, wie die arbeitsrechtliche Pünktlichkeitspflicht und das noch unregelte Fürsorgebedürfnis der Mitarbeiterin in ein bestehendes und ggf. anzupassendes Ordnungsschema integriert werden können. Jedoch würde sich die Führungsperson auf dieser Interaktionsebene immer noch schwer tun, eine Ausnahme von der arbeitsrechtlichen Pünktlichkeitspflicht zuzulassen, wenn das zur Verfügung stehende Ordnungsschema nicht flexibel ist und sie befürchten könnte, mit einer Ausnahme die generellen Regeln in Frage zu stellen.

Trotz dieser Schwierigkeiten deutet sich aber an, dass ein verständigungsorientierter Interessenausgleich in der Mediation vor allem in rechtlich unterlegten Konflikten erst greifen kann, wenn kommunikatives Handeln mindestens auf der Interaktionsebene 5 stattfindet. Erst auf der Ebene 5 kann zum rechtlichen Rahmen, in den die Themen und Positionen eingebettet sind, eine prüfende Distanz eingenommen werden, um der Analyse von relevanten Interessen und Bedürfnissen, die sich in den Kontext einer umfassenden sozialen Welt einfügen, Raum zu geben. Jedoch fehlt auf der Ebene 5 noch das Element der Normbegründung, d.h.

die Normprüfung und das kritische Hinterfragen der Norm führen bei diesem Interaktionstyp noch nicht zu einer diskursiven Begründung von Normen oder Sollenssätzen, die dem vorhandenen rechtlichen Regelsystem noch nicht unmittelbar entnommen werden können. Hält das Medium Recht keine Prinzipien und Rechtsprogramme bereit, die eine angemessene Lösung des Konflikts erlauben, kann ein Gerechtigkeitsdissens auf dieser Interaktionsebene nicht aufgelöst, sondern allenfalls „verglichen“ werden. Für eine Auflösung wäre vielmehr ein Diskurs erforderlich, der aus dem Medium Recht heraustritt und in die freie Begründungsprozedur des richtigen Tuns und Unterlassens eintritt.

5.6.3. Mediation und das Thema der Universalisierbarkeit

Auf der Stufe 5 wird erstmals eine Unterscheidung zwischen den in Verfassung und Rechtsordnung festgelegten ethischen Prinzipien und den persönlichen außerrechtlichen Wertstandards getroffen, die von *Kohlberg* auch als Ausdruck einer staatsfreien individuellen Privatsphäre aufgefasst werden. Diese Überlegungen folgen einer Abgrenzung zwischen universalisierbaren Gerechtigkeitsfragen, die für die kollektive Gemeinschaft Relevanz entfalten, und solchen, die der persönlichen Entscheidung des Einzelnen und seiner Vorstellung von einem guten Leben vorbehalten bleiben. Die Stufe 5 scheint deshalb mit der Mediation insoweit nicht vereinbar zu sein, wie der Universalisierungsgedanke greift. In der Mediation geht es schließlich nicht darum, universalisierbare Gerechtigkeitsfragen zu behandeln, sondern darum, wie der individuelle Konflikt interessengerecht behandelt und ggf. gerecht gelöst werden kann. Deshalb sind auch Belange der persönlichen Lebenswelt der Parteien in ihrer situativen Einbettung von Bedeutung, auch wenn diese nicht im Sinne einer allgemein gültigen Norm universalisiert werden können. An der Notwendigkeit, die persönliche Lebenswelt einzubeziehen, zeigt sich bereits, dass der Universalisierungsgedanke eine personalistische Ergänzung erfahren muss. Auch im situationsrelevanten Ausschnitt der persönlichen Lebenswelt ergeben sich schließlich Fragen zu verallgemeinerungsfähigen Handlungsmaximen, die, wenn auch in ihrer konkreten Ausgestaltung vielleicht nicht über die Konfliktparteien hinaus verallgemeinerungsfähig, zumindest aber für die Betroffenen des Konflikts einem Verallgemeinerungstest standhalten und damit konsensfähig sind.¹⁵⁵ Hierauf wird später noch zurückzu-

¹⁵⁵ Dies konstatierend Habermas 1983, S. 74; siehe auch Habermas 1981b, S. 187ff.

kommen sein. Im Ergebnis geht es jedenfalls darum, wie *Apel* formuliert, im Diskurs diejenigen Normen zu begründen, welche die reziprok geltenden Bedingungen für die Realisierung des guten und befriedigenden Lebens festlegen.¹⁵⁶

5.6.4. Perspektivenübernahme und Empathie

In der psychologischen Forschung besteht wohl Einverständnis darüber, dass viele Erwachsene eine moralische Entwicklung der Stufe 5 im Sinne *Kohlbergs* nicht erreichen.¹⁵⁷ Es wird aber bezweifelt, ob jenseits der Stufe 3 noch eine tatsächliche Entwicklungslogik angenommen werden kann, d.h. ob die weiteren Stufen tatsächlich eine logische Ontogenese beschreiben oder vielmehr philosophischen Vorgaben für einen ausdifferenzierten Gerechtigkeitssinn geschuldet sind. Sollte es sich tatsächlich um eine Entwicklungslogik handeln, muss mit *Kohlberg* angenommen werden, dass eine Verständigung auf Stufe 5 nur gelingen kann, wenn sich die Parteien in ihrer moralischen Entwicklung mindestens auf Stufe 4 befinden. Ist die moralische Entwicklung auf Stufe 3 stehen geblieben, wäre eine Verständigung auf Stufe 5 nach *Kohlberg* nicht möglich; anders *Habermas*, nach dessen Typisierungen die Parteien auch auf Stufe 5 interagieren können, wenn sie sich mindestens auf Stufe 3 der Moralentwicklung nach *Kohlberg* befinden und damit zur Perspektivübernahme fähig sind. Den Untersuchungen von *Selman* folgend wird die Fähigkeit zur sozialen Perspektivübernahme ab dem Alter von 12 Jahren bis zum Erwachsenenalter (und prinzipiell ohne Endpunkt) entwickelt.¹⁵⁸ Für den Grad der Verständigungskompetenzen kommt es dann allein darauf an, in welchem Umfang unterschiedliche Perspektiven integriert werden können.¹⁵⁹ Eine bestimmte Moralentwicklung – die Perspektivübernahmefähigkeit vorausgesetzt – ist dafür wohl nicht erforderlich.

Ein anderes Ergebnis könnten jedoch die Ausführungen von *Schweizer* nahe legen. Ihm zunächst folgend könnte vermutet werden, dass die Fähigkeit zur Perspektivübernahme einen postkonventionellen Bewusstseinslevel der Ebenen 6, 7 oder 8 nach den Kategorien von *Graves u.a.* erfordert.¹⁶⁰ *Schweizer* meint, dass

¹⁵⁶ *Apel* 1988, S. 147.

¹⁵⁷ *Gerrig/Zimbardo* 2008, S. 407.

¹⁵⁸ *Selman* 1984, S. 54f.

¹⁵⁹ Zu den Voraussetzungen verständigungsorientierten Handelns siehe *Habermas* 1983, S. 152, 144ff.

¹⁶⁰ *Schweizer* 2009, S. 326f.

nur auf diesen höheren Bewusstseinssebenen eine Verständigung über Interessen jenseits von Macht und Recht möglich sei.

Angeblich erreichen jedoch insgesamt nur 10% der Bevölkerung der westlichen Welt die von *Schweizer* unterstellte Bewusstheit der Ebene 6, wobei der Anteil in der politischen Elite bei 15% liege; auf der Ebene 8 seien es dann nur noch 0,01% im allgemeinen und 1% für die politische Elite.¹⁶¹ Die notwendige Schlussfolgerung wäre, dass Mediation im hier verstandenen Sinne dann nur für einen kleinen Teil der Bevölkerung überhaupt in Betracht gezogen werden kann. So weit geht *Schweizer* aber nicht, sondern wendet sich in seinen weiteren Untersuchungen von dem Schema der Bewusstseinslevels ab, um sich im Sinne der Interaktionstypen von *Habermas* ebenfalls auf die Fähigkeit zur Perspektivübernahme zu konzentrieren. Dabei unterstellt auch er wohl, dass die Perspektivübernahme auch von Personen auf niedrigeren Bewusstseinslevel geschafft werden kann. Er beschreibt insgesamt vier für die Mediation notwendige Perspektiven: Ich/Du/neutraler Dritter/systemische Perspektive.¹⁶² Diese Perspektiven sind weitestgehend kongruent mit den Perspektiven, die *Habermas* im Interaktionstyp des Levels 5 voraussetzt.

Die bisherigen Überlegungen zeigen folglich, dass die erweiterten Fähigkeiten zur Perspektivenübernahme den Gerechtigkeitssinn ausmachen. Dabei handelt es sich um kognitive Fähigkeiten, die sprachlich ausgedrückt werden und den Typ kommunikativer Interaktion bestimmen. Beziehungselemente wie Liebe, Zuneigung, Dankbarkeit, Fürsorge und Wertschätzung etc. haben für den praktischen Diskurs dagegen nur insoweit Relevanz wie sich daraus kommunikativ vermittelbare Perspektiven ableiten lassen, die begründet werden können. Das erscheint unbefriedigend, da die kognitiven Fähigkeiten zur Perspektivenübernahme nicht notwendig mit einer Fähigkeit zur Resonanz im Affektbereich einhergehen, also mit einer affektiven Perspektivenübernahme, Empathie oder *compassion*. So kann ein Psychopath durchaus in der Lage sein, auf postkonventionellem Niveau zu argumentieren und kann einem Diskurs über die Normprüfung beitreten, wenn er über eine gut ausgebildete „Theory of Mind“ verfügt.¹⁶³ Hiergegen wäre grund-

¹⁶¹ Schweizer 2009, S. 326 und 327.

¹⁶² Schweizer 2009, S. 328f.

¹⁶³ Roth/Ryba 2016, S. 141.

sätzlich nichts einzuwenden, wenn man nicht die Gefahr der Manipulation heraufziehen sähe. Der in die Kommunikation zu übersetzende Gerechtigkeitsinn muss folglich mit einer Empathiefähigkeit einhergehen. Empathie meint dabei eine emotionale Perspektivenübernahme,¹⁶⁴ die sich von einem rein gedanklichen Vorgang unterscheidet, bei dem Gefühle des anderen zwar erkannt werden (z.B. an der Mimik), bei dem der Erkennende selbst aber völlig unbeteiligt bleibt. Es geht vielmehr um das wertschätzende Nachfühlen der Innerlichkeit der Menschen, mit denen wir in Interaktion treten.¹⁶⁵ Dieses Nachfühlen kann, wie unten noch näher ausgeführt werden wird, für den Diskurs „übersetzt“ werden, wenn im Nachfühlen eine Differenzierung zwischen dem eigenen Innenleben und der Innerlichkeit des Gegenübers stattfindet. Diese Differenzierung ist erforderlich, um sich auf einer emotionalen Ebene zu verbinden oder, anders ausgedrückt, um sich selbst und das Gegenüber in Verständigung zu integrieren.¹⁶⁶

Die Empathiefähigkeit und das Training von Empathie sind Gegenstand aktueller neurobiologischer Forschungen.¹⁶⁷ Es wurde festgestellt, dass es sich bei der Empathie um eine grundsätzlich angeborene Disposition handelt, die nur bei Psychopathen (weitgehend) fehlt und im Übrigen in unterschiedlicher Stärke und Prägung entwickelt wird.¹⁶⁸ Das Bindungs- und Empathiesystem zählt zu den insgesamt sechs psychoneuralen Grundsystemen, welche die neurobiologischen Grundlagen der Persönlichkeit bilden. Ab dem 3. Lebensjahr bis ungefähr zum 20. Lebensjahr entwickeln sich auf dieser Grundstruktur die Empathie als sozialer Schmerz und damit einhergehend Regeln moralischen und ethischen Verhaltens.¹⁶⁹

Wir werden noch sehen, dass Empathie zur kognitiven Verständigung hinzutreten muss, um eine Verbindung aufzubauen, die für die Qualität des Konsenses unerlässlich ist.

¹⁶⁴ Fischer/Fleckenstein/Fischer 2014, S. 143.

¹⁶⁵ Siegel 2017, S. 109ff, 304.

¹⁶⁶ Siegel 2017, S. 78, 302ff, 315.

¹⁶⁷ Siehe dazu Singer 2017, S. 256ff.

¹⁶⁸ Roth/Ryba 2016, S. 141; siehe auch Bornemann/Singer 2013, S. 184ff, S.195. Zum derzeit unter der Leitung von Tania Singer laufenden ReSource Projekt am MPI für Kognitions- und Neurowissenschaften in Leipzig siehe <https://www.resource-project.org/home.html> .

¹⁶⁹ Roth/Ryba 2016, S. 135ff, 116ff, 134.

5.7. Universelle ethische Prinzipien/Diskurs - (postkonventionell 6/6)

5.7.1. Eine philosophische Stufe

Stufe 6 (postkonventionelle Ebene) und die hier nicht weiter zu erörternde hypothetische Stufe 7¹⁷⁰ beschreiben die Orientierung an universellen ethischen Prinzipien, die nicht durch das Gesetz vorgegeben und im Übrigen kulturübergreifend sind. Auf dieser Stufe besteht die Überzeugung, dass das Gesetz diese Prinzipien zu implementieren hat, wenn es beachtet werden soll. Nicht das Medium Recht gibt die Ethik vor, vielmehr hat das Medium Recht diese Prinzipien zu berücksichtigen, um Geltung zu beanspruchen. Die Stufe 6 – so *Kohlberg* – sei im Sinne der Reversibilität die angemessenste Stufe in der Entwicklung des Gerechtigkeitsdenkens.¹⁷¹

Habermas geht zur Erläuterung der Stufe 6 über *Kohlberg* grundlegend hinaus. Der Interaktionstyp des Diskurses, der nach *Habermas* bereits für die Stufe 5 relevant ist, entfaltet auf dieser Stufe seine eigentliche Eigenschaft als praktischer Diskurs im Übergang vom Verfahren der Normprüfung zu einem Verfahren der Normbegründung.¹⁷² Zusätzliche Kommunikationskompetenzen in der Gestalt von strukturellen Perspektiverweiterungen sind nicht erforderlich. Erforderlich ist lediglich eine Perspektivenverschiebung zu einer universell-reziproken Sichtweise, bei der die von den vorgegebenen Kontexten gelösten, im Medium Recht verankerten Normen nicht mehr als Garantie für ihre Angemessenheit in der konkreten Situation angesehen werden, sondern Einzelfallgerechtigkeit durch die unparteiliche Anwendung von Sollenssätzen und Werten in sprachlicher Verständigung ermittelt wird.¹⁷³ Auf Stufe 6 werden alle Aspekte der relevanten Situation aus unterschiedlichen Perspektiven einschließlich der jeweiligen Systemlogiken (z.B. Familie, Eigentum, Unternehmen/Mitarbeiter)¹⁷⁴ berücksichtigt. Das kognitive Element des Gerechtigkeits sinns beschreibt dann die Fähigkeit, diese Perspektiven und Logiken zu sehen und koordinieren zu können.

¹⁷⁰ Siehe Tabelle 1 bei *Kohlberg* 1996, Original 1976, S. 132 zur Stufe 6 und *Kohlberg* 1996, Original 1984, S. 274f zur hypothetischen Stufe 7.

¹⁷¹ *Kohlberg* 1996, Original 1984, S. 233.

¹⁷² Siehe Tabelle 7 bei *Habermas* 1983, S. 176f.

¹⁷³ *Günther* 1988, S. 320.

¹⁷⁴ Siehe z.B. von *Schlippe* 2012, S. 288ff zu den Systemlogiken und Paradoxien in Familienunternehmen.

5.7.2. Perspektivenübernahme beim postkonventionellen Gespräch

Im obigen arbeitsrechtlichen Beispiel wäre die Führungsperson auf der kommunikativen Stufe 6 nunmehr in der Lage, über Handlungsmaximen zu sprechen, bei denen Fürsorge und Pünktlichkeit keine unvereinbaren Forderungen mehr abbilden. Einbezogen und koordiniert würden beispielsweise Perspektiven wie guter Arbeitsplatz/ Familie/ Gesundheit/ Diversity wie auch Unternehmen/ Mitarbeiter/ Shareholder Value. So könnte, wenn auch die Mitarbeiterin entsprechende Perspektiven zu übernehmen bereit und in der Lage ist, eine Verständigung darüber erreicht werden, dass einerseits die Pünktlichkeitspflicht aufrecht erhalten bleibt, andererseits aber begrenzte vertragliche Ausnahmen vereinbart werden wie z.B. ein späterer Arbeitsbeginn in Abhängigkeit vom Stundenplan des zu betreuenden Kindes.

5.7.3. Verständigungsvoraussetzungen

Obwohl *Kohlberg* in der Stufe 6 den vorläufigen Endpunkt der moralischen Entwicklung sah (die Stufe 7 ist nur hypothetisch), muss heute wohl davon ausgegangen werden, dass die Stufe 6 eine rein philosophisch begründete Stufe ist. Im Gegensatz zu seinen früheren Auswertungen stellte *Kohlberg* nach einer Neuinterpretation der Datenlage seiner Langzeitstudie fest, dass keiner seiner Probanden die Stufe 6 erreicht hatte und auch die Stufe 6 wohl hypothetisch sei.¹⁷⁵ Den Schluss, dass Stufe 6 empirisch nicht belegt werden könne, zieht *Kohlberg* jedoch nicht und meint mit *Habermas*, dass beispielsweise *Rawls* auf der Grundlage eines Gerechtigkeitssinns der Stufe 6 argumentiere, bzw. dass *Rawls* Theorie der Gerechtigkeit ein Beispiel für einen unter Staatsbürgern geführten praktischen Diskurs sei.¹⁷⁶ Erst auf der Stufe 6 sei im Übrigen eine einheitliche Entscheidungsrichtung bei der Lösung ethischer Dilemmata zu erwarten.

Aus der Stufe 6 als philosophisches und nicht entwicklungslogisches Modell ergibt sich, dass - selbst wenn man dem *Kohlbergschen* Verständnis einer Ontogenese der vorangegangenen Moralstufen folgt - sich die Teilnehmer in der Entwicklung eines Gerechtigkeitssinns nicht notwendig mindestens auf Stufe 5 befinden müssen, dass vielmehr Stufe 4 genügen würde. Löst man sich aber vom

¹⁷⁵ Kohlberg 1996, Original 1984, S. 371.

¹⁷⁶ Kohlberg 1996, Original 1984, S. 301ff.; Habermas 1983, S.104.

Konzept der moralischen Entwicklung und legt den Schwerpunkt auf die Interaktion, sind lediglich die oben beschriebenen Verständigungskompetenzen und Perspektivenübernahmen erforderlich, für die, wie ausgeführt, Stufe 3 die Grundlage bildet. Aus der Sicht der Theorie kommunikativen Handelns erlauben diese Kompetenzen bereits, an einem Diskurs auf Stufe 6 grundsätzlich teilnehmen zu können. Es kommt dann, wie *Benhabib* schreibt, entscheidend auf die Möglichkeit und Bereitschaft an, reflexive Distanz zu den eigenen Rollen und sozialen Systemen zu nehmen, den Standpunkt anderer zu berücksichtigen und auch aus ihrer Sicht argumentieren zu können.¹⁷⁷ Dabei spielt, wie noch zu zeigen sein wird, die Orientierung auch an solchen Werten eine Rolle, die möglicherweise für einen nur beschränkten Kreis universalisierbar sind, sich jedenfalls aber in universalisierbaren Grundbedürfnissen ausdrücken. Die Perspektiven auf Stufe 6 sind zwar komplexer als die auf Stufe 5, aber sie sind auch freier, da der Sozialkontrakt und das Medium Recht keine zwingenden systemischen Perspektiven mehr bilden, sondern in ein Netz unterschiedlicher systemischer Perspektiven eingewoben sind.

5.8. Praktischer Diskurs in der Mediation

Damit dürfte der Schluss erlaubt sein, dass in der Mediation (im jeweiligen konkreten Fall widerlegbar) ein praktischer Diskurs zur Begründung dessen, was im Kontext des Konflikts richtig und gerecht ist, geführt werden kann; oder anders formuliert, dass die Parteien einen Gerechtigkeitsinn haben, der es ihnen ermöglicht, moralische Urteile zu begründen und Werte abwägend zu berücksichtigen. Bei diesem Gerechtigkeitsinn handelt es sich in strenger diskursethischer Lesart um die Fähigkeit zur kognitiven Perspektivenübernahme. Dieser Aspekt des Gerechtigkeitssinns bildet das zu begründende Gerechtigkeitserleben aber noch nicht vollständig ab. Die ethischen Leitlinien, die Motivation und Verhalten bestimmen, sind neurobiologisch eng mit dem menschlichen Bindungs- und Empathiesystem verbunden.¹⁷⁸ Es spricht viel dafür, dass eine Tiefe und Differenziertheit in der Verständigung nur mit Empathie im Sinne eines Mitgefühls erreicht werden kann, das sich vom eigenen Gefühl abgrenzt.

¹⁷⁷ Benhabib 1995, S. 83.

¹⁷⁸ Vor allem im orbitofrontalen Bereich des Gehirns; näher dazu Roth/Ryba 2016, S. 141, 134f.

6. Die Person als Gegenstand des praktischen Diskurses in der Mediation

6.1. Gerechtigkeit und gutes Leben

6.1.1. Die diskursethischen Grundsätze

Der in der Mediation mögliche praktische Diskurs bedarf nun im Sinne der Diskursethik der Erfüllung weiterer Voraussetzungen. Der praktische Diskurs als Verfahren zur Begründung hypothetischer Normen stellt keine Voraussetzung für Gerechtigkeit dar, vielmehr ist das, was unter den noch darzustellenden Argumentationsbedingungen als einvernehmliches Ergebnis erzielt wird, ein Tun oder Unterlassen, das die Anerkennung als richtig und gerecht für sich in Anspruch nehmen kann. Die Notwendigkeit einer Letztbegründung entfällt damit. Jedoch sind die folgenden diskursethische Grundsätze zu beachten, d.h. Gerechtigkeit ist eine Qualität, die sich nach *Habermas* in der Erfüllung folgender Grundsätze herstellt: (i) das Universalisierungsprinzip (U), wonach ein strittiger Sollenssatz unter den Teilnehmern eines praktischen Diskurses nur Zustimmung finden kann, wenn „die Folgen und Nebenwirkungen, die sich aus einer allgemeinen Befolgung der strittigen Norm für die Befriedigung von Interessen jedes Einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen Betroffenen zwanglos akzeptiert werden können;“ und (ii) der diskursethische Grundsatz (D), „dass nur die Normen Geltung beanspruchen dürfen, die die Zustimmung aller Betroffenen als Teilnehmer finden (oder finden könnten)“,¹⁷⁹ wenn diese am Diskurs teilnehmen würden (Konsens der idealen Kommunikationsgemeinschaft). Dabei ist der Diskurs immer auf den realen Austausch von Argumenten als intersubjektiver Veranstaltung angewiesen.¹⁸⁰ Bei der Diskursethik handelt sich um eine deontologische formalistische Ethik, die Kants kategorischen Imperativ¹⁸¹ als Vorbild hat, wenn auch nicht

¹⁷⁹ Habermas 1983, S. 103.

¹⁸⁰ Habermas 1983, S. 67, 78ff.

¹⁸¹ Kants Kategorischer Imperativ lautet: „Handle so, dass die Maxime Deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.“ Kant 2014, Original 1788, S. 140.

im Sinne einer Handlungsorientierung, sondern vielmehr als Begründungsprinzip.¹⁸²

Erforderlich sind nach *Habermas* nicht wie bei *Rawls* Diskurse, die in *foro interno* durchgeführt werden, sondern wie ausgeführt reale Diskurse und damit Verfahren tatsächlicher intersubjektiver Verständigung.

Jedoch scheinen die diskursethischen Grundsätze (U) und (D) bei näherer Betrachtung für ein Mediationsverfahren zunächst nicht recht zu passen. Hierfür könnten zwei Gründe maßgebend sein, die beide auf ein Gerechtigkeits repräsentierendes demokratisches Rechtssystem verweisen. Zunächst ist ein theorieimmanenter Grund zu nennen: Wo der Universalisierungsgrundsatz nicht greift, ist kein Konsens im diskursethischen Sinne möglich. Dies ist nach *Habermas* bei nicht verallgemeinerungsfähigen persönlichen lebensweltlichen Themen der Fall, die nur in der Rechtsanwendung (und nur im Falle ihrer „Einschlägigkeit“) Berücksichtigung finden können, d.h. bei der Rückkoppelung der im Medium Recht verankerten (U) genügenden Normen an den Lebenssachverhalt. Der zweite Grund ergibt sich aus (D), und betrifft die ideale Kommunikationsgemeinschaft. *Habermas* sieht die raumzeitlichen und praktischen Beschränkungen real durchgeführter Diskurse und die prinzipielle Fehlbarkeit moralischer Einsichten, so dass nicht davon ausgegangen werden könne, regelungsbedürftige Konflikte könnten von den Betroffenen fristgerecht konsensual gelöst werden. Deshalb müsse das positive Recht zur Moral hinzutreten, um „in gesellschaftlich sensiblen Handlungsbereichen den Bedarf an funktional notwendigen Regelungen zu decken“.¹⁸³

6.1.2. Der Universalisierungsschnitt

Habermas meint, dass der Universalisierungsgrundsatz einen Schnitt zwischen normative Fragen der Gerechtigkeit und evaluative Fragen des guten Lebens lege.¹⁸⁴ Der individuelle Lebensplan wäre dann einem praktischen Diskurs nur insoweit zugänglich, als es um Themen geht, die über den lebensweltlichen und damit auch kulturellen Kontext hinausreichen und damit die Zustimmung aller

¹⁸² Habermas 1991, S. 54.

¹⁸³ Habermas 1991, S. 61f und Fn. 14.

¹⁸⁴ Habermas 1983, S. 113.

Betroffenen unabhängig von persönlicher Situation und kulturellen Besonderheiten finden können. Diese Trennung vermeidet, die Diskursethik dem Risiko eines Relativismus als Folge der Beliebigkeit des Einzelfalls auszusetzen. Auch liefert der Universalisierungsgrundsatz aus der Perspektive des Rechts das Instrument zur Bestimmung der Regelungsgrenzen, die der Freiheit des Individuums geschuldet sind.¹⁸⁵ Bestimmung und Handhabung des guten Lebens und der damit verbundenen Verhaltensweisen sind grundsätzlich ein Thema des selbstbestimmten Individuums und der Gruppe, in der es sich befindet. Soweit der Pluralismus der Lebensformen sich einer Universalisierung entzieht, muss er sich wohl dem Universalismus von Recht und Moral unterordnen.¹⁸⁶

Die konkrete, inhaltlich bestimmte Trennung zwischen Gerechtigkeit und evaluativen Fragen des guten Lebens lässt sich aber nicht der Diskursethik entnehmen. Die Diskursethik hat zwar, wie noch gezeigt werden wird, den Menschen in seinen Beziehungen zum Gegenstand, die konkreten Bedingungen der Diskursethik beschränken sich aber auf die formalpragmatischen Voraussetzungen des Diskurses. Das bedeutet, dass über die themenbezogene Unterscheidung und Trennung der Bereiche zunächst eine Verständigung erzielt werden muss, die im praktischen Diskurs erfolgt, d.h. ohne den praktischen Diskurs kann es keine Verständigung darüber geben, ob ein Sollen allgemein als Verpflichtung im Dienste der Gerechtigkeit angesehen wird oder ausschließlich dem individuellen Lebensplan des Einzelnen geschuldet ist, über dessen Richtigkeit konsensual nicht entschieden werden kann.¹⁸⁷ Gemeinsam entschieden werden kann aber darüber, dass diesem Plan Respekt und Achtung gebührt. Damit betrifft der Diskurs auch die mögliche Einbeziehung oder Nichteinbeziehung bestimmter Aspekte des guten Lebens, die entweder verallgemeinerungsfähig sind (ohne deshalb notwendig allgemein regelungsbedürftig zu sein) oder aber zumindest Respekt und Achtung verdienen. Der Universalisierungsgedanke kann die lebensweltlichen Themen nicht wirklich ausschließen, da auch persönliche Belange, gute Beziehungen und Fürsorge Relevanz haben. Hierauf hat bereits *Carol Gilligan* mit ihrer Kritik an *Kohlberg* hingewiesen.

¹⁸⁵ Kaufmann 1984, S. 226f.

¹⁸⁶ Habermas 1981b, S. 166.

¹⁸⁷ Habermas 1983, S. 113.

Ausgangspunkt für *Gilligan* war ein Befund, wonach in den empirischen Untersuchungen von *Kohlberg* Frauen regelmäßig schlechter abschnitten als Männer, in ihrer moralischen Entwicklung also scheinbar hinter der Entwicklung der Männer zurückblieben.¹⁸⁸ *Gilligan* sah die Ursache darin, dass der hermeneutische Rahmen der Untersuchung auf die Begriffe von Recht und Gerechtigkeit ausgerichtet war und nicht auch Einstellungen wie Anteilnahme, Fürsorge, Verantwortlichkeit, Dialog und Beziehungsmanagement miteinbezog, die vor allem die Antworten der Frauen prägten.¹⁸⁹ *Kohlberg* und *Habermas* ergänzten daraufhin den Gerechtigkeitssinn durch den Aspekt der Benevolenz¹⁹⁰ bzw. Solidarität,¹⁹¹ um der Kritik Rechnung zu tragen und mit dem Universalisierungsgrundsatz zu versöhnen. Ungeachtet dieser inhaltlichen, den Menschen nicht nur formalpragmatisch einschließenden Ergänzung bleibt *Habermas* der Universalisierung treu, in dem er nur den anderen in seiner Verallgemeinerbarkeit diskursiv einschließt und das Individuum erst in einem zweiten Schritt berücksichtigt. Die Rückkoppelung an das Individuum löst *Habermas* theorieimmanent in der Weise, dass er zwischen der Normbegründung und der Normanwendung unterscheidet: „Die Abstraktion muss aber bei der unparteilichen Anwendung gerechtfertigter Prinzipien und Regeln auf den Einzelfall rückgängig gemacht werden. Im Lichte der konkreten Umstände und der besonderen Interessenkonstellation müssen gültige Prinzipien gegeneinander abgewogen und können Ausnahmen von akzeptierten Regeln begründet werden.“¹⁹² Der praktische Begründungsdiskurs müsse deshalb notwendig durch den Anwendungsdiskurs ergänzt werden.¹⁹³ Dies ist nach der Auffassung von *Habermas* vor allem der Diskurs in der Rechtsanwendung.

6.1.3. Vom verallgemeinerten zum konkreten Anderen

Benhabib geht demgegenüber einen Schritt weiter, in dem sie die Konkretisierung nicht auf die Normanwendung beschränkt, sondern bereits in das Verfahren der Normbegründung einfließen lässt. Sie vertritt einen interaktiven Universalis-

¹⁸⁸ Gilligan 1993, S. 30ff.

¹⁸⁹ Gilligan 1993, S. 28, 30f., Benhabib 1995, S.162ff.

¹⁹⁰ Kohlberg 1996, Original 1984, S. 242ff.

¹⁹¹ Habermas 1991, S. 69ff.

¹⁹² Habermas 1991, S.65.

¹⁹³ Habermas 2009, S. 349, Fn. 56.

mus, der die Pluralität menschlicher Daseinsweisen und die Unterschiede zwischen den Menschen als Ausgangspunkt für Reflexion und Handlung nimmt, ohne diese von vornherein als moralisch einzustufen.¹⁹⁴ Sie kritisiert an den formaluniversalistischen Moraltheorien von *Rawls*, *Kohlberg* und *Habermas*, dass diese zu epistemischer Inkohärenz führen. In diesen Theorien sei der Mensch hinter einer Fassade definitorischer Identität körperlos geworden, da moralische Situationen, Emotionen und Verhaltensweisen letztlich nur mit dem Wissen über die Geschichte der beteiligten Akteure, ihrer Charakterzüge, Wünsche, Werte und Bedürfnisse, also in allen Aspekten ihrer Besonderheit erkannt werden können.¹⁹⁵

Diese Erkenntnisse führen zur Mediation und zur Einbeziehung evaluativer Fragen des guten Lebens, das auch kulturspezifisch geprägt sein kann und in jedem Fall sehr individuelle Züge aufweist. Hierüber kann in der Mediation sinnvoll und konsensorientiert gesprochen werden. Es gilt, die ggf. nicht universalisierbaren Besonderheiten in ihrer Relationalität zu ermitteln, woraus sich dann Respekt und Achtung entwickeln können. Dabei spielen die Beziehungen und die damit verbundenen Gefühle der Beteiligten eine außerordentlich wichtige Rolle. Diese Aspekte können diskursethisch nicht außen vor bleiben, lassen sich aber mit der Diskursethik, wie nachstehend gezeigt wird, sehr wohl vereinbaren.

6.2. Empathie

6.2.1. Manipulation und Empathie

Respekt und Achtung erfordern, die Person in ihrem gesamten (themenbezogenen) Erleben zu erfassen. Die kann nur in einem Gespräch gelingen, in dem die Gesprächsteilnehmer nicht nur unterschiedliche Perspektiven einnehmen, sondern auch Empathie und Anteilnahme für ihr ganz persönliches Erleben und die damit verbundenen Perspektiven aufbringen.¹⁹⁶ Ein mit dieser Haltung erzielter Konsens könnte dann auch dem Einfühlungsvermögen der Gesprächsteilnehmer zuzuschreiben sein. Hierin sieht *Habermas* jedoch eine für praktische Diskurse

¹⁹⁴ Benhabib 1995, S. 167.

¹⁹⁵ Benhabib 1995, S. 178ff, 181,185.

¹⁹⁶ Skeptisch zur Empathie Benhabib 1996, S. 188: die Differenzierung zwischen Ich und Du könne sich verschieben.

unzulässige rhetorische Beeinflussung, einen perlokutionären Effekt als Ergebnis einer kommunikativen Strategie. Erforderlich sei vielmehr, dass allein das bessere Argument den Konsens als Ergebnis echten Verständigungshandelns trage.¹⁹⁷ Der diskursive Prozess dürfe nicht „auf die Ansteckungskraft der eindrucksvollen Expression zugeschnitten“ sein.¹⁹⁸ Begreift man wie hier Mediation als einen auf Verständigung zielenden Kommunikationsprozess, ist in der Tat jeder Form von Manipulation der Gesprächsteilnehmer eine klare Absage zu erteilen. In der Mediation kommt es – ganz im Sinne von *Habermas* – darauf an zu überzeugen und nicht zu überreden oder zu manipulieren; nur durch Begründung und Einsicht können nachhaltige Ergebnisse erzielt werden.¹⁹⁹ Natürlich sind auch „Überzeugen“ und „Einsicht“ perlokutionäre Effekte. Diese Strategie ist aber das Wesen verständigungsorientierten Handelns und geht als selbständige Strategie in der Verständigungsorientierung auf.

Darüber hinaus widerspricht es einer empathischen Haltung, manipulativ zu wirken. Das Einfühlungsvermögen kann vielmehr als weitere Erkenntnisquelle im Verständigungsprozess zwischen Menschen, deren komplexer Geist nicht auf kognitive Elemente reduzierbar ist, genutzt werden. Demgegenüber verschleiert die Manipulation, desintegriert und fördert damit in ultimativer Konsequenz „Rigidität“ und „Chaos“²⁰⁰ im Denken, Fühlen und Handeln durch suboptimale Verarbeitungsprozesse.

6.2.2. Empathie als Mitgefühl

Die Skepsis gegenüber der Empathie könnte des Weiteren in der Unsicherheit über ihren Inhalt begründet sein. Die Diskursethik stellt auf die rationale Begründung des Sollens dergestalt ab, dass Bedürfnisse und Motive im Verständigungshandeln die Gestalt von kritisierbaren Geltungsansprüchen (Wahrheit, Wahrhaftigkeit und Richtigkeit) annehmen. Für die Diskursethik ist demnach die sprachliche Vermittlung dieser Geltungsansprüche auf einer rein kognitiven Ebene, die mit vor allem sprachlichen Symbolen arbeitet, entscheidend. In der tatsächlichen Gesprächssituation kann es aber aus unterschiedlichen Gründen schwer sein, die

¹⁹⁷ Habermas 2009, S. 302ff.

¹⁹⁸ Habermas 2009, S.324.

¹⁹⁹ So u.a. auch Frey/Graupmann 2012, S.127.

²⁰⁰ Siehe dazu näher Siegel 2017, S. 75ff, 77, 254.

Geltungsansprüche klar zu machen bzw. Worte (oder Bilder) für das Erleben zu finden. Vor allem Gefühle können manchmal nur sehr schwer beschrieben werden. Erforderlich ist deshalb eine Haltung, die von dem Willen des Verstehens und Verstandenwerdens auf kognitiver wie emotionaler Ebene geprägt ist. Darin liegt m.E. das Wesen der sogenannten semantischen Seite der Empathie.²⁰¹

Der rationale Diskurs ist mit einer so verstandenen empathischen Haltung nicht nur vereinbar, vielmehr ist diese Haltung erforderlich, um einer ganzheitlichen Rationalität zu genügen, die sich nicht auf die reine Kognition des Menschen beschränkt, sondern ihn als ein in Beziehung stehendes Wesen begreift, das mit dem anderen nicht nur symbolisch vermittelt in Verbindung steht, sondern auch andere Energiemuster teilt. Die kognitive Perspektivenübernahme nach *Kohlberg* bzw. das von *Habermas* entwickelte Interaktionsmuster muss deshalb durch die Empathie als Mitgefühl ergänzt werden. Dabei bedeutet Empathie nicht, so zu fühlen wie der andere (1st position), sondern mitzufühlen (2nd/3rd position).²⁰² Der Integration des Bewusstseinszustands des anderen in der eigenen Wahrnehmung muss folglich eine Differenzierung von Ich und Du vorausgehen. Ist beispielweise ein Mediant darüber empört, von seinem Partner verlassen worden zu sein, geht es nicht darum, so zu fühlen als wäre man auch von seinem Partner verlassen worden, sondern darum, in einer sich selbst beobachtenden Haltung zu fühlen wie die Trennung auf den anderen wirkt. Die Wahrnehmung dieser Wirkung kann anschließend in Worte gefasst und im Gespräch mit dem Betroffenen hinterfragt, bestätigt oder differenziert werden. Das Gespräch hierüber wäre aber nicht möglich, wenn Empathie in der Resonanz einer 1st-position-Anteilnahme zu verorten wäre. Denn dann müsste auch über die Gefühle des „Empathieträgers“ gesprochen werden, um die es aber nicht geht, wenn und weil dieser der Mediator ist.

Damit die Parteien Zugang zu den beschriebenen Weltbezügen kommunikativen Handels herstellen und relevante Geltungsansprüche identifiziert, eingebracht, kritisiert und ggf. differenziert werden können, können Gefühle als Erkenntnisgegenstand nicht ausgeblendet werden. Angestrebt wird ein Lernen durch Einsicht; in Beziehungen erfolgt dieses Lernen ganz im Sinne eines rationalen Dis-

²⁰¹ Kreuser 2016, S.46f.

²⁰² Schweizer 2009, S. 353, Klimecki/Ricard/Singer 2013, S. 282ff.

kurses durch informieren, argumentieren und erklären,²⁰³ wobei das Mitgefühl/die Empathie dem Diskurs eine Textur gibt, dies es erlaubt in den Weltbezügen feiner zu differenzieren und auch komplexe Aspekte in ihren kognitiven und emotionalen Verästelungen zu teilen. Das Teilen dieser Aspekte bildet die Voraussetzung für die Verständigung über das Einzigartige, seine Anerkennung und damit die Integration von Verschiedenheit in ein ausbalanciertes Ganzes.²⁰⁴

Die kognitive Seite der Perspektivenübernahme beschreibt deshalb nicht nur den Gerechtigkeitsinn unvollständig, sondern auch den diskursethischen Kommunikationsprozess. Es gilt, den Menschen in seiner Gesamtheit zu begreifen, zu der die auch der Bewusstheit zugänglichen Gefühlslagen zählen, für die Mitgefühl/Empathie im hier verstandenen Sinne aufgebracht werden muss. Daraus lässt sich eine intersubjektivierung im Kommunikationsprozess entwickeln, durch die der emotionale Gehalt sozusagen eine „Versachlichung“²⁰⁵ erfährt.

Gibt es beispielsweise in einem Mehrparteienhaus Streit darüber, ob Nachts die Haustür abgeschlossen werden soll, wäre es unempathisch und wenig zielführend, wenn man versuchen wollte, eine Partei mit dem Argument zu überzeugen, sie brauche kein Angst zu haben, da in der Gegend noch nie eingebrochen worden sei. Erst das Mitfühlen der Angst – hier spielen auch eigene Körperwahrnehmungen eine Rolle – und die Anerkennung der Angst sowie das sich anschließende Gespräch können den Lösungsraum für eine Integration des Bedürfnisses nach Sicherheit öffnen.

Auf einer kognitiven Ebene kann ein Verständnis elementarer menschlicher Bedürfnisse helfen, die „mitgefühlten“ Gefühlslagen in eine gemeinsame Sprache zu übersetzen. Der abschließende Konsens drückt sich in Sprache aus. Die elementaren menschlichen Bedürfnisse können im Übrigen nicht nach diskursethisch relevante und nicht relevante unterschieden werden. Deshalb muss eine diskursethische Trennung zwischen dem Bedürfnis nach Selbstbestimmung (Autonomie) auf der einen und dem Bedürfnis nach Selbstverwirklichung auf der anderen Seite – diese von *Rawls*, *Kohlberg* und *Habermas* im Universalisierungskontext ver-

²⁰³ Frey/Graupmann 2012, S.131.

²⁰⁴ Siegel 2017, S. 78: integration as a process of differentiation and linkage.

²⁰⁵ So auch die Idee Kaufmanns 1984, S. 37, ohne aber auf Empathie Bezug zu nehmen.

langte Differenzierung wird auch von *Benhabib* kritisiert – als ein dem Menschen nicht „gerecht“ werdendes Theoriekonstrukt fallen gelassen werden. Die Selbstbestimmung (Autonomie) kann nicht von der Selbstverwirklichung abgegrenzt werden, vielmehr sind beide Aspekte Teil jenes elementaren, die Entwicklung eines Säuglings schon kennzeichnenden menschlichen Entwicklungsprozesses, in dem sich ein Autonomiestreben mit einem Entdecker- und Wachstumswillen verbindet.²⁰⁶

Die empathische Grundeinstellung im Prozess der Mediation ist damit auf den Menschen als Einheit von Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung in der sozialen Eingebundenheit, d.h. in seinem Bedürfnis nach Zugehörigkeit und Sicherheit gerichtet. Nur in der Sicherheit einer sozialen Gemeinschaft können Autonomie und Selbstverwirklichung gelebt werden. Dies nachzufühlen ist das Wesen der Einstellung, die *Kreuser* mit der sogenannten syntaktischen Empathie²⁰⁷ anspricht.

Empathie ist damit eine pragmatische Haltung im Verständigungsprozess, die nicht inhaltsleer ist, sondern im Sinne von *Kaufmanns* Konvergenztheorie den Menschen als Person zu erfassen sucht, die Bewusstheit hat und immer in Beziehung zu anderen steht.²⁰⁸ Was *Kaufmann* damals andeutete, erhält heute seine neurobiologische Plausibilisierung durch *Siegels* Verständnis des Geistes. Nach *Siegel* ist der Geist ein interner und relationaler Selbstorganisationsprozess von Energie und Informationen, wobei der Geist einen Teil im dreigliedrigen System von Geist, Gehirn und Beziehung (zur anderen Person/bzw. zur Gesamtheit aller Personen) bildet.²⁰⁹

6.2.3. Der Mensch als Person mit Grundbedürfnissen

Um dem Menschen als Person im Diskurs nahe zu kommen, ihm „gerecht“ zu werden, erscheint es sinnvoll, noch konkreter den „Energienmustern“ nachzugehen, die wir menschliche Bedürfnisse nennen. Mit der Einbeziehung des konkre-

²⁰⁶ Hüther 2015, S.89ff, 103ff.

²⁰⁷ Kreuser 2016, S.47.

²⁰⁸ Zu Kaufmanns Konvergenztheorie der Gerechtigkeit siehe Kaufmann 1989, S. 18f, Kaufmann 1992, S. 35ff, Kaufmann 1993, S. 259ff, Kaufmann 2011, S. 143ff.

²⁰⁹ Siegel 2017, S. 26ff, 40, 76, 262.

ten Anderen und dem hierfür erforderlichen empathischen Gespräch wird es möglich, Bedürfnisse und Motivationen im Allgemeinen und die der Parteien im Besonderen zum Gegenstand des Diskurses zu machen. In der kantischen Deutung ihrer Prinzipien mussten *Rawls*, *Kohlberg* und *Habermas* dagegen individuelle Bedürfnisse und daraus resultierende Neigungen als irrelevant für Gerechtigkeitsfragen erscheinen, um nicht den Menschen als Mittel, sondern als Zweck an sich in den Mittelpunkt zu stellen.²¹⁰ Die Bedürfnisschau bleibt aber mit dem differenziert zu verstehenden Universalisierungsprinzip vereinbar, soweit sich universale und kulturübergreifende Bedürfnisse ermitteln lassen, deren Achtung aus einer unparteilichen Sicht im konkreten Fall akzeptiert werden kann. *Ladwig* spricht von einer Unparteilichkeit zweiter Stufe, wenn positionsabhängig teilbare Gründe für die Beachtung des Besonderen vorliegen.²¹¹

Maslow hat auf der Grundlage empirischer Studien fünf Kategorien universalisierbarer Grundbedürfnisse ermittelt, und zwar (i) die physiologischen Bedürfnisse wie Hunger und Durst, (ii) das Sicherheitsbedürfnis wie das Bedürfnis nach Stabilität, Geborgenheit, Ordnung, Verlässlichkeit, (iii) das Bedürfnis nach Zugehörigkeit und Liebe, zu dem auch Kontakt und Intimität im Kreise der Familie, Freunde und Gruppen zählen, (iv) das Bedürfnis nach Achtung und Wertschätzung, das auch die Selbstachtung einschließt und schließlich (v) das Bedürfnis nach verantwortlicher Selbstverwirklichung, zu dem auch der Wissens- und Verstehensdrang zählen,²¹² und das sich in Spiritualität und Transzendenz vollendet.²¹³ Diese Bedürfnisse sind nach der Auffassung von *Maslow* hierarchisch in der angegebenen Reihenfolge aufgebaut, wobei die Selbstverwirklichung die Spitze der Bedürfnispyramide bildet; so würde z.B. ein Mensch, dem es chronisch an Nahrung fehlt, das Leben im Schlaraffenland als höchstes Glück empfinden und darin bereits seine Selbstverwirklichung sehen. Gegen *Maslow* wird zu Recht eingewandt, dass es eine strikte Hierarchie in der Bedürfnisbefriedigung

²¹⁰ Kant 2014, Original 1785/1786, S. 66, 76f.

²¹¹ *Ladwig* 2011, S. 36f.

²¹² *Maslow* 2014, S. 62ff.

²¹³ *Zimbardo/Gerrig* 1999, S. 324; die Vollendung in der Bedürfnispyramide entspricht der (hypothetischen) Stufe 7 der moralischen Entwicklung bei *Kohlberg* und dem empirischen Befund von *Graves* u.a. zum Bewusstseinslevel 8, siehe *Kohlberg* 1996, Original 1984, S. 274f. und *Schweizer* 2009, S. 327.

nicht gibt.²¹⁴ Jedoch kann die Hierarchie als Modell dienen, um Bedürfnisnotwendigkeiten in den raumzeitlichen Gegebenheiten abzuschätzen.

Mit dem Bedürfnis der Selbstverwirklichung spricht *Maslow* das allumfassende menschliche Streben an, das bei *Rawls* als Verwirklichung des individuellen vernünftigen und guten Lebensplans beschrieben wird. Die für den ausbalancierten Lebensplan erforderlichen Grundgüter, die *Rawls* benennt,²¹⁵ lassen sich dabei ohne Rest in die *Maslowsche* Bedürfnispyramide einordnen.²¹⁶ Der gute Lebensplan kann nach *Rawls* nur gelingen, wenn die Person mit den Grundgütern versorgt ist, die Nahrung, Sicherheit und Bildung garantieren und wenn sie darüber hinaus einen Gerechtigkeitsinn hat, der wiederum nur in einer als gerecht empfundenen Gesellschaft entwickelt werden kann. Ähnlich argumentiert *Maslow*, indem er Grundfreiheiten wie u.a. Meinungs- und Informationsfreiheit, Fairness, Achtung der Gleichheit und Verschiedenheit, aber auch eine gewisse gesellschaftliche Ordnung als Bedingungen für die Erfüllung der von ihm genannten Grundbedürfnisse ansieht.²¹⁷ Richtigerweise sind aber diese Grundfreiheiten und Bedingungen keine Voraussetzungen für die Erfüllung der Grundbedürfnisse, vielmehr werden mit diesen Begriffen selbst wieder Grundbedürfnisse zum Ausdruck gebracht. Den Erkenntnissen der Neurobiologie folgend ist jeder Mensch von Anfang an durch seine Bedürfnisse nach Entwicklung und Selbstverwirklichung/Autonomie einerseits und nach Geborgenheit, Sicherheit und Anerkennung in der Gemeinschaft andererseits geprägt,²¹⁸ wobei sich das Gerechtigkeitserleben, die Moral, mit der Anerkennung und Integration dieser Bedürfnisse entwickelt.²¹⁹

Gerechtigkeit und die in der Selbstverwirklichung (mit Spiritualität und Transzendenz als theoretischem Endpunkt)²²⁰ sich vollendenden Grundbedürfnisse bezeichnen also aus jeweils unterschiedlichen Perspektiven im Ergebnis das

²¹⁴ Gerrig/Zimbardo 2008, S. 421f.

²¹⁵ Diese sind Selbstachtung, Freiheit, Chancen, Einkommen und Vermögen, siehe Kapitel III.2)c).

²¹⁶ Zum Beispiel implizieren die von Rawls genannten Grundgüter Einkommen und Vermögen, dass die physiologischen Bedürfnisse nach Nahrung erfüllt sind.

²¹⁷ Maslow 2014, S.74.

²¹⁸ Hüther 2014, S. 102f.

²¹⁹ Im orbitofrontalen bzw. sog. mittleren präfrontalen Cortex, siehe u.a. Siegel 2013, S. 48, Hüther 2015, S. 103ff., Roth/Ryba 2016, S. 103ff, 113, 134.

²²⁰ Das wäre die Stufe 7 nach Kohlberg und der Level 8 nach Graves u.a.

Gleiche. Dabei vernetzt sich der Gemeinschaftsbezug der Grundbedürfnisse zunehmend mit dem Aufstieg in der Bedürfnispyramide oder, anders ausgedrückt, die ideale Selbstverwirklichung hat wahrscheinlich den größten Gemeinschaftsbezug. Man könnte vermuten, dass sich das Individuum auf den obersten Stufen nicht als ein die rein persönliche Nutzenmaximierung verfolgendes Wesen versteht, sondern als Teil eines organischen Ganzen, das die eigenen Bedürfnisse als nicht optimal befriedigt erlebt, wenn gravierende Bedürfnisbefriedigungsmängel im relevanten Umfeld festgestellt werden müssen. Ohne diese These hier weiter verfolgen zu müssen, drängt sich jedenfalls der innere Zusammenhang zwischen der Erfüllung der Grundbedürfnisse einerseits sowie gerechter Strukturen, Verfahren und Handlungen im persönlichen, sozialen und gesellschaftlichen Umfeld andererseits auf, wobei auch klar wird, dass das Gerechtigkeitsthema mit dem Aufsteigen in der Bedürfnispyramide und dem damit einhergehenden verdichteten Gemeinschaftsbezug gerade auch in der Abgrenzung zur Entwicklung der eigenen Individualität zunehmende Differenzierungen erfährt. Je komplexer das Grundbedürfnis desto komplexer und schwieriger werden folglich auch die Gerechtigkeitsanliegen. Defizit- und Entwicklungsbedürfnisse verschmelzen und große Lösungen versagen angesichts der Komplexität der zu berücksichtigenden Bezüge und ihres systemischen Ineinandergreifens. Die Aussage, Gerechtigkeit sei realisiert, wenn sich alle Menschen selbst verwirklichen können, also „Jeder das Seine“ erhält, ist genauso richtig wie in ihrer Allgemeinheit praktisch unbrauchbar. Genauso verhält es sich mit der Aussage, dass Gerechtigkeit mit der Erfüllung der Grundbedürfnisse aller erreicht werde.

Es muss folglich ein Anker gesetzt werden. Dieser Anker ist diskursethisch der Begriff der Solidarität, mit dem das Sollen in der „personalen Natur des Menschen fundiert“ wird.²²¹ Den (Meeres-)Grund für den Anker bildet die konkrete Situation. In großer Abstraktheit erscheinen richtige Aussagen zwar möglich, bleiben aber ohne oder mit nur bedingtem Erkenntniswert für den Einzelfall, d.h. erst im Einzelfall kann die Solidarität mit konkreten Inhalten gefüllt werden.

„Jedem das Seine“ erfordert folglich immer den empathischen Blick auf den Einzelnen, seine persönliche Situation im Stadium der jeweiligen Bedürfnisbefriedigung und seiner Beziehung zum anderen sowie in seinem sozialen und

²²¹ Kaufmann 1984a, S. 208.

gesellschaftlichen Eingebundensein. Wie schon ausgeführt müssen die Universalisierungen, die den Menschen nur prinzipiell in seiner Bedürfnisstruktur einbeziehen, entweder bei Bedarf und Möglichkeit rückgängig gemacht (z.B. bei der Rechtsanwendung) oder es muss direkt mit einer differenzierten Universalisierungsperspektive am Einzelfall gearbeitet werden. Hierfür bietet sich die Mediation an.

6.3. Gesellschaftliche Strukturen

Dabei gilt es noch einen Aspekt zu berücksichtigen, der hier nur gestreift werden kann. Man könnte fragen, ob der praktische Diskurs Bewusstheit und Strukturen erfordert, die grundsätzlich nur in demokratischen rechtsstaatlichen Gesellschaften entwickelt und vorgefunden werden können. Die Vermutung liegt nahe, dass sich der für den praktischen Diskurs erforderliche Gerechtigkeitsinn nur entwickeln kann, wie vor allem *Rawls* ausführt, wenn bestimmte Gerechtigkeitsprinzipien in der Gesellschaft verwirklicht sind, bzw. wenn die zentralen Bedürfnisse von Kindesbeinen an möglichst kohärent adressiert werden, was wiederum ein Umfeld liebevoller Achtsamkeit und Fairness erfordert.

Konflikte, die außerhalb solcher Strukturen vorgefunden werden, in denen es möglicherweise um das „nackte Überleben“ geht, können der Theorie kommunikativen Handelns folgend zwar auch diskursiv bearbeitet werden, jedoch unterliegt der praktische Diskurs in diesen Fällen Beschränkungen. Diese Beschränkung ergibt sich auch daraus, dass es vorrangig um den Menschen in seiner Existenz geht und nicht nur um Personen, Gruppen und Beziehungen. Die fehlende Erfüllung physiologischer Bedürfnisse (z.B. Wasser, Nahrung) oder ein das Leben tangierendes Sicherheitsbedürfnis können dem Sinn, eine universell-reziproke Perspektive einzunehmen - auch wenn diese wie hier personalistisch verstanden wird - entgegenstehen. Hier muss sich der Diskurs grundsätzlich auf die Erfüllung dieser (Grund)bedürfnisse konzentrieren, bevor eine Perspektive für darüber hinausgehende Gerechtigkeitsfragen im Miteinander eingenommen bzw. entwickelt werden kann. In solchen Kontexten folgen die Gerechtigkeitsfragen der Adressierung und ggf. Erfüllung lebensnotwendiger Grundbedürfnisse, wobei

erforderlichenfalls auch rein kulturbedingte Belange einzubeziehen sind.²²² Dies ist ein Aspekt, der nahe legt, dass insbesondere in der Friedensmediation der praktische Diskurs möglicherweise nicht im Vordergrund stehen kann. Einem Weltethos wird man sich deshalb auch mit dem Versuch einer breiten Etablierung der Mediation nicht so schnell nähern. Dies schon deshalb nicht, weil tatsächliche Freiheit und Verantwortung - wie gleich noch zu zeigen sein wird - die Voraussetzung für das Eintreten in einen praktischen Diskurs bilden. Auch in diesem Sinne bedingt das eine das andere in einem notwendig längeren Entwicklungsprozess. Ein Weltethos der Weltgemeinschaft kann es jedenfalls nicht ohne Chancengleichheit im Zugang zur Freiheit im Sinne der freien und verantwortlichen Selbstverwirklichung geben.²²³

6.4. Ergebnis und Ausblick auf das Verfahren

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass der praktische Diskurs die Anerkennung der universalisierbaren bzw. wie festgestellt der universellen Grundbedürfnisse und damit auch evaluative Fragen des guten Lebens einschließt, weil es um den autonomen, nach Selbstverwirklichung strebenden Menschen im sozialen Miteinander geht. Durch das empathische Gespräch und die Wahrnehmung der reziproken Grundbedürfnisse in der Konkretheit wird der Mensch von der Abstraktheit befreit wie *Benhabib* fordert,²²⁴ ohne dass der Universalisierungsanspruch preis gegeben wird; eben weil es sich um verallgemeinerungsfähige, Solidarität verdienende Interessen handelt, auch wenn diese im konkreten Einzelfall eine situationsbezogene Gestalt einnehmen. Hierüber ist ein diskursethischer Konsens möglich.

Die Diskursethik wie auch die ihr nahe stehende Prozessethik setzen damit neben dem differenziert zu verstehenden (U) folgende Grundannahmen voraus: (i) die Fähigkeit der Teilnehmer, Beobachter- und Systemperspektiven mit einer empathischen Haltung einzunehmen und postkonventionell zu argumentieren,²²⁵ (ii)

²²² So auch Kirchhoff 2007, S.18.

²²³ So Krainer/Heintel 2010, S. 45.

²²⁴ Benhabib 1995, S. 175ff, 182ff.

²²⁵ Krainer/Heintel 2010, S. 51ff, 53 formulieren, dass die Fähigkeit zur Differenzsetzung erforderlich ist, was u.a. Reflexion und Selbstreflexion bedingt und damit das Einnehmen der beschriebenen Perspektiven.

die Annahme des Menschen als autonomes, nach verantwortlicher Selbstverwirklichung strebendes Sozialwesen und (iii) adäquate Verfahren, in denen ethisch relevante Konflikte bewusst durch den begründeten Konsens entschieden werden können.²²⁶

Die Prozessethik formuliert als weitere Voraussetzung, dass Normen und Werte nicht als unwiderrufliche Gegebenheiten akzeptiert werden, sondern vielmehr als Antworten auf bestimmte ethische Fragestellungen und Konfliktlagen erkannt werden.²²⁷ Diese Annahme ergibt sich jedoch bereits aus der Diskursethik als einem Verfahren zur Normbegründung, das die Normprüfung/-rechtfertigung einschließen kann und anders als die Prozessethik aufgrund des differenziert zu verstehenden Universalisierungsgrundsatzes keinen Werterelativismus unterstellen muss. Die Grundannahmen der Diskursethik zu (i) und (ii) wurden oben in ihrer Relevanz für die Mediation bereits vorgestellt. Nun geht es darum, die Bedingungen für die Grundannahme zu (iii) – das adäquate Verfahren – zu ermitteln.

²²⁶ Krainer/Heintel 2010, S. 51.

²²⁷ Krainer/Heintel 2010, S. 52.

7. Der juristische Anwendungsdiskurs

7.1. Das Problem der Gesetzesbindung

Die Diskursethik setzt adäquate Verfahren der Normbegründung voraus. Diese Aufgabe zu erfüllen ist ein Anspruch, der vor allem an das Medium Recht gestellt wird. Die eingangs eingeführte systemtheoretische Perspektive hat gezeigt, dass in hochkomplexen Gesellschaften auf das Medium Recht zur Koordinierung der Handlungspläne und Erwartungsstabilisierung nicht verzichtet werden kann. Das Medium Recht trägt in modernen demokratischen Gesellschaften die Hauptlast der sozialen Integration, reduziert außerhalb des politischen Meinungs- und Willensbildung das Dissensrisiko, entlastet von der Konsensbildung im Einzelfall durch Klagebefugnisse; es fungiert damit als Getriebe für System und Lebenswelt.²²⁸

Konsens und Dissens sind Ausdruck einer kommunikativen Freiheit des Menschen. Diese verdichtet sich in auf Verständigung ausgerichteten intersubjektiven Beziehungen zu einer Verpflichtung, auf die Stellungnahmen und Äußerungen des Gegenübers sowie die erhobenen Geltungsansprüche zu reagieren.²²⁹ Von dieser insbesondere in Konfliktlagen deutlich werdenden Anstrengung entlastet das Recht, indem die kommunikative Auseinandersetzung über Rechtsanwälte und Richter im Diskurs der Rechtsanwendung erfolgt. Kommunikative Freiheit umfasst auch die Möglichkeit der Fortsetzung kommunikativen Handelns in der Delegation an juristische Verfahren sowie die Möglichkeit, diese Delegation (z.B. durch außergerichtliche Verhandlungen) wieder rückgängig zu machen.

Die komplexen Kontexte der Gesellschaft überfordern jedoch die Differenzierung in Gesetzgebung und Rechtsprechung.²³⁰ So müssen einer Fortsetzung kommunikativen Handelns in der Rechtsanwendung Grenzen gesetzt werden, die vor allem im Instrument der Gesetzesbindung ihren Ausdruck finden. Die Gesetzesbindung ist als elementares Rechtsstaats- und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG;

²²⁸ Habermas 1998, S. 42, 45, 57, 60, 77.

²²⁹ Habermas 1998, S. 152ff.

²³⁰ Günther 1988, S. 330.

Art. 97 Abs.1 GG) selbst ein Element des Mediums Rechts.²³¹ Mit der Gesetzesbindung werden Diskursergebnisse festgeschrieben. Die Gesetzgebung in demokratischen Gesellschaften konstituiert sich in auf Konsens der Mehrheit ausgerichteten Verfahren, in denen Geltungsansprüche erhoben und kritisiert werden und die Begründungen nach diskursethischem Vorbild prinzipiell zugänglich sind. Das Modell der idealen Kommunikationsgemeinschaft dient als Leitbild, wenn sich Expertengruppen, Medien, Interessenvertreter, die Wissenschaftsgemeinschaft, vor allem die Rechtswissenschaft und schließlich die parlamentarischen Repräsentanten in die Debatten einbringen. Der in demokratischen Meinungs- und Willensbildungsprozessen ermittelte Konsens produziert aber rechtliche Regeln, die aufgrund der notwendigen Generalisierung der Lebenssachverhalte mehr oder weniger unbestimmt sind. Die zunächst entpersonalisierten und an die Rechtsordnung delegierten Dissensprobleme sind deshalb über die argumentative Anwendung der universalen Regeln an den konkreten Lebenssachverhalt der Parteien zurück zu koppeln.

Dieser für die Rechtsanwendung einschlägigen Thematik stellt sich u.a. auch *Fiss*. Er sieht jedoch den Richter als Experten in einer (wiederum idealen) Interpretations- und Kommunikationsgemeinschaft, die Verfahrensprinzipien und Auslegungsmaximen anwendet, welche für eine unparteiliche und gerechte Rechtsanwendung erforderlich sind.²³² Bei den Rechtsprinzipien und Regeln handelt es sich um Rechtsprogramme, die auch Auslegungscanones, die Ergebnisse der Rechtsdogmatik und informelle Programme der Entscheidungsfindung wie z.B. die Folgenberücksichtigung beinhalten.²³³ In einem die Rechtsnormen und diese Rechtsprogramme berücksichtigenden Interpretationsprozess, der die Integrität der Person in einem rechtsstaatlichen Verfahren und im Sinne von Gerechtigkeit und Fairness berücksichtige, könne – so die Annahme – größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit erreicht werden.²³⁴ *Fiss* behauptet, dass bei Verfahren und Auslegung u.a. das Modell von *Rawls* über den fiktiven Urzustand herangezogen werden könne, in dem unter dem Schleier des Nichtwissens der zukünftigen Situation in der Gesellschaft darüber entschieden wird, was gerecht

²³¹ Hassemer 2011, S. 259.

²³² Habermas 1998, S. 275; Fiss 1982, S.762.

²³³ Hassemer 2011, S. 262ff.

²³⁴ Martin 1991, S. 533 unter Verweis auf Dworkin 1986, S.176ff, 217.

sei.²³⁵ In diesem Kontext gewinnt auch die Auffassung von *Dworkin* Relevanz, der im Richter einen übermenschlichen „Herkules“ sieht. Dieser könne bei Berücksichtigung der Gesamtheit, die das Medium Recht ausmacht, die einzig richtige Entscheidung prinzipiell treffen, bzw. es gebe nur eine richtige Entscheidung, die der Richter unter Anwendung von Rechtsprinzipien und Regeln erkennen könne.²³⁶

Die Idee der einzig richtigen Entscheidung muss in dieser Lesart aber als überwunden gelten.²³⁷ Auch bietet das Modell nur eine größtmögliche, d.h. also nur eine Annäherung an die Gerechtigkeit im Einzelfall, selbst wenn es dem Richter gelänge, wie Herkules zu entscheiden. Dies liegt vor allem daran, dass die Kriterien für die Richtigkeit der juristischen Entscheidung nur dem Medium Recht, also den von den Rechtsprogrammen orchestrierten Rechtsnormen entnommen werden können.²³⁸ Der Richter bleibt dabei an das Gesetz gebunden. Dies gilt auch, wenn man dem Richter ein Recht zur Rechtsschöpfung einräumt, da dieses Instrument immer noch mit dem Vorverständnis einer Gesetzesbindung auszulegen ist. Etwas anderes würde dann gelten, wenn die Rechtsanwendung Raum für einen praktischen Diskurs bieten würde. Die Logik des praktischen Diskurses ist aber insbesondere mit den Beschränkungen, die eine Gesetzesbindung auferlegt, nicht vereinbar, da der Konsens im praktischen Diskurs nur vom besseren, die Diskursteilnehmer überzeugenden Argument getragen wird und sich damit einer Bindung an inhaltlich vorgegebenes entziehen muss. *Alexys* These, dass die Rechtsanwendung ein Sonderfall des praktischen Diskurses sei,²³⁹ wird u.a. aus diesem Grund überwiegend abgelehnt.²⁴⁰

Der Richter hat sich jedenfalls auf die Rechtsanwendung im weitesten Sinne zu beschränken und darf nicht zum konkurrierenden Gesetzgeber werden. Um dem Einzelfall im Kontext der Rechtsordnung „gerecht“ zu werden, müssen nach der Auffassung von *Habermas* Gesetzesnormen und Rechtsprogramme bei der

²³⁵ Fiss 1982, S. 754.

²³⁶ *Dworkin* 1986, S.333ff.

²³⁷ vgl. Kaufmann 1993, S. 274f.

²³⁸ Neumann 2011, S. 340.

²³⁹ *Alexy* 1983, S. 261ff.

²⁴⁰ Kaufmann 1993, S. 272ff.; Neumann 2008, S. 24ff und Neumann 1986, S. 86ff.; differenzierend *Habermas* 1998, S. 283ff.

Rechtsanwendung so einfließen, dass die „konkrete Rechtsordnung in ihren wesentlichen Elementen so gerechtfertigt werden kann, dass sich alle ihre Einzelfallentscheidungen als kohärente Bestandteile einfügen.“²⁴¹ Dies bedeutet, (i) dass Einzelfallgerechtigkeit nur insoweit in die Entscheidung einfließen kann, wie diese mit einer Bestätigung und Rekonstruktion der aus Gesetz und Rechtsprogrammen bestehenden Rechtsordnung vereinbar ist und (ii) dass nur der Verweis an den Gesetzgeber verbleibt, wenn die als gerecht erscheinende Entscheidung sich im Einzelfall nicht kohärent integrieren lässt.

Das Konstrukt der einzig richtigen aus dem Medium Recht entwickelten Entscheidung ist damit nicht nur praktisch eine Fiktion, da es Herkules nicht gibt, sondern nur Herbert, sondern auch theoretisch unbefriedigend, da theoriekonsistent kein Rechtsprogramm für Einzelfallgerechtigkeit, das über das Medium Recht hinausreichen würde, zur Verfügung gestellt werden kann. Die einzig richtige Entscheidung ist – wenn es sie denn gäbe – dann nicht notwendig auch eine gerechte Entscheidung. *Larenz* räumt unumwunden ein, dass sich nicht alles, was rechtspolitisch bzw. im Sinne einer Fallgerechtigkeit wünschenswert sei, mit methodisch gesicherter Interpretation und Rechtsfortbildung realisieren lasse.²⁴² Die radikale Schlussfolgerung der Vertreter der *Critical Legal Studies* aus diesen Befunden bringt *Frankenberg* wie folgt auf den Punkt: nämlich, „dass das Recht als Regelsystem eine Struktur hat, von der es keine wie auch immer idealisierte Entscheidungspraxis geben kann, die Gleichbehandlung und das heißt: Gerechtigkeit garantiert.“²⁴³ Die Unmöglichkeit eines praktischen Diskurses in der Rechtsanwendung liegt in der Natur des demokratischen Rechtssystems und seinem Prinzip der Gewaltenteilung, und zwar ganz unabhängig von der weiteren Frage, ob der Diskurs in der Rechtsanwendung prinzipiell herrschaftsfrei ablaufen kann.

²⁴¹ Habermas 1998, S. 259.

²⁴² Larenz/Canaris 1995, S. 58.

²⁴³ Frankenberg 1987, S. 304.

7.2. Die hermeneutische Rückkoppelung der Rechtsordnung an den Lebenssachverhalt

Das Vertrauen der Jurisprudenz und der Rechtstheorie in die Richtigkeit – oder besser Vernünftigkeit – richterlicher Entscheidungen ist trotzdem groß. Psychologen merken zwar – zum Teil plakativ – an, dass bei der Rechtsanwendung eine „objektive Wirklichkeit“ sowie „objektive Rechtsnormen“ unterstellt würden, die in „objektiver Weise“ auf eine Wirklichkeit bezogen werden könnten.²⁴⁴ Diese Auffassung ist aber, wie bereits gezeigt, nicht richtig und widerspricht auch dem wissenschaftlichen Stand in juristischer Methodenlehre²⁴⁵ und juristischer Argumentationstheorie.²⁴⁶ Wichtige Erkenntnisse zur richterlichen Entscheidung sind insbesondere der hermeneutischen Rechtstheorie zu verdanken. Sie besagt, dass Norm und Sachverhalt dergestalt aufeinander bezogen werden, dass „nicht schon der Gesetzeswortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz.“²⁴⁷ Folglich habe der Richter tatsächliche Entscheidungsspielräume und unterschiedliche Lösungen könnten methodengerecht begründet werden und vertretbar sein,²⁴⁸ erst in der tatsächlichen und annehmbaren Begründung würde sich die richterliche Entscheidung aus einer Binnenperspektive zur einzig richtigen verdichten.²⁴⁹ Auch *Habermas* vertraut dem hermeneutischen Vorgang der Rechtsanwendung, der sich „als Verschränkung von Situationsbeschreibung und Konkretisierung der allgemeinen Norm begreifen“ lasse.²⁵⁰ Auch er hofft auf die unparteiliche Anwendung der im entscheidungsbedürftigen Fall einzig angemessenen Norm, die nicht vorgegeben ist, sondern aus Gesetz und Rechtsprogramm diskursiv ermittelt werde.²⁵¹ Die Fehlerwahrscheinlichkeit, die diese anspruchsvolle Aufgabe der Rechtsanwendung mit sich bringt, wird nach der Auffassung von *Habermas* prozedural entschärft, in dem Verfahrensordnungen ein faires Verfahren gewährleisten, das zwar kein Ergebnissicherheit, aber eine diskursive Klärung der einschlägigen

²⁴⁴ Für viele Montada/Kals 2001, S.26.

²⁴⁵ Siehe dazu Larenz 1979, S. 165ff, insbesondere S. 350ff und Larenz/Canaris 1995, S.11ff.

²⁴⁶ Grundlegend dazu Neumann 1986, S.2ff.

²⁴⁷ Hassemer 2011, S. 267.

²⁴⁸ Kaufmann 1993, S. 274.

²⁴⁹ Neumann 2011. S. 342.

²⁵⁰ Habermas 1998, S. 267.

²⁵¹ Habermas 1998, S. 266f.; Günther 1988, S. 314ff.

Tatsachen- und Rechtsfragen verspreche.²⁵² Unabhängig von der Frage, ob die rechtlichen Verfahrensnormen tatsächlich eine Funktion für die Richtigkeit des Richterspruchs (im Sinne einer Verfahrensgerechtigkeit) erfüllen, wird vor allem mit dem Begriff der Einschlägigkeit (hier müsste auch noch die verfahrensrechtliche Berücksichtigungsfähigkeit genannt werden) der Tatsachen bereits eine Selektion akzeptiert, die den Sachverhalt verkürzt („eine normativ bereits imprägnierte Sachverhaltsbeschreibung“²⁵³), um die konkreten Umstände dem Medium Recht zugänglich zu machen. Die vorgefundene Lebenswirklichkeit wird mit einem rechtlichen Vorverständnis interpretiert, das die Wahrnehmung anderer, vom Medium Recht nicht bearbeiteter Gerechtigkeitskonflikte ausschließt,²⁵⁴ da wie gezeigt Auslegung und Rechtsschöpfung den Grenzen verpflichtet bleiben, die das Gesetz und seine Rechtsprogramme bestimmen.

7.3. Von der Angemessenheitsprüfung zur Mediation

Ohne hier auf die umfängliche Diskussion in Rechtstheorie und juristischer Argumentationslehre weiter eingehen zu müssen, kann festgehalten werden, dass einerseits das Finden vernünftiger rechtsstaatlicher Entscheidungen im hermeneutischen Vorgang der Rechtsanwendung und unter Berücksichtigung der rechtlich normierten Verfahren keine Utopie, sondern geübte Praxis ist, und dass die richterliche Entscheidung durch eine richtige Begründung eine Richtigkeit im Kontext des Mediums Recht erhält, dass aber andererseits auch Gerechtigkeitslücken verbleiben. Da der Rückgriff auf naturrechtliche Vorgaben dem nachmetaphysischen Denken verwehrt ist und auch teleologische Gerechtigkeitskonzepte wie der moderne Utilitarismus letztlich nicht überzeugen können, müssen für das Schließen von Gerechtigkeitslücken praktische Diskurse angeboten werden. Die Rechtsanwendung kann aber aus unterschiedlichen Gründen nicht die Voraussetzungen für einen praktischen Diskurs erfüllen. *Günther* versucht einen Ausweg aus dieser Situation im Medium Recht zu finden, indem er das Modell der Angemessenheitsdiskurse einführt. Er hält zutreffend fest, dass die Idee der unparteilichen Anwendung von Normen, die alle Merkmale einer Situation berücksichtigt und die - wie hier gezeigt - auch elementare Grundbedürfnisse einschließt, das

²⁵² Habermas 1998, S. 270, 277ff.; kritisch dazu Neumann 2008, S. 25ff.

²⁵³ Habermas 1998, S. 280.

²⁵⁴ Montada/Kals 2001, S. 24.

erstrebte postkonventionelle Niveau einer Argumentation kennzeichnet.²⁵⁵ Er folgert daraus, dass dieses Niveau mithilfe von Angemessenheitsdiskursen in die Rechtsanwendung integriert werden müsse. Die diskursive Einlösung der Angemessenheit kann im Verfahren der Rechtsanwendung jedoch wiederum nur unvollständig gelingen, da sich die Rechtsprechung, wie oben dargelegt, für Angemessenheitsargumentationen lediglich in ihren eigenen rechtlichen und institutionellen Grenzen öffnen kann.²⁵⁶ Darüber hinaus ist ein empathisches, die Grundbedürfnisse der Parteien einschließendes Gespräch dem Rechtsanwendungsverfahren notwendig fremd.²⁵⁷

Es gilt deshalb, einen Weg zu finden, mit Angemessenheitsargumentationen aus dem Medium Recht herauszutreten zu können, ohne das Rechtssystem zu ignorieren, d.h. im Kontakt mit dem Medium Recht zu bleiben, das als Hintergrund, Wertsphäre und permanente Wiedereintrittsmöglichkeit mitläuft. Dieses Ziel bedingt die Einrichtung von das Medium Recht ergänzenden Institutionen,²⁵⁸ die gerade das leisten, was in der Rechtsanwendung nur unvollständig erreicht werden kann, nämlich den Rechtsfall als Fall zu begreifen, in dem sich der Lebenssachverhalt in all seinen Facetten offenbart und dessen Bearbeitung sich nicht darin erschöpft, das Recht an die rechtlich einschlägigen Tatsachen zurück zu koppeln. Es gilt, sämtlichen konfliktrelevanten auch außerrechtlichen Interessen und Bedürfnissen Raum zu geben. Diese Interessen und Bedürfnisse sind auch im Einzelfall praktischen Diskursen und einem diskursethischen Konsens zugänglich, soweit ihnen universalisierbare Aspekte zugrunde liegen, die sich auf die Grundbedürfnisse beziehen und in der konkreten Situation zumindest Achtung und Respekt erfordern. Es lässt sich wohl kaum ein Konflikt ausmachen, in dem diese Gesichtspunkte keine Rolle spielen.

Die Bearbeitung eines Konflikts kann folglich im Medium Recht erfolgen, aber auch durch praktische Diskurse ergänzt oder sogar ersetzt werden, die nicht den Limitierungen unterliegen, die eine wie auch immer verstandene Gesetzesbindung und institutionalisierte Rechtsanwendung auferlegen, in denen vielmehr das

²⁵⁵ Günther 1988, S. 338.

²⁵⁶ Einleuchtend Neumann 2008, S. 27ff.

²⁵⁷ Siehe dazu Luhmann 2013, S. 92ff., 108ff.

²⁵⁸ Im Sinne von Troja 2002, S. 96 als wiederholte Handlung, die zu Verhaltensmustern für das gesellschaftliche Zusammenleben werden.

Thema Gerechtigkeit aus dem Lebenssachverhalt in seiner ganzen Komplexität aufgegriffen wird. Es geht, wie gesagt, nicht darum, den juristischen Anwendungsdiskurs obsolet werden zu lassen. Seine Möglichkeit ist unverzichtbarer Bestandteil zur Stabilisierung der Rechtsordnung und der Verhaltenserwartungen in unserer Gesellschaft, insbesondere, wenn es um einen großen Kreis von Betroffenen geht. Es geht vielmehr darum, komplementäre Strukturen und Verfahren zu finden, und zwar innerhalb und außerhalb des Rechtssystems, aber nicht im Widerspruch zu den rechtlichen Verfahren und elementaren Werten, die in das Rechtssystem eingeflossen sind, bzw. in den Rechtsprogrammen diskursive Geltung erlangt haben. In demokratischen Gesellschaften bleibt jedenfalls das Medium Recht Quelle diskursiv bereits entschiedener Gerechtigkeitsfragen, das privatautonomen Lösungsfindungen nicht dispositive Grenzen setzt und sich bereit hält, wenn die Parteien den Dissens nicht selbst auflösen können oder wenn das Eintreten in einen praktischen Diskurs schon aufgrund eingeschränkter Verständigungsmöglichkeiten ausscheidet. Die Ergebnisse außerhalb des Mediums Rechts geführter praktischer Diskurse müssen in das Rechtssystem auch wieder eingespeist werden können, sowie auch die Konfliktlösungsverantwortung jederzeit an das Medium Recht abgebar sein muss. Das Medium Recht kann je nach Sachlage auch Machtungleichgewichte, die einem praktischen Diskurs entgegenstehen und im Verfahren des praktischen Diskurses nicht aufgelöst werden können, ausbalancieren.²⁵⁹

Notwendig sind also praktische Diskurse, die juristische Anwendungsdiskurse in kompatibler Weise ergänzen.²⁶⁰ Für solche praktischen Diskurse bietet sich das Verfahren der Mediation an. In der Mediation kann die Frage des Sollens im Kontext des konkreten Konflikts unparteiisch und neutral sowie unter Berücksichtigung aller Aspekte, die den Parteien wichtig sind, besprochen werden, das heißt, es findet nicht nur eine erweiterte Angemessenheitsargumentation statt, vielmehr kann das Sollen aus der ganz individuellen Situation heraus kommunikativ bearbeitet werden, um Gerechtigkeit im Einzelfall diskursiv herzustellen. Das funktioniert sowohl präventiv als auch krisenorientiert, ggf. kurz bevor oder nachdem ein Rechtsstreit begonnen wurde.

²⁵⁹ Köper 2003, S.68.

²⁶⁰ Köper 2003, S.70; Cohen 2009, S. 1146f verweist auf anthropologische Studien, die belegen, wie gut außergerichtliche Streitbeilegung mit dem Medium Recht harmonieren kann.

8. Der mediative Diskurs

8.1. Diskursethische Annahmen für das Mediationsverfahren

Das Verfahren der Mediation muss nun bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um einem praktischen (theoretischen und therapeutischen²⁶¹) Diskurs zu genügen. Diese Voraussetzungen sind nicht als Regulativ zu verstehen, sondern als notwendige faktische und ggf. auch kommunizierte Unterstellung,²⁶² die ihren Grund im Verständigungsprozess selbst hat, d.h. ohne diese Unterstellung wäre kein sinnvolles Eintreten in die Mediation als Diskurs möglich. Es geht darum zu überzeugen, um auf Basis des besseren (auch empathisch ermittelten) Arguments den Gerechtigkeit vermittelnden Konsens zu erzielen. Dies erfordert diskursethisch eine als Leitmotiv dienende ideale Verständigungssituation (die sog. ideale Sprechsituation²⁶³), die durch (i) zwanglose und gleichberechtigte Teilnahme der Betroffenen, (ii) Zwanglosigkeit der Stellungnahme und Redegleichheit sowie (iii) ein Wahrhaftigkeitspostulat gekennzeichnet ist.²⁶⁴ Die Verständigungsfähigkeit und -bereitschaft der Parteien wohnt dabei der inneren Logik des Verständigungshandelns inne, drückt sich aber auch im Wahrhaftigkeitspostulat als Teilaspekt der Verständigungsannahme aus. Schließlich soll der Konsens auf echter Verständigung beruhen und nicht durch Manipulation und Täuschung kontaminiert werden.

8.2. Verständigungsvoraussetzungen und Wahrhaftigkeitspostulat

8.2.1. Das postkonventionelle Gespräch

Mediation als ein sprachlich vermitteltes, auf Verständigung der Parteien ausgeichtetes Verfahren muss als praktischer Diskurs auf postkonventionellem Niveau der Stufe 6 geführt werden, um im Ergebnis den Grundbedürfnissen und den

²⁶¹ Gemeint ist die therapeutische Kritik, da der Wahrhaftigkeit des Sprechers in Bezug auf die Inhalte seines Innenlebens kein analoger Geltungsanspruch des Gesprächspartners gegenüber steht.

²⁶² Habermas 1984, S. 181; Habermas 1991, S. 133.

²⁶³ Habermas 1984, S. 174ff; Alexy 1983, S. 155ff.

²⁶⁴ Habermas 1984, S. 177f; Habermas 1991, S. 132; ähnlich auch Alexy 1983, S. 169.

darauf aufbauenden Werten Raum zu geben. Nur dann kann das dem Einzelfall geschuldete Sollen konsensual begründet werden kann. Wie oben gezeigt sind dafür gewisse sprachliche und intellektuelle Fähigkeiten der Parteien notwendig sowie die Bereitschaft, postkonventionelle Perspektiven einzunehmen. Mit anderen Worten müssen die Parteien im hier verstandenen Sinne verständigungsfähig und verständigungsbereit sein. Dies schließt auch empathische Fähigkeiten ein, die den Erkenntnis- und Verständigungsprozess abrunden.

8.2.2. Verständigungsbereitschaft und Verständigungsfähigkeit

Die individuelle Verständigungsbereitschaft kann nun gerade durch den Konflikt eingeschränkt sein. Das Verfahren der Mediation eignet sich aber, diese Bereitschaft durch Ermittlung und Berücksichtigung der die Bereitschaft beeinflussenden Interessen und Bedürfnisse zu entwickeln, wofür Techniken und Interventionsstools zur Verfügung stehen.

Ein Gespräch zur Herstellung der Verständigungsbereitschaft kann aber nur gelingen, wenn eine Verständigungsfähigkeit vorhanden ist. Wie gezeigt können die für das postkonventionelle Gespräch nötigen Verständigungsfähigkeiten in demokratischen Gesellschaften bei Erwachsenen grundsätzlich vorausgesetzt gesetzt werden. Bei der diesbezüglichen Annahme handelt es sich aber, wie ausgeführt, um eine widerlegbare Vermutung, die bei Vorliegen von Verdachtsmomenten wie z.B. einer mangelnden Resonanz hinterfragt werden muss. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die erforderlichen kommunikativen, intellektuellen und emotionalen Fähigkeiten auch bei sozial integrierten Persönlichkeiten beeinträchtigt sind. Beispielsweise können gewisse Störungen bei der sinnhaften Strukturierung kognitiver und emotionaler Erfahrungen vorhanden sein oder die Möglichkeit kann beeinträchtigt sein, das Verhalten und die wahrscheinlichen und vorhersehbaren Folgen gedanklich vorwegzunehmen.²⁶⁵ Darüber hinaus sind moralische Normen dem Bewusstsein nicht angeboren, sondern entwickeln sich im familiären und gesellschaftlichen Leben.²⁶⁶ Umfeldbedingte Lerndefizite und genetische-epigenetische Faktoren können so die Entwicklung eines Bewusstseins des Guten, die Autonomie und das Gefühl der Verantwortlichkeit beein-

²⁶⁵ Kriz 2007, S.1

²⁶⁶ So schon Piaget 1973, S. 453, 455; im Übrigen siehe oben Kapitel 6.

trächtigen. Hieraus resultierendes abweichendes Verhalten muss nicht im pathologischen Sinne auffällig sein, da sich normales und abweichendes Verhalten und damit die psychische Gesundheit selbst auf einem Kontinuum bewegen.²⁶⁷ Das Defizit kann im Alltag bzw. in konfliktarmen Situationen auch unauffällig sein²⁶⁸ und deshalb im Konflikt nicht als maßgebendes Defizit erkannt werden (z.B. mangelnde Empathie einer besonders charmanten Persönlichkeit).

Entsprechende Anzeichen fehlender Perspektivübernahmefähigkeit oder Empathie müssen deshalb ernst genommen werden. Soweit es sich nicht um irreversible Hirnverletzungen (z.B. durch Unfall oder Tumor) oder tiefgreifende Persönlichkeitsstörungen handelt, können die Verständigungsfähigkeit beeinflussende Beeinträchtigungen grundsätzlich bearbeitet werden.²⁶⁹ Hierfür stehen zahlreiche Therapieformen zur Verfügung. Der Mediation besonders nahe steht die klientenzentrierte Gesprächstherapie, deren elementare Prinzipien wie Empathie, Authentizität und Wertschätzung²⁷⁰ auch für die Haltung des Mediators bedeutsam sind. Darüber hinaus kommen manche Tools (z.B. das sog. Aktive Zuhören) sowohl in der klientenzentrierten Gesprächstherapie wie auch in der Mediation zu Anwendung.²⁷¹ Deshalb kann auch der Mediator im beschränkten Umfang therapeutisch wirken. Die therapeutische Herstellung der Verständigungsfähigkeit ist jedoch keine Aufgabe des praktischen Diskurses, der die Verständigungsfähigkeit voraussetzt und nicht schafft. Die eventuelle Notwendigkeit, Verständigungsfähigkeit noch herzustellen, markiert damit eine der Grenzen zwischen Mediation und Therapie.

8.2.3. Machtungleichgewichte

Weitere Ursache für Störungen in der Verständigung können Machtungleichgewichte sein, die ganz im Sinne der Theorie kommunikativen Handelns auf Umstände in der objektiven Welt (z.B. Transaktionskosten, Mittelknappheit), der sozialen Welt (z.B. Rollen, Funktionen, Image, begünstigende Rechtslage) oder

²⁶⁷ Gerrig/Zimbardo 2008, S. 550.

²⁶⁸ Leichte Persönlichkeitsstörungen sind auch bei als „normal“ geltenden Personen anzutreffen, siehe Roth/Ryba 2016, S.151.

²⁶⁹ Roth/Ryba 2016, S. 153 führen aus, dass schwere Persönlichkeitsstörungen auf tiefen strukturellen Störungen des subcorticalen limbischen Systems beruhen und deshalb kaum behandelbar sind.

²⁷⁰ Rogers 2013, S. 44.

²⁷¹ Kriz 2007, S. 174f; Thomann/Schulz von Thun 2011, S. 95f.

der subjektiven Welt (z.B. Risikotoleranz, Angst, Bedrohungsempfinden)²⁷² beruhen können. Die Grenzen zwischen Verständigungsfähigkeit und Verständigungsbereitschaft sind hier fließend. Macht kann sowohl auf der Seite des Macht Ausübenden als auch auf der des Unterlegenen die Verständigung blockieren, da sich im Ergebnis beide strategisch und nicht verständigungsorientiert verhalten. Macht betrifft damit auch das für die Verständigung im praktischen Diskurs so elementare Wahrhaftigkeitspostulat. Wenn das Machtelement dazu führt, dass auf der einen oder anderen Seite verdeckt oder manipulativ argumentiert wird, scheitert die Verständigung, da nicht das sprachlich vermittelte Überzeugen im Vordergrund steht, sondern die Intention des Sprechers, perlokutionäre Effekte mit Hilfe der Sprache manipulativ zu erreichen. So lange nur die Verständigungsbereitschaft beeinträchtigt ist, kann diese auch diskursiv unter Bezugnahme auf die jeweiligen Weltbezüge und Geltungsansprüche behandelt werden. Anders liegt der Fall, wenn die Macht ein solches Gewicht bekommt, dass auch die Verständigungsfähigkeit Einbußen erleidet. Diesem Umstand ist insbesondere bei Gewalt in Paarbeziehungen Rechnung zu tragen²⁷³ und in allen Fällen starken psychischen Drucks.²⁷⁴ Jedenfalls stellen vor allem Machtfaktoren in der subjektiven Welt der Parteien ein besonderes Risiko für das Gelingen der Verständigung dar, da sie nicht nur schwer zu ermitteln sind, sondern auch schwieriger als andere Faktoren kommunikativ bearbeitet werden können.

8.2.4. Authentizität der Medianten

Das Wahrhaftigkeitspostulat betrifft sowohl die Verständigungsbereitschaft wie die Verständigungsfähigkeit. Wer in der Mediation nicht wahrhaftig sein kann oder will, kann auch für sich nicht erwarten, an einer intersubjektiv geteilten gerechten Lösung zu partizipieren, da er seine tatsächlichen Geltungsansprüche nicht einbringen wird. Diese Diskursvoraussetzung verweist darüber hinaus auf eine für den praktischen Diskurs heranzuziehende Argumentationsregel (hier als erste genannt mit Nr. 1.1), die besagt: jeder Sprecher darf nur das behaupten, was er selbst glaubt.²⁷⁵ Die Authentizität des Sprechers kann dabei vom Mediator

²⁷² Breidenbach 1995, S. 101ff.

²⁷³ Zum Thema Macht als Kontraindikation für Mediation Duss-von Werdt 2000, S. 4ff; für eine „differenzierte Einzelfallentscheidung über die grundsätzliche Einsatzfähigkeit und die konkrete Ausgestaltung eines Mediationsverfahrens“ bei Gewalthintergründen Gläßer 2008, S. 352ff.

²⁷⁴ Kloweit/Gläßer 2014, S. 170.

²⁷⁵ Alexy 1983, S. 234 (Nr.1.2); Habermas 1983, S. 98 (Nr.2.1).

insbesondere durch behutsam formulierte teilnehmende, strategische, zirkuläre oder reflexive Fragen, die den Medianten ermutigen, eine andere Perspektive einzunehmen ermittelt und gefördert werden.²⁷⁶ Auch die Vertraulichkeit der Mediation, die von den Parteien dispositiv gestaltet werden kann, dient dem Ziel der Wahrhaftigkeit.²⁷⁷

8.2.5. Rechtliche Verankerung der Verständigungsbedingung

Mediation als Diskurs hat in Deutschland ihren normativen Niederschlag in § 2 Abs. 5 S. 2 MediationsG gefunden. Die als „Kann“-Vorschrift formulierte Regelung - konsequenter wäre eine „Soll“-Vorschrift gewesen - besagt, dass das Fehlen einer eigenverantwortlichen Kommunikation Grund für den Abbruch der Mediation seitens des Mediators sein kann. So können u.a. Coaching, Therapie, Entzug, Antiaggressionstraining notwendig werden, um eine für die Mediation erforderliche Verständigungsfähigkeit herzustellen.²⁷⁸ Damit ist ein wesentliches Element der idealen Sprechsituation zwar nicht zwingend, aber als Leitbild „durch institutionelle Vorkehrungen“ wie *Habermas* empfiehlt²⁷⁹ im MediationsG abgesichert worden.

8.3. Freiheit des Diskutierens

8.3.1. Freiwilligkeit und Gleichheit der Teilnahme

Verständigungsfähigkeit und -bereitschaft können sich nur bei einer Zwanglosigkeit der Teilnahme und der Rede entfalten. Die Mediation muss deshalb in ihrem gesamten Setting einen repressionsfreien Austausch ermöglichen, in dem über alle inhaltlichen Ansprüche der Betroffenen ein Konsens herbeigeführt werden kann.²⁸⁰ Dies setzt nicht nur eine freiwillige Teilnahme voraus, sondern auch eine gleichverteilte Freiheit, sich einzubringen oder aus dem Verständigungsprozess zeitweise oder ganz auch wieder auszutreten. Gewisse in der Praxis nicht immer

²⁷⁶ Krabbe 2014, S. 186f.

²⁷⁷ Kloweit/Gläßer/Hagel 2014, S. 89ff.

²⁷⁸ Kloweit/Gläßer 2014, S. 165f.

²⁷⁹ Habermas 1984, S. 179.

²⁸⁰ Apel 1988, S. 37.

vermeidbare faktische Einschränkungen der Freiwilligkeit und Gleichheit,²⁸¹ müssen mediativ bearbeitet werden, indem den Bedürfnissen und ggf. Ängsten der Partei Rechnung getragen wird, so dass ein freiwilliges Einlassen auf einen offenen Verständigungsprozess gefördert wird. Elementar bleibt aber die Möglichkeit, die Mediation jederzeit wieder verlassen zu können.

8.3.2. Freiwilligkeit und Gleichheit der Rede

Die Verständigung über das bessere Argument erfordert des Weiteren auch einen freien Austausch in der Argumentation. Das bessere Argument muss die Chance haben geäußert und gehört zu werden. Diese Voraussetzungen werden von *Alexy* in den folgenden Argumentationsregeln des praktischen Diskurses konkretisiert: (i) Jeder darf jede Behauptung problematisieren, (ii) Jeder darf jede Behauptung in den Diskurs einführen und (iii) Jeder darf seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern.²⁸² Dies kann nur gelingen, wenn die Parteien, geleitet durch den Mediator, gleichberechtigt am Diskurs teilnehmen können und vom Mediator in gleicher Weise die Möglichkeit zur Äußerung und zum Gehörtwerden erhalten. Diese Verständigungsbedingungen sind nicht mit einer schematischen Gleichbehandlung der Parteien in der Gesprächsführung des Mediators zu verwechseln. Der Mediator hat vielmehr die kommunikative Freiheit der Parteien zu respektieren und sollte nur bedarfsgerecht bei Ausdruck, Wahrnehmung, Willensbildung und Überzeugung unterstützen.²⁸³ Mit der Freiheit des Diskutierens nicht nur vereinbar, sondern hierfür notwendig sind jedoch die in die Zuständigkeit des Mediators fallenden Verfahrensregelungen, die für eine rationale und geordnete Interaktion unverzichtbar sind (Ausredenlassen/Achtsamkeit, keine Verbalattacken/Respekt, Vermeidung von Störungen z.B. durch Mobiltelefone etc.).

Die vorstehend genannten Bedingungen konstituieren im Wesentlichen das, was auch als Fairness des Verfahrens bezeichnet²⁸⁴ und in Studien über Verfahrensgerichtsbarkeit weiter ausdifferenziert wird. Der Begriff der Verfahrens“gerechtigkeit“ ist aber irreführend, da dort nur die formalen Bedingungen

²⁸¹ Z.B. wenn der Arbeitgeber von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht; siehe auch Kloweit/Gläßer 2014, S. 96f.

²⁸² Es handelt sich dabei um die Diskursregeln 2.2 a)-c) des Katalogs von Alexy 1983, S. 240.

²⁸³ Kloweit/Gläßer 2014, S. 149.

²⁸⁴ Kloweit/Gläßer 2014, S. 150.

angegeben werden, die für einen rationalen, insbesondere praktischen Diskurs notwendig sind. Diskursethik beinhaltet aber mehr als reine Verfahrensgerechtigkeit. Als Bestandteil einer Theorie zur Rationalität kommunikativen Handelns hat sie wie oben gezeigt und ganz im Sinne der Konvergenztheorie *Kaufmanns* immer auch die Menschen als selbstverantwortliche, verständigungsfähige und in Solidarität verbundene Personen zum Gegenstand, die sich in ihrer „dynamischen-geschichtlichen Gestalt“ einbringen und nicht beliebig verfügbar sind.²⁸⁵

8.3.3. Rechtliche Verankerung

Auch die Freiwilligkeit der Teilnahme als Bestandteil der idealen Sprechsituation ist in Deutschland für das Verfahren der Mediation rechtlich verankert worden (§ 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2, § 2 Abs. 5 S.1 MediationsG).

Die Freiwilligkeit und Gleichheit der Rede sind als Prinzipien der idealen Sprechsituation ebenfalls in das Mediationsgesetz eingeflossen. Die Allparteilichkeit des Mediators, der die Parteien in diesem Kommunikationsprozess unterstützt, ist – wie unten näher ausgeführt – Ausdruck und Konsequenz dieser Kommunikationsbedingungen (siehe § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 3 S. 1 und 2 MediationsG).

Bei der Diskussion, Auslegung und ggf. Weiterentwicklung der genannten Vorschriften – insbesondere hinsichtlich der unbestimmten Rechtsbegriffe wie z.B. die „angemessene und faire Einbindung“ jeder Partei - können die Befunde der Diskurstheorie und -ethik durchaus herangezogen werden. So kann es angebracht sein, über die Angemessenheit und Fairness in der konkreten Situation einen Meta-Diskurs zu führen, um zu einer von den Parteien empfundenen „Stimmigkeit“²⁸⁶ zu gelangen. An diesem Diskurs, da er das Verfahren betrifft, kann sich dann auch der Mediator als Verfahrensverantwortlicher mit eigenen Geltungsansprüchen beteiligen.

²⁸⁵ Kaufmann 1983, S. 208, Kaufmann 1989, S. 21f, Kaufmann 1993, S. 297ff, Kaufmann 2011, S. 145f.

²⁸⁶ Kloweit/Gläßer 2014, S. 149

8.3.4. Die Einbeziehung der Betroffenen

Die Verständigung im praktischen Diskurs setzt des Weiteren voraus, dass diejenigen, die es angeht, zu Wort kommen und gehört werden. Wenn das bessere Argument mangels Teilnahme am Diskurs nicht eingebracht werden kann, scheitert die Verständigung im diskursethischen Sinne. Dies ist eine Funktion der folgenden Diskursregel nach *Alexy*: Jeder, der sprechen kann, darf an Diskursen teilnehmen.²⁸⁷ Die Teilnahme aller Sprachfähigen ist natürlich ein hypothetisches Ideal und für den begründeten Konsens auch nur insofern erforderlich wie „jeder“ von dem Thema auch betroffen ist. Die Bestimmung des Kreises der Betroffenen kann aber schwierig sein. Nicht immer liegt die Notwendigkeit, weitere Betroffene einzubeziehen so klar auf der Hand wie die Einbeziehung des Kindes (durch verständigungsfähige Stellvertreter) in Sorgerechtsstreitigkeiten der Eltern. Es sind vor allem die Fälle, welche die Öffentlichkeit oder einen großen Kreis von Personen etwas angehen und die deshalb der Mediation Grenzen setzen oder zumindest diesem Umstand Rechnung tragende besondere Verfahrensdesigns oder Maßnahmen wie die Stellvertretung erfordern.²⁸⁸ So schafft ein Einzelvergleich in den öffentlichkeitsrelevanten Fällen keine Gerechtigkeit, wenn das schädigende Verhalten nicht aufgedeckt und gerade unterstützt durch eine Einigung im Einzelfall fortgesetzt werden kann. Der Diskurs in der Öffentlichkeit ist in diesen Fällen unverzichtbar. Dieser kann aber nicht nur durch ein öffentliches rechtsstaatliches Verfahren initiiert werden; in Betracht kommen auch öffentliche Eingeständnisse, öffentliche Untersuchungen usw. Es ist Aufgabe des Mediators, auf die sachgerechte Einbeziehung der Betroffenen hinzuwirken.

²⁸⁷ Alexy 1983, 240.

²⁸⁸ Zu nennen sind hier vor allem strafrechtlich relevante Konflikte, Umweltrecht, Insolvenzrecht.

9. Der Mediator als Facilitator des praktischen Diskurses

9.1. Die mögliche Verwirklichung der Utopie der idealen Sprechsituation

Ein wesentlicher Kritikpunkt an der Diskursethik ist die Unterstellung einer idealen Sprechsituation, die als Utopie verworfen wird.²⁸⁹ Natürlich wird hier mit einem Ideal gearbeitet, dem sich die Praxis immer nur mehr oder weniger annähern kann. Eine Utopie ist die ideale Sprechsituation deshalb nicht. Wie die obigen Ausführungen zeigen, kann die ideale Sprechsituation in der Mediation zumindest phasenweise zur Realität werden. Darüber hinaus ist auch eine institutionelle Absicherung im Medium Recht möglich und wie im MediationsG auch teilweise bereits erfolgt. Die ideale Sprechsituation nimmt damit über das Mediationsgesetz Einzug in das Rechtssystem. Die theoretisch überzeugende, aber gewisse Hoffnungen zunächst enttäuschende Diskursethik, die keine Letztbegründung des Gerechten und keine Entlastung von diskursiven Herausforderungen bietet, erhält ihre faktische Plausibilität und Attraktivität durch das Verfahren der Mediation.

Der überraschende Erfolg für die ideale Sprechsituation durch Mediation ist aber nicht nur mit der formalen Orientierung an Diskursbedingungen zu erklären, sondern hängt maßgebend auch mit einer verfahrenstechnischen Besonderheit zusammen, die diskursethisch nicht vorausgesetzt werden muss, die aber den rationalen Diskurs realiter fördert, unterstützt und überwacht. Es ist die Rolle des Mediators, der einen strukturierten Verständigungsprozess als allparteilicher im kommunikationstheoretischen Sinne „virtueller“ Dritter und systemischer Agent orchestriert. In den Phasen der Mediation sammelt, klärt, ordnet und erweitert der Mediator die Aussagen und Geltungsansprüche der Parteien, bis sie sich zu einem Konsens verdichten lassen. Dies gelingt mit dem situationsgerechten Einsatz verschiedener Kommunikationstechniken, hängt aber entscheidend auch mit den kommunikativen Fähigkeiten des Mediators und seiner Haltung zusammen.

²⁸⁹ Z.B. Luhmann 1971, S. 342ff., 355f, Alexy 1983, S. 158 m.w.N.

9.2. Der Mediator als allparteilicher „virtueller“ Dritter

9.2.1. Empathischer Kommunikationskanal der Perspektiven

Nochmals zur Klarstellung: Der auf den begründeten Konsens ausgerichtete Diskurs in der Mediation beschreibt einen Prozess intersubjektiver Verständigung zwischen den Parteien. Nicht der Mediator muss überzeugt werden, sondern die Parteien müssen sich gegenseitig überzeugen. Der Mediator repräsentiert dabei eine virtuelle Perspektivenerweiterung auf postkonventionellem Argumentationsniveau, bei der Sprecher-/Hörer-/Beobachter- und Systemperspektiven eingenommen und koordiniert werden müssen.²⁹⁰ Die bereits in konventionell geführten Verständigungen einbezogene Kommunikationsrolle der virtuellen dritten Person wird durch den Mediator gegenwärtig, der sich in dieser wie auch in der einfachen Ich/Du Perspektive oder weitreichenden systemischen Perspektiven einbringen kann, um als Kommunikationskanal zu wirken.²⁹¹ Für das Aufzeigen der Perspektiven stehen Methoden zur Verfügung wie Loop of Understanding,²⁹² Doppeln,²⁹³ offenen Fragen²⁹⁴ usw., Methoden mit denen der Mediator keine eigenen Geltungsansprüche im Verständigungsprozess erhebt, sondern hilft, den klaren und authentischen Ausdruck, die Wahrnehmung, die Widerspruchsfreiheit und das Verstehen im Verständigungsprozess der Parteien zu fördern.

Darüber hinaus ist es die empathische Grundhaltung des Mediators, die hilft insbesondere Geltungsansprüche aus der subjektiven Welt der Parteien aus der Kritik und Ablehnung in die Erkenntnis und Anerkenntnis der Befindlichkeit des Gegenübers zu überführen.

Damit nimmt der Verständigungsprozess der Parteien eine Art Umweg über den Mediator.²⁹⁵ Aus der Rolle des tatsächlich Präsenz einnehmenden „virtuellen Dritten“ folgt logisch eine Allparteilichkeit so wie auch die Perspektive des virtu-

²⁹⁰ Habermas 1983, S.169ff

²⁹¹ Kirchhoff 2007, S.6.

²⁹² Zum Dreischritt dieser Methode und zur Begrifflichkeit („Loopen“, Aktives Zuhören, Paraphrasieren, Spiegeln) siehe Kloweit/Gläßer 2014, S. 147 Fn. 144.

²⁹³ Thomann/Schulz von Thun 2011, S. 128ff.

²⁹⁴ Eine Übersicht über offene Fragearten geben Kessen/Troja 2009, S. 307f.

²⁹⁵ Fröhlich 2016, S. 43.

ellen Dritten notwendig eine allparteiliche sein muss. Die empathische Grundhaltung im hier verstandenen Sinne bildet einen Teilaspekt dieser Allparteilichkeit ab. Wie bereits ausgeführt bedeutet das Mitfühlen nicht entsprechende eigene und damit der Natur nach parteiliche Gefühle wie Mitleid zu entwickeln, sondern vielmehr das Mitfühlen einer Innerlichkeit, die nicht die eigene ist, aber in der eigenen Innerlichkeit Resonanz und Verstehen auslöst. Der Mediator fungiert dabei wie ein Klangkörper, durch den die innerliche Musik des Gegenübers mit ihren Klängen und Dissonanzen hörbar wird und anschließend in Worte gefasst werden kann, um sie in den Kommunikationsprozess einzuführen.

Die Allparteilichkeit im kognitiven wie emotionalen Sinne ist somit eine kommunikationstheoretische Voraussetzung, die sich aus der Rolle des Mediators im Verständigungsprozess der Parteien ergibt. Hieraus folgt auch, dass es nicht Aufgabe des Mediators ist, seine eigenen Wertungen, Auffassungen und Gefühle einzubringen, da er andernfalls zum Teilnehmer des praktischen Diskurses wird und die Rolle des virtuellen Dritten damit aufgeben würde. Evaluative oder gar manipulative Interventionen des Mediators, die beispielsweise darauf ausgerichtet sind, ein dem Mediator vernünftig erscheinendes Ergebnis zu fördern, verfehlen den Rationalitätsanspruch kommunikativer Interaktion, der nur in der Verständigungsorientierung erfüllt werden kann.²⁹⁶ Solche Interventionen können zwar unter einem instrumentell-strategischen Gesichtspunkt ihr Ziel durchaus erreichen, jedoch keinen echten Konsens fördern, sondern allenfalls einen (faulen) Kompromiss ermöglichen, der die Sache zwar zu Ende bringt, aber grundsätzlich keine Gerechtigkeit im hier vorausgesetzten Sinne schafft.

9.2.2. Wächter der Verständigung

Der Mediator trägt auch die Verantwortung für ein Verfahren, in dem ein praktischer (und im Allgemeinen rationaler) Diskurs prinzipiell stattfinden kann. Oben wurden bereits einige Aufgaben gezeigt, die ihm bei der Sicherung der Freiwilligkeit und Gleichheit der Teilnahme und der Rede sowie der Einbeziehung der Betroffenen zukommen. Betont sei an dieser Stelle nochmals, dass die Feststellung und Sicherung der Verständigungsbedingungen eine zentrale Aufgabe des

²⁹⁶ Zum gleichen Ergebnis, wenn auch etwas anders begründet, kommen Bush/Folger 2005, S.94ff.

Mediators während des gesamten Mediationsverfahrens bildet. Sie beginnt bereits mit der Auftragsklärung und kann je nach Sachverhaltskonstellation die Führung von Einzelgesprächen, bzw. getrennten Gesprächen bei mehreren Parteien erforderlich machen, wenn z.B. Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Offenheit der Parteien beeinträchtigt sein kann. Einzelgespräche in der Mediation sind aber umstritten und in Deutschland gemäß § 2 Abs. 3 Satz 3 MediationsG von der Zustimmung der Parteien abhängig, sobald das Stadium der Auftragsklärung verlassen und die Mediation begonnen wurde.²⁹⁷ Soweit das Einzelgespräch während der Mediation geführt wird, kann sich in der Tat die Rolle des Mediators verändern, der in einer dyadischen Verständigung zwischen ihm und der jeweiligen Partei perspektivisch nur bedingt als „virtueller“ Dritter auftreten kann, da die Interaktion mit der anderen Partei fehlt. Damit wird eine Beeinträchtigung der allparteilichen Rolle des Mediators sowohl aus der Binnenperspektive des Mediators als auch aus der Außenperspektive der Parteien riskiert. Der Mediator übernimmt durch das Einzelgespräch eine Inhaltsverantwortung, die seine kommunikative Integrität als „virtueller“ Dritter zu beeinflussen geeignet ist. Trotzdem bleiben Einzelgespräche ein wichtiges Tool im Kontext aller Aspekte der Sicherung von Verständigungsfähigkeit und -bereitschaft. Sieht der Mediator die Notwendigkeit, ein Einzelgespräch führen, kann sich folglich die fehlende Parteienzustimmung als hinderlich für die Schaffung einer idealen Sprechsituation erweisen.

9.2.3. Die Anleitung zum postkonventionellen empathischen Gespräch

Die Rolle des virtuellen Dritten bedingt, dass auch die Parteien die Bereitschaft und eine gewisse diesbezügliche Einsicht zeigen, den Konflikt auf postkonventionellem Niveau zu besprechen, d.h. unter anderem den Konflikt nicht im „Schatten des Rechts“²⁹⁸ zu verhandeln, sondern zumindest in der entscheidenden Phase der Ermittlung der Interessen und Bedürfnisse aus dem „Schatten des Rechts“ herauszutreten. Dies kann durch eine kurze Erläuterung der Rolle des Rechts in der Mediation geschehen, indem besprochen wird, ob die Bereitschaft besteht, das Medium Recht als Hintergrund im oben beschriebenen Sinne zu begreifen, um sowohl die individuellen Bedürfnisse und Interessen zu erörtern als auch damit

²⁹⁷ Kloweit/Gläßer 2014, S. 152.

²⁹⁸ Mnookin/Kornhauser 1979, S.950ff, 968ff haben den Begriff als erste eingeführt, um zu zeigen wie rechtlichen Regelungen Verhandlungen beeinflussen, aber auch ermöglichen; siehe auch Breidenbach 1995, S. 104

verknüpfte sich im Einzelfall konkretisierende Wertvorstellungen; Werte, die nicht notwendig aus den rechtlichen Positionen abgeleitet werden können bzw. sich allenfalls in einem komplexen, alle Rechtsprogramme berücksichtigenden juristischen Anwendungsdiskurs klären lassen.

Es gilt jedenfalls, eine Dominanz des Interaktionstyps der Stufe 4 zu vermeiden, um entweder den Weg zur postkonventionellen Argumentation zu ebnen oder, wenn beispielsweise aufgrund des Alters der Parteien ein entsprechender Gerechtigkeitssinn als nicht vollständig ausgebildet vorausgesetzt werden kann, den Interaktionstyp der Stufe 3 einzubeziehen, bei dem eine bereits an gegenseitiger Achtung ausgerichtete, insbesondere an Rollen orientierte Sozialperspektive eingenommen wird.²⁹⁹

Die Anleitung zum postkonventionellen Gespräch setzt voraus, das der Mediator selbst in der Lage ist, auf postkonventionellem Niveau zu argumentieren; *Schweizer* fordert sogar – der Einteilung von *Graves u.a.* folgend – eine Bewusstheit der Level 6-8,³⁰⁰ die, folgt man den empirischen Ergebnissen, wohl nur einer Elite zugänglich ist. Ob diese empirischen Befunde für die hier benötigten Fähigkeiten einschlägig sind, kann jedoch dahin gestellt bleiben, da es primär darauf ankommt, die Perspektiven der Parteien mit einer empathischen Grundhaltung herauszuarbeiten, zu spiegeln und zu erweitern. Diese Fähigkeiten können prinzipiell in einer Mediationsausbildung vermittelt und vertieft werden. Einer wissenschaftlich fundierten und praktisch orientierten Mediationsausbildung kommt daher für das Gelingen eines praktischen Diskurses in der Mediation eine entscheidende Bedeutung zu. Die entsprechende Ausbildung des Mediators ist eine der Bedingungen dafür, dass dieser seine Rolle im hier beschriebenen Sinne einnehmen und ausfüllen kann, um das Gelingen des Verständigungsprozesses zu fördern.

Für die empathische Haltung des Mediators ist im Übrigen ein im eigenen Erleben fundiertes und integriertes Verständnis der genannten Grundbedürfnisse erforderlich sowie auf einer kognitiven Ebene Kenntnisse über die damit in Ver-

²⁹⁹ Fraglich ist, ob die Rolle des Mediators in Fällen, in denen kein postkonventionelles Gesprächsniveau vorausgesetzt werden kann, dergestalt verändert werden muss, dass er zum Teilnehmer des Diskurses wird und eigene Geltungsansprüche und damit auch Bewertungen einbringt.

³⁰⁰ Schweizer 2009, S. 329.

bindung stehenden Werte. Dies können auch Werte sein, die hinter rechtlichen Ansprüchen stehen.³⁰¹ Eine grobe Kenntnis der in der Wissenschaft diskutierten Gerechtigkeitsprinzipien ist dabei hilfreich, um diese in Abhängigkeit von dem, was die Parteien in Rahmen der Interessenermittlung einbringen, als Argumentationsfiguren zur näheren Erörterung einbringen zu können. Dabei kann auch die Einführung des Wertequadrats sehr hilfreich sein, um Dilemmata zu zeigen und zu bearbeiten.³⁰² Diese Tools sollten ebenfalls in der Mediationsausbildung vermittelt werden.

Wichtig ist, dass der Mediator in diesem Prozess nicht seine eigenen Werte als Geltungsansprüche einbringt, sondern von der Interessenermittlung ausgehend die darunter liegenden bzw. damit im Zusammenhang stehenden möglichen Grundbedürfnisse und Werte der Parteien identifiziert, um den praktischen Diskurs darüber zu ermöglichen. Im Ergebnis ist mit einem praktischen Diskurs nur eine *facilitative* und aktive,³⁰³ d.h. eine die Verständigung aktiv fördernde und erleichternde interessenbasierte Mediation vereinbar, in der der Mediator als *Communication Facilitator* (Verständigungshelfer) und damit auch als *Facilitator of Cognitive Changes, Process Chairman* etc.³⁰⁴ fungiert.

9.3. Argumentationsregeln

Die Rationalität des Diskurses erfordert des Weiteren die Beachtung bestimmter Argumentationsregeln, die damit auch für die Mediation zur Anwendung kommen müssen und deren Einhaltung der Mediator ggf. erarbeitet und überwacht. Regel Nr. 1.1, die Wahrhaftigkeit betreffend, wurde oben schon genannt. Nachfolgend sollen noch folgende zentralen Grundregeln genannt werden: Regel Nr. 1.2, wonach sich der einzelne Sprecher nicht widersprechen darf und Regel Nr. 1.3., wonach verschiedene Sprecher den gleichen Ausdruck nicht mit verschiedenen Bedeutungen benutzen dürfen.³⁰⁵ Hier ist es Aufgabe des Mediators, Widersprüche herauszuarbeiten und bei der Themen- und Interessensammlung

³⁰¹ Ripke 2009, S. 164.

³⁰² Schulz von Thun 2013a, S. 43ff.

³⁰³ Anders Hehn 2009, S. 189, der die *facilitative* Mediation als passiv versteht.

³⁰⁴ Und als *Formulator of Interests, Provider of Creativity, Agent of Reality*, siehe dazu Kirchoff 2007, S. 11f.

³⁰⁵ Alexy 1983, S. 234 (Regel Nr. 1.1 und 1.4); Habermas 1983, S.97 (Regel Nr. 1.1 und 1.3)

Begriffe oder Sätze zu finden und ggf. zu visualisieren, die entweder gemeinsame Inhalte repräsentieren oder aber gerade die Unterschiede aufzeigen. Formulieren beispielsweise beide Parteien ihr Bedürfnis nach einer gerechten Lösung des Konflikts, so kann dies zwar als Ausdruck ihrer gemeinsamen Verständigungsbereitschaft in einem praktischen Diskurs gewertet werden, jedoch werden unterschiedliche Geltungsansprüche mit dem Konflikt verbunden sein und damit auch unterschiedliche Vorstellungen über Gerechtigkeit. Der Mediator müsste dann beispielsweise im Loop of Understanding und durch verschiedene offene Fragen für die einzelne Partei in etwa folgendes herausarbeiten: „Gerecht/richtig ist für mich p aus dem Grund d.“ Diese Satz funktioniert natürlich bei allen Themen, die ein richtiges Tun oder Unterlassen in der Mediation betreffen.

Alexy hat einen umfangreichen Katalog weiterer Vernunftregeln, Argumentationslastregeln, Begründungsregeln und Übergangsregeln für den rationalen praktischen Diskurs entwickelt.³⁰⁶ Die wichtigsten wurden hier vorgestellt. Es würde sich lohnen, den umfassenden Katalog von Regeln für die Mediation zu analysieren, um zu prüfen, welche Methoden und Techniken, insbesondere Fragetechniken des Mediators die Rationalität des Diskurses in der Mediation besonders fördern. Dies muss jedoch einer separaten Untersuchung vorbehalten bleiben.

³⁰⁶ Alexy 1983, S. 361 ff.

10. Mediationsmodelle im Lichte der Diskursvoraussetzungen

10.1. Instrumentell-strategische Zielsetzungen der Mediation

10.1.1. Meta-Ziele

Zum Abschluss erscheint es hilfreich, auf derzeit diskutierte Mediationsmodelle zu blicken, um zu einer weiteren Abgrenzung und Inhaltsschärfung zu gelangen. Die Mediation als praktischer Diskurs gibt sich ihre Themen selbst, bzw. es sind die Parteien, die den Gegenstand dieses Diskurses bestimmen. Das Ziel ist der Diskurs, der mit dem kommunikativen Austausch über Geltungsansprüche in der objektiven, subjektiven und sozialen Welt der Parteien beginnt und theoretisch so lange geführt werden muss, bis kraft des besseren Arguments die in den Konsens mündende Überzeugung der Parteien erreicht wird. Nicht die konkreten Inhalte erzielter Ergebnisse, sondern die Qualität der Verständigung bildet dabei den Maßstab für die Rationalität der Akteure und ihrer Handlungen;³⁰⁷ die Orientierung an der idealen Sprechsituation ist Garant für den diskursethisch begründeten Konsens.

Diese Rationalität schließt aber die Verfolgung instrumentell-strategischer Zielsetzungen in der Mediation nicht aus, so lange die Parteien diese in Verständigungsorientierung koordinieren und nicht „under cover“ oder manipulativ verfolgen. Die hohe Rationalität rein kommunikativen Handelns muss nicht notwendig von den Parteien erwünscht sein, insbesondere muss es kein Anliegen der Parteien sein, ein gerechtes Ergebnis zu erzielen. So können auch ganz pragmatische Zielsetzungen verfolgt werden.

Instrumentell-strategische Zielsetzungen in der Mediation werden in der Literatur als Meta-Ziele vor allem an Hand der nachfolgenden fünf Mediationsprojekte besprochen: (i) das Service-Delivery Projekt, (ii) das Access-to-Justice-Projekt,

³⁰⁷ So auch das Konzept der transformativem Mediation bei Bush/Folger 2005, S. 71f, das dem hier beschriebenen Mediationsverständnis sehr nahe kommt.

(iii) das Reconciliation-Projekt, (iv) das Social-Transformation-Projekt und (v) das Individual-Autonomy-Projekt.³⁰⁸

10.1.2. Service-Delivery-Projekt

Das Service-Delivery-Projekt – teilweise vergleichbar mit der Satisfaction Story bei *Bush/Folger*³⁰⁹ – versteht Mediation als Verfahren zur schnellen und kostengünstigen Beilegung eines Konflikts.³¹⁰ Dieser an der Nützlichkeit orientierte Ansatz (Ersparnis von Zeit und Geld) unterwirft die Mediation einer Zweckrationalität, für die sich die Parteien natürlich autonom und selbstverantwortlich mit allen Vor- und Nachteilen entscheiden können. Ihre Verständigung in der Mediation bezieht sich dann schwerpunktmäßig auf die Koordination ihrer teleologischen Handlungsziele. Dies schließt die Führung eines praktischen Diskurses nicht aus. Der praktische Diskurs setzt aber die Möglichkeit einer repressionsfreien Beratung voraus, die sich auch in der Freiheit von äußeren Sachzwängen niederschlägt. Auch wenn Zeit und Kosten in der Mediation immer eine Rolle spielen, weil es sich dabei um Ressourcen handelt, die grundsätzlich keinem Menschen unbegrenzt zur Verfügung stehen, kann sich die Rationalität des praktischen Diskurses unter dieser Zielsetzung nur bedingt entfalten. Die Verständigung über das richtige Tun oder Unterlassen steht dann vielmehr unter dem Primat einer Erfolgsorientierung instrumenteller und strategischer Art und läuft damit Gefahr verpasst zu werden. Mit Mediation als Service-Delivery-Projekt kann deshalb auch keine Gerechtigkeit durch Mediation begründet werden, soweit das richtige Tun nicht mit dem Anspruch seiner diskursiven Ermittlung im praktischen Diskurs verknüpft wird.

10.1.3. Access-to-Justice-Projekt

Nach dem Access-to-Justice-Projekt soll die Mediation dem Ziel dienen, insbesondere benachteiligten Personen, die (wiederum vor allem aus Zeit- und Kostengründen) den Rechtsweg nicht oder nur schwer verfolgen können, zu ihrem

³⁰⁸ Breidenbach/Gläßer 1999, S. 208ff.

³⁰⁹ Bush/Folger 2006, S. 9ff.

³¹⁰ Breidenbach/Gläßer 1999, S. 209.

Recht zu verhelfen.³¹¹ Dieses Projekt entpuppt sich bei näherer Betrachtung als Mogelpackung. Wie oben gezeigt, ist die Mediation nicht als Alternative zu einem rechtstaatlichen Rechtsanwendungsverfahren zu verstehen, sondern als komplementäre Institution mit Aliud-Charakter, die u.a. auch durch die jederzeitige Wiedereintrittsmöglichkeit in das Medium Recht gekennzeichnet ist. In der Mediation findet gerade keine Rechtsanwendung statt wie das Access-to-Justice-Projekt suggerieren könnte, sondern – wenn *justice* das Ziel ist – ein schwerpunktmäßig praktischer Diskurs, in dem Gerechtigkeitsfragen bzw. Fragen des richtigen Tuns oder Unterlassens unter Berücksichtigung aller konfliktrelevanten und nicht nur der rechtlich relevanten Aspekte neu verhandelt werden. Ein beschränkter oder gar unmöglicher Zugang zum Justizsystem kann nicht durch Mediation ersetzt werden, auch wenn in der Mediation möglicherweise die bessere/gerechtere Lösung gefunden werden kann. Die Mediation ist ein mit der Rechtsanwendung nicht vergleichbares Verfahren, das in der Realität auch Störungen unterliegen kann, insbesondere wenn keine idealen Diskursvoraussetzungen geschaffen werden können.

10.1.4. Reconciliation-Projekt

Ziel der Mediation im Reconciliation-Projekt ist die Versöhnung der Parteien, wobei zu Recht gefragt wird, was denn Versöhnung ausmacht und wie Versöhnung erkannt werden kann.³¹² Mit dem Begriff der Versöhnung verhält es sich ähnlich schwierig wie mit dem Begriff der Gerechtigkeit. Man könnte fragen, ob es eine objektive oder eine subjektive Versöhnung gibt, welche Kriterien für die Versöhnung maßgebend sein könnten usw., und müsste damit letztlich einen Diskurs auf philosophischer und psychologischer Grundlage eröffnen. Die überzeugende Antwort kann aber in der Theorie kommunikativen Handelns und der Diskursethik gefunden werden. Versöhnung bedeutet demnach die empathische Versöhnung der Standpunkte in der diskursiv erreichten Verständigung. Das Reconciliation-Projekt ist folglich kein Meta-Ziel der Mediation, sondern ein Abbild der Rationalität der Handlungskoordination im postkonventionellen Einverständnishandeln, das von einer empathischen Haltung getragen wird.

³¹¹ Breidenbach/Gläßer 1999, S. 209f.

³¹² Breidenbach/Gläßer 1999, S. 210.

10.1.5. Social-Transformation-Projekt

Nach dem Social-Transformation-Projekt - einer Kombination der Social Justice Story und der Transformation Story bei *Bush/Folger*³¹³ – soll Mediation der Herbeiführung gesellschaftlicher Veränderung dienen.³¹⁴ Systemtheoretisch kann Veränderung und Anpassung an veränderte Umstände für die Ausdifferenzierung und das Überleben von Systemen notwendig sein. Wie gezeigt, ist damit aber noch keine Aussage verbunden, ob die Veränderung außerhalb des Funktionszusammenhangs gut oder schlecht ist. Gemeint ist beim Social-Transformation-Projekt aber u.a. eine Veränderung zur besseren/gerechteren/friedvolleren Gesellschaft. Entsprechende Fragen müssten deshalb zunächst als Thema von den Parteien - und selbstverständlich nicht vom Mediator - in den Diskurs eingebracht werden, um sie anschließend in einem diskursiven Einigungsprozess zu entscheiden. Social Transformation ist dann notwendig Gegenstand der Mediation und kein Meta-Ziel. Davon völlig unabhängig kann das Einlassen der Parteien auf kommunikative Handlungskoordination und das Absehen von egozentrischen Nutzenkalkülen, Gewalt und Macht auch von dem Anliegen motiviert sein, damit einen Beitrag zu einer besseren und gerechteren Welt zu leisten. Und auch der Mediator kann seinen Beruf und die Unterstützung, die er bei dieser Handlungskoordination leistet, mit einem entsprechenden Anliegen verbinden. Diese Anliegen sind aber keine Meta-Ziele, sondern beschreiben ein Bekenntnis zur Rationalität kommunikativen Handelns, das von der Mikroebene aus auch auf die Makroebene wirken kann und in gleicher Weise für die Makroebene gültig ist.

10.1.6. Individual-Autonomy-Projekt

Als oberstes Ziel der Mediation gemäß dem Individual-Autonomy-Projekt gilt die selbstbestimmte und -verantwortliche Konfliktbearbeitung durch die Parteien.³¹⁵ Dieses Projekt ist im Kern das, was *Bush/Folger* unter dem Begriff „Transformation Story“ der Mediation beschreiben, nämlich die Übernahme von Verantwortung der Medianten für ihren Konflikt und die Öffnung für den anderen in Verständigungsorientierung.³¹⁶ Die Konfliktbearbeitung ist dabei nicht Ziel, sondern

³¹³ Bush/Folger 2005, S. 11 ff, 23 ff.

³¹⁴ Breidenbach/Gläßer 1999, S. 208, 210 f.

³¹⁵ Breidenbach/Gläßer 1999, S. 211.

³¹⁶ Bush/Folger 2005, S. 13 ff, 54 ff.

Gegenstand der Mediation und die Begriffe „selbstbestimmt“ und „selbstverantwortlich“ beschreiben das „Wie“ der Konfliktbearbeitung und die daraus resultierenden Voraussetzungen, die wie dargelegt die Verständigungsfähigkeit und -bereitschaft sowie die Zwanglosigkeit und Gleichheit der Teilnahme und Rede beinhalten. Das Individual-Autonomy-Projekt verweist folglich auf den auf Konsens ausgerichteten rationalen Diskurs, dessen maßgebende Säulen Freiheit und Verantwortung sind.

10.1.7. Kommunikative Rationalität und Meta-Ziele

Die Theorie kommunikativen Handelns leistet eine Abgrenzung zwischen verständigungsorientierter und erfolgsorientierter Handlung. Zwar beinhaltet auch verständigungsorientiertes Handeln teleologisches Handeln, kann aber nicht darauf reduziert werden, da im verständigungsorientierten Handeln die teleologisch strukturierten Handlungspläne der Interaktionsteilnehmer miteinander koordiniert werden.³¹⁷ Das einzige Meta-Ziel, das oben aus kommunikationstheoretischer Sicht ausgemacht werden konnte, war das erfolgsorientierte Social-Delivery-Projekt. Mit diesem Meta-Ziel können nicht nur Ziele der Ressourceneffizienz begriffen werden, sondern auch andere teleologische Handlungsziele. Im Sinne solcher Ziele würden sich die Parteien kommunikativ rational verhalten, wenn sie miteinander einvernehmlich abstimmen, was z.B. unter Zeit- und Kostengesichtspunkten oder aus anderen strategischen Gründen als eine für sie akzeptable Lösung erscheint. Bei solchen Zielsetzungen wäre es u.a. rational, die Erfolgsaussichten einer Klage z.B. mit Hilfe professioneller Wahrscheinlichkeitsrechnungen zu analysieren, um den Einigungsrahmen zu ermitteln.³¹⁸ Auch wären Mediationspraktiken angezeigt, die beispielsweise eine schnelle Einigung befördern. Hierzu würden vor allem evaluative Eingriffe des Mediators zählen. So verstanden rückt die Mediation dann sehr stark in die Nähe einer Schlichtung bzw. einer Vergleichsverhandlung, die, so weit nicht als solche auch deklariert und abgegrenzt, den Kritikern der Mediation die maßgebenden Argumente liefert.

In einen wie hier verstanden praktischen Diskurs über die Richtigkeit dessen, was getan werden soll, würden die Parteien nämlich bei genauer Betrachtung in diesen Fällen nicht eintreten. Gerechtigkeit ist dann kein Thema in der Mediation

³¹⁷ Habermas 1981a, S. 388.

³¹⁸ Z.B. durch eine Entscheidungsbaumanalyse, siehe dazu Schütz 2009, S. 63ff.

und die ggf. erarbeitete Lösung ein Kompromiss, dessen Rationalität im Einverständnis über seine Nützlichkeit liegt.

Der Schluss, dass diese Nützlichkeitsorientierung insbesondere in der Wirtschaft wohl überwiege, kann m.E. nicht gezogen werden. Dass Gerechtigkeit auch in schwerpunktmäßig teleologisch ausgerichteten Kontexten eine große Rolle spielen kann, zeigen beispielweise die Untersuchungen über Werteparadoxien in Familienunternehmen,³¹⁹ zu deren Bearbeitung und ggf. Auflösung ein primär praktischer Diskurs geführt werden muss.

10.2. Das Medium Recht und der Auftrag der Mediation

Auf das Medium Recht und rechtsstaatliche Rechtsanwendungsverfahren, in denen mit Hilfe einer vor allem wissenschaftlich ausgerichteten Interpretationsgemeinschaft Rechtserkenntnis verfolgt wird, kann nicht verzichtet werden. Wenn Gerichtsverfahren zu teuer, zu zeitaufwendig und die Entscheidungsfindung auch aufgrund dieser oder anderer Sachzwänge unberechenbar wird, bieten nicht Mediation und schon gar nicht instrumentell-strategische ausgerichtete Streitbeilegungsverfahren die Lösung, sondern nur eine Reform des Justizsystems, in dem – wie *Fiss* fordert – die Rolle des Richters in einem Rechtserkenntnisverfahren institutionell abgesichert ist.³²⁰

Streitbeilegungsverfahren, die auf Vergleiche abzielen, bergen in der Tat das Risiko, allein teleologische Handlungsziele (auch solche des Staates) manipulativ und nicht verständigungsorientiert unter dem Deckmantel des Rechts zu koordinieren, ungerechte Kompromisse zu generieren oder Konflikte in Harmonisierungskraftakten zu glätten. Von diesen Verfahren ist die Mediation im hier verstandenen Sinne abzugrenzen. Es gilt, die selbstbestimmte Mediation als zum Rechtssystem komplementäre Möglichkeit zu begreifen, Gerechtigkeit gerade auch vor dem Hintergrund des facettenreichen Einzelfalls zu realisieren, und zwar vor allem dann, wenn das Medium Recht mit den besonderen Aspekten des konkreten Konflikts „überfordert“ ist. Erscheint der Ausgang eines Rechtsstreits auch bei professioneller juristischer Analyse nicht vorhersehbar oder erscheint

³¹⁹ Von Schlippe 2012, S. 292ff.

³²⁰ Fiss 2009, S. 1278ff.

das zu erwartende Ergebnis oder auch das juristische Verfahren zur besonderen Fallkonstellation nicht zu passen, kann dies als eine starke Indikation für die Mediation gewertet werden. Darüber hinaus bietet die Mediation auch in nicht oder nur teilweise rechtlich hinterlegten Konflikten oder ganz allgemein bei lösungsbedürftigen, auf unterschiedlichen Interessen beruhenden Meinungsverschiedenheiten über das, was getan werden soll, die Chance, den maßgebenden Konflikt in rationalen, insbesondere praktischen Diskursen zu bearbeiten und dadurch einen nachhaltigen Ausgleich zu schaffen, der auch zu mehr Gerechtigkeit in der Gesellschaft beizutragen vermag.

Davon unabhängig können Konfliktparteien natürlich selbstbestimmt entscheiden, von andern Verfahren (z.B. Vergleichsverhandlung, Schlichtung, evaluative Mediation) Gebrauch zu machen, um ihre Handlungsziele auch unterhalb der Gerechtigkeitsschwelle einvernehmlich zu koordinieren. Wichtig bleibt bei einer solchen Vorgehensweise aber, dass über diese Absichten auf einer Metaebene ein echtes und nicht beispielsweise machtleitertes Einvernehmen erzielt und dem dann ggf. erzielten Ergebnis der relevante Stellenwert als Kompromiss, schnelle Lösung, harmonischer Ausgang etc. eingeräumt wird. Auch solche Abschlüsse können mediativ unterstützt werden und sehr positiv wirken, wenn sie der Rationalität des Einverständnishaandelns genügen.

11. Fazit

Konflikte sind immer auch Gerechtigkeitskonflikte, die in einem Mediationsverfahren bearbeitet werden können. Ein gerechtes Ergebnis kann aber nicht das zufällige und beliebige Produkt der Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien sein. Vielmehr muss das Ergebnis der Parteien auch moraltheoretischen Anforderungen genügen. Solidarität und Fairness sowie der hiermit vereinbare individuelle Plan des guten Lebens, der die verantwortliche Selbstverwirklichung des Einzelnen in seiner gemeinschaftlichen Verbundenheit einschließt, betreffen das Thema Gerechtigkeit in seinem Kern. Darin wurzelnde Konflikte können im nachmetaphysischen Denken nur mit Hilfe einer prozeduralen Theorie der Gerechtigkeit entschieden werden. Hierzu gibt eine Diskursethik, die besonders im Konfliktfall gefordert ist und Instrumente zur Etablierung gerechter gesellschaftlicher Systeme wie auch zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit zur Verfügung stellt, die notwendigen Antworten.

Die Diskursethik bietet aber nicht nur eine formal-pragmatische Begründung von Gerechtigkeit, wenn sie ganz im Sinne von *Kaufmanns* Konvergenztheorie den Menschen in seinen elementaren Bedürfnissen, Interessen und Beziehungen in den Vordergrund rückt. Der Mensch ist als Person, wie *Kaufmann* treffend sagt, gleichzeitig Subjekt und Objekt der Diskurse, die über das richtige Tun oder Unterlassen geführt werden; dabei ist die Person weder statisch noch zeitlos und in ihrer dynamisch-geschichtlichen Gestalt nicht beliebig verfügbar.³²¹ Zur Verwirklichung der Gerechtigkeit müssen immer wieder Diskurse geführt werden, in denen Menschen ihre wirklichen Erfahrungen und Überzeugungen austauschen.³²² Dabei ist dem ständigen Wandel der Lebenswelt, der Beziehungen und Begegnungen Rechnung zu tragen.

Der institutionelle Austausch über konkrete Gerechtigkeitsthemen erfolgt schwerpunktmäßig in Rechtsanwendungsverfahren, in denen die Rechtserkenntnis durch eine wissenschaftlich orientierte Interpretationsgemeinschaft unterstützt wird. Diese Diskurse reichen aber nicht, um den Gerechtigkeitsanliegen in allen

³²¹ Zusammenfassend Kaufmann 2011, S. 145.

³²² Kaufmann 2011, S. 146.

Fällen zu genügen. Mediation kann hier eine Lücke schließen. Die Integration der Mediation als Institution, die komplementär zum Rechtssystem fungiert, aber im Medium Recht unter anderem auch dadurch verankert wird, dass das Verfahren und elementare Prinzipien rechtlich abgesichert werden, trägt zur Konvergenz der Menschen als Personen mit den normativen Anforderungen des sozialen und institutionellen Miteinanders bei. In der Mediation werden die Person, ihr (Teil)plan vom guten Leben und die Gerechtigkeitsanliegen konkret. Die Mediation ist das Verfahren, in dem Gerechtigkeit gemäß den prozeduralen Gerechtigkeitstheorien wie der Diskursethik oder der ihr nahe stehenden Konvergenztheorie *Kaufmanns* tatsächlich geschaffen werden kann. Grund hierfür ist die Möglichkeit, der Einzelfällgerechtigkeit im tatsächlichen Leben Raum zu geben, ohne einem Werterelativismus zu verfallen und ohne ignorant gegenüber dem Medium Recht zu sein, aber mit einem freien und weiten Blick auf das, was den Personen in ihren konkreten Beziehungen und ihrem ganzheitlichen Erleben angemessen erscheint.

Diese Aufgabe kann jedoch nur eine freiwillige *facilitative* Mediation leisten, in der die Medianten evaluative Fragen diskursiv in Verständigungsorientierung bearbeiten, ohne dass Inhalte autoritär gesetzt werden. Die sich aus der Diskursethik ergebenden Bedingungen der Verständigung müssen dann in den Grenzen, die sich aus dem diskursiven Verfahren selbst ergeben, normativ abgesichert werden. Hierzu zählen vor allem die Verständigungsfähigkeit und -bereitschaft der Parteien, um die selbstverantwortliche und autonome Entscheidungsfindung, die der begründete Konsens abschließt, zu ermöglichen. Zwanglosigkeit und Gleichheit in der Teilnahme und der Rede sind weitere Konsequenzen. Diese Bedingungen soll und kann die Mediation erfüllen. Damit wird der praktische Diskurs in der Mediation möglich und hat das Potential intersubjektive Gerechtigkeit herzustellen.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt/Main, 1983.
- Apel, Karl-Otto. *Diskurs und Verantwortung*. Frankfurt/Main, 1988.
- Aristoteles. *Nikomachische Ethik*. Akademie-Verlag, Berlin, 1983.
- Axelrod, Robert. *Die Evolution der Kooperation*. 5. Auflage, München, 2000.
- Axelrod, Robert. *Launching "The Evolution of Cooperation"*, in: *Journal of Theoretical Biology* 299 (2012), S. 21-24.
- Benhabib, Seyla. *Selbst im Kontext. Gender Studies*. Frankfurt/Main, 1995.
- Bentham, Jeremy. *Eine Einführung in die Prinzipien der Moral und Gesetzgebung*, in: Höffe, Otfried, *Einführung in die utilitaristische Ethik*. 5. Auflage, Tübingen, 2013, S. 35-82.
- Bimbacher, Dieter. *John Stuart Mill*, in: *Klassiker der Philosophie*, Band II, München, 1981, S.132-152.
- Bornemann, Boris/Singer, Tania. *Das ReSource-Modell des Mitgefühls. Eine kognitiv-affektive neurowissenschaftliche Perspektive*, in: Singer, Tania/Bolz, Matthias. *Mitgefühl. In Alltag und Forschung*, ebook Max Planck Society, München, 2013, S. 184-198.
- Breidenbach, Stephan. *Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*. Köln, 1995
- Breidenbach, Stephan/Gläßer, Ulla. *Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Spektrum der Mediationsziele*, in: *Zeitschrift für Mediation* 1999, S. 207-212.
- Brenowitz, Stephanie. *Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information under Private Justice*, in: *19 Ohio State Journal on Dispute Resolution* (2003-2004), S. 679-708.
- Bush, Robert A./Folger, Joseph P.. *The Promise of Mediation. The Transformative Approach to Conflict*. San Fransisco, 2005.
- Cohen, Amy J.. *Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*, in: *78 Fordham Law Review* (2009), S. 1143-1170.

Dreier, Horst. „Wir hatten Gerechtigkeit erhofft...doch bekommen haben wir den Rechtsstaat.“ In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.1.2015, S.6.

Duss-von Werth. *Mediation und Macht*, in: ZKM 2000, S. 4-7.

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1986.

Fischer, Julia/Fleckenstein, Benedikt/Fischer, Peter. *Psychologie der Mediation. Wissenschaftlich-psychologische Techniken für Mediatoren*, in: ZKM 2014, S. 142-146.

Fiss, Owen M.. *Objectivity and Interpretation*, in: 34 Stanford Law Review (1982), S. 739-763.

Fiss, Owen M.. *Against Settlement*, in: 93 Yale Law Journal (1984), S. 1073-1090.

Fiss, Owen M.. *Out of Eden*, in: 94 Yale Law Journal (1985), S. 1669-1673.

Fiss, Owen M.. *The History of an Idea*, in: 78 Fordham Law Review (2009), S. 1273-1280.

Frankenberg, Günter. *Der Ernst im Recht*, in: 20 Kritische Justiz (1987), S. 281-307.

Frey, Dieter/Graupmann, Verena. *Konfliktmediation – Erfolgsfaktoren aus der Sicht der Sozialpsychologie und der Psychologie des Überzeugens -*, in: ZKM 2012, S. 127-131.

Friedrich, Nikola. *Mediation und die Herstellung von Verfahrensgerechtigkeit in sozialrechtlichen Konflikten*, in: ZKM 2012, S. 180-183.

Fröhlich, Günter. Verstehen von Interessen. Philosophische Analysen zum “Herzstück” der Mediation und zum nucleus contentionis, in: ZKM 1016, S. 40-45.

Gerrig, Richard J./ Zimbardo, Philip G.. *Psychologie*. 18. Auflage, Halbergmoos, 2008.

Gilligan, Carol. *In a different voice*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London, 1993

Gläßer, Ulla. *Mediation und Beziehungsgewalt. Möglichkeiten, Bedingungen und Grenzen des Einsatzes von Familienmediation bei Gewalt in Paarbeziehungen*. Baden-Baden, 2008.

Gläßer, Ulla/Kirchhoff, Lars. *Lehrmodul 20: Mediation-Entwicklungslinien und Zukunftsperspektiven*, in: ZKM 2015, 2. 119-124.

Groß, Jürgen. *Ökonomische Aspekte der Mediation*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München, 2009, S. 1217-1230.

Günther, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt/Main, 1988.

Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 1. Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt/Main, 1981a.

Habermas, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*. Frankfurt/Main, 1981b.

Habermas, Jürgen. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/Main, 1983.

Habermas, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie kommunikativen Handelns*. Frankfurt/Main, 1984.

Habermas, Jürgen. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt/Main, 1991.

Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt/Main, 1998

Habermas, Jürgen. *Diskursethik*. Frankfurt/Main, 2009.

Habermas, Jürgen. *Rationalitäts- und Sprachtheorie*. Frankfurt/Main, 2009.

Hassemer, Winfried. *Rechtssystem und Kodifikation*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid (Hrsg.) *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Auflage, Frankfurt/Main, 2011, S. 251-269.

Hehn, Marcus. *Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München, 2009, S. 175-216.

Heussen, Benno. *Die Auswahl des richtigen Verfahrens- ein Erfahrungsbericht*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München, 2009, S. 217-228.

Höffe, Otfried, *Einleitung zur Einführung in die utilitaristische Ethik*, in: ders. (Hrsg.) *Einführung in die utilitaristische Ethik*. 5. Auflage, Tübingen, 2013, S. 7-51.

Hoffmann-Riem, Wolfgang. *Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates*. Frankfurt/Main, 2001.

Hüther, Gerald. *Etwas mehr Hirn bitte. Eine Einladung zur Wiederentdeckung der Freude am eigenen Denken und der Lust am gemeinsamen Gestalten*. Göttingen, 2015.

Kant, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Suhrkamp, Frankfurt/Main, 2014.

Kaufmann, Arthur. *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*. 2. Auflage, München, 1984a.

Kaufmann, Arthur. *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*. Frankfurt/Main 1984b.

Kaufmann, Arthur. *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*. München, 1989.

Kaufmann, Arthur. *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*. 2. Auflage, Heidelberg 1992.

Kaufmann, Arthur. *Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*. München 1993.

Kaufmann, Arthur. *Einleitung und historischer Diskurs zur Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.) *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Auflage, Frankfurt/Main, 2011, S. 1-146.

Kessen, Stefan/Troja, Markus. *Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Aufl. München 2009, S. 293-319.

Kirchhoff, Lars. *Linking Mediation and Transitional Justice. Study „Workshop 1- From Mediation to Sustainable Peace*. www.europa.uni.de/de/forschung/institut/institut_ikm/publikationen/Linking_Mediation_Justice.pdf, Zugriff: 10.11.2014

Kirchhoff, Lars/Schroeter, Kirsten. *Lehrmodul 4: Mediations“wissenschaft“? – Zwischen Wissenschaftstheorie und Pragmatismus-*, in: ZKM 2006, S. 56-59.

Klimecki, Olga/Ricard, Matthieu/Singer, Tania. *Empathie versus Mitgefühl. Erkenntnisse aus der Forschung mit Erster-Person- und Dritter-Person-Methode*, in: Singer, Tania/Bolz, Matthias. *Mitgefühl. In Alltag und Forschung*, ebook Max Planck Society, München, 2013, S. 282-297.

Klinger, Edgar W./Bierbrauer, Günter. *Verfahrensgerechtigkeit-Teil 1 –Schlüssel für ein erfolgreiches Konfliktmanagement-*, in: ZKM 2006, S. 36-38.

- Klinger, Edgar W./Bierbrauer, Günter. *Verfahrensgerechtigkeit-Teil 2 –Schlüssel für ein erfolgreiches Konfliktmanagement-*, in: ZKM 2006, S. 71-74.
- Kloweit, Jürgen/Gläßer, Ulla (Hrsg.) *Mediationsgesetz*. Baden-Baden, 2014
- Köper, Roman. *Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren*. Berlin, 2003.
- Kohlberg, Lawrence. *Die Psychologie der Moralentwicklung*. Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1996.
- Krabbe, Heiner. *Werkstattbericht: Die Kunst des Fragens*, in: ZKM 2014, S. 185-188.
- Krainer, Larissa/Heintel, Peter. *Prozessethik. Zur Organisation ethischer Entscheidungsprozesse*. Wiesbaden, 2010.
- Kreuser, Karl. *Professionelle Empathie. Qualität einer sozialen Beziehung*, in: Spektrum der Mediation, S. 45-47.
- Kriz, Jürgen. *Grundkonzepte der Psychotherapie*. 18. Auflage, München, 2007.
- Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Auflage, Berlin, 1979
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Auflage, Berlin, 1995
- Ladwig, Bernd. *Gerechtigkeitstheorien zur Einführung*. Hamburg, 2013.
- Luhmann, Niklas. *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas*, in: Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt/Main, 1971, S. 291-405.
- Luhmann, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*. Frankfurt/Main, 1981.
- Luhmann, Niklas. *Rechtssoziologie*. 2. Auflage, Opladen, 1983.
- Luhmann, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. 9. Auflage, Frankfurt/Main, 2013.
- Martin, Sigmund P. *Ist das Recht mehr als eine bloße soziale Tatsache? Neuere Tendenzen in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie*, in: 22 *Rechtstheorie* (1991), S. 525-540.
- Maslow, Abraham A.. *Motivation und Persönlichkeit*. 13. Auflage, Reinbek, 2014.
- Metzinger, Thomas. *Der Ego-Tunnel. Eine neue Philosophie des Selbst: Von der Hirnforschung zu Bewusstseinsethik*. 4. Auflage, München, 2015.
- McThenia, Andrew W./Shaffer Thomas L.. *For Reconciliation*, in: 94 *Yale Law Journal* (1985), S. 1660-1668.
- Mead, George H.. *Geist, Identität und Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1980

Merkel, Reinhard. *Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung*, Baden-Baden, 2008.

Merkel, Reinhard. *Einige mögliche Prinzipien für eine oberste Gerechtigkeitsnorm*. Unveröffentlichtes Vorlesungsmanuskript 2013.

Mill, John Stuart. *Der Utilitarismus*. Reclam, Stuttgart, 2010.

Mill, John Stuart. *Über die Freiheit*. Reclam, Stuttgart, 2013.

Mnookin, Robert H./Kornhauser, Lewis. *Bargaining in the Shadow of the Law*, in: 88 Yale Law Journal (1979), S. 950-983.

Montada, Leo. *Anmerkungen zu einigen Grundfragen der Mediation aus psychologischer Sicht*, in: ZKM 2009, S. 12-16.

Montada, Leo/Kals, Elisabeth. *Mediation. Lehrbuch für Psychologen und Juristen*. Weinheim, 2001.

Müller, Elke. *Subjektive Ungerechtigkeit und Gerechtigkeitskonflikte in der Mediation*, in: ZKM 2003, S. 200-203.

Müller, Elke. *Gerechtigkeitskonflikte in der Mediation*, in: Perspektive Mediation 2005, S. 78-82.

Nader, Laura. *The ADR Explosion- The Implications of Rhetoric in Legal Forms*, in: 8 Windsor Yearbook of Access to Justice 1055 (1988), S. 269-291.

Neumann, Ulfrid. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt 1986.

Neumann, Ulfrid. *Theorie der juristischen Argumentation*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid (Hrsg.) *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 8. Auflage, Frankfurt/Main, 2011, S. 333-347.

Neumann, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*. Baden-Baden, 2008.

Piaget, Jean. *Das moralische Urteil beim Kinde*. Frankfurt/Main, 1973.

Popper, Karl R.. *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*. Hamburg, 1973.

Popper, Karl R.. *Auf der Suche nach einer besseren Welt. Vorträge und Aufsätze aus dreißig Jahren*. München, 1984.

Pörksen, Bernhard/Schulz von Thun, Friedemann. *Kommunikation als Lebenskunst. Philosophie und Praxis des Miteinander-Redens*. 2. Auflage, Heidelberg 2016.

- Rawls, John. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. Frankfurt/Main, 1979.
- Ripke, Lis, *Recht und Gerechtigkeit in der Mediation*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München, 2009, S. 161-174.
- Risse, Jörg. *Konfliktlösung durch Gerichtsprozesse. Benchmark für alle ADR-Verfahren*, in: ZKM 2012, S. 75-79.
- Rogers, Carl R.. *Therapeut und Klient. Grundlagen der Gesprächspsychotherapie*. Frankfurt/Main, 2013.
- Roth, Gerhard/Ryba Alica. *Coaching, Beratung und Gehirn. Neurobiologische Grundlagen wirksamer Veränderungskonzepte*. Stuttgart, 2016
- Sandel, Michael. *Gerechtigkeit. Wie wir das Richtige tun*. Berlin, 2013.
- Schmitz, Ulrich. *Subjektive Gerechtigkeitsvorstellungen in der Wirtschaftsmediation*, in: ZKM 2004, S. 217-222.
- Schütz, Jürg Gian. *Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Bern, 2009.
- Schulz von Thun, Friedemann. *Miteinander reden: 1. Störungen und Klärungen. Allgemeine Psychologie der Kommunikation*. 50. Auflage, Reinbek, 2013.
- Schulz von Thun, Friedemann. *Miteinander reden: 2. Stile, Werte und Persönlichkeitsentwicklung. Differenzielle Psychologie der Kommunikation*. 33. Auflage, Reinbek, 2013a.
- Schweizer, Adrian. *Techniken des Mediators*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München, 2009, S. 321-362.
- Seehausen, Maria. *Das Gerechtigkeitsversprechen der Mediation*, in: ZKM 2009, S. 110-114.
- Selman, Robert L. *Die Entwicklung sozialen Verstehens. Entwicklungspsychologische und klinische Untersuchungen*. Frankfurt/Main, 1984.
- Siegel, Daniel J. *The Mindful Brain- das achtsame Gehirn*, in Hüther, Gerald. *Damit das Denken Sinn bekommt. Spiritualität, Vernunft und Selbsterkenntnis*. 6. Auflage, Freiburg i.Br., 2013
- Siegel, Daniel J. *Das achtsame Gehirn*. 4. Auflage, Freiburg i.Br., 2014
- Siegel, Daniel J. *mind. A Journey to the Heart of Being Human*, New York, 2017
- Singer, Tania. *Perspektiven der Empathie- und Compassion-Forschung*, in: Nida-Rümelin, Julian/Spiegel, Irina/Tiedemann, Markus. *Handbuch Philosophie und*

Ethik, Band II: Disziplinen und Themen. 2. Auflage, Paderborn, 2017, S. 256-260.

Streicher, Bernhard. *Gerechtigkeit in Konfliktsituationen und in der Mediation*, in: ZKM 2010, S. 100-103.

Thomann, Christoph/Schulz von Thun, Friedemann. *Klärungshilfe I. Handbuch für Therapeuten, Gesprächshelfer und Moderatoren in schwierigen Gesprächen*. 11. Auflage, Reinbek, 2011.

Triconi, Elizabeth/Rangel, Antonio/Camerer, Colin E./O'Doherty, John, P. *Neural Evidence for inequality-averse social Preferences*, in: Nature 25 February 2010, S. 1089-1091.

Troja, Markus. *Mediation als institutioneller Wandel in der Demokratie*, in: ZKM (2002), S. 96-102.

Yarn, Douglas H.. *Mediation in den USA*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München 2009, S. 1259-1269.

Von Schlieffen, Katharina. *Propädeutikum*, in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München 2009a, S. 3-66.

Von Schlieffen, Katharina. *Perspektiven der Mediation*. in: Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina (Hrsg.) *Handbuch Mediation, Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete*. 2. Auflage, München 2009b, S. 197-216.

Von Schlippe, Arist/Groth, Torsten/Rüsen, Tom A.. *Paradoxien der Nachfolge in Familienunternehmen*, in: konfliktDynamik 2012, S. 288-298.

Zimbardo, Philip G./Gerrig, Richard J.. *Psychologie*. 7. Auflage, Berlin, 1999.

Über die Autorin

Monika Pasetti arbeitet als Rechtsanwältin, Mediatorin und Coach in Berlin. Sie hat ihre Spezialisierung im Wirtschaftsbereich (Schwerpunkt Gesellschaftsrecht) bei einer großen Beteiligungsgesellschaft und in ihrer mehr als 20-jährigen Tätigkeit für internationale Großkanzleien erworben. Sie verfügt über einen LL.M. der Columbia Law School (NY) und ist in Deutschland und New York State als Anwältin zugelassen.

Vor ihrer Zeit als Anwältin arbeitete sie sechs Jahre lang am Institut für Rechtsphilosophie der Ludwig-Maximilians-Universität München, wo sie bei Prof. Dr. Dr. h.c. Arthur Kaufmann über „Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten“ (*Vofß*) promovierte.

Monika Pasetti begleitet ihre Mandanten heute sowohl anwaltlich als auch mediativ. Sie bietet integratives Verhandeln an, entwickelt Verhandlungsstrategien, führt Einzelpersonen und Teams durch komplexe Entscheidungsprozesse, berät in Konfliktmanagementfragen und mediiert Konflikte. Ihren Master (M.A.) in Mediation und Konfliktmanagement schloss sie 2015 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) ab.

Monika Pasetti fördert die Mediation durch ihre Tätigkeit im Vorstand des Vereins zur Förderung von Wissenschaft und Praxis der Mediation e.V. und durch ihr Engagement bei Zoff Off e.V., ein Berliner Mediationsprojekt, das kostenlose Gemeinwesen-Mediation (*community mediation*) anbietet.

Kontakt:

www.kanzlei-pasetti.com

monika@kanzlei-pasetti.com