

Kommunikation im Konflikt

Tagungsband Mediationstage Jena 2015

Bearbeitet von
Herausgegeben von Prof. Dr. Christian Fischer

1. Auflage 2019. Buch. XI, 163 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68534 7

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht allgemein, Gesamtdarstellungen > Streitschlichtung, Mediation](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

2. Arten von Gerechtigkeitstheorien

Eine weitere Annäherung an das Thema liefert die vereinfachende Unterscheidung zwischen drei Gruppen von Gerechtigkeitstheorien, und zwar deskriptiven, prozeduralen und materialen.²³

Deskriptive Gerechtigkeitstheorien ermitteln durch Sprachanalyse oder empirische Sozialforschung die Gerechtigkeitsvorstellungen in der Gesellschaft. Sie stellen tatsächlich vorhandene Gerechtigkeitsvorstellungen fest.

Prozedurale Gerechtigkeitstheorien legen den Schwerpunkt auf das Verfahren zur Ermittlung von verbindlichen Gerechtigkeitsurteilen. Sie suchen nach Bedingungen, unter denen gerechte Ergebnisse erzielt werden können. Ob von gerechten Verfahren mehr als eine stets unvollkommene Verfahrensgerechtigkeit zu erwarten ist, erscheint zweifelhaft. Immerhin sprechen Ergebnisse der empirischen Gerechtigkeitsforschung dafür, dass Menschen Verteilungen eher als gerecht akzeptieren, wenn diese durch ein als gerecht empfundenes Verfahren zustande gekommen sind. Relativ neue Gerechtigkeitsgedanken wie Interaktionsgerechtigkeit, verkürzt der respektvolle Umgang untereinander, sowie die informative Gerechtigkeit (auch Informationsgerechtigkeit genannt) lassen sich aus meiner rechtstheoretischen Perspektive prozeduralen Gerechtigkeitstheorien zuordnen. In anderen Disziplinen sieht man das differenzierter²⁴, was selbstverständlich genauso gut möglich ist. Ich vertiefe das nicht. Derartige Klassifikationsfragen sind gerechtigkeitsneutral.

Materiale Gerechtigkeitstheorien suchen nach inhaltlichen Kriterien, um Gerechtigkeitsurteile zu treffen. In früheren Zeiten waren das insbesondere die theologischen und vernunftrechtlichen Naturrechtslehren. Bei den moderneren materialen Gerechtigkeitstheorien kann man zwischen teleologischen Theorien wie dem bereits angesprochenen Utilitarismus, Vertragstheorien, die den Schwerpunkt auf die Freiheitsrechte des Individuums legen, sowie egalitären Theorien unterscheiden, welche einen Eigenwert der Gleichheit zu begründen versuchen.

3. Vertrags-, Verteilungs- und Verfahrensgerechtigkeit

Gestatten Sie mir noch einige Anmerkungen zu drei Gerechtigkeitsbegriffen, die im Mediationsschrifttum des Öfteren erwähnt werden – mal wieder drei große „V's“ in der Mediation: Vertrags-, Verteilungs- und Verfahrensgerechtigkeit.

Verfahrensgerechtigkeit als prozedurales Gerechtigkeitskriterium ist gerade bereits angesprochen worden. Vertragsgerechtigkeit ist die Vorstellung, dass ein Vertrag bzw. dessen Inhalt gerecht ist, weil die Vertragsparteien ihn frei vereinbart haben. Volenti non fit iniuria – hier frei interpretiert als „wer bekommt, was er will, dem geschieht kein Unrecht“. Ideenge-

²³ Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 373 ff.

²⁴ Vgl. z.B. Maier, Gerechtigkeit in Organisationen, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/gerechtigkeit-organisationen-34183>.

schichtliche Grundlage unserer privatrechtlichen Vertragslehre ist insbesondere die auf Privatautonomie aufbauende Rechtslehre *Kants* – so heißt es. Die verbreitete „moderne“ Kritik an der klassischen Vorstellung von der Vertragsgerechtigkeit durch Vertragsfreiheit gipfelte in der 1969 von *Zweigert* und *Kötz* erhobenen Forderung, die Vertragsgerechtigkeit herzustellen, indem man die Vertragsfreiheit aufgebe, weil es Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gebe.²⁵ „Alle Macht dem Staat und seinen Rechtsfunktionären“ – fällt mir dazu nur ein. In der Handelsvertreterentscheidung²⁶ und insbesondere im Bürgschaftsbeschluss²⁷ hat das Bundesverfassungsgericht den Zivilgerichten bekanntmaßen die Pflicht auferlegt, den Inhalt von Verträgen zu kontrollieren, die einen der Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ sind, was immer das sein mag, ein „strukturelles Verhandlungungleichgewicht“. Den von manchen befürchteten und von anderen geforderten Abschied von der Vertragsgerechtigkeit durch Vertragsfreiheit haben diese Entscheidungen ebenso wie die spätere Ehevertragsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁸ jedoch nicht bewirkt – zum Glück.

Dass die Verteilungsgerechtigkeit im Zusammenhang mit Mediationen oft angesprochen wird, ist aus aristotelischer Perspektive zunächst etwas überraschend, weil bei der austeilenden Gerechtigkeit nach gängiger Lesart ein Dritter Güter usw. zuteilt, während der Mediator doch keine eigenen Entscheidungen bezüglich des Konflikts trifft, sondern lediglich für das Verfahren verantwortlich ist. Als Bezugspunkte der Verteilung werden heute meist unterschieden Güter, Rechte und Chancen. Anerkannte Verteilungskriterien sind insbesondere der Grundsatz der erworbenen Rechte, der Leistungs- oder Beitragsgrundsatz, der Bedürfnisgrundsatz und der Gleichheitsgrundsatz (kurz: Status, Leistung, Bedürfnis, Gleichheit). Diese Verteilungskriterien sind uns teilweise kombiniert schon im Ziegenfall begegnet. Der Gleichheitsgrundsatz ist scheinbar die einfachste Verteilungsregel, weist tatsächlich aber schwierige Unterscheidungsprobleme auf. Zitat: „Gleichheit ist nicht eine Gegebenheit“, heißt es bei *Gustav Radbruch*, „die Dinge und Menschen sind so ungleich wie ein Ei dem anderen“.²⁹ *Radbruch* kannte unsere genormten Eier noch nicht – muss man dazu sagen. Gleichheit ist immer eine Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt. Hinzu kommt das sog. Paradoxon der Gleichheit, vom Bundesverfassungsgericht folgendermaßen umschrieben³⁰: „Einzelne Gruppen fördern heißt bereits, andere ungleich zu behandeln“. Soziale Gleichheit aller ist, darüber besteht in der wissenschaftlichen Diskussion Einigkeit, weder ein Gebot der Verfassung noch der herkömmlichen Gerechtigkeitsideen.

²⁵ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. 2, 1969, S. 9 f.; vgl. hierzu *Rittner* NJW 1994, 3330 f.

²⁶ BVerfGE 81, 242 ff.

²⁷ BVerfGE 89, 214 ff.

²⁸ BVerfGE 103, 89 ff.

²⁹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Studienausgabe), 2. Aufl. 2003, S. 37.

³⁰ BVerfGE 12, 354 (367).

4. Weitere Ansätze und neue Aspekte

Erwähnenswert erscheint mir noch, dass manche Gerechtigkeit als Leerformel klassifizieren. *Ernst Topitsch* verdanken wir die Erkenntnis, dass es bestimmte sprachliche Formeln gibt, die durch die Jahrhunderte als belangvolle Einsichten anerkannt werden, gerade weil sie keinen näher angebbaren Sach- oder Normgehalt besitzen³¹, und daher jederzeit jedem geben, was sie oder er sich wünscht, Stichwort „Auslegung des vorher Eingelegten“. Auch *Hans Kelsen* bezeichnete die Gerechtigkeit als völlig leere Formel, durch die jede beliebige gesellschaftliche Ordnung gerechtfertigt werden könne.³² *Ludwig Erhard* hatte sich deshalb, Zitat: „angewöhnt, das Wort Gerechtigkeit fast immer nur in Anführungszeichen auszusprechen“, eine Fähigkeit, die mir leider abgeht, ich muss immer die Hände zu Hilfe nehmen. Die Leerformel Gerechtigkeit sehe ich weniger kritisch als andere. Gefüllte Leerformeln sind nicht leer. Die zweieinhalbtausendjährige Gerechtigkeitsdebatte ist nicht ohne Ergebnisse geblieben. Dass die Gerechtigkeit relativ, also zeit- und kulturabhängig ist und immer wieder neu bestimmt werden muss, ist meines Erachtens kein Problem, sofern man sein jeweiliges Gerechtigkeitsverständnis offen legt und nicht als überzeitlich definiert.

Die neuere Gerechtigkeitsdiskussion wird vor allem durch verschiedene Theorien von *John Rawls* geprägt, und für mich auch durch den Gegenentwurf von *Robert Nozick*. Viele von Ihnen werden, so vermute ich, die Diskurstheorie des Rechts von *Jürgen Habermas* kennen, eine prozedurale Gerechtigkeitstheorie. *Amartya Sen* und *Martha Nussbaum* wären neben dem bereits erwähnten *Michael Sandel* und *Michael Walzer* als zurzeit besonders beliebte Autoren zu nennen. Neue Schriften zur Gerechtigkeit sind freilich nicht zwangsläufig besser als ältere. Die Gerechtigkeitsdebatte wird schon seit langem um die Grundfrage, wie Freiheit und Gleichheit angemessen bzw. „gerecht“ in Ausgleich gebracht werden können, geführt. Wer sich erstmals näher mit Gerechtigkeitsfragen beschäftigen möchte, dem empfehle ich das kleine Büchlein „Gerechtigkeit“ von *Otfried Höffe* aus der Reihe C.H. Beck-Wissen, das einen gut lesbaren und anschaulichen Überblick über viele Facetten der Gerechtigkeit gibt. Aktuelle Hotspots in der Gerechtigkeitsdiskussion sind nach wie vor soziale Gerechtigkeit (Stichwort Umverteilung versus Statusschutz), Geschlechtergerechtigkeit (mit „Lohngleichheit“), Generationengerechtigkeit, interkulturelle Gerechtigkeit, aber auch Umweltgerechtigkeit, also Gerechtigkeit gegenüber Tieren und der Natur sowie Weltgerechtigkeit bzw. internationale Gerechtigkeit.

³¹ *Topitsch*, in: Probleme der Wissenschaftstheorie, FS Kraft, 1960, S. 233 f.; hierzu *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 292 f., 552 f.

³² *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 1975, S. 18.

VI. Gerechtigkeit im modernen Rechtsstaat

Zum Schluss noch einige Bemerkungen zu Gerechtigkeit im modernen Rechtsstaat, in dem wir glücklicherweise leben. Ich beginne mit einigen provokanten Praktikerworten zur Gerechtigkeit. Diese stammen nicht von Mediatoren, sondern von Justizpraktikern.

1. Praktikerworte

Ein Zitat aus dem Jahre 1982³³:

„Führe möglichst keinen Prozeß; der außergerichtliche Vergleich oder das Knobeln erledigt den Streit allemal rascher, billiger und im Zweifel ebenso gerecht wie ein Urteil. Das heißt in allem Ernst: Unter den in der Bundesrepublik Deutschland obwaltenden Verhältnissen von den Gerichten Gerechtigkeit zu fordern, ist illusionär.“

Diese wuchtig larmoyanten Worte stammen von einem der bekanntesten deutschen Richter, *Willi Geiger*, ab 1940 Staatsanwalt am „Sondergericht“ in Bamberg, mindestens fünf Anträge auf Todesstrafe, alle vollstreckt. Nach Ende des Zweiten Weltkriegs in Bamberg gefördert vom späteren BGH-Präsidenten *Weinkauf* und dem späteren Bundesjustizminister *Thomas Dehler*, Landgerichtsrat, Oberlandesgerichtsrat, Referatsleiter Personal im Bundesjustizministerium, entwarf unter anderem das Bundesverfassungsgerichtsgesetz, war ab 1950 Richter, von 1953–1961 dann Senatspräsident am Bundesgerichtshof, 1951–1977 Richter am Bundesverfassungsgericht (also 10 Jahre gleichzeitig Richter an zwei Bundesgerichten)³⁴.

Ein weiteres Zitat von dem Richter und Schriftsteller *Herbert Rosen dorfer*, Richterstationen in Bayreuth, München und Naumburg, aus dem Jahr 2005, so aber auch schon in *Ballmanns Leiden oder Lehrbuch für Konkursrecht*, 2. Aufl. 1981, dort auf S. 203 aber als Fremdäußerung des Oberstaatsanwalts Dr. F. inszeniert, da kann man sich am Rande fragen, ob es ein Plagiat ist, wenn man sich selbst zitiert, ohne die Fundstelle anzugeben. Das Zitat lautet³⁵:

„Justiz hat mit Gerechtigkeit so viel zu tun wie die Landeskirchenverwaltung mit dem lieben Gott.“

In beiden Zitaten offenbart sich, ein ausgesprochen distanziertes Verhältnis praktisch tätiger Juristen zur „Gerechtigkeit“.

³³ Geiger, DRiZ 1982, 321 (325).

³⁴ Zu Geiger und zum „Bamberger Kartell“ Fischer, in: Fischer/Pauly (Hrsg.), *Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik*, 2015, S. 43, 49 ff.; vgl. auch *Godau-Schüttke*, *Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland*, 2005, S. 339 ff.

³⁵ Sonntagsblatt, Evangelische Wochenzeitung für Bayern, Ausgabe 24/2005.

Auch Bürger beklagen die Gerechtigkeitsferne des Rechtsstaates. *Bärbel Bohley* schreibt man den Ausspruch zu³⁶: „Wir hatten Gerechtigkeit erwartet, [durch die Wiedervereinigung C.F.] bekommen haben wir den Rechtsstaat.“

2. Anmerkungen

In freiheitlich-demokratischen Rechtsstaaten westlicher Prägung wird ein Gerechtigkeitsminimum garantiert, Gerechtigkeit aber nicht umfassend, totalitär, bestimmt. Dafür kann man dankbar sein. Die Versuche, den Himmel auf Erden zu verwirklichen, produzierten bislang stets die Hölle, hat *Popper* einmal sinngemäß gesagt. In einer pluralen Gesellschaft ist die Konkretisierung der Gerechtigkeit einem demokratischen Prozess unterworfen. Gerechtigkeit ist daher zunächst einmal Gesetzesgerechtigkeit.³⁷ Die Gesetzesbindung des Richters wird durch die Billigkeit, die Gerechtigkeit im Einzelfall, auch eine aristotelische Kategorie, ergänzt. Die sog. Generalklauseln und besonders unbestimmten Rechtsbegriffe, auch Stücke offen gelassener Gesetzgebung oder Delegationsnormen genannt, ermöglichen es dem Richter, den Besonderheiten des Einzelfalles in seiner Entscheidung gerecht zu werden. Hinzu kommt der Aspekt der Verfassungsgerechtigkeit. Jedes Gericht kann ein Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen. Da traditionelle Kriterien der Gerechtigkeit im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes positiviert sind, ist der Richter insoweit auch zur Gerechtigkeitsprüfung befugt.³⁸ Freilich darf er nicht seine Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle des geltenden Gesetzes setzen. Ein nachkonstitutionelles Gesetz, das er als ungerecht und deshalb verfassungswidrig ansieht, hat er dem zuständigen Verfassungsgericht vorzulegen, an dessen Entscheidung er gebunden ist.

Die Grundrechte enthalten materielle Kriterien der Gerechtigkeit. Hauptelemente sind dabei Art. 3 GG sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Für soziale Gerechtigkeit, insbesondere die Sicherung eines Existenzminimums, sorgt das „Prinzip des sozialen Rechtsstaats“. Jedein steht ein umfassender Katalog von Freiheitsrechten zu, auch die Befugnis, mit rechtmäßig erworbenen Gütern zu tun, was dem Einzelnen sinnvoll erscheint. Den Staatsbürgern kommen zusätzlich politische Mitwirkungsrechte zu. Nach der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG ist der harte Kern des Grundgesetzes jeder Verfassungsänderung und damit – theoretisch – auch jedem Wandel der Anschauungen in der Rechtsgemeinschaft entzogen. Hier dokumentiert unsere Verfassung die Grundposition einer Glaubensgemeinschaft, einer sehr toleranten und zurückhaltenden freilich, die Gemeinschaft derer, die an die parlamenta-

³⁶ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, vor Rn. 387.

³⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 391.

³⁸ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 967.

rische Demokratie mit Minderheitenschutz als bestmögliche Staatsorganisation glauben.³⁹

Wer vom Rechtsstaat und einer rechtsstaatlichen Justiz unter diesen Bedingungen mehr erwartet, als tastende Annäherungen an gerechte Problemlösungen, mehr als kleine Gerechtigkeiten, der muss enttäuscht werden. Eine absolute, ewige Gerechtigkeit gibt es auf unserer Welt nicht. Wer sie will, muss auf das jüngste Gericht warten, vermutlich vergeblich. Mir persönlich erscheint es sinnvoller, sich heute und hier um Gerechtigkeiten zu bemühen. Konkrete Gerechtigkeitskonflikte, und nur diese interessieren uns an dieser Stelle, sind durch persönliche Erfahrungen und unterschiedliche Gerechtigkeitsbilder bedingt. Individuelle Gerechtigkeitsvorstellungen lassen sich am ehesten privat autonom zum Ausgleich bringen. Der dem Einzelnen zugestandene Freiheitsraum ermöglicht nach Kant erst autonomes sittliches Handeln. Wenn informierte Bürger ohne Zwang in einem freiwilligen, verfahrensgerecht strukturierten Verfahren ihren Konflikt konstruktiv beilegen, dann ist die getroffene Vereinbarung für sie gerecht. Das ist entscheidend.

VII. Thesen

Ich schließe mit sieben Thesen, die ich jeweils kurz erläutere.

1. Das der Mediation zugrundeliegende Gerechtigkeitsprinzip ist die Vertragsgerechtigkeit.

Wenn die Medianden informiert und eigenverantwortlich einen Konsenserzielen, ist dieser für sie gerecht. Die Fairness des Verfahrens spielt für dieses Gerechtigkeitsurteil ebenfalls eine Rolle.

2. Die „Relativität der Gerechtigkeit“ gilt auch in der Mediation.

In der Mediation geht es um Regelungsfragen. Die eine (einzig) gerechte Lösung gibt es in der Mediation nicht. Im Mediationsverfahren sind unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen zu berücksichtigen. Auch wegen der Relativität der Gerechtigkeit(en) ist die Mediation regelmäßig das bessere Konfliktlösungsinstrument für private Konflikte.⁴⁰

3. Sensibilität für Ungerechtigkeits- und Gerechtigkeitsvorstellungen ist eine Grundvoraussetzung guter Mediation.

Die „vielen Gerechtigkeiten“ relativieren die Gerechtigkeitsvorstellungen der Medianden und des Mediators. Nochmals: auch des Mediators. Hinsichtlich der eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen ist hier Bescheidenheit angezeigt.

³⁹ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 389.

⁴⁰ In diesem Sinne auch BVerfG NJW-RR 2007, 1073 (1074).

4. Verfahrensgerechtigkeit ist das beherrschende Prinzip der Mediation

Der Erfolg einer Mediation hängt entscheidend davon ab, dass die Parteien ihre Gerechtigkeitsvorstellungen artikulieren können und das Verfahren als gerecht bzw. fair empfinden. Ungleichgewichtslagen sind vom Mediator zu berücksichtigen. Das ist nichts grundlegend Neues. Ungleichgewichtslagen gibt es im Leben und in der Mediation immer.

5. In Regelungsfragen stellt das Privatrecht regelmäßig nur eine dispositive Lösungsmöglichkeit dar, die abweichende Parteivereinbarungen nicht ausschließt.

Zwingendes, nicht zur Disposition der Parteien stehendes Recht setzt der Mediation einen Rahmen. Rechtlich Unmögliches kann nicht umgesetzt werden. Abschlussvereinbarungen mit rechtlich verbotenem oder sitzenwidrigem Inhalt legen einen Konflikt nicht dauerhaft bei. Mir scheint das aber eher ein theoretisches Problem zu sein. Ansonsten ist das Recht in der Mediation eine Position wie viele andere.

6. Die „vielen Gerechtigkeiten“ haben in der Mediation eine relativierende Funktion.

Das gilt sowohl im Hinblick auf die Gerechtigkeitsvorstellungen der Beteiligten als auch im Hinblick auf Rechtspositionen.

7. Die Gerechtigkeitsdiskussionen in Geschichte und Gegenwart sind eine Schatzkammer.

In deutschsprachigen Mediationspublikationen wird das Recht gelegentlich als Schatzkammer⁴¹ bezeichnet. Naja, Schatzkammer, ob das passt, hängt wohl vom zugrunde gelegten Rechts- und Schatzbegriff ab. Jedenfalls bei unserem ehrwürdigen, auf dem Anspruchssystem beruhenden bürgerlichen Gesetzbuch habe ich eher das Bild eines verstaubten Waffenarsenals vor Augen. In den unglaublich reichhaltigen und facettenreichen Gerechtigkeitsdiskussion, da sehe ich in der Tat eine prächtige Schatzkammer⁴² für Mediationen. Auch deshalb ist es ungemein lohnend, sich mit den vielen Gerechtigkeiten näher zu beschäftigen.

⁴¹ Eisele, ZRph 2003, 183 (189) m.w.N.; Ripke, in: Haft/v. Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 14.

⁴² Vgl. auch Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 396.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG