
Legitimation durch Kompromiss

Richten als Vermitteln in der Güteverhandlung

Johanna Bergann

AUSGEHEND VON DER AKTUELLEN und anhaltenden Debatte über das alternative Konfliktlösungsverfahren namens *Mediation* soll im Folgenden das Verhältnis der Vermittlung als »Technik der Konfliktbändigung«¹ zum Recht erörtert werden. Im Entwurf zum Mediationsgesetz, das im Laufe des Jahres 2011 verabschiedet werden soll, wird die Vermittlung durch den aus dem Amerikanischen übernommenen Begriff der *Mediation* wie folgt definiert: »Mediation ist ein vertrauliches Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines Mediators freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.«² Als Intervention durch einen Dritten fördert, lenkt und katalysiert die Vermittlung die Konfliktverhandlungen außergerichtlich, gerichtsnah oder richterlich. Vorzugsweise wird die Vermittlung auch als *alternatives* Verfahren der Konfliktlösung oder »subsidiäre Form der Konfliktregulierung neben [...] dem Recht des Staates«³ beschrieben.

Streitentscheidung und Vermittlung, so ist zu zeigen, funktionieren nicht unabhängig voneinander, sondern basieren auf einer ähnlichen Justizförmigkeit. Eine funktionale Abgrenzung der Vollzugsorgane des Rechts, nach der Richter richten, Schlichter schlichten und Vermittler vermitteln, besteht nicht. Sowohl Richter als auch Vermittler besitzen die Aufgabe der Streitschlichtung, so dass Einigung und Ausgleich zu einem gemeinsamen Ziel des Rechts werden: »By definition, don't all tribunals have the task of settling ›conflicts?«⁴ In dem Maße, in dem die Vermittlung immer schon Teil des Rechts und somit immer auch rechtsförmig ist,

¹ Albrecht Koschorke: Institutionentheorie, in: Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma, hrsg. v. Eva Eßlinger, Tobias Schlechtriemen, Doris Schweitzer, Alexander Zons, Frankfurt/M. 2010, S. 49–64, hier S. 52.

² So in Art. 1 Abs. 1 MediationsG im Entwurf des *Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*.

³ Katharina Gräfin von Schlieffen: Perspektiven der Mediation, in: Handbuch Mediation, hrsg. v. Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, Frankfurt/M. 2009, S. 197–216, hier S. 210.

⁴ Bruno Latour: *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat*, Cambridge 2010, S. 35.

kann die Vermittlung keine Alternative zum Recht sein. Sie steht vielmehr im Schatten des Rechts.

Im Folgenden soll eine Typologie der Vermittlungsformen entwickelt werden, um die Verzahnung von Vermittlung und Urteil an drei Beispielen zu illustrieren: dem Kompromiss, der Güteverhandlung und der Kunst der Überredung.

In einem ersten Teil wird der Kompromiss im Sinne einer Form der Vermittlung vorgestellt, auf die der Einigungsversuch abzielt. Der Kompromiss verkörpert die gelungene Vermittlung und ist das Ergebnis synthetisierter Positionen. Aufgrund des zuweilen unfreiwilligen Kompromiss-Schlusses und seines indirekten Bündnisses mit dem Recht lässt sich der Kompromiss nicht zu den »epistemologisch risikolosen Positionen des Dritten«⁵ zählen. Vor dem Hintergrund der unauflöslichen und gleichwohl nicht klar bestimmten Beziehung zwischen Vermittlung und Recht kann man feststellen, dass die Legitimation durch Verfahren (im Urteil) zunehmend durch die Legitimation durch Kompromiss (in der Vermittlung) abgelöst wird. Solange die Verfahrenslehre mit einer *Streitentscheidungslehre*⁶ gleichgesetzt wird, bleiben Status und Funktionsweise der durch Grundsätze und Prinzipien geprägten Vermittlung unklar.

In einem zweiten Teil wird die Güteverhandlung, welche den obligatorischen Einigungsversuch im Sinne der Vermittlung vor dem Streitverfahren platziert, als quasi-mediatorisches Institut analysiert. Die Funktion des Richters als Vermittler soll untersucht und die strukturelle Verwandtschaft zwischen Urteil und Vermittlung herausgearbeitet werden. Der Hintergrund ist, dass die Vermittlung auf eine Einigung der Parteien abzielt und einen Interessenausgleich impliziert. Der Vermittler unterstützt die streitenden Parteien bei ihrer Konfliktaustragung, ohne eine autoritative Entscheidung zu fällen. Bei Erfolg kulminiert die Vermittlung in einem kompromissbereiten Versuch des Mitte-Findens. Erst wenn der Einigungsversuch misslingt, kommt es zur *Streitentscheidung*.

In einem dritten, literaturwissenschaftlich argumentierenden Teil wird die Funktion der Richter-Mediatorin Athene im letzten Teil der *Orestie* von Aischylos untersucht. Ihr juridisches Handeln lässt sich als eine umgekehrte Güteverhandlung lesen: erst wird geurteilt, dann vermittelt. Die Vermittlung ist durch die Kunst der Überredung der Göttin Peitho geprägt, die einer manipulativen Praxis

⁵ Lorenz Engell, Bernhard Siegert, Joseph Vogl (Hg.): Editorial, in: *Archiv für Mediengeschichte* 6 (2006), Kulturgeschichte als Mediengeschichte (oder vice versa?), S. 5–9, hier S. 8, siehe auch Fußnote 33 in Alexander Zons: *Der Bote*, in: *Die Figur des Dritten. Ein kulturwissenschaftliches Paradigma*, hrsg. v. Eva Eßlinger, Tobias Schlechtriemen, Doris Schweitzer, Alexander Zons, Frankfurt/M. 2010, S. 153–165, hier S. 159.

⁶ Stephan Breidenbach: *Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Köln 1995, S. 2.

gleichkommt und parteilich ist. Mittels einer Verschränkung von Recht und Literatur, namentlich einer rechtlichen Norm, welche das Vermitteln anleitet, und einer literarischen Figur des Vermittlers, soll die Konflikthaftigkeit der Vermittlung vorgeführt werden. Das durch das Recht gesetzte normative Ideal des Vermittlers als Friedensstifter wird in der literarischen Bearbeitung gebrochen, indem die Grenzen und Paradoxien des Rechts anhand des Vermittlers als Streit veranlassendes Mittel ausbuchstabiert werden.

1. Der Kompromiss als Vermittlungsform

Die Vermittlung gehört nicht zum Randbereich, sondern zu den Kernaufgaben des Rechts, obwohl sie nicht mit der Entscheidung zusammenfällt. Die Vermittlung operiert im Sinne eines *sowohl-als-auch* anstelle eines *entweder-oder* wie die Urteils- und Entscheidungspraxis. Diese Sonderstellung gibt beiden Parteien Recht und wird durch den Kompromiss ausgedrückt. Als Form der Vermittlung trägt der Kompromiss die normative Bezeichnung *Vergleich*. Im rechtlichen Diskurs meint der Vergleich gemäß § 779 Abs. 1 BGB die Beendigung eines Streits durch gegenseitiges Nachgeben in Form einer vertraglichen Vereinbarung.⁷ Das gegenseitige Nachgeben meint ein »Zugeständnis irgendwelcher Art, um zu einer Einigung zu kommen«.⁸ Die Gegenseitigkeit zielt auf das von beiden Teilen zu erbringende Opfer, das der Struktur des *sowohl-als-auch* entspricht.

Der Kompromiss geht auf das lateinische *compromissum* von *compromittere* zurück und steht für »zusagen, sich der Entscheidung eines Schlichters [zu] beugen; sich ein Versprechen geben«.⁹ Zweierlei wird durch die etymologische Herleitung des Begriffs deutlich: der Kompromiss bleibt an die Entscheidung gebunden und beweist auf diese Weise seine strukturelle Rechtsform. Daneben zeigt die auf gegenseitigem Versprechen basierende Kooperation, dass nicht das eigene Recht, sondern das *gemeinsam* verfolgte Recht im Vordergrund steht. Dass sich der Kompromiss mit dem Vergleich gleichsetzen lässt, wird in der Literatur zumindest indirekt formuliert. Indem sich der Kompromiss durch die Aufgabe eigener Interessen

⁷ Der genaue Wortlaut von § 779 Abs. 1 BGB ist: »Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.«

⁸ Palandt, Otto (Hg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, München ⁷⁰2011, § 779, Rn. 9f.

⁹ Alexander Kluge: Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23., erweiterte Auflage, bearb. v. Elmar Seebold, Berlin 1999, S. 468.

auszeichnet, wird damit das Prinzip des Nachgebens beschrieben: »Kompromiß gilt als das Ergebnis der Angleichung verschiedener Standpunkte, als ein Modus zur Lösung von Konflikten, indem alle Parteien darin übereinstimmen, einige ihrer Forderungen zu reduzieren. Das bedeutet die Preisgabe voller Zielverwirklichung durch Teilverzicht aller Parteien zugunsten einer für alle akzeptablen, zur Konfliktlösung führenden Regelung.«¹⁰ Dass auf das eigene Recht zugunsten eines gemeinsamen Rechts verzichtet wird, kommt jedoch einem »Verrat an der Unbedingtheit von Idealen«¹¹ gleich. Die Grenze der Vermittlung besteht darin, dass die Friedenslösung maßgeblich durch Zugeständnis einer oder beider Parteien bewirkt wird. Insofern liegt die Ausgleichslösung des Kompromisses entweder in einer ungleichen Lösung oder in einem Opfer einer Partei, wodurch der Sinn der Einigung um des Friedens willen in Frage steht.

Simmel hingegen sieht den Kompromiss ausschließlich positiv als zur »alltäglichen und selbstverständlichen Lebenstechnik« gehörig und als »eine der größten Erfindungen der Menschheit«.¹² Aller Tausch um Dinge, so Simmel, ist ein Kompromiss,¹³ dessen Einräumung und Verzichtleistung ihn zum Gegenpol des Kampfes macht.¹⁴ Der Kompromiss ist zugleich nicht dasselbe wie die Versöhnung, die als subjektives Element mit der Eigenart des Verzeihens verwandt ist. Da sich Kompromisse nicht verordnen lassen und unteilbare, unvertretbare Gegenstände einem Kompromiss nicht zugänglich sind, wird die Vermittlung zu einem ungleich komplexeren Verfahren der Konfliktregulierung. Der echte Kompromiss bietet jedoch die Möglichkeit einer Vermittlung durch Integration von Gegensätzen und Unterschieden unter der Voraussetzung, dass dieser Zusammenschluss antagonistischer Bestrebungen wieder gelöst werden kann. Das Wesen des Kompromisses sei partielle Identität, aber in bleibender Differenz,¹⁵ so der Heidegger-Schüler Max Müller: »[...] der Kompromiß kann ja nur so vermitteln, daß er alle Gegensätze und Unterschiede, in dem er sie in einer Mitte zu vereinigen sucht, zugleich als berechtigt anerkennt und so weiterbestehen läßt«.¹⁶ Anzunehmen, der Kompromiss

¹⁰ Joachim Ritter/Karlfried Gründer (Hg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 4: I – K, Basel/Stuttgart 1976, Sp. 942 (Kompromiß).

¹¹ Max Müller: *Der Kompromiß oder Vom Unsinn und Sinn menschlichen Lebens. Vier Abhandlungen zur historischen Daseinsstruktur zwischen Differenz und Identität*, Freiburg/München 1980, S. 139.

¹² Georg Simmel: *Der Streit* (1908), in: *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Gesamtausgabe, Bd. 11, hrsg. v. Otthein Rammstedt, Frankfurt/M. 1992, S. 284–382, hier S. 375.

¹³ Vgl. ebd. S. 376.

¹⁴ Vgl. ebd.

¹⁵ Vgl. Müller: *Der Kompromiß* (wie Anm. 11), S. 164.

¹⁶ Ebd. S. 141.

stehe für die Auflösung aller Differenzen und führe zu einer totalen Synthesis, ist Idealismus, der an einen »Unbedingtheits- und Absolutheitsfanatismus«¹⁷ grenzt.

Als eine Form der Konfliktbeendigung ist für die genaue Charakterisierung des Kompromisses das Verhältnis zu Urteil und Entscheidung maßgeblich. Der Kompromiss ist nicht zwangsläufig mit Harmonie und Frieden gleichzusetzen und bildet insofern keine Alternative zum Recht. Die Option eines Kompromisses versucht die Drohung des Rechts hinauszuschieben und die Geltung des Rechts zu verringern.¹⁸ Im Hintergrund steht eine Drohung gegenüber denjenigen, die sich der vergesellschaftenden Wirkung des Kompromisses nicht beugen wollen. Zur Aufgabe des Kompromisses gehört die »Legitimation zum Zwang durch Recht«.¹⁹ Man könnte sagen, die Legitimation durch Verfahren wird in der Vermittlung mittels Legitimation durch Kompromiss ersetzt. Dass der nur scheinbar rechtsferne Einigungsversuch in den verschiedenen Modi der alternativen Konfliktbändigung unter dem Zwang des Rechts steht, statuiert auch Luhmann:

»Im modernen Kontext werden die Schlichtungsverfahren dagegen unter dem Gesichtspunkt eines anderenfalls drohenden Rechtsstreits durchgeführt. Es wird gleichsam mit dem Feuer gespielt, mit der Ungewißheit des Ausgangs, mit Kosten und mit zeitlichen Verzögerungen; aber die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes ist bei jeder Überlegung präsent, und die Form des geltenden Rechts, die ihrerseits bei Bedarf Klagemöglichkeiten eröffnet. Das Schlichtungsverfahren lebt von der eigentlichen Funktion des Rechts, normative Erwartungen zu stabilisieren [...]«²⁰

Die Vermittlung ist aus dieser Perspektive kein von Zwang befreites Verfahren. Sie findet unter der Drohung des Rechts(-streits) statt: Vermittlungsverfahren werden im Schatten des Rechts geführt. Wenn der Einigungsversuch mit dem Ziel der Vermittlung fehlschlägt, folgt darauf die Rechtsentscheidung. Ein freiwilliger Kompromiss jenseits des Rechts ist unmöglich, wenn die Gewalt des Rechts nach dem Scheitern der Einigung zur Anwendung kommt. Durch das über dem Kompromiss hängende Damoklesschwert des Rechts kann der Kompromiss als Vermittlungsleistung im Gegensatz zu anderen Ansichten keine gänzlich risikolose Position sein:²¹ Wenn Vermittlung nicht fern vom Recht ist, ist sie auch nicht frei von Zwang.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Vgl. Wolfgang Naucke: Konsens als Quelle richtigen Rechts; richtiges Recht als Grenze des Konsenses, in: ders.: Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozessrecht, Frankfurt/M. 1999, S. 179–195, hier S. 182 f.

¹⁹ Ebd. S. 182.

²⁰ Niklas Luhmann: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1994, S. 161.

²¹ Im Gegensatz zu Engell, Siegert, Vogl (Hg): Editorial (wie Anm. 5), S. 8.

2. Die Güteverhandlung als Vermittlungsverfahren

Mittlerweile haben sich die Formen der Rechtsdurchsetzung verändert: vom Kampf zur Vermittlung. Insofern ist die Vermittlung ein Merkmal des Rechts, denn »die Form der eventuellen Einigung ist eine Form des geltenden Rechts.«²² Mithilfe der Vermittlung wird der Kampf ums Recht umgangen. 1872 wurde das Recht noch als ein Kampf dargestellt, der laut Rudolf von Jhering mit dem »Bild des Suchens, Ringens, Kämpfens, [...] der mühseligen Anstrengungen«²³ verknüpft ist. »Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf. [...] Das Leben des Rechts ist Kampf [...]. Alles Recht in der Welt ist erstritten worden [...].«²⁴ Dieser Charakter des Kampfes ist bis heute nicht ganz aus der Rechtsauffassung verschwunden, wird aber durch die Vermittlung der Parteien abgemildert. Aus dieser Perspektive scheint die gewaltsame Praxis des Urteilens und Entscheidens durch eine harmonisierende Technik des Vermittelns ersetzt zu werden, denn »[d]as Recht war [vor der Vermittlung] ein Kampf!«²⁵ Beeinflusst von den Kriegseignissen an der Lothringischen Front trat Gustav Radbruch 1918 Jherings Kampfansage in seinem Aufsatz *Das Güteverfahren und das deutsche Rechtsgefühl* entgegen. Jherings Kampf ums Recht sei eigentlich ein »Kampf um Achtung«, da der Rechtsstreit eine Art des Ehrenhandels zur Sicherung der Persönlichkeit sei.²⁶ Gegenüber dem noch unter dem Eindruck des Polizeistaates stehenden Bürger sei der Kampf berechtigt, im normalen Alltagsleben sei jedoch die Friedenswirkung der Güteverhandlung zu bevorzugen: »[...] für die rechtlichen Uneinigkeiten des Alltags wird statt Rechtskampf Rechtsfriede die Losung sein, Güte, nicht Streit, nicht Weißbluten, sondern Verständigungsfriede auch hier.«²⁷ Ziel des Güteverfahrens im Sinne Radbruchs und im klaren Gegensatz zu Kampf und Krieg sind die Harmoniebestrebung und der Frieden. Ihre Mittel jedoch sind verschieden: der Rechtsstreit zielt auf Rechtsanwendung, das Güteverfahren auf Befriedung beider Teile.²⁸

²² Niklas Luhmann: *Das Recht der Gesellschaft* (wie Anm. 20), S. 161.

²³ Rudolf von Jhering: *Der Kampf um's Recht*, Zum hundertsten Todesjahr des Autors, hrsg. v. Felix Ermacora, Frankfurt/M. 1992, S. 70.

²⁴ Ebd. S. 61.

²⁵ Heribert Prantl: *Das Recht war ein Kampf*. Die Mediation wird die Streitkultur verändern – wer den Gang vors Gericht scheut, soll nicht mehr als Feigling gelten, in: *Süd-deutsche Zeitung* (12.01.2011), S. 2.

²⁶ Gustav Radbruch: *Das Güteverfahren und das deutsche Rechtsgefühl*, in: ders.: *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie I*, Bd. 1, hrsg. v. Arthur Kaufmann, Heidelberg 1987, S. 430–437, hier S. 433.

²⁷ Ebd. S. 434.

²⁸ Vgl. ebd. S. 436.

Diese Gedanken lassen sich bis in die *Rechtswirklichkeit* weiterverfolgen, denn die Güteverhandlung setzt dieses Verhältnis zwischen Vermittlungs- und Urteilspraxis um. Scheinbar ohne Zwang soll es zu einer Einigung kommen, bevor das Streitverfahren erst nach Misslingen der Übereinkunft beginnt. Die Güteverhandlung akzentuiert die Besonderheit des Einigungsversuchs vor Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens, in welcher der Richter gleichsam Vermittler und Befrieder ist. In diesem Sinne gehören Vermittlung und Entscheidung in der Güteverhandlung gleichermaßen zu den richterlichen Aufgaben und bedingen einander.

Die Güte ist die »Zwillingschwester des Rechts«²⁹ und das »Recht bedarf, um wahres Recht zu sein, der Güte.«³⁰ Als Tugend wird die Güte in einer historisch-philosophischen Perspektive als das sittlich Gute im unbedingten Imperativ des Sollens beschrieben:³¹ »Als personaler Wert besitzt Güte einen Gehalt, der zur Vollendung der Person in Beziehung steht, ihre Vollkommenheit angibt. Güte meint Gutheit, Gutsein schlechthin.«³² Als Ideal der Einigung im Guten wird in der Güteverhandlung an einen Ausgleich der Parteien appelliert.

In § 278 der Zivilprozessordnung kommt der »Sühneversuch«³³ des Richters zum Ausdruck. Absatz 1 besagt: »Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.« Die gütliche Konfliktlösung meint hier den »Ausgleich der Parteien durch das Gericht.«³⁴ Absatz 2 Satz 1 des § 278 ZPO normiert, dass der mündlichen Verhandlung zum Zweck der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung vorausgehe. Von einer Güteverhandlung ausgenommen sind diejenigen Fälle, in denen ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle bereits stattgefunden hat oder die Güteverhandlung erkennbar aussichtslos erscheint. Die Güteverhandlung stehe für die »Institutionalisierung des Schlichtungsgedanken[s] im Zivilprozess«,³⁵ so heißt es im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Zivilprozessreform 2002. Nachhaltiger und dauerhafter Rechtsfrieden ist ihr Ziel, das durch die gütliche Einigung eher erreicht werden kann als mittels Streitentscheidung durch Urteil.³⁶ Die gütliche Streitbeilegung basiert auf dem Grundsatz:

²⁹ Felix Joseph Klein: Der Gütegedanke im Recht. Gedanken für Freunde einer veredelten Rechtspflege, Bonn 1929, S. 5.

³⁰ Ebd. S. 3.

³¹ Vgl. Joachim Ritter (Hg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 3: G–H, Basel/Stuttgart 1974, Sp. 977 (Güte).

³² Ebd. Sp. 976.

³³ Heinz Thomas; Hans Putzo (Hg.): Zivilprozessordnung. Kommentar, München ³²2011, § 278 Rn. 5.

³⁴ Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann (Hg.): Zivilprozessordnung, München ⁶⁸2010, § 278 Rn. 10.

³⁵ BT-Drs. 14/4722, S. 1.

³⁶ Vgl. ebd. S. 62.

Schlichten statt Richten.³⁷ Der Konflikt wird in der Güteverhandlung prozessökonomisch, das heißt ohne mündliche Verhandlung, beendet. Wichtiges Kriterium ist, dass sich der Richter die Formulierung eines Urteils erspart. Im Vergleich zwischen Entscheidung und Vermittlung ist die gütliche Einigung das »ausgleichende Gegengewicht zur autoritativen Rechtsverwirklichung«.³⁸ In der Güteverhandlung transformiert sich die richterliche Urteilsspflicht in eine Friedenspflicht, die in einem Vermittlungsversuch gipfelt. Von der Funktion eines heteronomen Rechtsentscheiders abweichend, nähert sich der Richter dem Vermittler an, denn »[d]ie richterliche Moderation zielt auf Überzeugung in der Sache«.³⁹

Allein die zeitliche Dimension des Einigungsversuchs wird in der Güteverhandlung bestimmt. Seine Praxis erfährt keine Präzisierung. Die Gesprächs- und Verhandlungstechniken der Vermittlung, so scheint es, werden als unjuristisch⁴⁰ und zweifelhaft angesehen und dem Gutdünken des Richters überlassen. Im Gesetzeskommentar finden sich zur Güteverhandlung nur Präzisierungen ex negativo: »Das Gericht sollte den Parteien nicht wie lahmen Eseln zureden [...]«⁴¹ Weiterhin sollte das Gericht »nicht manipulieren« sowie »nicht mit einem Urteil drohen«,⁴² zumindest nicht im juristischen Idealfall. Selbiger Kommentar hebt ein Beispiel, Kleists *Der zerbrochne Krug*, hervor, um die missglückten Vermittlungstechniken in der Literatur zu illustrieren: »Einigung mit sanfter Gewalt ist die nicht selten fragwürdige Methode [...]. Ihrer bedient sich so mancher nicht zuletzt um Anerkennung auch der Zweiten Gewalt (Vorgesetzte) bemühte Richter, um die störrischen Parteien zusammenzureden (Heinrich von Kleists Dorfrichter Adam läßt grüßen).«⁴³ Das literarische Beispiel katalysiert hier offensichtlich die Einsicht, die Methoden des Einigungsversuchs seien im Fall des schuldigen Richters besonders variabel und verkörperten insofern die negative Ausgestaltung einer gelungenen Vermittlung.

Allein der vermittelnde Richter herrscht über sein Verfahren. Diese Flexibilität ist der Grund dafür, dass die Vermittlung im Gegensatz zum harten positiven Recht als *Soft Law* bezeichnet wird.⁴⁴ Entsprechend *soft* sind auch die Verfahrens-

³⁷ Vgl. ebd. S. 83 (»Schlichten ist besser als richten«).

³⁸ Rolf Stürner: Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung, in: Juristische Rundschau [JR] 1979, S. 133–138, hier S. 135.

³⁹ Reinhard Wrege: Richter und Schlichter! – Plädoyer für die Güteverhandlung im Zivilprozess, in: Deutsche Richterzeitung [DRiZ] 2003, S. 130–132, hier S. 132.

⁴⁰ Vgl. Theodor Weber: Gütliche Beilegung und Verhandlungsstil im Zivilprozess, in: DRiZ 1978, S. 166–169, hier S. 166.

⁴¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Hg.): Zivilprozessordnung (wie Anm. 34), § 278 Rn. 8.

⁴² Ebd. Rn. 10.

⁴³ Ebd. Rn. 8.

⁴⁴ Vgl. Jan Malte von Baren: Gerichtsinterne Mediation: eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Tübingen 2008, S. 138.

weisen des Vermittelns einzuordnen, die Simmel als nonverbale Techniken klassifiziert:

»Derartige Vermittlungen brauchen nicht einmal in Worten zu geschehen: eine Geste, eine Art des Zuhörens, die Stimmung, die von einem Menschen ausgeht, reicht aus, um einer Differenz unter zwei andren eine Richtung auf die Vereinigung hin zu geben, um das wesentlich Gemeinsame unter einer akuten Meinungsdivergenz fühlbar zu machen, um diese in die Form zu bringen, in der sie sich am leichtesten austrägt.«⁴⁵

Dass die Vermittlung durch informale Grundsätze und Prinzipien geprägt ist, lässt sich sowohl als Stärke als auch als Schwäche dieser Praxis der Konfliktregulierung auslegen. Indem sich die Vermittlung nicht an Gesetzen oder der Suche nach Wahrheit orientiert, fungieren die Interessen der Beteiligten als Maßstab der Einigung.

3. Vermittlung als Überredung

Es ist kein Zeichen der Moderne, das Gericht nicht nur als Instanz der Erzeugung oder Findung von Wahrheit, sondern auch als Vermittlungsinstanz im Sinne eines Interessenausgleichs zu begreifen. Die Untrennbarkeit von Urteil- und Vermittlungstechnik wird bereits in der Rolle der Richter-Mediatorin Athene in der *Orestie* des Aischylos erkennbar. Athenes Versöhnungsarbeit gegenüber der unterlegenen Partei im Anschluss an den Urteilsspruch zeigt, dass nur die durch die Kunst der Überredung geprägte Vermittlung für Harmonie sorgen kann. Die Literatur weist auf den blinden Fleck im Recht hin, dass interpersonale Konflikte durch ein Urteil nicht endgültig gelöst werden können und einer über die Justizförmigkeit hinausgehenden Befriedung bedürfen.

Die Richter-Mediatorin Athene tritt im dritten Teil der *Orestie*, den *Eumeniden*, in einer Entscheidungssituation auf: Orestes hat seine Mutter Klytāimnestra getötet und über seine Schuld wird Gericht gehalten. In der Gerichtsszene wird der Übergang vom stofflichen Blutprinzip zum Sühnstrafrecht der Polis, vom Mutterrecht zum Vaterrecht dargestellt. Der von Athene installierte Areopag verhandelt als Blutgerichtsbarkeit den Muttermord durch Orestes, sie selbst überträgt die Entscheidungsgewalt auf das Schwurgericht. Die Figuren repräsentieren rechtliche Funktionen: die Erinyen sind die Anklägerinnen, Orestes der Angeklagte, Apollon sein Anwalt und gleichzeitig Zeuge, Athene die vorsitzende Richterin sowie

⁴⁵ Georg Simmel: Die quantitative Bestimmtheit der Gruppe (1908), in: *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Gesamtausgabe, Bd. 11, hrsg. v. Otthein Rammstedt, Frankfurt/M. 1992, S. 63–159, hier S. 129.

Vermittlerin und der Areopag das Richterergremium oder die Geschworenen. Die Triologie der Tragödie entfaltet sich durch Tat, Gegentat und versöhnenden Ausgleich.⁴⁶ Nach Vatemord und Muttermord steht am Ende die Lösung des auf Rache und Widerrache gegründeten Konfliktlösungsprinzips. Die Institutionalisierung eines Rechtswesens, das den Menschen miteinbezieht, weist juristisch auf eine Synthese hin. Das weibliche Racheprinzip wird mit dem männlichen Vernunftprinzip verbunden und nach dem gerichtlichen Urteil folgt die Versöhnung mit der unterlegenen Partei.

Athene verbindet als Richter-Mediatorin Elemente autoritativer Entscheidung mit Vermittlungstechnik: »Mir also wollt ihr die Entscheidung anvertraun?«⁴⁷ (Vs. 434). Sie setzt den Areopag als das erste menschliche Gericht ein und gibt damit scheinbar die Verantwortung ab (»Der Streitfall ist zu schwer, als daß ein Sterblicher ihn zu entwirren wagte«, Vs. 470–471), ist jedoch am Prozess des Urteilens beteiligt. Indem sie eine Verfahrensregel bestimmt, welche den bestehenden Stimmgleichstand mit Freispruch gleichsetzt (»Auch wenn die Zahl der Stimmen gleich ist, siegt Orestes«, Vs. 741), wirkt sich ihr zuletzt abgegebener Stimmstein zugunsten von Orestes aus. Diese Entscheidung zum Vorteil einer Partei begründet Athene mit ihrer Affinität zum männlichen Geschlecht, welche Grillparzer als »ein Meisterstück von Parteilichkeit und Ungerechtigkeit«⁴⁸ bezeichnet. Die Richter-Mediatorin Athene bezieht in der Begründung der Entscheidung zugunsten von Orestes als auch in dem Verführungsvorhaben der Erinyen eine eigene Position. Als Repräsentantin der Stadt sorgt sie sich um den Erhalt Athens, ohne dabei neutral zu bleiben. Dem Ideal der unparteiischen sowie unbefangenen Richter-Mediatorin wird Athene nicht gerecht. Die Literatur lässt hier eine Vorliebe für die Paradoxien des Rechts erkennen und führt vor, wie die rechtlichen Figuren an den Rechtsutopien einer erfolgreichen Vermittlung scheitern müssen. Trotz Parteilichkeit und Befangenheit führt das Anti-Ideal einer Richter-Mediatorin die Parteien zu Einigung und Ausgleich. Das Zusammenspiel aus Urteil und Vermittlung – Athenes Parteilichkeit zugunsten von Orestes mit anschließender Unterstützungsleistung zum Vorteil der Erinyen – bewirkt Frieden. Beide Parteien bekommen am Ende das, was sie wollen.

Die Tragödie endet entgegen aller Erwartungen nicht mit dem Urteil im Sinne eines Freispruchs von Orestes. Nach dem Urteil folgt die Versöhnungsarbeit Athe-

⁴⁶ Vgl. Dieter Bremer: Hegel und Aischylos, in: Welt und Wirkung von Hegels Ästhetik, hrsg. v. Annemarie Gethmann-Siefert und Otto Pöggeler, Bonn 1986, S. 225–244, hier S. 239.

⁴⁷ Zitiert nach Aischylos: Die Orestie. Agamemon. Die Totenspende. Die Eumeniden, übers. v. Emil Staiger, Stuttgart 1958.

⁴⁸ Franz Grillparzer: Grillparzers Sämtliche Werke [1929], Bd. 16, Studien zur Literatur, hrsg. v. August Sauer, Stuttgart 1982, S. 67.

nes gegenüber den Erinyen, um die von ihnen angedrohte Verwüstung der Stadt Athen zu verhindern. Das Recht ist nämlich in dem Versuch, den Zirkel aus Rache und Widerrache allein mittels eines Urteils zu beenden, gescheitert. Trotz des justizförmigen Freispruchs von Orestes bedarf es einer Vermittlungsleistung. Ziel ist nicht, den Erinyen die Rechtskraft des Urteils beizubringen, sondern die aus der Niederlage resultierende Wut zu kanalisieren, die durch die fehlende Beachtung ihrer Interessen ausgelöst wurde. Nur durch die Vermittlung im Sinne von Gleichgewichtsherstellung zwischen den Parteien, jenseits einer Formulierung von Sieger und Verlierer, lassen sich die Erinyen besänftigen. Nicht das Urteil, sondern die Vermittlung Athenes beendet den Zirkel aus Rache und Widerrache.⁴⁹

Athenes Vermittlung repräsentiert jedoch keinen Einigungsversuch zwischen zwei Parteien in einer Triade, sondern vielmehr die Verhandlung mit der unterlegenen Partei in einer dyadischen Konstellation. Auf diese Weise wird ihre temporäre Parteilichkeit unterstrichen, die erst zur Seite von Orestes und dann zur Seite der Erinyen ausschlägt. Indem Athene zunächst Orestes unterstützt, um im Anschluss an das Urteil auf die Interessen der Erinyen einzugehen, kann sie die Belange beider Parteien befriedigen.

Die zeitliche Struktur von Urteil und Vermittlung ist hierbei besonders interessant, denn die Praxis des Sühne- und Gütegedankens wird in der *Orestie* umgekehrt und gebrochen. Die Vermittlung findet in den Eumeniden erst nach dem Urteil statt und steht somit nicht unter der Drohung des Rechtsstreits. Dieses zum Güteverfahren umgekehrte Verhältnis spricht gegen eine Subsidiarität der Vermittlung gegenüber dem Urteil und gegen ihren Status als Alternative zum Recht. Bewiesen wird dadurch die Bedeutung der Versöhnungshandlung im Hinblick auf die Integration der unterlegenen Partei, deren Interessen gewahrt bleiben. Auf diese Weise wird beiden Parteien Genüge getan, denn der Konflikt wird durch eine mittlere Position gebändigt. Dass die Mitte die Form des Kompromisses besitzt, deuten die Erinyen vor der Einsetzung des Areopags an: »Gottes Kraft verleiht's der Mitte stets, er weise dem dies, dem jenes zu.« (Vs. 528–530).

Um zu einem harmonischen Miteinander der alten und neuen Götter zu gelangen, vermittelt Athene. Durch ihre Kunst der Überredung, die sich als Technik der Vermittlung deuten lässt, verwandeln sich die Rachegöttinnen, die Erinyen, in die Schutzgottheiten, die Eumeniden. Die Vermittlungstechnik von Athene basiert auf einer geschickten Argumentation, gutem Zureden und sprachlicher

⁴⁹ Im Gegensatz zu der Auffassung, nach der das Urteil die Gewalt beendet: »Das rechtliche Urteil, ja selbst die rechtliche Strafe setzt nicht die Gewalt des gleichen Antwortens fort, sondern beendet sie.« Christoph Menke: *Recht und Gewalt*, in: *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, hrsg. v. Graf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch, Peer Zumbansen, Berlin 2009, S. 83–96, hier S. 85.

Überzeugungskraft. Von den Hellenen als der allmächtige Redezauber der Göttin Peitho verehrt, ist die Überredung durch zwei Faktoren gekennzeichnet: die sprachliche und die erotische Überzeugungs- und Verführungskraft, die im Mund ihren Sitz hat.

Mithilfe der Göttin der Beredsamkeit mit dem Namen Peitho will Athene die Erinyen zum Nachgeben und Einlenken bringen und ihre Verweigerungshaltung entkräften: »Mit Liebe danke ich Peithos Blick, der mir den Mund und die Zunge geführt vor ihrem grimmigen Weigern.« (Vs. 970–972) Mit der Kunst der Überredung im Sinne Peithos ist nur der sanfte Zauber gemeint, Zwang und Gewalt gehören nicht zu ihrem Wesen.⁵⁰ In der Übersetzung von Emil Staiger heißt es: »Dir freundlich zuzureden, werd ich müde nicht.« (Vs. 881) und »Wie könnte zu Verständigen nicht von guter Zunge führen ein Weg?« (Vs. 988) Diese Kunst wird von Athene selbst als sprachliche Magie reflektiert: »Wenn aber Peithos hohe Macht dir heilig ist, Beschwichtigung und Zauberkunde meines Munds, so bleibst du wohl.« (Vs. 885–887) In der Übersetzung von Peter Stein hingegen wird das erotische Moment der Peitho stärker betont, wodurch das Persuasive dem Bereich der Erotik zugeordnet wird: »[...] die Versöhnungskraft, die Zauberkraft des Wortes, die schmeichelnde Verführung durch meine Zunge.«⁵¹ (Vs. 884b) Die Überredungskünste verwandeln sich in einen Bestechungsversuch, die Kraft der Worte in einen bösen Zauber.⁵² Athene fordert sie zum Nachgeben auf, die Erinyen fragen im Gegenzug nach einer belohnenden Gabe für ihr friedvolles Einlenken: »Gib mir willig nach und schleudre nicht mit böser Zunge auf das Land den Fluch, der alles, was da Früchte trägt, verdirbt. Besänftige der schwarzen Woge wilde Wut.« (Vs. 829–833) und »Gib nach!« – Erinyen: »Und geb ich nach, was bleibt als hohe Würde mir?« (Vs. 892–893) Mittels der Kunst der Überredung sollen sich die Erinyen einem Kompromiss öffnen, der durch ihr Zugeständnis und einen Verzicht auf ihre Forderungen ausgestaltet ist. Überredet werden die Erinyen erst durch vielfältige Gaben und eine Stimulierung ihres Stolzes. Es ist keine Einsicht durch sachliche Überzeugung. Die Erinyen sollen nach der Verwandlung von den Rachegöttinnen in die Eumeniden, die Segen spendenden Schutzgottheiten, einen wichtigen Platz in der Polis einnehmen: »Auf schimmernden Altären sollt ihr thronen dort, von dieses Landes Bürgerschaft gebenedeit.« (Vs. 806–807) und »Mir nahe sollst du wohnen, hoch in Ehren stehn.« (Vs. 833) In dem Maße, in dem

⁵⁰ Vgl. Otto Jahn: Peitho die Göttin der Ueberredung, in: Einladungsschrift zu einem am Geburtstage Winkelmanns den IX December um XI Uhr in der kleineren akademischen Aula von Prof. G. F. Schoemann zu haltenden Vortrag, Greifswald 1846, S. 1–28, hier S. 7.

⁵¹ Peter Stein: Die Orestie des Aischylos, München 2007, S. 207.

⁵² Vgl. Richard G. A. Buxton: Persuasion in Greek Tragedy: A study of peitho, Cambridge 1982, S. 49.

Athene die Kunst der Überredung überschreitet und mit Bestechung anreichert, erliegen die Erinyen den verführerischen Worten Athenes: »Bezaubert deine Rede mich? Der Groll entweicht.« (Vs. 900) Die Technik der Peitho wird also zu einem gefährlichen Mittel der Überwältigung mittels sprachlichen Zaubers.

Das Ziel des Friedens zwischen den Streitenden scheint nur mit einer die Grenzen der Überredungskunst überschreitenden Bestechung der unterlegenen Partei erreicht werden zu können. Beide Mächte, Apoll und die Erinyen, müssen anerkannt werden, denn die Polis hat nur durch das Zusammenwirken beider Bestand. Die Urteils- und Entscheidungspraxis funktioniert ausschließlich in Kombination mit der Vermittlungstechnik. Marie Theres Fögen sieht in der Vermittlung durch Athene einen »erbärmliche[n] Mediationsversuch«, »Bestechung« und schließlich reine »Gehirnwäsche«.⁵³ Die Verwandlung der Erinyen in die Eumeniden, also von den Rachegöttinnen in die Schutzgöttinnen, vollzieht sich zu schnell, um eine ideale Vermittlungsleistung repräsentieren zu können.

Ideale Vermittlung im Sinne des Rechts meint Unparteilichkeit und Neutralität sowie die Unterstützung der Parteien bei der Konfliktaustragung, die durch eine Technik des Fragens und Zuhörens gekennzeichnet ist und nicht durch manipulative Einwirkung. Peitho als Technik der Vermittlung stellt in der *Orestie* ein Machtinstrument dar, denn die Überredungs- und Überzeugungskraft wird von Athene eingesetzt, um die Erinyen/die Eumeniden ihrer eigenen Autorität zu unterwerfen. In dem Maße, in dem Athene die Stadt Athen repräsentiert, könnte jedoch diese Unterwerfung positiv gekennzeichnet sein, zumal das von Athene initiierte Rechtssystem das Prinzip der Rache und Widerrache unterminiert. So heißen die letzten Worte der Eumeniden: »Der junge Zeus, der Allessehende, und die alte Moira, haben sich versöhnt, sie wirken zusammen: Frieden für immer!« (Vs. 1047) Was die Eumeniden im Hinblick auf Athenes Vermittlung inszenieren, ist eine zweifelhafte Friedens- und Konfliktlösungspolitik. Vermittlung in der *Orestie* führt allein durch die Kunst der Überredung mittels Bestechung und Manipulation zu Einigung und Ausgleich.

⁵³ Marie Theres Fögen: Die Tragödie des Entscheidens. Eine Anmerkung zu den »Eumeniden« des Aischylos, in: *ancilla juris (anci:ch)* 42 (2007), Synopsis, S. 42–47, hier S. 47.

4. Un-Vermittelbarkeit

Mittels der vorgestellten Vermittlungstypologie, namentlich dem Kompromiss, der Güteverhandlung und der Kunst der Überredung, wird eine Annäherung an das Phänomen der Vermittlung möglich, die als eine Verknüpfung der Figur des Richters mit der des Vermittlers ausgestaltet ist. Im Gegensatz zu anderen Ansichten, welche die Vermittlung grundsätzlich im außerprozessualen, außergerichtlichen⁵⁴ oder sogar außerrechtlichen Bereich verorten, lautet das Ergebnis dieses Textes, dass die zugrundeliegenden Techniken der Vermittlung rechtsförmig und insofern nicht risikolos sind.

Ein Grund hierfür liegt in der Tatsache, dass der Richter in seinem Amt eine Vermittlungskompetenz mit einer Entscheidungsbefugnis und die »Rechtsgewähr mit einer Versöhnungsperspektive«⁵⁵ verbindet. Als konsolidierendes Zentrum und »berufsmäßiger Sachwalter«⁵⁶ des Streits symbolisiert der Vermittler eine poetologische Reflexionsfigur. Der Vermittler ist auf die Funktion des Zusammenhaltens angelegt, denn durch sein Amt wird die elementarste Form der Rechtsinstitution, der »Imperativ der *Vermittlung*«⁵⁷ ausgedrückt. Als Hybrid ist der »schlichtende Richter«⁵⁸ auch Vermittler und der Vermittler ein Richter: »Auch ein Mediator ist in der Position des Richters. Eine Theorie der Mediation hätte diese camouffierte Richter-Position des Mediators jedenfalls zu bedenken.«⁵⁹ Die Rollen werden verdoppelt, sie sind untrennbar und gipfeln gleichzeitig in einem Konkurrenzkonflikt: richtender Vermittler oder vermittelnder Richter?

Diese doppelte Zuschreibung an die Figur des Richters bzw. Vermittlers ist dem mehrdeutigen Begriff der Vermittlung selbst inhärent, da die Vermittlung sowohl den Verfahrensprozess als auch das Ziel beschreibt: »Die Vermittlung ist zweideutig; denn sie deutet zugleich das Verhältnis zwischen den beiden an, und das Ergebnis des Verhältnisses, dasjenige, darin sie sich eins im andern verhalten als die, welche sich eins *zum* andern verhalten haben; sie bezeichnet die Bewegung, zugleich aber die Ruhe.«⁶⁰ Dieses Paradox aus Ruhe und Bewegung lässt sich auf die Figur des Vermittlers im Verhältnis zum Konflikt übertragen, der Störenfried und

⁵⁴ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (Hg.): Zivilprozessordnung (wie Anm. 34), § 278 Rn. 2.

⁵⁵ Reinhard Wrege: Richter und Schlichter! - Plädoyer für die Güteverhandlung im Zivilprozess, in: DRiZ 2003, S. 130–132, hier S. 132.

⁵⁶ Georg Simmel: Der Streit (1908) (wie Anm. 12), S. 306.

⁵⁷ Koschorke: Institutionentheorie (wie Anm. 1), S. 49–64, hier S. 52.

⁵⁸ Rolf Stürner: Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung, in: Juristische Rundschau 1979, S. 133–138, hier S. 136.

⁵⁹ Cornelia Vismann: Medien der Rechtsprechung, Frankfurt/M. 2011, S. 149.

⁶⁰ Søren Kierkegaard: Der Begriff Angst. Vorworte, Düsseldorf 1952, S. 8.

Friedensstifter zugleich ist. Der parteiliche Vermittler schreibt sich in den Konflikt ein, er stört und bringt doch eine neue Beziehungsdynamik zustande, er stiftet Frieden.

Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen rechtlichem und literarischem Diskurs illustriert der Vermittler in der Literatur nicht die durch das Recht vorgegebene ideal-utopische Funktion des Befrieders, sondern spielt die der Vermittlung innewohnende Konflikthaftigkeit durch. Der Forderung nach Einigung und Ausgleich zum Trotz wird insbesondere in der Literatur die Schwierigkeit der Streitschlichtung vorgeführt. Indem die Verfahrensgrundsätze der Vermittlung überschritten oder ins Gegenteil verkehrt werden und dennoch ein Ausgleich stattfindet, lässt sich Vermittlung entweder als eine Form der (unglaublichen) Friedenspolitik oder als Vorführung der Paradoxien des Rechts verstehen. Der richtende Vermittler oder vermittelnde Richter verkörpert die paradoxe Struktur des Rechts: Konflikte werden nicht durch Überzeugung in der Sache mittels eines Urteils beendet, sondern durch einen Friedensschluss im Sinne von Vermittlung im Anschluss an die starre Justizförmigkeit. Die strukturelle Abhängigkeit zwischen Richten und Vermitteln, die sowohl im Recht als auch in der Literatur zu beobachten ist, spricht dafür, dass Konfliktfälle einen unabgeholten und unauflösbaren Rest zurücklassen, die entweder einer harmonisierenden Vermittlungsleistung bedürfen oder im Scheitern des Rechts kulminieren.