

ERKENNTNISTHEORETISCHE GRUNDLAGEN DER KRITIK IM BEREICH DES RECHTS

A. Kritik der Kritik

Rechtswissenschaft, Politologie und Philosophie haben mehr gemeinsam als gemeinhin angenommen. Denn es sind folgende drei Fragen, die das menschliche Zusammenleben nachhaltig bestimmen: Die Fragen nach Recht, Macht und Wahrheit. Diese drei Fragen sind eng miteinander verknüpft und erfahren in zeitlicher und örtlicher Hinsicht unterschiedliche Gewichtungen, was sich auch auf die Bedingungen und Möglichkeiten der Kritik auswirkt.

In menschlichen Gemeinschaften, in denen die Macht von einzelnen oder kleinen Gruppen ausgeht, sind die Bedingungen der Kritik kaum gegeben. In Zeiten griechischer Tyrannis oder Oligarchien, asiatischer Despotien oder Bonzenherrschaft oder in der Zeit des europäischen absoluten Königtums (Absolutismus) oder jener der Diktaturen faschistischer oder kommunistischer Parteien (Totalitarismus) und der Militärdiktaturen in aller Welt, ist Kritik der Herrschafts-Untertworfenen kaum möglich. Die Inanspruchnahme der Freiheit autonomen Meinens und Handelns ist lebensbedrohend und oft von kurzer Dauer.

Die Geschichte zeigt indessen, dass die Kritik an Meinungen, Weisungen und Handlungen der Herrschenden auch unter diesen Bedingungen und Formen der Machtausübung nie völlig mundtot wird. Bekannt sind die philosophischen Zyniker des Altertums, die Aufklärer, Intellektuellen und Dissidenten der Neuzeit oder die Einrichtung der Hofnarren im Mittelalter. Meinungsfreiheit besteht unter den genannten Machtverhältnissen bestenfalls als Narrenfreiheit. Die Narrenfreiheit kann als Möglichkeit der Herrschenden verstanden werden, sich in höchst machiavellistischer Weise ein kritisches Guckloch in gesellschaftliche Realitäten und Entwicklungen zu sichern. Die Meinungen der Herrschenden stehen indessen nicht grundsätzlich in Frage. Sie sind vielmehr losgelöst von Begründungszwängen durch die bloße Tatsache der Machtausübung, das heisst durch Gewalt begründet. Kritik als Möglichkeit einer anderen Meinung hat keinen Ort ¹.

Es ist schon viel über die Gründe nachgedacht und geschrieben worden, unter welchen Bedingungen die einzelnen Formen der Machtausübung einander ablösen (Staatsformenlehre). Das soll hier nicht wiederholt werden. Hingegen ist das Augenmerk auf jene Bedingungen zu lenken, welche eine Übertragung der Macht von wenigen auf viele entscheidend begünstigen. Es geht um die Frage nach den Voraussetzungen für die Entstehung, Entwicklung und Bewahrung der Demokratie. Demokratie kann verstanden werden als Beschränkung der Macht von wenigen durch die Ausübung der Macht von vielen (demokratisches Mehrheitsprinzip). Wie aber ist eine Beschränkung der Macht möglich?

Sicher ist Gegenmacht eine Beschränkung von Macht. Gegenmacht gründet auf anderen Meinungen mit entsprechenden Gewaltmitteln. Aber damit lässt sich nur ein Gleichgewicht des Schreckens einrichten (jeder gegen jeden), in dessen Zentrum der bloße Meinungsstreit steht. Kritik zeigt sich hier nur als Meinung und Gegenmeinung, die gewaltsam gesichert und auch erzeugt wird. Kritik in dieser Form neigt zur Verabsolutierung, das heisst zur Loslösung des eigenen Standortes von anderen möglichen Standorten. Wie ist nun aber – über bloße Gegenmacht hinaus – eine Beschränkung der Macht möglich?

In Frage steht eine Kritik der Kritik, die über den blossen Meinungsstreit hinausgeht. Die Kritik muss sich gleichsam an einem übergeordneten Standpunkt messen lassen, der von jeder und jedem anerkannt wird und damit den Meinungsstreit zumindest vorläufig entscheidet. Es ist ein Standpunkt zu suchen, der von einer Mehrheit übernommen werden und auf diese Weise Machtansprüche von einzelnen und Gruppen beschränken kann. Dieser übergeordnete Standpunkt ist – wenn auch nicht einfach und mit vielfachen Verwicklungen – aber doch nach und nach auffindbar. In Frage steht die Vernunft, die allen Menschen mehr oder weniger gegeben ist. In dieser Hinsicht sind alle Menschen von Natur aus gleich. Es sind dabei zwei vernünftige Fragen, die machtbeschränkend wirken und die sich alle Menschen gleichermaßen stellen können; die Frage nach der Wahrheit und die Frage nach Recht und Gerechtigkeit².

1 Vgl. nachfolgend FN 84.

2 Otfried Höffe, *Sieben Thesen zur Anthropologie der Menschenrechte*, in: Höffe (Hrsg.), *Der Mensch – ein politisches Tier? Essays zur politischen Anthropologie*, Stuttgart 1992, 188-211.

Bereits die bloße Frage und die einfache Feststellung gegebener Tatsachen (Wahrheit) kommt oft einem Akt der Befreiung gleich. Es ist die unverstellte Sicht des Kindes, die zu solchen Fragen befähigt, wie das treffende Märchen Andersens 'Des Kaisers neue Kleider' zeigt. Die Verblendung fällt den Menschen dann wie Schuppen von den Augen. Herrschende Meinungen können vom Standpunkt der Vernunft aus nur durch den Hinweis auf Wahrheit³, Recht und Gerechtigkeit⁴ in Frage gestellt werden. Einerseits sind es somit vernünftige Einsichten, die – als Folge offener und zur Kenntnis genommener Kritik – mehrheitsfähig werden und von aussen her bis dahin herrschende Meinungen und Machtansprüche beschränken. Andererseits scheint der Realitätsverlust der Herrschenden – als Folge unterdrückter oder nicht zur Kenntnis genommener Kritik – einer der Hauptgründe für den Zerfall der Macht⁵ von innen her zu sein.

Eine demokratische und offene Gesellschaft, die von Dauer sein will, muss die Macht als Herrschaft von Menschen über Menschen in allen ihren Erscheinungsformen durch das Recht und seine Einrichtungen beschränken. Nur das Recht schafft dauerhafte Freiheit für alle Menschen. Die Demokratie als Gemeinschaft von Freien und Gleichen muss sich daher den unverstellten Zugang zu Wahrheit und Gerechtigkeit durch bestimmte Verfahren sichern. Diese Verfahren sind Bedingung und Möglichkeit der Kritik, die auch einer Kritik der Kritik (Vernunft) standhalten müssen. Die Kenntnis der Methoden der Wahrheitsfindung (Wissenschaft) und die Grundsätze demokratischer Rechtsetzung und rechtsstaatlicher Rechtsprechung sind für solche Gesellschaften unabdingbar. Die Unvollkommenheit menschlichen Erkennens und Handelns und damit die Grenzen der verwissenschaftlichten Zivilisation stehen dieser Einsicht nicht entgegen. Vielmehr fordern diese Grenzen die genannten Verfahren zur Entdeckung der Wahrheit und Beratung des Rechts.

Dementsprechend ist nachfolgend in einem kurzen Überblick näher auf die Kritik der Kritik, das heisst die Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien einzutreten (nachfolgend B.). Die möglichen philosophischen Theorien sollen dabei nicht gegeneinander ausgespielt

3 *Aussagen (Urteile), das heisst Feststellung von Tatsachen; «So ist es.» (Seins-Urteil).*

4 *Normen zur Vermeidung tatsächlich erlebter Leiden; «So soll es nicht sein.» – «Das darf nicht geschehen.» (Sollens-Urteil).*

5 *Vgl. dazu nachstehend für die Staatsform der Demokratie, FN 127.*

werden. Das wäre nur die Fortsetzung des Meinungsstreites mit höherem Abstraktionsgrad. Alle Wahrheits-Theorien beleuchten vielmehr wichtige Gesichtspunkte menschlichen Erkennens und Handelns und ergänzen einander. Auf dieser Grundlage ist sodann auf die Rechtfertigung der Kritik im Bereich des Rechts einzugehen und der bereits anderweitig⁶ unternommene Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie (nachfolgend C.I.) um den Versuch einer diskursethischen Begründung der Rechtsprechung zu erweitern (nachfolgend C.II.). Die dabei gewonnenen theoretischen Einsichten finden ihre praktische Bestätigung in der Gewährleistung der Kritik im Rahmen der juristischen Methodenlehre (nachfolgend D.I.) sowie im heute geltenden Gerichtsverfassungsrecht (nachfolgend D.II.) und Verfahrensrecht (nachfolgend D.III.). Ein Hinweis auf die Bedingungen und Möglichkeit der Urteilskritik (nachfolgend E.) beschliesst den Beitrag.

B. Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien

I. Ontologische Erkenntnistheorie

1. Kritische Ontologie

Tragende Idee von Philosophie und Politik der Aufklärung ist die Befreiung des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit (Kant). Wie ist diese Befreiung möglich?

Es ist möglich durch den Anspruch des einzelnen, seine Urteile selbst zu bilden und von traditionellen Autoritäten abzusehen. Es ist der Anspruch auf den eigenständigen Zugang zur Wahrheit⁷. Dieser Zugang zur Wahrheit wäre allerdings für andere Menschen und damit für die menschliche Gemeinschaft bedeutungslos, wenn er auf den subjektiven Bereich beschränkt bliebe. Lediglich subjektive Gewissheit vermag die Berechtigung oder Nichtberechtigung traditioneller Autorität nicht ernsthaft in Frage zu stellen.

⁶ Jörg P. Müller, nachfolgend FN 121.

⁷ *Es ist gleichzeitig die bewegte und bewegende Geschichte Europas und der Neuzeit, die mit der Renaissance als Rückbesinnung auf die Humanität des griechischen und römischen Altertums beginnt.*

Gefordert ist ein Zugang zur Wahrheit, der allen offen steht. Gefordert sind daher nicht individuelle oder traditionelle Meinungen und Vorurteile⁸, sondern allgemein überprüfbare Aussagen (Urteile). Die allgemeine Überprüfbarkeit von Aussagen (Urteilen) ist der Kernpunkt des wissenschaftlichen Wahrheitsbegriffs und damit der Wissenschaft überhaupt. Damit ist aber auch ein weiterer Zusammenhang gegeben. Die Wissenschaft erhält wegen der allgemeinen Überprüfbarkeit ihrer Aussagen eine massgebende Bedeutung für die Politik und das Recht, da Entscheide und Handlungen mehr und mehr auf wissenschaftliche und damit allgemein überprüfbare und auf diese Weise anerkannte Aussagen abgestützt werden. Die wissenschaftlichen Aussagen und Urteile, das heisst das Wissen treten damit an die Stelle von unwissenschaftlichen Vor-Urteilen, das heisst von Traditionen⁹, die mehr und mehr ihre Verbindlichkeiten verlieren.

Wie lassen sich nun aber Aussagen allgemein überprüfen? Es ist die Frage nach den wissenschaftlichen Wahrheitskriterien und Methoden. Die Wissenschaft arbeitet mit Empirie und Logik. (Natur-)Wissenschaftliche Aussagen sind wegen des logisch-empirischen Wahrheitskriteriums¹⁰, das heisst wegen ihrer Verifizierbarkeit allgemein überprüfbar. Die kritische Ontologie als Grundlegung wissenschaftlichen Denkens gibt sich indessen keinen unkritischen Illusionen hin. Vielmehr verweist sie einerseits auf die Unabschliessbarkeit der Erkenntnisvorgänge und zeigt andererseits die grundsätzliche Beschränktheit der menschlichen Erkenntnis auf. Die Einsicht in die Beschränktheit des menschlichen Verstandes ist von entscheidender Bedeutung. Einerseits ist die menschliche Erkenntnis apriori an die Verstandes-Kategorien gebunden, andererseits aposteriori durch Ausschnitthaftigkeit gekennzeichnet. Der endliche menschliche Verstand vermag jeweils nur Ausschnitte¹¹ aus der Realität und diese auch nur in eingeschränkter Form¹²

8 Vgl. zum Vorurteil nachfolgend FN 79-82.

9 Vgl. aber zum Come-back der Traditionen in der Form des alten und neuen Dogmatismus und Fundamentalismus, nachfolgend FN 72-73.

10 Hartmann Nicolai, *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 5.A., Berlin 1965, 434-471.

11 Hartmann, FN 10, 385 und 404-406.

12 Vgl. nachfolgend FN 38; mit den Erscheinungsformen der Realität befasst sich die Phänomenologie; die kritische Ontologie ist eine Aufarbeitung neukanianischer und phänomenologischer Wahrheits-Theorien.

zu erfassen. Ein allfälliger Anspruch auf den «Besitz der Wahrheit» wäre daher Vermessenheit.

Dies gilt auch für die Bildung von Begriffen, durch die der Verstand versucht, reale Gegenstände zu erfassen. Die Begriffe sind die logischen Bestandteile der Urteile und Schlüsse. Der Bezug zur Realität und damit zur Wahrheit erfolgt daher nicht nur über die Urteile und Schlüsse, sondern vor allem über die Bildung der Begriffe. Die Begriffsbildung ist sowohl für die nachfolgend zu erörternde perspektivische Erkenntnistheorie¹³ als auch für die konsensuale Erkenntnistheorie¹⁴ von Bedeutung, weshalb hier näher darauf einzugehen ist. Erklärt wird die Entstehung von Begriffen nach Kants Logik, da sie allgemein verständlich ist.

Kant spricht dann von Erkenntnis (cognitio), wenn eine Vorstellung (repräsentatio) mit Bewusstsein (perceptio) gegeben ist, die sich nicht bloss auf eine Empfindung des Subjekts (sensatio), sondern auf einen Gegenstand bezieht¹⁵. Die Erkenntnis (cognitio) im Sinne einer Vorstellung mit Gegenstands-Bewusstsein ist ihrerseits entweder Anschauung (intuitus) oder Begriff (conceptus). Die Anschauung bezieht sich unmittelbar auf den Gegenstand und ist einzeln. Der Begriff bezieht sich mittelbar auf Gegenstände, das heisst mittels eines Merkmals, das mehreren Dingen gleichermassen gegeben ist¹⁶. Es ist demnach die Anschauung und der Begriff und die Zusammenfassung von mehreren Anschauungen zu einem Begriff, die den Realbezug und damit die Wahrheit der Erkenntnis ausmachen. Entscheidend ist, dass es die Anschauung ist, die dem Menschen die empirische Erkenntnis von Gegenständen aposteriori verschafft. Zuzufolge der Ausschnittbarkeit der menschlichen Erkenntnis¹⁷ hat zudem jeder Mensch andere Anschauungen von der realen Welt, mithin eine andere Wirklichkeit.

Es ist unmöglich, einzig mit Anschauungen vernünftig zu denken oder miteinander zu sprechen. Die Begriffsbildung versucht daher, in das Chaos der gegebenen Anschauungen eine gewisse Ordnung zu bringen. Diese Ordnung schafft die Logik. Bereits an dieser Stelle

13 *Nachfolgend B.II. Perspektivismus und Hermeneutik.*

14 *B.III. Konstruktivismus, Sprachphilosophie und Diskurstheorie.*

15 *Kant Immanuel, Kritik der reinen Vernunft (2.A., Riga 1787), Hamburg 1971 (Nachdruck), B 377.*

16 *Kant, Kritik, FN 15, B 377.*

17 *Vorstehend FN 11.*

kann daher festgehalten werden, dass die Bildung bestimmter Begriffe nur eine von mehreren möglichen Ordnungen sein kann. Die Begriffsbildung ist bereits Interpretation¹⁸ der realen Welt. Darauf wird nachfolgend zurückzukommen sein. Vorerst ist mit der Kritik der reinen Vernunft beziehungsweise der kritische Ontologie nach dem Ursprung der Begriffe zu fragen. Kant unterscheidet den Ursprung der Begriffe der Materie nach und der Form nach¹⁹.

Alle Begriffe sind der Materie nach entweder gegebene (conceptus dati) oder gemachte Begriffe (conceptus factitii). Die gegebenen Begriffe sind entweder apriori oder aposteriori. Alle empirisch oder aposteriori gegebenen Begriffe heissen Erfahrungs-Begriffe, apriori gegebene reine Begriffe²⁰. Ein reiner Begriff ist ein solcher, der «nicht von der Erfahrung abgezogen» ist, sondern auch der Materie nach ausschliesslich dem Verstand entspringt²¹. Es handelt sich um die Verstandes-Kategorien²², ohne die menschliche Erkenntnis unmöglich ist.

Ebenso entscheidend ist der Ursprung der Begriffe der Form nach. Die Form der Begriffe ist ihre Allgemeinheit, die durch den ordnenden Verstand erschlossen wird. Die Begriffsbildung erfolgt über Synthese und Analyse. Die Analyse arbeitet mit Komparation, Reflexion und Abstraktion²³. Komparation und Reflexion sind positive Bedingungen, die Abstraktion eine negative Bedingung der Begriffsbildung. Die Analyse kann sich nicht nur auf mehrere Anschauungen, sondern auch auf mehrere Begriffe beziehen. Die Komparation ist die Vergleichung mehrerer Vorstellungen untereinander innerhalb der Einheit des Bewusstseins²⁴. Die Einheit des Bewusstseins ist die durch vorgängige Synthese zu einem Ganzen zusammengefasste Einheit von Vorstellungen, die zwar unter sich verschieden sind, teilweise aber gleichwohl übereinstimmen. Die Einheit des Bewusstseins ist keine Frage der Logik, sondern eine Frage der kritischen Ontologie. Es ist die raum- und zeitbe-

18 Nachfolgend FN 106-109.

19 Kant Immanuel, *Logik. Ein Handbuch zu Vorlesungen* (Hrsg. von G.B. Jäsche 1800; Berlin 1923), in: *Band IX der Akademie-Textausgabe, Berlin 1968* (Nachdruck), 1-150; § 2.

20 Kant, *Logik*, § 3 und § 4.

21 Kant, *Logik*, § 3.

22 «Kategoros» bezeichnete bei den Griechen den öffentlichen Ankläger und als Kritiker und Ordner der Erfahrung sind die Verstandes-Kategorien denn auch zu verstehen; vgl. dazu auch nachfolgend FN 67-68 und FN 94.

23 Kant, *Logik*, § 5 und § 6.

24 Kant, *Logik*, § 6 Ziff. 1.

dingte, individuell-konkrete Identität der Person²⁵. Der Begriff der Identität ist denn auch heute zu einem gängigen Begriff der Psychologie²⁶ und der Soziologie²⁷ geworden und hat auch Folgen für die Rechtswissenschaft²⁸. Die Reflexion innerhalb der Einheit des Bewusstseins richtet sich sodann auf das den gegebenen Vorstellungen Gemeinsame²⁹. Der ordnende Verstand untersucht die gegebenen Vorstellungen auf gemeinsame Merkmale hin. Abschliessend beginnt die negative Bedingung der Analyse, die Abstraktion³⁰. Durch die Abstraktion sondert der analytische Verstand das den gegebenen Vorstellungen Verschiedene ab. Die durch die Reflexion gefundenen gemeinsamen Teilvorstellungen, das heisst die übrig bleibenden Merkmale bilden den Begriff. – Die Erkenntnis durch Begriffe schliesslich heisst – das Denken³¹.

Auf die Grundzüge der wissenschaftlichen Begriffsbildung wurde eingegangen, weil sich daraus weitreichende Folgen ergeben. Dies gilt sowohl für die Wahrheits- wie für die Gerechtigkeits-Theorien. Grundlegend erscheint die Einsicht, dass die Begriffsbildung und damit die Urteile und Schlüsse – das Denken – an die raum-zeitlich gegebene individuell-konkrete Identität der Person gebunden ist. Das Denken ist beschränkt und endlich. Diese kritische Einsicht wird immer wieder vergessen, was vor allem psychologisch erklärbar ist. Die unkritische Person oder Personengruppe hält sich für die Welt³². Was dieser Trugschluss für die Ethik und das Recht bedeutet, zeigt sich täglich aufs Neue. Es sind daher Wege aus dem Irrgarten der persönlicher Vorurteile, das heisst aus der Identität der einzelnen Personen in die Gemeinschaft zu suchen³³. Vorerst ist jedoch auf eine weitere mögliche Sichtweise des Wahrheitsproblems einzugehen.

25 Kant selber bezeichnet diese Synthese beziehungsweise Einheit des Bewusstseins als Identität; vgl. Kant, Kritik, B 133-134.

26 Die Psychologie befasst sich zur Hauptsache mit 'Identitäts'-Krisen der Person.

27 Die Soziologie befasst sich zur Hauptsache mit der 'Identität' von Personen, die zu Gruppen und Gesellschaften zusammengeschlossen sind; es ist dann beispielsweise die Rede von 'subkultureller' oder 'nationaler Identität'.

28 Beispielsweise bei der Auslegung von Willenserklärungen, deren Bedeutung nur aufgrund des raum- und zeitlich bedingten, individuell-konkreten Wissens der Vertragspartner zu verstehen ist; oder bei der Berücksichtigung des richterlichen Vorverständnisses, vgl. nachfolgend FN 172.

29 Kant, Logik, § 6 Ziff. 2.

30 Kant, Logik, § 6 Ziff. 3.

31 Kant, Logik, § 1 Abs. 2.

32 Vgl. zum Konstruktivismus, nachfolgend FN 85-92.

33 Vgl. zur Diskurstheorie, nachfolgend FN 110.

2. Kritischer Rationalismus

Ziel des wissenschaftlichen Denkens ist die Suche nach allgemein überprüfbaren Aussagen. Der politologische Gehalt dieses Zieles wurde bereits dargelegt³⁴. Allgemein überprüfbar sind Aussagen durch das logisch-empirische Wahrheitskriterium, das heisst durch ihre Verifikation. Was bedeutet dies?

Es handelt sich um den Begriff der Forschung. Forschen ist nur durch Fragen möglich. Fragen ergeben sich durch das Bewusstsein des Nichtwissens; es ist der Zustand des Wissens des Nichtwissens. Wie kommt aber eine Person zu diesem Problembewusstsein? Es ist die kritisch-ontologische Unterscheidung zwischen Wahrheit und Adäquatheit, die zu einer Klärung beiträgt³⁵.

Vorstellungen sind dann wahr, wenn sie den Erkenntnis-Gegenstand zutreffend erfassen und damit im Bewusstsein repräsentieren. Vorstellungen sind dann unwahr, wenn sie den Erkenntnis-Gegenstand unzutreffend erfassen und daher im Bewusstsein nicht wirklich repräsentieren³⁶. Der Begriff der Wahrheit misst sich somit am Gegenstands-Bewusstsein des Subjekts, das heisst am phänomenologisch gegebenen Objekt. Etwas anderes ist der Begriff der Adäquatheit, der sich auf das phänomenologisch noch nicht gegebene oder unvollständig gegebene Objekt (das «Ding an sich») bezieht. Vorstellungen sind dann adäquat, wenn sie den Erkenntnis-Gegenstand in seiner Totalität, das heisst vollständig erfassen und im Bewusstsein repräsentieren, was für die menschliche Erkenntnis unmöglich³⁷ ist. Vorstellungen sind dann inadäquat, wenn sie den Erkenntnis-Gegenstand nur als Ausschnitt aus seiner Totalität, das heisst nur partial beziehungsweise unvollständig erfassen und im Bewusstsein repräsentieren, was für die menschliche Erkenntnis die Regel ist. Das Bewusstsein der Inadäquatheit³⁸ der Erkenntnis ist das Problembewusstsein (Wissen des Nichtwissens), das die Forschung in Bewegung hält. Der Fortschritt in der Forschung kann als Adäquations-Progress verstan-

34 Vorstehend A.

35 Hartmann, FN 10, 444-471.

36 Es handelt sich um fiktive Vorstellungen, um den Bereich von Phantasie und Fiktion; fragwürdig wird dies, wenn die Person die Fiktion für die Realität hält, vgl. nachfolgend FN 85.

37 Das wäre die Erkenntnis eines hypothetischen 'intellectus infinitus', womit sich traditionsgemäss die Theologie befasst.

38 Vgl. vorstehende FN 12 und FN 35.

den werden, der durch Empirie und induktive Logik (Induktion) zustande kommt. Als Basis dienen die Erfahrungs-Begriffe³⁹ und die darauf abgestützten Urteile und Aussagen⁴⁰.

Die induktive Logik stellt einerseits aufgrund unvollständiger Erkenntnis Hypothesen, neue Gesetze und Theorien auf. Eine solche Gesetzes-Kenntnis ist ein Begreifen ohne Tatsachen-Kenntnis. Die Empirie fördert andererseits neue Tatsachen-Kenntnis zu Tage. Ohne Gesetzes-Kenntnis kann diese jedoch nicht eingeordnet, das heisst nicht begriffen werden. Ein Erkenntnis-Fortschritt ist nur dann gegeben, wenn sich die Gesetzes-Kenntnis ohne Tatsachen-Kenntnis mit der Tatsachen-Kenntnis ohne Gesetzes-Kenntnis deckt. Diese Subsumption leistet die Logik und der entsprechende Vorgang ist der logisch-empirische Beweis der Hypothese, das heisst ihre Verifikation. Bereits die kritische Ontologie geht nun nicht davon aus, damit habe die Forschung sichere und endgültige Wahrheiten erschlossen. Dies verkennt sowohl der naive Wissenschafts-Gläubige als auch sein Nachfolger, der naive Wissenschafts-Kritiker. Die Erkenntnis-Theorie verweist vielmehr auf die grundsätzliche Unabschliessbarkeit der menschlichen Erkenntnis⁴¹, das heisst auf das Hypothetische aller Wahrheit.

Es ist das Verdienst des kritischen Rationalismus, diese Einsicht vertieft zu haben⁴². Sie geht davon aus, dass Hypothesen und Theorien niemals endgültig bestätigt werden können⁴³. Das Wahrheits-Kriterium des kritischen Rationalismus ist daher nicht nur die logisch-empirische Verifikation einer Aussage, sondern auch die Möglichkeit ihrer Falsifikation⁴⁴. Vernünftig und wissenschaftlich, das heisst rational sind daher nur jene Begriffe⁴⁵ und die darauf abgestützten Urteile, Hypothesen und Theorien, für die sich eine Tatsache⁴⁶ denken lässt,

39 Vgl. vorstehend FN 20.

40 Popper spricht hier von 'Basis-Sätzen', vgl. Popper Karl R., *Logik der Forschung*, 8.A., Tübingen 1984, 66-71.

41 Hartmann, FN 10, 471.

42 Vgl. dazu Popper, FN 40, sowie Bartley W.W.III., *Wissenschaft und Glaube - Die Notwendigkeit des Engagements*, in: Gadamer/ Vogler (Hrsg.), *Neue Anthropologie*, Bd 7 - *Philosophische Anthropologie II*, Stuttgart 1975, 64-102.

43 Popper, FN 40, 199.

44 Popper, FN 40, 198-225.

45 Vgl. vorstehend FN 16.

46 Vgl. vorstehend «Anschauung», FN 16.

die sie falsifiziert⁴⁷. Daraus folgt, dass absolut gesichertes Wissen (Wahrheit) unerreichbar ist und jede wissenschaftliche Aussage nur vorläufige, das heisst hypothetische Geltung (Wahrscheinlichkeit) beanspruchen kann. Es ist nicht der Besitz von Wissen, von unumstösslichen Wahrheiten, die das wissenschaftliche Denken kennzeichnen, sondern das rücksichtslose und unablässige kritische Suchen nach Wahrheit. «Absolut sicher» sind wir nur in unseren subjektiven Überzeugungen. Dies ist aber keine erkenntnis-theoretische, sondern eine psychologische Aussage⁴⁸.

Verschwundet damit aber nicht die Hoffnung auf eine Instanz zur Beurteilung des Meinungsstreits⁴⁹? Diese Frage ist für die Politik und das Recht besonders dringend.

3. Wissenschaftskritik

Mit den enttäuschten, erkenntnis-theoretisch allerdings von anfang an unberechtigten Hoffnungen befasst sich die Wissenschaftskritik. Sie geht in zwei Richtungen und wir stehen heute mitten drin. Es geht um die Kritik der Theorie und die Kritik der Praxis. Es geht um die Kritik der verwissenschaftlichten Zivilisation.

Die Kritik der Theorie nährt sich an den immer offener zu Tage tretenden Folgen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts. Wir leben im Zeitalter der Zauberlehrlinge. Diese Einsicht⁵⁰ ist dann sinnvoll, wenn sie eine Umkehr vom Machbarkeitswahn und eine Rückbesinnung auf die Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis bewirkt. Die verwissenschaftlichte Zivilisation hat demgegenüber aber auch unbestreitbare positive Seiten. Es wäre daher fatal, wenn die Wissenschaftskritik eine Abkehr⁵¹ vom unablässigen kritischen Suchen nach Wahrheit mit sich bringen würde. Das wissenschaftliche Denken

47 *Das leuchtet auch einem Rechtswissenschaftler ein, der ein Gesetz, beziehungsweise eine generell-abstrakte Norm dann als unvernünftig bezeichnen wird, für die sich kein Einzelfall denken lässt. Der Gesetzgeber hält sich weitgehend an diesen Umstand.*

48 *Popper, FN 40, 225.*

49 *Vorstehend A.*

50 *Vgl. dazu die Auseinandersetzungen unter dem Namen 'New Age', so beispielsweise 'Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis', Symposiums-Bericht, Nationale Schweizerische Unesco-Kommission, in: NZZ 10./11.11.1990.*

steht nicht im luftleeren Raum. Es muss seine Aufgabe als Mittel zur kritischen Überprüfung von Meinungen behalten. Es ist ein unvollkommenes Mittel, wie wir gesehen haben, aber unsere Zivilisation hat nur dieses Mittel. Eine Abkehr davon wäre die Wegbereitung für die Inauguration von Gurus und von Usurpatoren.

Die Kritik der verwissenschaftlichten Zivilisation⁵² aus der Sicht der Praxis ist nicht minder ernst zu nehmen. Aus der Sicht der Praxis erscheint das Ziel einer totalen Hypothesisierung, das heisst Verwissenschaftlichung der Zivilisation als sinnlos. Der Grund liegt darin, dass das Subjekt der Wissenschaft, das wissenschaftliche Denken in seinem fortschreitenden Erkennen, unendlich, der wirkliche Mensch⁵³ aber endlich ist. Die Identität der Person ist keine Hypothese, sie ist durch ihre individuell-konkrete Geschichte gegeben. Die Reflexion hierüber führt zu einer perspektivischen Erkenntnis-Theorie. – Und eine weitere Kritik ist ernst zu nehmen. Aus der Sicht der Praxis erscheint es als fragwürdig, den Vernunftbegriff (Begriff der Rationalität) ausschliesslich für das naturwissenschaftliche Denken als anwendbar zu erklären. Es geht um die Frage, ob die Geisteswissenschaften in der Lage sind, Aussagen zu machen, die ebenso allgemein überprüfbar und damit anerkenntnissicher sind wie jene der Naturwissenschaften. Die Reflexion hierüber führt zu einer konsensualen Erkenntnistheorie.

II. Perspektivische Erkenntnistheorie

1. Perspektivismus

Die Identität der Person ist ein verwickeltes Gebilde. Man kann den Menschen «von vielen Seiten ansehen und im theoretischen Bild das oder jenes als Achse wählen, es entstehen Teilwahrheiten, aus deren gegenseitiger Durchdringung langsam die Wahrheit höher wächst: Wächst sie aber wirklich höher? Es hat sich noch jedesmal gerächt,

51 Vgl. dazu beispielsweise die Kontroverse über die Grenzen exakter Erkenntnis in den modernen Naturwissenschaften, geführt von Max Thürkauf, NZZ 2./3.10.1976, Marc A. Jaeger, Medard Boss, NZZ 8./9.1.1977, H.H. Keller und Max Thürkauf, NZZ 5./6.2.1977.

52 Vgl. dazu für viele: Spaemann Robert, Überzeugungen in einer hypothetischen Zivilisation, in: NZZ 27./28.11.1976 und ders., Sinnstiftung in einer hypothetischen Zivilisation, in: NZZ 11./12.12.1976.

53 Vgl. vorstehend FN 25.

wenn man eine Teilwahrheit für das allein Gültige angesehen hat»⁵⁴. Diese Einsicht vermittelt die perspektivische Erkenntnis-Theorie, das perspektivische Denken.

Das perspektivische Denken, von den Griechen entdeckt und im Mittelalter verlorengegangen oder unerwünscht, fand erst mit der Renaissance und dem Humanismus der Neuzeit ihre Rehabilitation. Es ist die Einsicht in die unaufhebbare Standortgebundenheit⁵⁵ der menschlichen Erkenntnis. Menschliche Erkenntnis ist nur standortgebunden gegeben. Die entsprechende «Ansicht» (Bild) der realen Welt wird zur «Ansicht» (Meinung) der Person⁵⁶. Ansichten sind nichts anderes als Anschauungen⁵⁷, weshalb die davon abgeleitete Gesamtheit der Meinungen, das heisst Erfahrungs-Begriffe, Urteile und Schlüsse, Hypothesen und Theorien in der Umgangssprache zurecht auch als Weltanschauung⁵⁸ bezeichnet wird.

Die Bildung der Begriffe⁵⁹ ist von der Perspektive abhängig. Darauf hat neben Leibniz bereits Chludentius⁶⁰ hingewiesen. Chludentius führt aus: «Diejenigen Umstände ... unserer ganzen Person, welche ... Ursache sind, dass wir uns eine Sache so und nicht anders vorstellen, wollen wir den Sehe-Punkt nennen. ...»⁶¹. Und weiter: «Aus dem Begriff des Sehe-Punktes folgt, dass Personen, die eine Sache aus verschiedenen Sehe-Punkten ansehen, auch verschiedene Vorstellungen⁶² von der Sache haben müssen; ... nach dem bekannten Sprichwort: quot capita, tot sensus»⁶³. Die Person ist unaufhebbar an ihren raum-zeitlichen Standort und die damit verbundene Abfolge von Situationen, das heisst an ihren «Sehe-Punkt» gebunden. Der Standort ist nichts anderes als das Dasein als Mann oder Frau, Junger oder Alter, Armer oder Rei-

54 Robert Musil, *Der Mann ohne Eigenschaften*, 2. Buch, 3. Teil, 38. Kapitel.

55 Brunner Alexander, *Rezension der Habilitationsschrift von Ernst Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag* (Zürich 1989), in: ZSR 110 (1991) I, 291.

56 Bietenhard et al. (Hrsg.), *Ansicht von der rechten Ordnung. Bilder über Normen und Normenverletzungen in der Geschichte. Festschrift Beatrix Mesmer*, Bern 1991; vgl. Anmerkung von Heinz Aeppli in: SJZ 88 (1992), 344.

57 Vgl. vorstehend FN 15-16.

58 In der Psychologie wird diese Standortbedingtheit auch mit 'Einstellung' bezeichnet, nachfolgend FN 91.

59 Vorstehend FN 23-31.

60 Chludentius J.M., *Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriften* (Leipzig 1742), neu hrsg. von L. Geldsetzer, Düsseldorf 1969.

61 Chludentius, FN 60, § 309.

62 Vgl. zum Begriff der Vorstellung und der Anschauung, vorstehend FN 15-16.

63 Chludentius, FN 60, § 310.

cher, Afrikaner oder Europäer. Die Standortgebundenheit der Anschauungen kann daher auch zu unterschiedlicher Begriffsbildung führen, sowohl der Materie nach als auch der Form nach. Der Materie nach, indem die Bildung von Erfahrungs-Begriffen abhängig ist von der Synthese der Anschauungen⁶⁴. Und der Form nach, indem die Bildung von Erfahrungs-Begriffen abhängig ist vom analytischen Verstand; es ist die Reflexion⁶⁵, die von der Perspektive abhängig ist⁶⁶.

In einem weiteren erkenntnistheoretischen Sinn können auch die Verstandes-Kategorien⁶⁷, die «Bedingung der Möglichkeit der Erkenntnis» (Kant), als Perspektive aufgefasst werden. Der menschliche Verstand kann dieser Perspektive nicht entgehen⁶⁸. Daher darf auch ob den noch darzulegenden Einsichten der Sprachphilosophie die auf Kant zurückgehende erkenntniskritische Grundaussage nicht vergessen werden. Es besteht eine Differenz zwischen Wirklichkeit und Realität. Die Wirklichkeit ist anthropomorph und überdies für jede Person anders. Die Wirklichkeit verweist auf eine noch nicht erkannte oder nicht erkennbare umfassende Realität.

Was folgt aus dem Perspektivismus? Was folgt aus der Einsicht, dass alle Erkenntnis auf einen raum-zeitlichen⁶⁹ Standort bezogen ist? Folgt daraus, dass «alles relativ» ist, wie die Umgangssprache sagt?

2. Relativismus

Der Relativismus ist keine bestimmte Denkrichtung. Er bezeichnet vielmehr eine heute weit verbreitete Einstellung der Personen in der verwissenschaftlichten, das heisst hypothetischen Zivilisation. Diese Einstellung ist sehr verständlich und erleichtert auch das Zusammenleben

64 Vgl. vorstehend FN 25.

65 Vgl. Vorstehend FN 29.

66 Mit diesem Umstand befasst sich auch die Sprachphilosophie; nachfolgend FN 106-109.

67 Vorstehend FN 22.

68 Vgl. zur perspektivischen Erkenntnis-Theorie: Kaulbach Friedrich, *Philosophie des Perspektivismus, 1. Teil - Wahrheit und Perspektive bei Kant, Hegel und Nietzsche*, Tübingen 1990; Mead George H., *Die objektive Realität der Perspektiven*, in: Gadamer/Boehm (Hrsg.), *Philosophische Hermeneutik*, 2.A. Frankfurt/M 1979; Pöggeler O., *Dialektik und Topik*, in: M. Riedel, *Rehabilitation der praktischen Philosophie, Bd II*, Freiburg 1974, 291-331.

69 Vorstehend FN 25.

in einer Welt, in der es keine «letzten Wahrheiten» gibt und – wie versucht wurde darzulegen – auch nicht geben kann. Dies führt auch zur Einsicht in die Zufälligkeit der persönlichen Identität. In der hypothetischen Zivilisation sind daher auch beliebige Identifikationen für die einzelnen Personen möglich. Diese Möglichkeit und Freiheit ist Grund und Folge des wissenschaftlichen Denkens zugleich. «Wie im leeren Raume haben wir die Wahl, nach allen Seiten zu fallen»⁷⁰. Was folgt aus dieser Freiheit? Der Relativismus als Einstellung von Personen und Gruppen kann in zwei Richtungen umschlagen; einerseits in Standort-«Verlust» oder Standort-«Verhärtung», andererseits in vertiefte Einsichten in den eigenen Standort und damit Möglichkeiten der Kritik.

Der Standort-«Verlust», das heisst die totale Hypothesisierung der menschlichen Existenz führt in den Nihilismus: «Das Gute ist schlecht, das Schlechte ist gut, das Hässliche ist schön, das Schöne unansehlich – alles total egal»⁷¹. Der Nihilismus als Einstellung von Personen und Gruppen führt die hypothetische Zivilisation ins Absurde. Die nihilistische Einstellung kennt kein Mass mehr. Alles ist möglich, nichts ist unmöglich. Kriterien der Kritik fehlen. Die Schwachen werden zu Hedonisten. Die Starken verlassen sich auf ihre Faust. Diese Standortlosigkeit, Masslosigkeit und Orientierungslosigkeit hat auf der anderen Seite aber auch Unsicherheiten zur Folge.

Ein neuer Dogmatismus und Fundamentalismus nimmt sich freundlich – oder auch nicht – jener Personen an, deren Einstellung unsicher⁷² geworden ist. Dogmatismus und Fundamentalismus sind nichts anderes als Standort-«Verhärtungen»⁷³. Der Dogmatiker will keinen anderen Standort mehr beziehen, der Fundamentalist kann keinen anderen Standort mehr einnehmen. Der Dogmatiker versteift sich bewusst auf eine bestimmte Methode, der Fundamentalist auf eine bestimmte Wahrheit. Der Wille oder die Fähigkeit, einen anderen Standort und dessen Sichtweisen in das eigene Denken einzubezie-

70 Noll Peter, *Der Richter Gottes*, in: *Vom übermässigen Gebrauch der Wahrheit. Aus dem Nachlass*, Zürich 1991, 130-157, insb. 157.

71 Hans H. Coninx/ Roger de Weck, 'Ist alles total egal?', *Tages-Anzeiger* 13.8.1992.

72 Burckhardt Carl J., *Zum Begriff der Macht*, Zürich 1972, 32.

73 Standort-«Verhärtungen» zeigen sich auch bei Personen der gleichen Generation mit Bezug auf Personen anderer Generationen; vgl. dazu Erich Gruner, *Die vier Generationen 1945, 1959, 1968 und 1980. Erwartungen, Enttäuschungen, Verhärtungen*, in: *NZZ* 19./20.9.1981.

hen, ist nicht mehr gegeben. Beide – der Dogmatiker und der Fundamentalist – bieten und möchten Sicherheit. Es ist eine fragwürdige Sicherheit.

Die andere Möglichkeit des Relativismus ist eine vertiefte Einsicht in den eigenen Standort mit zwei Folgen; die eine für die Person, die andere für die Gemeinschaft. Die hypothetische Zivilisation ermöglicht der Person, soweit überblickbar erstmals in Geschichte und Politik sowie durch Einrichtungen des Rechts abgesichert⁷⁴, eine «Erkenntnis für freie Menschen»⁷⁵. Es ist die Möglichkeit einer Selbsterkenntnis⁷⁶ des Individuums in der pluralistischen Gesellschaft. Die andere Folge betrifft die Gemeinschaft als Verhältnis der Personen zueinander und die Möglichkeit der Verständigung. Mit diesem Verhältnis befasst sich die Hermeneutik und die konsensuale Erkenntnistheorie.

3. Hermeneutik

Hermes war in der griechischen Mythologie der Vermittler zwischen den Göttern und den Menschen. Heute brauchen wir «Hermes» als Vermittler zwischen freien Menschen.

Die Hermeneutik ist die Wissenschaft des Verstehens. Als perspektivische Erkenntnistheorie fragt sie nach den Bedingungen und Möglichkeiten der Verständigung von Personen untereinander. Die Hermeneutik ist daher auch für das Recht von entscheidender Bedeu-

74 R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft*, 9.A. München 1984, § 32.I., 306. Vgl. dazu *international: FN 239*.

75 Sloterdijk Peter, *Kritik der zynischen Vernunft*, Bd I, 1.A., Frankfurt/M 1983, 303, unter Hinweis auf Diogenes, Montaigne, Voltaire, Nietzsche und Feyerabend.

76 Michel Foucault, *Das Subjekt und die Macht*, in: *WIDERSPRUCH 14/ 1987*, 5-7, *Auszüge aus: Dreyfus/ Rabinow, Michel Foucault. Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*, München 1987; vgl. dazu: Georg Kohler, *Ordnung und Lebendigkeit. Michel Foucaults kritische Theorie des «zoon politikon»*, in: Höffe (Hrsg.), *Der Mensch – ein politisches Tier?*, Stuttgart 1992, 157-187.

77 Vgl. dazu das grundlegende Werk von Gadamer Hans Georg, *Wahrheit und Methode*, 5.A., Tübingen 1986 sowie beispielsweise Kaufmann Arthur, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik*, in: A.Kaufmann (Hrsg.), *Rechtstheorie*, Karlsruhe 1971, 81-102.

tung⁷⁷. Die Geschichte der Hermeneutik ist massgebend mit der juristischen Auslegungslehre verbunden⁷⁸. Es sind nun zwei Fragen der Hermeneutik, die im Verhältnis zur Erkenntnistheorie des kritischen Rationalismus als Grundlage der hypothetischen Zivilisation herausgearbeitet werden müssen; die Frage nach dem Stellenwert der Meinung und die Frage nach dem Stellenwert der raum- und zeitbedingten, individuell-konkreten Identität der Person. Beide Fragen sind eng miteinander verbunden, da die persönliche Identität nichts anderes ist als die Gesamtheit der persönlichen Meinungen.

Die ontologische Erkenntnistheorie unterscheidet streng zwischen Meinung und Urteil. Ein Urteil liegt nur dann vor, wenn sein Inhalt verifiziert⁷⁹ oder falsifizierbar⁸⁰ ist, das heisst wenn seine Aussage wahr ist. Ein Urteil muss somit letzten Endes auf Erfahrungs-Begriffe⁸¹ zurückzuführen sein, die eine Erkenntnis der realen Welt ermöglichen. Die Vorstellungen, die dem Urteil zugrunde liegen, müssen zutreffend sein. Ist dies nicht der Fall, so liegt ein Vor-Urteil vor. Ein Vorurteil ist seit der Aufklärung auch in der Umgangssprache ein Urteil, das voreilig, das heisst ohne Verifikation gefällt wird. Das Vorurteil sagt daher nichts oder nur teilweise Zutreffendes über die reale Welt aus, vielmehr etwas über die Person des Urteilenden. Das Vorurteil ist die Meinung der Person. Vorurteil ist Meinung. – Und es ist Grundlage des Meinungsstreits⁸².

Die Idee der Aufklärung war und ist es nun, alle Vorurteile aus der Welt zu schaffen. Die Legitimation der Aufklärung ergibt sich aus der Tatsache, dass Vorurteile viel Leid verursachen und es gehört zur Erkenntnis und Möglichkeit freier Menschen, dies zu verhindern. Die Aufklärung und ihr kritischer Rationalismus ist aber auch Grundlage der hypothetischen Zivilisation, deren inneren Grenzen sich zeigen. Ein möglicher Aufbruch aus diesen Grenzen führt über die Neubeurteilung des Verhältnisses von Meinung und Urteil. Einerseits geht bereits der kritische Rationalismus in theoretischer Hinsicht davon aus, dass der menschliche Verstand streng genommen nur Meinungen hervorbringen kann, da alle wissenschaftlichen Aussagen nur

78 Gadamer Hans Georg, *Einführung*, in: *Gadamer/Boehm (Hrsg.), Philosophische Hermeneutik*, 2.A., Frankfurt/M 1979, 7-40, insb.29.

79 Vgl. vorstehend FN 10.

80 Vgl. vorstehend FN 44.

81 Vgl. vorstehend FN 20.

82 Vorstehend A.

hypothetisch beziehungsweise vorläufig gemacht werden können, das heisst Vor-Urteile sind. Die Naturwissenschaft wird zur Geisteswissenschaft und ihre Unterscheidung wird fragwürdig. Andererseits zeigt sich in praktischer Hinsicht, dass die Idee der Aufklärung mit Bezug auf die individuell-konkrete Person an ihre Rationalitätsgrenze stösst. Der Gedanke ist gewiss erlaubt, dass es keinem Menschen jemals gelingen wird, sein eigenes Wissen und Handeln völlig rational⁸³ zu machen, indem er durch Selbsterkenntnis und Erkenntnis alle seine Meinungen in Urteile verwandelt. Was folgt daraus?

Die Hermeneutik hat daraus den Schluss gezogen, Denken, ausschliesslich in (verifizierten) Urteilen, sei für den menschlichen Verstand unmöglich. Das führt zu einer Rehabilitation der Meinung. Es ist dies keine Resignation des wissenschaftlichen Denkens, sondern eine agnostische Einsicht der Kritik. Die Hermeneutik geht davon aus, dass das menschliche Denken sich unaufhebbar zwischen Meinung und Urteil vollzieht. Das Meinen rückt damit – neben dem wissenschaftlichen Wissen – in das Zentrum des Interesses.

Dieses Interesse ergibt sich daraus, dass Personen einander verstehen wollen und sollen; und zwar hier und jetzt und im Meinungsstreit. Voraussetzung ist, dass sie sich verstehen können. Eine Person versteht eine andere Person nur dann, wenn sie deren Standort kennt und die darauf beruhenden Vorurteile (Meinungen) und Urteile. Das Verstehen ist zugleich an den eigenen Standort gebunden und die darauf beruhenden Vorurteile (Meinungen) und Urteile. Ihre Gesamtheit wird daher in der Hermeneutik als Vorverständnis der Person bezeichnet. Die Interpretation von anderen Meinungen ist stets an dieses standortbedingte Vorverständnis der eigenen Meinungen gebunden. Es erscheint als unmöglich, sich daraus durch monologisches Denken zu befreien. Die Person befindet sich im Denken des hermeneutischen Zirkels. Eine Befreiung daraus erscheint nur durch dialogisches Denken möglich. Es ist der rationale Dialog (Diskurs) zwischen freien Menschen. Hier hat die Kritik ihren Ort⁸⁴. Mit den notwendigen Bedingungen befasst sich die konsensuale Erkenntnistheorie.

83 *Darin liegt auch die Frag-Würdigkeit von «rationalen Utopien» für die Gesellschaft; die Gesellschaft besteht immer aus einzelnen Personen. Das Glück der Personen kommt nicht vom Staat. Andererseits kann auch Voltaires 'Candide' ohne Rechtsordnung seinen Rosengarten nicht in Ruhe begiessen.*

84 *Vgl. vorstehend FN 1.*

III. Konsensuale Erkenntnistheorie

1. Konstruktivismus

Voraussetzung einer konsensualen Erkenntnistheorie ist die Einsicht in Grundlagen, die einerseits als Konstruktivismus, andererseits als Sprachphilosophie bezeichnet werden. Diese Denkrichtungen können als Fortentwicklung und Vertiefung der ontologischen und perspektivischen Erkenntnistheorie aufgefasst werden.

Der Konstruktivismus⁸⁵ forscht eingehend nach dem Vorverständnis von Personen und Personengruppen. Das Vorverständnis wird als Wirklichkeit bestimmt, die durch die raum- und zeitbedingte, individuell-konkrete Identität der Person⁸⁶ gegeben ist. Soweit damit typische Denkweisen von Personengruppen infrage stehen, ist ihre Beschreibung auch von rechtlichem Interesse. Damit befasst sich vor allem die Rechtssoziologie⁸⁷.

Ebenfalls von grossem Interesse für die Rechtswissenschaft, soweit sie sich ihrer Grundlagen kritisch⁸⁸ bewusst werden will, ist die Frage, ob mit den rechtlichen Begriffen die Rechtswirklichkeit⁸⁹ zutreffend erfasst wird. Gerade hier zeigt sich die entscheidende praktische Bedeutung der Kritik im Sinne einer perspektivischen Erkenntnistheorie. Als Beispiel für die Suggestivkraft von Rechtsbegriffen als

85 von Foerster Heinz, *Das Konstruieren einer Wirklichkeit*, in: P. Watzlawick (Hrsg.), *Die erfundene Wirklichkeit. Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben? Beiträge zum Konstruktivismus*, 7.A. München 1991, 39-60; von Glasersfeld Ernst, *Einführung in den radikalen Konstruktivismus*, in: P. Watzlawick (Hrsg.), *Die erfundene Wirklichkeit*, 16-38; Watzlawick Paul, *Bausteine ideologischer 'Wirklichkeiten'*, in: P. Watzlawick (Hrsg.), *Die erfundene Wirklichkeit*, 192-228; Berger P.L./ Luckmann Th., *Die Gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, 5.A., 1977.

86 Vgl. vorstehend FN 25, sowie Luckmann Th., *Persönliche Identität in der modernen Gesellschaft*, in: Gadamer/ Vogler (Hrsg.), *Neue Anthropologie*, Bd 3 - *Sozialanthropologie*, Stuttgart 1972, 168-198.

87 Rehbinder Manfred, *Rechtssoziologie*, 2.A., Berlin/ New York 1989.

88 Vgl. dazu beispielsweise Emge Carl A., *Philosophie der Rechtswissenschaft*, Bd 6 der Reihe «Erfahrung und Denken», *Schriften zur Förderung der Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften*, Berlin 1961, 327-341; Emge bezeichnet die juristische Dogmatik unter dem Titel 'engere wissenssoziologische Betrachtung' als «Höchstform der Ideologie».

89 Troller Alois, *Rechtskonstruktion und Rechtswirklichkeit. Ein Beitrag zu einem kritischen Rechtsrealismus*, in: *Rechtstheorie* 11, Berlin 1980, 137-150.

Folge einer bestimmten Perspektive sei die begriffliche Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht⁹⁰ erwähnt. Das Vorverständnis von Personen und Personengruppen wirkt sich auch auf die Einstellung im Denken aus. Die Wirklichkeit wird selektiv⁹¹ wahrgenommen. Für die Politologie ist diese Einsicht dann bedeutsam, wenn es um die Wahrnehmung der sozialen Wirklichkeit durch die Entscheidungsträger des Staates geht. Das gleiche gilt aber auch für die Wahrnehmung der Wirklichkeit durch die Bevölkerung⁹², da Mehrheitsentscheide auch in der rechtsstaatlichen Demokratie von der wahrgenommenen Wirklichkeit der Stimmberechtigten abhängen. Hier zeigt sich schliesslich die grundlegende Bedeutung des Informations- und Medienrechts in der hypothetischen Zivilisation. Das Informations- und Medienrecht hat den unverstellten Zugang zur sozialen Realität für alle sicherzustellen. Wissen und Macht sind unzertrennliche Zwillinge.

2. Sprachphilosophie

Die Sprachphilosophie⁹³ befasst sich mit dem Mittel der Verständigung, der Sprache. Die Sprachphilosophie hat viel zu einer vertieften Einsicht in das Denken und Sprechen als Voraussetzung der gegenseitigen Verständigung beigetragen. Zudem wird die Auffassung vertreten, ausserhalb der Sprache sei Denken unmöglich. Die Sprache

90 Brückner Christian, *Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht – ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen*, in: *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Basel 1985, 35-50.

91 Oléron Pierre, *Die Einstellung im Denken*, in: Graumann (Hrsg.), *Denken (Neue Wissenschaftliche Bibliothek – Psychologie)*, 5.A., Köln/ Berlin 1971, 191-202.

92 Hirsch G./ Zwicky H., *Wahrnehmung der sozialen Ungleichheit in der Schweiz*, in: *WIDERSPRUCH* 17/ 1989, 109-122.

93 Becker Wolfgang, *Wahrheit und sprachliche Handlung. Untersuchungen zur sprachphilosophischen Wahrheitstheorie*, Freiburg/ München 1988; Gipper Helmut, *Das Sprachapriori. Sprache als Voraussetzung menschlichen Denkens und Erkennens*, Stuttgart 1987; Good Paul (Hrsg.), *Von der Verantwortung des Wissens*, Frankfurt 1982; Haft Fritjof, *Recht und Sprache*, in: Kaufmann/ Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5.A., Heidelberg 1989, 112-119; Kamlah W./ Lorenzen, P., *Logische Propädeutik. Vorschule des vernünftigen Redens*, Mannheim 1967.

erhält neben den Verstandeskategorien⁹⁴ einen ebenbürtigen Platz als «Bedingung und Möglichkeit» der menschlichen Erkenntnis⁹⁵. Nachfolgend soll demnach versucht werden, die inneren Zusammenhänge zwischen der ontologischen, perspektivischen und konsensualen Erkenntnistheorie aufzuzeigen. Die Kenntnis dieser Zusammenhänge erleichtert das Führen von Diskursen, was für eine vernünftige Bewältigung von Meinungsstreiten unabdingbar ist.

Mit der Sprachphilosophie wird neben der Logik und Empirie eine dritte Ebene eingeführt. Damit sind die folgenden drei Ebenen gegeben: Sprachliche Ebene (Sprache), logische Ebene (Logik) und ontologische Ebene (Realität). Die Realität betrifft das Objekt, die Logik das Subjekt und die Sprache die Intersubjektivität. Auf die Intersubjektivität der Sprache ist nunmehr einzugehen. Vorerst werden die Grundlagen, sodann die Bedingungen der Verständigung und schliesslich der Stellenwert der Auslegung aufgezeigt.

Zu den Grundlagen der sprachlichen Ebene gehört das Aufzeigen ihrer Beziehung zu den anderen beiden Ebenen. Versucht wird dies in einer einheitlichen Terminologie, die auch Bezug nimmt auf die bisher dargelegten Erkenntnistheorien. Ein Wort (Sprache) bezeichnet einen Gegenstand (Realität), der im Bewusstsein durch eine Vorstellung (Logik) repräsentiert wird. Mit Bezug auf das Wort wird in der sprachlichen Ebene zwischen Eigenname und Prädikator (Gemeinname) unterschieden⁹⁶. Der Eigenname (Sprache) bezeichnet einen einzelnen Gegenstand (Realität), der durch eine Anschauung (Logik)⁹⁷ repräsentiert wird. Der Prädikator (Sprache) bezeichnet einen Gegenstand (Realität), der durch den Begriff (Logik)⁹⁸ repräsentiert wird. Ein Prädikator kann entweder ein Gebrauchsprädikator (Umgangssprache) oder ein Terminus (Wissenschaftssprache) sein. Ein Terminus (Wort der Wissenschaftssprache) bezeichnet immer denselben Gegenstand (Realität) und wird stets durch denselben Begriff (Logik) repräsentiert. Sollen mehrere Gegenstände, das heisst

94 Vgl. vorstehend FN 22 und FN 67-68.

95 Apel K.O., *Die Kommunikationsgemeinschaft als transzendente Voraussetzung der Sozialwissenschaft*, in: *Dialog als Methode (Neue Hefte für Philosophie 2-3)*, Göttingen 1972, 1-40.

96 Vgl. zur Terminologie in der sprachlichen Ebene vor allem Kamlah/Lorenzen, zit. in FN 93.

97 Vgl. vorstehend FN 15-16.

98 Vgl. vorstehend FN 16 und FN 19-20.

ein Sachverhalt⁹⁹ erfasst werden, so wird ein Satz gebraucht. Ein Satz besteht aus mehreren Wörtern. Ein Satz (Sprache) bezeichnet einen Sachverhalt (Realität), der durch eine Aussage (Logik) repräsentiert wird. Aussagen sind die Urteile der traditionellen Logik. Ein Text als Gefüge von Sätzen (Sprache) bezeichnet verschiedene Sachverhalte und ihr Verhältnis zueinander (Realität), die durch eine Abfolge von Syllogismen beziehungsweise Schlüssen (Logik) repräsentiert wird. Wie der Begriff in der Logik, ist der Prädikator der Angelpunkt der Sprache. Er ist der Grundbaustein der Sprache als Zeichensystem. Durch Worte, Sätze und Texte einer Person wird es möglich, in einer anderen Person Vorstellungen über Gegenstände hervorzurufen und ihr Aussagen über Sachverhalte zu «machen». Wie aber erhalten Wörter, Sätze und Texte ihre Bedeutung?

Durch Konsens. Konsens ist die Ur-Bedingung der Verständigung. Worte sind Zeichen. Mit Worten will eine Person einer anderen Person etwas zeigen, auf etwas hindeuten. Das Mittel dazu ist das Sprechen, sind Sprech-Handlungen. Diese Handlungen sind vorerst an raum- und zeitbedingte Situationen gebunden, in denen Gegenstände und Sachverhalte erscheinen, die von den Personen hier und jetzt mit Worten und Sätzen bezeichnet werden können. Die Situationen verändern sich jedoch dauernd. Bei vergangenen Situationen ist es unmöglich, auf Gegenstände und Sachverhalte hier und jetzt hinzuweisen. Eine unmittelbare Bezeichnung wird unmöglich. Wie lösen die Menschen dieses Problem? - Indem sie den Gebrauch eines Zeichens vereinbaren. Durch die Vereinbarung seines Gebrauchs erhält das Zeichen seine Bedeutung. Erst dadurch wird eine Verständigung zwischen Personen unabhängig von raum- und zeitbedingten Situationen möglich. Die Sprachphilosophie stellt daher den folgenden Grundsatz auf: Die Bedeutung eines Wortes ergibt sich aufgrund einer intersubjektiven Konvention über den Gebrauch dieses Wortes. Nur durch solche intersubjektiven Konventionen wird Sprechen und Verstehen in der Gegenwart in der Form der Vergangenheit, das heißt mit Bezug auf vergangene Situationen möglich. Ein Wort (Sprache), das im Bewusstsein der beteiligten Personen durch eine Vorstellung (Logik) «re-präsentiert», das heißt «ver-gegenwärtigt» wird, bezeichnet daher einen Gegenstand (Realität) nur mittelbar und nicht unmittelbar wie in einer gegenwärtigen Situation. Abkürzend kann daher mit

99 *Der Sachverhalt ist auch das 'Arbeitsmaterial' der Juristen, vgl. nachfolgend FN 223.*

Bezug auf das Verhältnis zwischen Sprache und Logik auch die folgende Aussage gemacht werden: Die Bedeutung eines Wortes ist sein Begriff. Es erscheint als einleuchtend, dass auch bei einer solch verkürzten Aussage, der Bereich der Realität nicht ausser Acht zu lassen ist. Die Frage der Verifikation beziehungsweise Falsifikation betrifft das Verhältnis zwischen Logik und Realität und damit die Methoden der Forschung¹⁰⁰. Auch Forscher und Wissenschaftler sind jedoch darauf angewiesen, sich gegenseitig zu verständigen, wenn sie ihre Forschungsergebnisse mitteilen wollen. Aus diesem Grunde schaffen sie eine künstliche Sprache, die Wissenschaftssprache. Das gilt auch für die Sprache der Rechtswissenschaft. Die Wissenschaftssprache kann wie die Umgangssprache oder jede andere Sprache erlernt werden. Die Sprache der Wissenschaft richtet sich nach einer Idee, dem Ideal grösstmöglicher Verständigung. Das Mittel dazu sind ausdrückliche intersubjektive Konventionen der Wissenschaftler über die Bedeutung der Termini. Durch Definition und Konvention wird erreicht, dass ein Terminus immer den gleichen Begriff bedeutet. Dadurch lässt sich die Rationalität der Kommunikation erheblich verbessern, jedoch nie ganz erreichen; es ist die Möglichkeit des Diskurses. Dies ist bei der Umgangssprache nicht der Fall. Bei ihr sind keine ausdrücklichen Konventionen und Definitionen gegeben. Die Umgangssprache ist Folge der kulturellen Tradition. Hinter der überlieferten Sprache verbergen sich die Wirklichkeiten¹⁰¹ früherer Generationen und deren Erfahrungen, Perspektiven und Ordnungen¹⁰².

Die Einsichten der Sprachphilosophie in die Bedingungen des Verstehens geben schliesslich den Stellenwert der Auslegung an. Auslegung ist die Methode zur Ermittlung von Sinn und Bedeutung eines Textes (Sprache), das heisst Vergegenwärtigung von dessen Inhalt (Logik). Jeder Text in Rede oder Schrift ist auszulegen, um ihn zu verstehen. Im Idealfall kann der Text fraglos ausgelegt werden. Dieser Fall ist jedoch höchst selten. In der Regel ruft ein Text Missverständnisse hervor und wirft Fragen¹⁰³ auf. Es ist daher zu untersuchen, wie Missverständnisse entstehen können. Erst die Kenntnis ihrer Ursachen ermöglicht das Auffinden von Methoden zu ihrer Beseitigung. Missverständnisse können in allen drei Ebenen verursacht werden, in

100 Vgl. vorstehend FN 10 und FN 38-47.

101 Vgl. vorstehend FN 85.

102 Vgl. beispielsweise vorstehend FN 73.

103 Dies gilt auch für den vorliegenden Text, den der werte Leser gerade vor sich hat.

der sprachlichen, in der logischen und in der ontologischen Ebene, und es betrifft immer beide Seiten (Personen) der Verständigung.

Erfordernis für ein Fehlen von Missverständnissen in der sprachlichen Ebene sind die Kriterien der Vernunft und Korrektheit. Was heisst das? Das Kriterium der Korrektheit (Sprache) hat zum Ziel, die intersubjektiven Konventionen über den Gebrauch der Wörter korrekt einzuhalten. Das Kriterium der Vernunft (Logik) hat zum Ziel, die Situation zu berücksichtigen, in denen die Wörter gebraucht werden (Gegenwart) oder gebraucht worden sind (Vergangenheit). Die Situation ist dabei sehr vielschichtig; gemeint ist der Kontext und das Vorverständnis der Personen in allen möglichen Formen. Die Wörter erhalten ihre Bedeutung neben der Korrektheit des Gebrauchs vor allem durch die Berücksichtigung der gegenwärtigen oder vergangenen Situation. Dies gilt insbesondere für die Umgangssprache, die wenige ausdrückliche intersubjektive Konventionen über den Gebrauch der Wörter kennt. Missverständnisse sind gegeben bei unkorrektem Sprachgebrauch, bei ungleicher Zugehörigkeit zu einer Sprachgruppe¹⁰⁴ und wegen der Nichtberücksichtigung der Situation. Dies ist indessen bereits eine Fehlerquelle, die der logischen Ebene angehört.

Erfordernis für ein Fehlen von Missverständnissen in der logischen Ebene ist die Berücksichtigung der Sprech-Situation in umfassendem Sinn. Das völlige Fehlen von Missverständnissen in der logischen Ebene erscheint jedoch undenkbar. Dies aus folgendem Grund. Missverständnisse in der logischen Ebene sind (neben der Missachtung logischer Regeln) in der ungleichen Identität der Personen¹⁰⁵ begründet. Der gleiche Text erhält zufolge ungleicher Vorverständnisse und Wirklichkeiten der Personen je eine persönliche Bedeutung. Verständigung ist grundsätzlich nur begrenzt möglich. Damit ist auch die unaufhebbare Verbindung zwischen Sprache, Logik und Realität aufgezeigt, die sich bereits bei der Verständigung zwischen zwei Personen der gleichen Sprachgruppe zeigt. Mit Bezug auf diese Verbindung ergibt sich jedoch ein noch grundsätzlicheres Problem. Die Verständigung zwischen Personen verschiedener Sprachgruppen aller Art. Hier sind Missverständnisse von Grund auf möglich. Die unter-

104 *Beispielsweise: Allgemeine Sprache, subkulturelle Sprache, schichtspezifische Sprache, Männer-, Frauen- und Jugend-Sprache, Fachsprache («Juristen-deutsch»)!*

105 *Vgl. vorstehend FN 25 und FN 86.*

schiedlichen Worte (Sprache) der verschiedenen Sprachgruppen bezeichnen zwar den gleichen Gegenstand (Realität), rufen jedoch teilweise gleiche und teilweise unterschiedliche Vorstellungen (Logik) im Bewusstsein der Personen hervor¹⁰⁶. Jedes Wort einer Sprache drückt bereits eine Perspektive aus. Diese Perspektive ergibt sich aus der nicht trennbaren Verbindung zwischen Sprache und Logik und ist im unterschiedlichen Standort und seinen Folgen¹⁰⁷ und damit in der unterschiedlichen Reflexion bei der Bildung der Begriffe durch den analytischen Verstand begründet¹⁰⁸. Dies ist auch für die Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft von Bedeutung. Es zeigt, dass Sprachgruppen aller Art (Sprache), aufgrund ihrer unterschiedlichen Perspektive bei der Bildung von Begriffen, teilweise unterschiedliche Vorstellungen im Bewusstsein der gruppenangehörigen Personen (Logik) über gleiche Gegenstände und Sachverhalte (Realität) schaffen. Sprachgruppen aller Art schaffen sich je eine eigene Wirklichkeit.

Das Erfordernis für ein Fehlen von Missverständnissen in der ontologischen Ebene (Realität) führt daher nur über das Gespräch. Erforderlich ist das Gespräch über die Grenzen der Sprachgruppen hinaus. Dies gilt für alle Arten von Sprachgruppen. Solche Gespräche können zu einer erhöhten Rationalität des Denkens beitragen. Auch diese Einsicht hat grosse Bedeutung für das Recht und die Rechtswissenschaft. Das zeigt sich in praktischer Hinsicht am Beispiel des neuen Europarechts. Das Europarecht und die Bildung seiner Rechtsbegriffe entsteht durch eine intensive internationale Auseinandersetzung über die Sprachgruppen hinweg. Das entsprechende methodologische Hilfsmittel ist die Rechtsvergleichung (Komparation). Durch die Rechtsvergleichung (Sprache und Logik) vervielfältigen sich die Per-

106 Ein einfaches Beispiel, das jeder Übersetzer kennt: Für ein gewisses Musikinstrument (Realität) verwendet die italienische Sprache das Wort *Pianoforte*, die deutsche Sprache das Wort *Klavier*. Der Deutschkundige und der Italienskundige haben teilweise gleiche und teilweise unterschiedliche Vorstellungen (Logik). Beide stellen sich das gleiche Musikinstrument vor; beide haben gleichwohl eine unterschiedliche Vorstellung. Der deutsche Sprachgebrauch trägt die Sichtweise der technischen Beherrschbarkeit der Musik durch eine «*Klaviatur*» (Klavier) in sich, während der italienische Sprachgebrauch die Sichtweise der musikalischen Empfindung «*laut-leise*» (*Pianoforte*) in sich trägt. Vgl. ein Beispiel für Juristen, in: Alexander Brunner, *AGB im IPR*, Chur 1985, 17-22.

107 Vgl. vorstehend FN 11 und FN 25.

108 Vgl. vorstehend FN 23-31.

spektiven bei der Betrachtung des Rechts. Folge davon ist ein grösserer Umfang der Vorstellungen (Logik) über die rechtlichen Sachverhalte (Realität). Im Hinblick auf die Bildung von neuen Rechtsbegriffen ermöglicht die Komparation¹⁰⁹ daher eine erhöhte Qualität der Reflexion des analytischen Verstandes. Dies führt denn auch in der Regel zu einer erhöhten Rationalität des neuen europäischen Rechts.

Das Gespräch ist indessen nicht nur international, sondern auch national im Rahmen der Demokratie zu führen. Auch hier gilt das Erfordernis einer Verständigung über die Grenzen der Sprachgruppen, das heisst Regionen, Konfessionen, Subkulturen und Schichten hinweg. Das Mittel dazu ist die Idee des rationalen Dialoges.

3. Diskurstheorie

Die Dialektik ist der Diskurstheorie als konsensualer Wahrheitstheorie suspekt. Der Diskurstheorie liegt die Dialogik zugrunde. Die Dialektik findet im monologischen Denken einer Person statt, die Dialogik im Gespräch mehrerer Personen, das heisst im dialogischen Denken¹¹⁰. Das Gespräch erscheint zwar als erste Grundlage für vernünftiges Denken, garantiert indessen als solches allein noch keineswegs einen erhöhten Realitätsbezug über die angenommene Wirklichkeit von Personen und Gruppen hinaus. Paradigmatisch hat dies eine Untersuchung über die Mitglieder und ihre Reden im Rahmen der

109 Vgl. für die Logik vorstehend FN 24; vgl. für das IPR: Keller/ Siebr, *Allgemeine Lehren des IPR*, Zürich 1986, 158.

110 Apel K.O., *Die Kommunikationsgemeinschaft als transzendente Voraussetzung der Sozialwissenschaft*, in: *Dialog als Methode (Neue Hefte für Philosophie 2-3)*, Göttingen 1972, 1-40; Habermas Jürgen, *Zur Logik des theoretischen und praktischen Diskurses*, in: M. Riedel, *Rehabilitation der praktischen Philosophie*, Bd II, Freiburg 1974, 381-402; Habermas Jürgen, *Dogmatismus, Vernunft und Entscheidung - Zu Theorie und Praxis in der verwissenschaftlichten Zivilisation*, in: Habermas J., *Theorie und Praxis*, 3.A. Berlin 1974, 307-335; Habermas Jürgen, *Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt/M 1983, 99; Kambartel Friedrich, *Erkennen und Handeln - Methodische Analysen zur Ethik*, in: Gadamer/ Vogler (Hrsg.), *Neue Anthropologie*, Bd 7 - *Philosophische Anthropologie II*, Stuttgart 1975, 289-304; Maibhofer W./ Sprenger G., *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit*. XV. Weltkongress der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie. Stuttgart 1992; Riedel Manfred, *Moral- und Rechtsnormen*, in: *Norm und Werturteil*, Stuttgart 1981, 48-65.

Nationalversammlung (Convent) nach der Französischen Revolution gezeigt¹¹¹. Auch wenn die Möglichkeit kritischen Denkens freier Menschen anfänglich als Idee der Aufklärung über dem Convent schwebte, zeigte sich bald die perspektivische Gleichschaltung persönlicher Identitäten in verschiedenen Richtungen. Dies ist denn auch bis heute so geblieben. Auf Angriff und Verteidigung einzelner Personen im Meinungsstreit folgen Hilfe und Gegenhilfe von Personen und Gruppen. Gruppendruck und Interesse führen zu einheitlichen Meinungen. Es ist der Meinungsstreit zwischen Parteien und Parteiflügeln. Es kommt zu einer selektiven Verengung der Wahrnehmung durch die Personen¹¹². Das Gespräch (Sprache) als Tatsache allein kann nicht verhindern, dass der Umfang der Vorstellungen der Personen (Logik) enger¹¹³ wird und damit mögliche Gegenstände und Sachverhalte (Realität) nicht repräsentiert¹¹⁴ werden. Mit der Sprache allein kann keine Wahrheitstheorie begründet werden. Das Sprechen allein sichert keine Wahrheit. Das Sprechen (Sprache) allein ohne Denken (Logik) und Forschen (Realität) wäre Dadaismus. Das gilt vor allem für die Sprechenden im Parlament, für die Parlamentarier. Fehlende oder mangelhafte Vorstellungen, das heisst «Repräsentationen» bei Personen im Parlament führen zu fehlender oder mangelhafter «Repräsentation» von Personen in der Demokratie. Diese Feststellung zwischen Philosophie und Politologie betrifft die Grundlagen der Demokratie als Einrichtung der Beschränkung der Macht von wenigen durch die Ausübung der Macht durch viele. Kurz: Fehlende Repräsentation führt zu Realitätsverlust und damit zu Machtverlust¹¹⁵. Wie lässt sich aber Realitätsverlust verhindern?

Durch eine einsichtige Feststellung: Realitätsverlust hat schon geschadet¹¹⁶. Realitätsverlust kann auch künftig schaden¹¹⁷. Realitätsver-

111 Gumbrecht Hans U., *Über die allmähliche Verfälschung von Identitäten in politischen Reden*, in: O. Marquard/ K. Stierle, *Identität (Poetik und Hermeneutik - Arbeitsergebnisse einer Forschungsgruppe VIII)*, München 1979, 107-131.

112 Vgl. vorstehend FN 85 und FN 91.

113 Eine solche Person bekommt in der deutschen Sprache eine «enge Stirn», die Person wird als «engstirnig» bezeichnet.

114 Es ist gar keine Vorstellung, keine «Repräsentation» vorhanden; es ist der Zustand des Nichtwissens des Nichtwissens. Dieser Geisteszustand wird herkömmlich mit Ignoranz bezeichnet; vgl. demgegenüber vorstehend FN 38.

115 Vgl. dazu schon vorstehend FN 5.

116 Seins-Urteil. Aussage in der Gegenwart über die Vergangenheit; es ist Tatsachen-Kennntnis ohne Gesetzes-Kennntnis.

lust soll nicht sein¹¹⁸. Es liegt eine Aussage vor, die in die Zukunft wirkt, ihre Erfahrung jedoch aus der Vergangenheit bezieht. Es handelt sich um eine Norm. Wie haben nun die Grundnorm und die Normen auszusehen, damit Gespräche geführt werden können, die einen Realitätsverlust verhindern? Die Diskurstheorie der Wahrheit stellt solche Normen auf. Sie kann zudem als Gerechtigkeits-Theorie aufgefasst werden. Zusammengefasst handelt es sich um die folgenden Grundsätze:

Die Grundnorm ist Fairness¹¹⁹. Ein Gespräch soll die Grundnorm der Fairness beachten. Dieser allgemeine Begriff ist indessen zu substantiieren. Ein Gespräch ist dann ein rationaler Dialog (Diskurs), wenn alle beteiligten Personen darauf achten (Norm), offen, unvoreingenommen, gewaltlos und nicht persuasiv miteinander zu sprechen. Die dabei gemeinsam geschaffene Meinung gilt als allgemein überprüft und anerkannt. Es handelt sich um die intersubjektive Verifikation einer Aussage und nicht um die objektive Verifikation einer Aussage¹²⁰. Nach bisherigem Sprachgebrauch wäre die erste eine geisteswissenschaftliche, die zweite eine naturwissenschaftliche Aussage. Obwohl beide überprüfbar sind und allgemein anerkannt werden, bleiben beide gleichwohl hypothetisch. Dazu ist einerseits beizufügen, dass auch die intersubjektive Verifikation einer Aussage (und die ihr entsprechende Norm) Realitätsbezug, das heisst objektiv verifizierte Aussagen zur Grundlage haben muss. Die Aussage (und die ihr entsprechende Norm) ist sonst dogmatisch und fundamentalistisch. Andererseits wurde bereits festgestellt, dass auch objektiv verifizierte Aussagen falsifizierbar und hypothetisch bleiben und auf die intersubjektive Ebene der Sprache angewiesen sind. Aussagen bleiben hypothetisch, bleiben Meinungen.

Zusammenfassend gehört die Einhaltung der folgenden Diskurs-Normen zur Bedingung und Möglichkeit des Diskurses¹²¹.

117 *Hypothese. Aussage in der Gegenwart über mögliche Zukunft; es ist Gesetzes-Kenntnis (Hypothese) mit hinreichender Tatsachen-Kenntnis. Es ist eine hypothetische Aussage wie alle Aussagen.*

118 *Sollens-Urteil. Aussage in der Gegenwart mit Geltung in der Zukunft. Es ist Gesetzes-Kenntnis (Hypothese) und zudem eine teleologische, das heisst wissenschaftliche und willentliche Einschränkung der Freiheit und Möglichkeiten menschlichen Verhaltens, das heisst eine Ordnung von Situationen in der Zukunft.*

119 *John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1.A. Frankfurt/M 1979, 19-73.*

120 *Vgl. dazu vorstehend FN 10 und FN 44.*

121 *Vgl. dazu Müller Jörg P., Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie, in: Festschrift Dietrich Schindler, Basel 1989, 617-638, mit Hinweis auf Jürgen Habermas.*

(Diskurs-Norm 1.) Jede sprach- und handlungsfähige Person ist zur Teilnahme am Diskurs berechtigt.

(Diskurs-Norm 2.1.) Jede Person darf ihr Interesse und ihre Einstellung im Diskurs geltend machen.

(Diskurs-Norm 2.2.) Jede Person darf jede Meinung in den Diskurs einführen.

(Diskurs-Norm 2.3.) Jede Person darf jede Meinung im Diskurs in Frage stellen.

(Diskurs-Norm 3.) Keine Person darf gehindert werden, ihre Rechte nach den Diskurs-Normen (1.) und (2.) wahrzunehmen, weder durch Zwang ausserhalb des Diskurses noch durch Zwang innerhalb des Diskurses.

Werden die Diskurs-Normen (1.) bis (3.) von den teilnehmenden Personen befolgt und haben sie Kenntnis von den Ursachen möglicher Missverständnisse, so ist eine grösstmögliche Annäherung an die Wahrheit und die Gerechtigkeit erreichbar. Gleichwohl stehen zwei offene Fragen im Raum. Die Frage nach der Diskurs-Beteiligung und die Frage nach der Herrschaftsfreiheit des Diskurses von aussen. Die Frage der Diskurs-Beteiligung stellt sich dann, wenn Personen sich am Diskurs nicht beteiligen können oder wollen. Künftige Generationen¹²² können sich am Diskurs nicht beteiligen und gewisse Personen und Gruppen wollen sich am Diskurs nicht beteiligen. Die Frage nach der Herrschaftsfreiheit des Diskurses von aussen schliesslich ist ein *circulus vitiosus* der Politologie¹²³.

Die Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien wurden vorstehend in einem kurzen Abriss dargelegt, weil auch die Kritik im Recht sich ihrer Bedingungen und Möglichkeiten bewusst sein muss, will sie vernünftig heissen. Nachfolgend soll versucht werden zu untersuchen, wie sich Wissen und Macht in der Demokratie verbinden lassen. Es ist die Suche nach einer Rechtsordnung, die als Einrichtung von Personen¹²⁴ immer auch der Kritik von Personen¹²⁵ zugänglich bleiben muss.

122 *Saladin Peter/ Zenger Christoph, Rechte künftiger Generationen, Frankfurt/M 1988.*

123 *Vgl. beispielsweise Höffe O., Herrschaftsfreiheit oder gerechte Herrschaft, in: NZZ 30./31.7.1977, 30; oder Spaemann Robert, Die Utopie der Herrschaftsfreiheit, in: M. Riedel, Rehabilitation der praktischen Philosophie, Bd II, Freiburg/Br 1974, 211-233. Vgl. dazu in Ansätzen bereits Brunner Emil, Gerechtigkeit, Zürich 1943.*

124 *Vgl. nachfolgend C.I.*

125 *Vgl. vorstehend FN 74-76.*

C. Rechtfertigung der Kritik im Bereich des Rechts

I. Diskursethische Begründung der Gesetzgebung

Die Wahrheits-Theorien vermitteln die Einsicht in die grundsätzliche Beschränktheit menschlichen Erkennens und Verstehens. Diese Einsicht dient gleichzeitig als Grundaussage für eine kritische politische Anthropologie und für den Entwurf einer Gerechtigkeits-Theorie. Unser Verstand ist beschränkt - aber wir haben nur diesen; dementsprechend ist auch jede Rechtsordnung nur beschränkt rational möglich - aber wir haben nur diese. Eine solche menschen-mögliche Rechtsordnung ist die rechtsstaatliche Demokratie. Die rechtsstaatliche Demokratie als gemeinsame, autonome und selbstbeschränkende Herrschaftsform von Personen über sich selbst hat durch ihre Einrichtungen dafür zu sorgen, dass Wissen und Macht nicht getrennt werden, sondern verbunden bleiben (Volkssouveränität). Die demokratische Staatsform erscheint als undenkbar in einer Gesellschaft, welche diese Einsicht missachtet.

Das gilt auch für die gegenwärtige verwissenschaftlichte, das heisst hypothetische Zivilisation¹²⁶. Die Möglichkeit beliebiger Identifikationen von Personen in der hypothetischen Zivilisation kann zu mehr Vernunft führen, muss aber nicht. Es besteht die Gefahr eines Ablebens des Denkens (Nihilismus) oder einer Neubelebung alter und neuer Dogmatismen und Fundamentalismen mit ihren aus der Geschichte und Zeitgeschichte bekannten Folgen und Leiden für die beteiligten Personen. In der hypothetischen Zivilisation haben jedoch auch sie ein ursprünglich unpolitisches und lebensweltlich fragloses Daseins-Recht. Diese Tatsache schliesst aber nicht aus, dass sie als Teil der Rechtsgemeinschaft von der Möglichkeit der Kritik ausgenommen wären.

Einzigste Voraussetzung dazu ist, dass alle Personen und Gruppen die Diskurs-Normen als Bedingung und Möglichkeit des demokratischen Diskurses beachten. Ihre Geltung wird im Rahmen der rechtsstaatlichen Demokratie gewährleistet und auch faktisch durchgesetzt. Andererseits stellt sich die folgenschwere Frage, ob die Diskurs-Normen auch innerhalb dogmatischer und fundamentalistischer Personengruppen zur Anwendung gelangen. Ist dies nicht der Fall, kann

126 Vgl. vorstehend FN 52 und FN 70.

es auch in einer Demokratie zu einem Realitätsverlust der Herrschenden¹²⁷ kommen. Eine Demokratie der Lemminge würde sich selber abschaffen. Es ist dies kein Hinweis für die Rechtfertigung totaler rationaler Herrschaft¹²⁸, sondern eine politologische Kritik zur Verhinderung totaler irrationaler Herrschaft.

Die Diskurs-Normen sind ein formales Prinzip, eine formelle Voraussetzung der Demokratie. Aus diesem Grund ist eine Einigung hierüber auch eher möglich. Sie wird hier vorausgesetzt und auf ihre Problematik kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden¹²⁹.

Die Gesetzgebung enthält Aussagen mit normativer Geltung für künftige Situationen. Es sind generell-abstrakte Entscheide des Parlaments und der Stimmberechtigten, beziehungsweise der Stim-menden. Auch diese Entscheide und die ihnen zugrunde liegenden Aussagen unterliegen der Kritik; sie müssen überprüfbar und allgemein aner kennbar sein. Das bedeutet, dass auch die Gesetzgebung¹³⁰ in der Demokratie der Verifizierbarkeit beziehungsweise Falsifizierbarkeit, das heisst der Legitimation unterliegt. Die Möglichkeit der Verifikation und Falsifikation, der Überprüfung und Anerkennung ist indessen vom Wissen, das heisst vom Kenntnisstand der Bürger abhängig. Die Volksbildung ist daher eine materielle Voraussetzung der Demokratie. Durch die Bildung der stimmberechtigten Personen kann sich die Demokratie selber am Leben erhal-

127 Hier: Bei einer wachsenden Zahl von stimmberechtigten Personen; zum Realitätsverlust als Grund für Machtverlust, vgl. vorne FN 5. Es stellt sich daher die politologische Frage, ob die rechtsstaatliche Demokratie für ihr langfristiges Überleben eines diskursethisch begründeten Vereinsrechts bedarf, das vereins-interne Kritik-Möglichkeiten sichert.

128 Vgl. dazu vorstehend FN 83 und FN 124-125; die Fundamentalkritik Daniel Rhonheimers deckt sich in diesem Punkt mit der Fundamentalkritik Michel Foucaults (FN 76); vgl. Rhonheimer Daniel, *Demokratisierung aller Lebensbereiche*, Zürich 1983, 680-709.

129 Vgl. dazu auch Rhinow René A., *Grundprobleme der schweizerischen Demokratie*, in: ZSR 103 (1984) II, 157-160; *Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip*.

130 Fleiner-Gerster Thomas, *Gesetz und Gesetzgebung in der direkten Demokratie*, in: *Festschrift Hans Huber* 1981, 61-69; Noll Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck b. Hamburg 1973; Noll Peter, *Wert und Wirklichkeit. Zur Möglichkeit rationaler Wertentscheidung in der Gesetzgebung*, in: *Recht und Gesellschaft, Festgabe für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1978, 353-369.

ten¹³¹. Voraussetzung ist allerdings, dass auch die Bildungs-Einrichtungen demokratisch verfasst sind.

Diese wenigen Hinweise zeigen, dass die Wahrheits- und Gerechtigkeitstheorien einen engen Bezug zur Demokratie-Theorie aufweisen. Die konsensuale Erkenntnistheorie erscheint als eine der Grundvoraussetzungen der Demokratie. Dies zeigt auch der bereits erwähnte Versuch einer diskursethischen Begründung der Demokratie¹³². Darauf kann vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Vielmehr soll versucht werden aufzuzeigen, dass die konsensuale Erkenntnistheorie auch als Grundlage einer rechtsstaatlichen Rechtsprechung aufgefasst werden kann.

II. Diskursethische Begründung der Rechtsprechung

Die Legitimation der demokratischen Rechtsetzung ergibt sich nicht nur aufgrund der Mitwirkung und Möglichkeit allgemeiner Kritik an den generell-abstrakten Entscheiden der stimmberechtigten Personen (Gesetzgebung), sondern aufgrund der Bewährung dieser Entscheide im Einzelfall beziehungsweise in der Rechtsprechung¹³³. Die entsprechenden individuell-konkreten Entscheide (Urteile) und ihre Kritik sind die Empirie des Rechts. Im Einzelfall (Tatsachen-Kenntnis) zeigt sich, ob ein generell-abstrakter Entscheid (Gesetzes-Kenntnis) sich bewährt (bewahrheitet) oder nicht, das heisst «verifiziert» oder «falsifiziert» wird. Entscheidend ist, ob die in der Vergangenheit liegende Situation und die vergangenen Tatsachen (Tatsachen-Kenntnis), die zur Hypothese mit Geltung (Gesetzes-Kenntnis) geführt haben, unverändert geblieben sind oder nicht.

Hat sich die Realität verändert, so stellt sich die Frage nach der Legitimation des Gesetzes beim individuell-konkreten Entscheid beziehungsweise bei der Beurteilung des neuen Einzelfalls (Subsumption).

131 Vgl. die interessanten Untersuchungen zur Bürgerkompetenz; Kriesi Hanspeter, *Bürgerkompetenz und Direkte Demokratie*, in: *WIDERSPRUCH* 24/1992, 92-100.

132 Vgl. dazu vorstehend FN 121.

133 Vgl. dazu Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M 1992, 292-348 (VI. Kapitel: *Justiz und Gesetzgebung*).

Dies veranschaulicht auf einsichtige Weise das folgende Gespräch aus einer anderen Welt¹³⁴:

- «Bonjour. Pourquoi viens-tu d'éteindre ton réverbère?
- C'est la consigne, répondit l'allumeur. Bonjour.
- Qu'est-ce que la consigne?
- C'est d'éteindre mon réverbère. Bonsoir. Et il le ralluma.
- Mais pourquoi viens-tu de le rallumer?
- C'est la consigne, répondit l'allumeur.
- Je ne comprends pas, dit le petit prince.
- Il n'y a rien à comprendre, dit l'allumeur. La consigne c'est la consigne. Bonjour. Et il éteignit son réverbère. Puis il s'épongea le front avec un mouchoir à carreaux rouges.
- Je fais là un métier terrible. C'était raisonnable autrefois. J'éteignais le matin et j'allumais le soir. J'avais le reste du jour pour me reposer, et le reste de la nuit pour dormir ...
- Et, depuis cette époque, la consigne a changé?
- La consigne n'a pas changé, dit l'allumeur. C'est bien là le drame! La planète d'année en année a tourné de plus en plus vite, et la consigne n'a pas changé!
- Alors? dit le petit prince.
- Alors maintenant qu'elle fait un tour par minute, je n'ai plus une seconde de repos. J'allume et j'éteins une fois par minute!
- ça c'est drôle! Les jours chez toi durent une minute!
- Ce n'est pas drôle du tout, dit l'allumeur, ça fait déjà un mois que nous parlons ensemble.
- Un mois?
- Oui. Trente minutes. Trente jours! Bonsoir. Et il ralluma son réverbère.»

Solches soll auch auf anderen Welten vorkommen. Offenbar hat sich aber in jener Welt keine Person gefunden, die eine kritische Rückmeldung an den Gesetzgeber der Vorschrift gemacht hätte, oder dieser hat die kritische Rückmeldung nicht zur Kenntnis genommen. Es ist das Problem überholter Gesetze. Die Anwendung der Norm erfolgt in der rechtsstaatlichen Demokratie gleichwohl. Der Einzelfall und seine fragwürdige Beurteilung im individuell-konkreten Entscheid ist indessen Anlass zur Gesetzesänderung; es wird eine neue Hypothese vorbereitet (vorstehend C.I.).

Hat sich die Realität nicht verändert, so ist der generell-abstrakte Entscheid der Stimmberechtigten (Gesetz) auch im neuen Einzelfall

134 *Antoine de Saint-Exupéry, Le Petit Prince, XIV.*

die Legitimationsgrundlage für dessen Beurteilung durch den entsprechenden individuell-konkreten Entscheid (Urteil). Diese Legitimation ergibt sich aufgrund der Annahme in der rechtsstaatlichen Demokratie, dass die Gesetze in Nachachtung eines diskursethischen Verfahrens erlassen werden. Die Legitimation der Gesetze in der rechtsstaatlichen Demokratie beruht auf dieser Annahme. Es geht hier dem Grundsatz nach lediglich um die inhaltliche Umsetzung diskursethisch legitimer Entscheide. Bei methodologisch korrekter inhaltlicher Umsetzung (Legalität) ist der individuell-konkrete Entscheid (Urteil) als solcher mittelbar legitimiert¹³⁵. Diese allgemeine Annahme ist der Grund, warum ein individuell-konkreter Entscheid einer Person auf Nichteinhaltung der Norm (Tatsache der Normverletzung durch Rechtsunterworfenen oder Rechtsanwendenden) den generell-abstrakten Entscheid der stimmberechtigten Personen (Hypothese mit Geltung) nicht umstossen kann. Auch die Zweifel einer Person gegenüber der Annahme einer diskursethischen Legitimation der generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen vermögen im Einzelfall das Absehen von deren inhaltlichen Umsetzung nicht zu rechtfertigen. Bedingung dafür ist der demokratische Glaube an die zwar nie vollständig erreichbare, aber doch wohl grundsätzlich anerkannte formelle Voraussetzung der Demokratie¹³⁶. Dieser demokratische Glaube darf nicht enttäuscht werden. Von Grund auf legitimiert ist daher die Kritik zur Verbesserung der formellen Voraussetzung der Demokratie. Dazu gehört beispielsweise die politologische Kritik unkontrollierter Einflussnahme mächtiger Interessengruppen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens in der Demokratie.

135 Balsheit Peter, *Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsgestaltung*, in: *SJZ* 87 (1991), 273; Biaggini Giovanni, *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Basel 1989; Cavin Pierre, *Remarques sur le pouvoir des juges*, in: *Mélanges Marcel Regamey*, Lausanne 1980, 25-37; Häfelin Ulrich, *Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes*, in: *Festschrift Cyril Hegnauer*, 1986, 111-139; Heil Anton, *Zum Verhältnis von Gesetzgeber und Richter in einer Zeit sich rasch ändernden Rechts*, in: *SZS* 15(1975), 260-267; Rhinow René A., *Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel 1979; Schmidt-Jortzig Edzard, *Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat*, in *NJW* 44 39(1991), 2377-2383.

136 Vorstehend C.I.

Eine andere Frage stellt sich beim Vorliegen solcher Einzelfälle, für die der demokratische Gesetzgeber kein Gesetz erlassen hat (Problem der Gesetzeslücke). Es liegt dann kein generell-abstrakter Entscheid der stimmberechtigten Personen und damit keine Hypothese mit Geltung im Einzelfall vor. In diesem Fall hat der Richter unter Berücksichtigung der übrigen Entscheide der Stimmberechtigten eine neue Hypothese aufzustellen. Der entsprechende individuell-konkrete Entscheid des Richters kommt dabei dem generell-abstrakten Entscheid der stimmberechtigten Personen gleich. Es ist dies die Frage nach der Stellung des Richters als Gesetzgeber. Das schweizerische Recht löst diese Frage in Art. 1 Abs. 2 ZGB. Diese Grundnorm ist zwar Bestandteil des Zivilrechts; ihr kommt jedoch auch staatsrechtliche Bedeutung zu¹³⁷. Die staatsrechtliche Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 ZGB wird in der schweizerischen Demokratie faktisch dadurch gestützt, dass die Richter durch das Volk oder durch die Parlamente gewählt, nie aber durch die Regierung ernannt werden.

Bevor nun nachfolgend auf die Frage der Gewährleistung der Kritik der Rechtsprechung eingegangen wird, sind die allgemeinen Grundlagen der Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien nochmals zusammenfassend für die Rechtsprechung zu vergegenwärtigen. Es handelt sich um zwei allgemeine Grundlagen; einerseits um die Kenntnis der Entstehung möglicher Missverständnisse zwischen den Personen des Diskurses und andererseits um die Kenntnis der Diskurs-Normen. Die Kenntnis der Diskurs-Normen allein vermag allerdings nach der hier vertretenen Meinung nur teilweise die Rationalität der Verfahren zu gewährleisten.

137 *Bener Hans-Rudolf, Der Richter als Gesetzgeber im Bau- und Planungsrecht, in: SJZ 87 (1991), 277; Germann Oscar A., Durch die Judikatur erzeugte Rechtsnormen, Zürich 1976; Meier-Hayoz Arthur, Der Richter als Gesetzgeber. Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, 1973, 189-206; Meier-Hayoz Arthur, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: JZ 36 (1981), 417-423; Müller Peter A., Gedanken zur richterlichen Rechtsbildung und Rechtsfortbildung, in: Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, 377-390; Ott Edward E., Gedanken zu Art. 1 ZGB und seiner Anwendung in der Bundesgerichtspraxis, in: SJZ 83 (1987), 193-199; Rebbinder Manfred, Richterliche Rechtsfortbildung in der Sicht von Eugen Ehrlich, in: Recht 7 (1989), 73-78; Schubarth Martin, Zur richterlichen Rechtsfortbildung, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Frankfurt/München 1988, 86-96; Stolz Marc M., Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB, Zürich 1991.*

Als weitere Bedingung ist daher die Kenntnis der Entstehung möglicher Missverständnisse bei den Personen des Diskurses notwendig. Notwendige Bedingungen sind somit einerseits die Kenntnis und Anerkennung der Diskurs-Normen, andererseits erkenntnistheoretische Einsichten.

Die Kenntnis der Entstehung möglicher Missverständnisse¹³⁸ zwischen den Personen des Diskurses vermittelt die juristische Methodenlehre (D.I.). Die Methodenlehre zeigt die Mittel zu ihrer Überwindung auf. Aber auch das Gerichtsverfassungsrecht (D.II.) trägt wesentlich dazu bei. Das Gerichtsverfassungsrecht soll das unabhängige, offene und unvoreingenommene Denken jener demokratisch legitimierten Personen (Richter) gewährleisten und sichern, die mit der Diskursführung und der anschliessenden individuell-konkreten Entscheidung (Urteil) beauftragt sind.

Die Kenntnis und faktische Anerkennung der Diskurs-Normen und ihre praktische Umsetzung schliesslich gewährleistet das Verfahrensrecht (D.III.). Das Verfahrensrecht soll den Wahrheits- und Gerechtigkeits-Gehalt der generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen durch individuell-konkrete Entscheide (Urteile) der demokratisch legitimierten Personen (Richter) für die im Meinungsstreit liegenden Personen im Einzelfall absichern und umsetzen. Das Verfahrensrecht soll den faktischen Zugang zum Recht für alle Personen gleichermassen gewährleisten.

D. Gewährleistung der Kritik der Rechtsprechung

I. Kritik und juristische Methodenlehre

Eine der Bedingungen und Möglichkeiten rationaler Kritik der Rechtsprechung ist die Kenntnis der juristischen Methodenlehre¹³⁹. Kernstück der juristischen Methodenlehre ist dabei die juristische Auslegungslehre. Auch die juristische Auslegungslehre findet indessen ihre Grundlagen in der allgemeinen Auslegungslehre, auf welche bei der Darlegung der erkenntnistheoretischen Grundlagen der Kritik hingewiesen¹⁴⁰ worden ist. Zwei Gesichtspunkte der juristischen Ausle-

138 Vgl. vorstehend FN 103-109.

139 Baumann Max, *Recht und Rechtssprache*, in: ZSR 109 (1990) I, 79-96; Baumann Max, *Recht/Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*, Zürich 1991; Esser Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Rationa-

gungslehre erscheinen mit Bezug auf die Möglichkeit der Urteilskritik als entscheidend; einerseits der Stellenwert des Vorverständnisses¹⁴¹ bei der Auslegung, andererseits die Frage nach der Rangordnung möglicher Kriterien bei der Auslegung von Texten.

Der Stellenwert des Vorverständnisses bei der Auslegung von gesprochenen oder geschriebenen Texten¹⁴² wird faktisch seit jeher auch von der juristischen Methodenlehre anerkannt. Das Vorverständnis ist dabei in zweifacher Hinsicht von Bedeutung; bei der rechtlichen Einordnung des Vorverständnisses der mit der Verfahrensleitung befassten Personen (Richter)¹⁴³ und bei der rechtlichen

litätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt/M 1970; Goutier Klaus, Rechtsphilosophie und juristische Methodenlehre im Lichte der evolutionären Erkenntnistheorie, Frankfurt/M 1989; Häfelin Ulrich, Wertung und Interessenabwägung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag, Basel 1989, 585-596; Hess-Odoni Urs, Das Urteil zwischen Entscheidung, Wahrheit und Gerechtigkeit: eine Auseinandersetzung mit dem Dezisionsismus, in: Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Festgabe, Bern 1991, 197-216; Hinderling Hans G., Rechtsnorm und Verstehen. Die methodischen Folgen einer allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien des Verfassungsauslegung, Bern 1971; Jenny David, Zur Lehre und Praxis der authentischen Interpretation, in: ZSR 106 (1987) I, 213-240; Ott Edward E., Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, in: ZSR 92 (1973) I, 247-269; Ott Edward E., Die Methode der Rechtsanwendung. Zürich 1979; Ott Edward E., Das Denken des Richters aus der Sicht der juristischen Methodenlehre, in: SJZ 77 (1981), 381-388; Ott Walter, Jurisprudenz und plausible Argumentieren, in: Aspekte der Rechtsentwicklung, Festgabe Arthur Meier-Hayoz, 1972, 39-52; Ott Walter, Rechtspositivismus, 2.A. Berlin 1992; Perrin Jean-François, Pour une théorie de l'interprétation judiciaire des lois, in: Les règles d'interprétation, Fribourg 1989, 243-256; Schroth Ulrich, Philosophische und juristische Hermeneutik, in: Kaufmann/ Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5.A., Heidelberg 1989, 306-331; Schweizer Hans R., Richten Richter richtig? Meikirch 1983; Troller Alois, Grundriss einer selbstverständlichen juristischen Methode und Rechtsphilosophie, Basel 1975; Vallender Klaus A., «Objektive Auslegung» und Erkenntnis, in: St.Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, 71-86; Viehweg Theodor, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5.A., München 1974; Zäch Roger, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, in: ZSR 96 (1977) I, 313-343; Zeller Ernst, Auslegung von Gesetz und Vertrag. Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989.

140 FN 77-84, FN 93 und FN 103-109.

141 Vorstehend vor FN 84.

142 Zum Text als Ausgangspunkt der Auslegung, vgl. vorstehend nach FN 99.

143 Dieser Gesichtspunkt wird nachfolgend dargelegt, FN 172-173.

Einordnung des Vorverständnisses der an den Gerichtsverfahren beteiligten Personen. In Frage steht hier die Berücksichtigung des Vorverständnisses der Verfahrensbeteiligten sowohl im Straf- als auch im Zivilverfahren. Im Strafverfahren ist das Vorverständnis von Straftätern, das heisst ihr Wissensstand, ihre Meinungen und ihre Identität¹⁴⁴ nach Art. 18 Abs. 2 StGB und nach Art. 63–64 StGB zu berücksichtigen. Im Zivilverfahren gilt dasselbe. Die Auslegung der Willenserklärungen von Personen nach dem Vertrauensprinzip im Sinne von Art. 1 und Art. 18 OR in Verbindung mit Art. 2 ZGB hat in Berücksichtigung ihres Wissensstandes¹⁴⁵ unter Heranziehung der konkreten Umstände¹⁴⁶ im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu erfolgen.

Die Frage nach der Rangordnung möglicher Kriterien bei der Auslegung von Texten ist ebenfalls entscheidend. Mit dieser Frage hat sich die juristische Methodenlehre erst in neuerer Zeit eingehender befasst¹⁴⁷. Insbesondere bei der Interpretation der generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen (Gesetze) ergibt sich unter Berücksichtigung der Rechtsordnung der rechtsstaatlichen Demokratie eine Rangordnung der Auslegungselemente. Beim Erlass individuell-konkreter Entscheide (Urteile) ist zufolge der Gewaltenteilung von der Bindung des Richters an den Gesetzestext auszugehen, womit dem grammatischen¹⁴⁸ Auslegungselement die erste Rangfolge zukommt. Liegt nach der grammatischen Auslegung kein fragloses¹⁴⁹ Ergebnis vor, ist nach der Entstehung des generell-abstrakten Entscheides der stimmberechtigten Personen zu fragen, womit dem historischen¹⁵⁰ Auslegungselement die zweite Rangfolge zufällt. Zeitigt auch eine Berücksichtigung der Textentstehung kein eindeutiges Ergebnis, beschliesst das systematische Auslegungselement in dritter Rangfolge die Auslegung. Das historische und das systematische Auslegungselement sind nichts anderes als die Berücksichtigung des Kontextes bei der Auslegung eines Textes. Während das historische

144 *Vorstehend FN 25-27, FN 53, FN 83, FN 86-87.*

145 *Vorstehend FN 28.*

146 *Vorstehend FN 103-108.*

147 *Vgl. dazu die einleuchtenden Argumentationen von Zeller, FN 139, sowie vorstehend FN 55.*

148 *Vorstehend FN 96-104.*

149 *Vorstehend FN 103.*

150 *Vorstehend FN 101-102.*

Auslegungselement ausschliesslich das auszulegende Gesetz betrifft, berücksichtigt das systematische Element zusätzlich die generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen für vergleichbare Situationen. Fraglich ist schliesslich der Stellenwert des teleologischen Auslegungselementes¹⁵¹. Da in der rechtsstaatlichen Demokratie Zielsetzungen für künftige Situationen von den stimmberechtigten Personen als Gesamtheit auszugehen haben, besteht zufolge möglicher Missverständnisse¹⁵² das Problem nicht demokratisch legitimer Zielsetzungen beim Erlass individuell-konkreter Entscheide. Dazu ist indessen kritisch in Erinnerung zu rufen, dass Missverständnisse¹⁵³ bei der Auslegung grundsätzlich möglich sind. Entscheidend ist daher die Möglichkeit der Urteilskritik durch andere Meinungen der Prozessbeteiligten und Überprüfung im Rechtsmittelverfahren.

II. Kritik und Gerichtsverfassungsrecht

1. Objektive Unabhängigkeit des Richters

Die Gewaltenteilungslehre¹⁵⁴ erhält neben der politologischen zusätzlich eine erkenntnistheoretische Begründung entsprechend den dar-

151 Vgl. dazu neuestens Marcel Niggli, *Zur Problematik der Auslegung in Zivil- und Strafrecht. Analogie, Subsumption, Selbstreferenz und Wortlautgrenze*, in: *AJP/PJA* 2/93, 154-172.

152 Vorstehend FN 105.

153 Vorstehend FN 104-108. Vgl. daher auch FN 234.

154 *Abravanel Philippe*, *Indépendance de la justice et efficacité du système judiciaire*, in: *SJZ* 87 (1991), 274; *Auer Andreas*, *Quelques remarques sur la séparation des pouvoirs et l'indépendance des juges*, in: *RDAT* 1986, 195-210; *Beyeler Erwin*, *Das Recht auf den verfassungsmässigen Richter als Problem der Gesetzgebung*, Zürich 1978; *Frank Richard*, *Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz. Ergebnisse einer internationalen Richtertagung*, Basel 1990; *Hauser Robert*, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiete des Gerichtsverfassungsrechts*, in: *Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, 1975*, 531-560; *Schubarth Martin*, *Die Freiheit des Richters*, in: *Studia Philosophica* 49 (1990), 193-198; *Walder Hans Ulrich*, *Gedanken zur Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit im Lichte der EMRK*, in: *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag*, Wien 1993, 517-522; *Walter*, *Gedanken zum Richteramt*, in: *ZBJV* 127 (1991), 611.

gelegten Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien. Die rechtsstaatliche Idee der Gewaltenteilung ist die objektive Einrichtung, Gewährleistung und Ermöglichung einer unabhängigen Rechtsprechung. Als staatsrechtliche Norm ist sie Ergebnis der Erfahrung früherer Generationen bis in die neueste Zeitgeschichte mit Rechtsordnungen, welche die Unabhängigkeit der mit der Rechtsprechung betrauten Personen nicht beachteten¹⁵⁵. Die Einrichtung der Gewaltenteilung ermöglicht einen Ort institutionalisierter Kritik der im Meinungsstreit stehenden Personen¹⁵⁶. Kritik ist nur im Rahmen von rationalen Dialogen (Diskursen) denkbar und gewährleistet. Entscheidend ist daher die Offenheit und Unvoreingenommenheit der mit der Rechtsprechung befassten Personen (Richter).

Die erkenntnistheoretischen Grundlagen haben die unaufhebbare Standortgebundenheit¹⁵⁷ des Denkens aller Personen aufgezeigt; Folge davon ist ein entsprechendes Vorverständnis der Personen¹⁵⁸. Die Gewaltenteilungslehre hat dieses Problem zutreffend erkannt. Sie hat auch erkannt, dass Personen in der Regel unbewusst oder bewusst dem sanften oder offenen Druck einer Personengruppe erliegen¹⁵⁹. Aus diesem Grunde richtet die Gewaltenteilungslehre in einem ersten Schritt die objektive Teilung der Staatsgewalten ein und legt die Unvereinbarkeiten fest. Sie setzt damit faktisch die Trennung gleicher Standorte und die Aufbrechung gemeinsamer Perspektiven der Personen durch. Die Möglichkeit eigenständigen Denkens wird institutionalisiert. Damit ist indessen eigenständiges Denken der mit der Rechtsprechung befassten Personen (Richter) nur mit Bezug auf die anderen Staatsgewalten ermöglicht. Andere Gründe selektiver Wahrnehmung sind davon nicht betroffen. Die Gewaltenteilungslehre ist daher in einem zweiten Schritt unter politologischen Gesichtspunkten als allgemeines Prinzip der Machtbeschränkung weiter zu denken. Diese Weiterentwicklung im Sinne der perspektivischen und konsensualen Erkenntnistheorie erscheint im Hinblick auf eine menschen-mögliche Rationalität der Rechtsprechung als unabdingbar.

155 Vgl. dazu eindringlich, Walder 1993, FN 154.

156 Vgl. vorstehend FN 1 und FN 84.

157 Vorstehend FN 55.

158 Vorstehend vor FN 84 sowie FN 85-92.

159 Vorstehend FN 111-114.

2. Subjektive Unabhängigkeit des Richters

Auch diesen zweiten erkenntnistheoretisch begründeten Schritt hat die Gesetzgebung und Rechtsprechung bereits vollzogen. Es geht um die persönliche Unabhängigkeit und das eigenständige Denken der Richter¹⁶⁰. Diese Frage stellt sich einerseits bei der Wahl, andererseits bei der Ablehnung der Richter. Die demokratische Wahl ist die Zusprechung einer allgemeinen Legitimation und Kompetenz, in künftigen Einzelfällen individuell-konkret zu entscheiden (zu urteilen). Die gerichtsverfassungsrechtliche Ablehnung ist die Möglichkeit der Absprechung dieser Legitimation und Aufhebung dieser Kompetenz im Einzelfall. Beide - Wahl und Ablehnung - haben dann einen engen Bezug zueinander, wenn die Kritik an der Person des Richters nicht aus den Umständen des Einzelfalles begründet wird. Denn die demokratische Wahl setzt die Fähigkeit des offenen, unvoreingenommenen und eigenständigen Denkens der als Richter gewählten Personen voraus. Eine nicht im Einzelfall begründete Aufhebung der richterlichen Legitimation und Kompetenz würde dem individuell-konkreten Entscheid der wahlberechtigten Personen (Richterwahl) widersprechen, das heisst nach schweizerischem Recht dem Entscheid des Volkes oder des Parlamentes. Die Volkswahl kann daher als demokratische Garantie einer rechtsstaatlichen Rechtsprechung aufgefasst werden; sie begründet gleichzeitig die subjektive Unabhängigkeit der Richter. Ist die Annahme des offenen, unvoreingenommenen und eigenständigen Denkens der Richter indessen nicht eine Fiktion? Steht diese Annahme nicht im Widerspruch zu den dargelegten erkenntnistheoretischen Einsichten?

Die Auswahl der Richter ist eine politologische Frage, deren Aporien naturgemäss nicht völlig rational, sondern nur menschenmög-

160 Frei Peter, *Rechtsstellung und Sozialstruktur der schweizerischen Richterschaft*, Konstanz 1976; Hafner Felix, *Öffentlicher Dienst im Wandel. Stellung und Funktion des öffentlichen Dienstverhältnisses im demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen*, in ZBl. 1992, 481; Lebrecht André E., *Der Ausstand von Justizbeamten nach zürcherischem Prozessrecht*, in: SJZ 86 (1990), 297-302; Matter Felix, *Der Richter und seine Auswahl*, Zürich 1978; Rebbinder Manfred, *Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz*, Frankfurt/M 1989; Rüeegg Viktor, *Ein Weg zu besseren Richterinnen und Richtern. Justizreform*, in: plädoyer 4/ 1992, 30-33; Schwander Marcel, *Bundesgericht. Generationenwechsel auf 'Mon Repos'*, in: plädoyer 1/1993, 6-9.

lich¹⁶¹ gelöst werden kann. Und es scheint, dass die Volkswahl diese Frage rationaler bewältigen kann, als die Ernennung durch eine Regierung. Diese Meinung ist zu begründen. Die Begründung ergibt sich aus der Idee der Demokratie und der ihr zugrunde liegenden konsensualen Wahrheits-Theorie. Realitätsverlust kann politologisch durch institutionelle Absicherung der Offenheit und Repräsentation¹⁶² verhindert werden. In der schweizerischen Konkordanzdemokratie als Folge der direkten Demokratie besteht ein faktischer Zwang mit Bezug auf grösstmögliche Repräsentation der wahlberechtigten Personen. Diese konkordanzdemokratische Auswahl ist bei allen bestehenden Mängeln mit Bestimmtheit offener und breiter abgestützt als die selektive¹⁶³ Auswahl der Richter durch die kleine Personengruppe der Regierung oder gar der Person des Justizministers. Durch die selektive Auswahl vermindern sich die möglichen Perspektiven. Durch die direktdemokratische Auswahl vervielfältigen sich die Perspektiven¹⁶⁴ der richterlichen Spruchkörper; die Faktizität des Beratungs-Diskurses tut das ihre; sie trägt zur Offenheit bei. Aber auch die staatsrechtlich-direktdemokratische Auswahl der Richter und ihre politologische Entsprechung, die Konkordanz der Parteilgruppen, bilden nur eine institutionalisierte Möglichkeit für offeneres Denken. Eine sichere Gewähr dafür besteht nicht. Die Möglichkeit ist abhängig von den wählenden und gewählten Personen¹⁶⁵. Es offenbart sich eine natürliche Rationalitätsgrenze der menschen-möglichen Ordnung, deren Grund die Rationalitätsgrenze der einzelnen Personen¹⁶⁶ ist. Gefordert ist aus diesem Grund auch das persönliche Ethos der für die Rechtsprechung gewählten Personen (Richter). Das persönliche Ethos beginnt mit der Einsicht in die Beschränktheit des menschlichen Verstandes. Dazu gehört die Erkenntnis der Begrenztheit jeder persönlichen Identität¹⁶⁷, der Fragwürdigkeit jeder persönlichen Meinung¹⁶⁸ und das entsprechende Problembewusstsein¹⁶⁹. Entscheidend ist zudem die Kenntnis der Ursachen möglicher Miss-

161 *Vorstehend FN 124-126.*

162 *Vorstehend FN 114-118.*

163 *Vorstehend FN 91-92.*

164 *Vorstehend FN 54-66.*

165 *Vorstehend FN 86-87 und FN 124-125.*

166 *Vorstehend FN 83.*

167 *Vorstehend FN 25-27 und FN 53.*

168 *Vorstehend FN 79-83 sowie FN 41-42, FN 70 und FN 76.*

169 *Vorstehend FN 38 und als Gegensatz dazu FN 114.*

verständnisse¹⁷⁰ zwischen den Personen des Meinungsstreits, vorprozessual und im Verlauf der gerichtlichen Verfahren, sowie der Methoden¹⁷¹ zu deren Behebung. Unter solchen Voraussetzungen wird die Rolle des Richters als ehrlicher Makler zwischen den Verfahrensbeteiligten durchaus möglich.

Die Verfahrensbeteiligten können indessen zur Meinung gelangen, dies sei nicht der Fall. Die Rechtsordnung der rechtsstaatliche Demokratie gewährt den Verfahrensbeteiligten hierfür die Möglichkeit der Ablehnung des Richters im Einzelfall. Vor allem das europäische Recht weist in dieser Frage einen hohen rechtsstaatlichen Standard auf (Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Es ist die Frage nach der Befangenheit des Richters. Die Befangenheit des Richters kann sich durch persönliche Vorurteile¹⁷² zeigen oder durch konkrete Ausstandsgründe ergeben. Die gerichtsverfassungsrechtlich normierten Ausstandsgründe sind nichts anderes als die Ausweitung des Gewaltenteilungsprinzips auf weitere mögliche Abhängigkeiten. Das Gewaltenteilungsprinzip wird zum allgemeinen Machtbeschränkungsprinzip. Durch die institutionelle Trennung des Wissens mittels der Ausstandsgründe und die strafrechtliche Absicherung des Amtsgeheimnisses wird die Beschränkung der Macht auch der dritten Staatsgewalt erreicht. Zur Frage der Befangenheit und des Ausstandes von Richtern besteht denn auch eine reiche Rechtsprechung¹⁷³. Die Kritik im Bereich der Rechtsprechung umfasst somit nicht bloss die Urteilskritik dem Inhalt nach, sondern auch die Kritik an der Person des urteilenden Richters beziehungsweise an dessen Vorverständnis im Einzelfall. In der Regel werden jedoch die Ausstandsgründe bereits durch präventive gerichtsinterne Erklärungen der Richter eingehalten. Zudem hat der individuell-konkrete Entscheid der Personen der Aufsichtsorgane über den Ausstand der Richter im Einzelfall grundsätzlich den individuell-kon-

170 Vorstehend FN 103-108.

171 Vorstehend FN 139-153.

172 Vorstehend FN 79-82.

173 Vgl. beispielsweise Pra 81 Nr.129 (*Interesse am Verfahren, bejaht*); ABSH 1991, 75-78 (*Freundschaft*); ZR 89 Nr.55 (*Vorbefassung, bejaht*); PKG 1990 Nr. 19 (*Beziehung zu Korporation, verneint*); BGE 115 Ia 180 (*objektiver Anschein der Befangenheit, bejaht*); ZR 87 Nr. 33 (*Strafverteidiger als Kassationsrichter, verneint*); ZR 86 Nr. 42 (*unsachliche Einstellung zu den Verfahrensbeteiligten, bejaht*); AGVE 1985, 365-371 (*Fairness, bejaht*); SJZ 79, 11-12 (*bestimmte Religion, verneint*); ZR 80 Nr. 29 (*Beziehung zu Anwalt, nur bei sehr schwerwiegenden Gründen zu bejahen*); SGGVP 1979 Nr. 24 (*Voreingenommenheit, bejaht*); LGVE 1976 I 307 (*Unparteilichkeit, bejaht*).

kreten Entscheid der wahlberechtigten Personen, das heisst die demokratische Wahl und Legitimation der Richter zu beachten. Diese Legitimation darf nur individuell-konkret im Einzelfall, nicht jedoch generell-abstrakt für noch unbestimmte Einzelfälle aufgehoben werden. Ein solcher Aufhebungsentscheid der Personen der Aufsichtsorgane ist illegitim und bedeutet eine Verletzung des demokratischen Rechtsstaats. Ein solcher Aufhebungsentscheid kann legitim nur durch einen neuen individuell-konkreten Entscheid der wahlberechtigten Personen erfolgen (demokratische Nichtwiederwahl des Richters).

Die Frage der Unabhängigkeit des Richters in objektiver und subjektiver Hinsicht als Garant menschen-möglicher Wahrheit im Verlauf der Verfahren stellt sich jedoch nicht bloss gegen aussen, sondern auch innerhalb des Richterkollegiums.

3. Kollegiale Unabhängigkeit des Richters

Die Einrichtung von Richterkollegien im Gegensatz zu Einzelrichtern soll der perspektivischen Vielfalt des Diskurses dienen und damit zu erhöhter Rationalität der Urteile führen. Eine vertiefte Reflexion ist denn auch von der Vielfalt der Perspektiven¹⁷⁴ abhängig. Dies ist der erkenntnistheoretische Grund dafür, dass der Gesetzgeber für Rechtsfragen von grosser Tragweite in der Regel nicht Einzelrichter, sondern Richterkollegien einsetzt. Diese gesetzgeberische Zielsetzung soll in der Praxis der Urteilsberatung verwirklicht werden können. Die Bewahrung der persönlichen Unabhängigkeit ist daher von grosser Bedeutung. Dies ist keineswegs selbstverständlich.

Auch ein Kollegium von Richtern ist eine Gruppe von Personen. Diese Personengruppe erlebt die gleichen Situationen und Abläufe wie jede andere Gruppe von Personen¹⁷⁵. Der einzige Unterschied besteht in der wahlbedingten und damit zeitlich beschränkten Legitimation des Richterkollegiums, über Einzelfälle individuell-konkrete Entscheide (Urteile) zu fällen und damit den Meinungsstreit von Personen menschen-möglich rational und vorläufig zu beenden. Diese schlichte Entmythologisierung der Richter ist nicht als Respektlosigkeit aufzufassen, sondern als unverstellte Möglichkeit rationaler Kri-

174 Vorstehend FN 65-66 und FN 110.

175 Vorstehend FN 159.

tik. Die Frage der kollegialen Unabhängigkeit der Richter hat eine objektive und eine intersubjektive Seite. Der objektive Gesichtspunkt betrifft die mögliche Institutionalisierung der kollegialen Unabhängigkeit, der intersubjektive Gesichtspunkt das persönliche Ethos der Richter.

Der objektive Gesichtspunkt der kollegialen Unabhängigkeit wird gerichtsverfassungsrechtlich¹⁷⁶ durch die Regelung der abweichenden Meinung der Minderheit der Richter faktisch anerkannt. Dieser Regelung liegen zwei erkenntnistheoretische Einsichten zugrunde; einerseits die Einsicht in die Unabschliessbarkeit¹⁷⁷ und andererseits die Einsicht in die Perspektivität¹⁷⁸ der menschlichen Erkenntnis. Die Einrichtung des richterlichen Minderheitsvotums zeugt von einer hoch entwickelten Rechtskultur. Sie beschränkt die Kritik im Bereich des Rechts nicht bloss auf die im Meinungsstreit liegenden Personen. Vielmehr sichert sie die Möglichkeit einer anderen Meinung auch institutionell im Rahmen des Richterkollegiums. Auch diese mit den Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien übereinstimmende rechtsstaatliche Einrichtung trägt zu vermehrter menschen-möglicher Rationalität bei. Es ist indessen wieder nur eine Möglichkeit. Zur Verwirklichung sind die mit der Rechtsprechung beauftragten Personen aufgerufen.

Mit dieser Frage befasst sich der intersubjektive Gesichtspunkt der kollegialen Unabhängigkeit nach zwei Richtungen. Einerseits erfordert die Einrichtung des Minderheitsvotums die erkenntnistheoretische Einsicht der Richter in die Beschränktheit der persönlichen Meinung und in die Frag-Würde des Urteils¹⁷⁹. Unmittelbare Folge dieser Einsicht ist andererseits die Grundeinstellung der Toleranz, die eigenständiges Denken bewahrt, als bewusste Anerkennung des Daseins-Rechts anderer Standorte und Sichtweisen. Keiner Person, keinem Richter, kann dies immer gelingen¹⁸⁰.

176 Baudenbacher Carl, *Anmerkungen zum Minderheitsvotum des überstimmten Richters in der zürcherischen Gerichtsverfassung*, in: *SJZ* 79 (1983), 153-159; Lamprecht Rolf, *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur*, Baden-Baden 1992.

177 Vorstehend FN 41-42.

178 Vorstehend FN 54-68.

179 Vorstehend bereits FN 166-171.

180 Vorstehend FN 83; vgl. dazu sehr anschaulich, Rasehorn Theo, *Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt. Alternative Justizsoziologie*. Baden-Baden 1989.

III. Kritik und Verfahrensrecht

Das Gerichtsverfassungsrecht regelt die Organisation und das Verhalten der mit der Beurteilung von Einzelfällen befassten Personen. Das Verfahrensrecht regelt demgegenüber grundsätzlich das Verhalten der im Meinungsstreit stehenden Personen. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf das Zivilprozessrecht¹⁸¹. Sie gelten jedoch analog auch für das Straf-, Verwaltungs- und Verwaltungsgerichts-Verfahrensrecht. Die Betrachtung des Verfahrensrechts unter dem Gesichtspunkt der Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorie vermittelt dabei vertiefte Einsichten in die Rechte und Pflichten der an den Verfahren beteiligten Personen. Jede Rechts- oder Pflichtverletzung bildet dabei eine rationale Grundlage der Urteilskritik.

Die Einhaltung der Diskurs-Normen ist eine der Bedingungen zur Möglichkeit von rationalen Dialogen (Diskursen). Es zeigt sich, dass die juristische Praxis diese Diskurs-Normen¹⁸² zu einem grossen Teil verwirklicht hat. In diesem Sinne handelt es sich um eine nachträgliche diskursethische Begründung der Rechtsprechung¹⁸³.

1. Grundsätze des Verfahrensrechts

Die Grundsätze des Verfahrensrechts verwirklichen - institutionell abgesichert - die zur Wahrheitsfindung erforderlichen Diskursnormen; diese sind hier nochmals zu vergegenwärtigen:

(Diskurs-Norm 1.) Jede sprach- und handlungsfähige Person ist zur Teilnahme am Diskurs berechtigt.

(Diskurs-Norm 2.1.) Jede Person darf ihr Interesse und ihre Einstel-

181 *Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979; Habscheid Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2.A., Basel 1990; Knapp Blaise, La non-publication des décisions de justice, in: Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé, Zürich 1987, 5-26; Kopp Paul, Richtermaximen, in: Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Festgabe, Bern 1991, 217-223; Schupbach Henri, Jura novit curia, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, 1975, 509-529; Vogel Oscar, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3.A., Bern 1992; Walder Hans Ulrich, Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1983; Supplement, Zürich 1991.*

182 Vorstehend FN 121.

183 Vgl. dazu auch Jürgen Habermas, zit. FN 133, 11 oben.

lung im Diskurs geltend machen.

(Diskurs-Norm 2.2.) Jede Person darf jede Meinung in den Diskurs einführen.

(Diskurs-Norm 2.3.) Jede Person darf jede Meinung im Diskurs in Frage stellen.

(Diskurs-Norm 3.) Keine Person darf gehindert werden, ihre Rechte nach den Diskurs-Normen (1.) und (2.) wahrzunehmen, weder durch Zwang ausserhalb des Diskurses noch durch Zwang innerhalb des Diskurses.

Aus der Sicht der juristischen Praxis sind diese allgemeinen Diskurs-Normen indessen zu konkretisieren.

Die Diskurs-Norm (1.) ist im Verfahrensrecht einerseits durch die Normen der Prozess- und Parteifähigkeit¹⁸⁴ und andererseits durch die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung¹⁸⁵ verwirklicht. Ist eine Person mithin in Bezug auf ihre Verstandes-¹⁸⁶ oder hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Fähigkeiten und Möglichkeiten nicht in der Lage, den Meinungsstreit selber zu bestehen, erfüllt ihr Vertreter diese Aufgabe.

Die Diskurs-Norm (3.) wird durch die prozessuale Grundnorm konkretisiert. Für das Verhalten im Prozess ist das Prinzip von Treu und Glauben massgeblich. Alle am Prozess Beteiligten haben nach diesem Grundsatz zu handeln¹⁸⁷. Insbesondere sollen die Parteien zur Verfolgung ihrer Rechte nicht wissentlich ungerechte Prozesse führen und sich nur erlaubter Mittel bedienen. Dem Gericht gegenüber sind sie zur Wahrheit verpflichtet¹⁸⁸. Der Grundsatz von Treu und Glauben schliesst jeden Zwang in der Form von unerlaubten Mitteln aus. Die Frage nach dem Zwang von aussen, das heisst die Frage nach der Herrschaftsfreiheit des prozessualen Diskurses stellt sich bei der diskursethischen Begründung der Rechtsprechung nicht. Es handelt sich diesbezüglich um eine Frage des allgemeinen Staatsrechts beziehungsweise der Politologie¹⁸⁹. Die Frage nach dem Zwang innerhalb des prozessualen Diskurses ist in den Verfahrensrechten ebenfalls konkretisiert. Es ist die sogenannte sitzungspolizeiliche Kompetenz

184 Als Beispiel dient im folgenden die Zürcher Zivilprozessordnung; hier §§ 27-29 ZPOZH.

185 §§ 84-92 ZPOZH.

186 Vgl. § 28 ZPOZH.

187 § 50 Abs. 1 ZPOZH.

188 § 50 Abs. 2 ZPOZH.

189 Vorstehend FN 123.

des Richters. Sie unterbindet unerlaubte Mittel der im Meinungsstreit stehenden Personen. Die Personen des prozessualen Diskurses sind damit in ihrer Freiheit zur Äusserung von Meinungen geschützt. Das Gericht leitet das Verfahren. Es wacht darüber, dass die gesetzlichen Vorschriften und seine Anordnungen befolgt werden¹⁹⁰.

2. Behauptungen und Hauptverfahren

Die Diskurs-Normen (2.1.-2.3.) sind im Verfahrensrecht ebenfalls konkretisiert. Es ist das Recht, im Rahmen des prozessualen Diskurses Meinungen zu behaupten und Meinungen zu bestreiten. Es ist dabei Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen-Behauptungen des Meinungsstreites darzulegen¹⁹¹. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich zudem die richterliche Fragepflicht. Bleibt die Tatsachen-Behauptung einer im Meinungsstreit stehenden Person unklar, unvollständig¹⁹² oder unbestimmt, so ist ihr durch richterliche Befragung¹⁹³ Gelegenheit zur Behebung des Missverständnisses zu geben¹⁹⁴. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich des weiteren der Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁹⁵. Auch dieser Anspruch ist erkenntnistheoretisch begründet. Die Kommunikationsgemeinschaft ist die Grund-Voraussetzung des rationalen Dialoges¹⁹⁶. Im prozessualen Meinungsstreit erarbeiten sich die Parteien und das Gericht im Rahmen der bestehenden Gesetze eine gemeinsame Wirklichkeit¹⁹⁷. Da dies ohnehin nur teilweise möglich ist, erscheint die Kritik als unabdingbar. Es widerspricht daher krass der Fairness¹⁹⁸, wenn die im prozessualen Diskurs stehenden Personen vom Gericht ungleich behandelt werden. Die ungleiche Behandlung besteht darin, dass die Vorstellungen und das Denken¹⁹⁹ des Richters einseitig durch

190 § 52 ZPOZH.

191 § 54 Abs. 1 ZPOZH.

192 Vorstehend FN 38.

193 *Die Unvollständigkeit und Unklarheit ist nicht nur in der Behauptung der Prozesspartei angelegt, sondern auch im Vorverständnis des Richters, vorstehend vor FN 84.; vgl. zu den möglichen Missverständnissen FN 103-108.*

194 § 55 ZPOZH.

195 § 56 ZPOZH.

196 Vorstehend FN 95.

197 Vorstehend FN 11-12, FN 65-66 und daraus folgend FN 85.

198 Vorstehend FN 119.

die Perspektive²⁰⁰ einer Partei gebildet werden können. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist somit das letzte Glied in der Kette, um die faktische richterliche Unabhängigkeit bei seinem Urteil zu gewährleisten. Das wissen intuitiv auch die im Meinungsstreit stehenden Personen. Sie versuchen gelegentlich - ohne die Gegenpartei - mit dem Richter ins «Gespräch» zu kommen. Dies bedeutet eine grosse Gefahr²⁰¹. Die Gefahr wird durch strikten Schriftverkehr²⁰² und durch den Grundsatz gebannt, dass substantielle Gespräche ausschliesslich unter Anwesenheit aller Parteien geführt werden. Wird dieser mit der Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorie begründbare Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs vom Richter im Einzelfall missachtet, besteht Befangenheit und ist Ablehnung und Ausstand²⁰³ möglich. Von diesem Grundsatz kann dann abgewichen werden, wenn die Gegenpartei in getrennte Gespräche ausdrücklich einwilligt und anschliessend informiert wird. Eine solche Gesprächsführung ist indessen allemal fraglich. Diese Grundsätze gelten auch für die im Hauptverfahren jederzeit durchführbaren Referentenaudienzen und Vergleichsverhandlungen²⁰⁴.

Im Rahmen des Hauptverfahrens kommen in konkretisierender Weise ebenfalls die Diskurs-Normen (2.1.-2.3.) zur Anwendung. Es geht um die Behauptungslast und die Möglichkeit der Bestreitung. Im Hauptverfahren ist der Meinungsstreit darzulegen und der Antrag an den Richter zu begründen²⁰⁵. In der Hauptverhandlung hat der Antragsteller den ersten und dritten Vortrag und der Gegner den zweiten und vierten Vortrag²⁰⁶. Jene Partei, welche eine Meinung behauptet oder bestreitet, unterliegt auch einer substantiierenden

199 Vorstehend FN 15-17 und FN 31.

200 Vorstehend FN 61. Eine andere Frage ist die bewusste machtbefränkende Trennung der Perspektiven von Richter und Ankläger nach der EMRK.

201 Ein wahrer Auswuchs in diesem Punkt ist die abzulehnende 'Telefon-Justiz', womit über kanzleitechnische Mitteilungen hinaus das substantielle Gespräch gesucht wird. Richter und Anwälte haben hier eine grosse Verantwortung.

202 § 56 Abs. 2 ZPO; jederzeitige Akteneinsicht der Parteien.

203 Vorstehend FN 173.

204 §§ 62 und 118 ZPOZH; die Praxis des Zürcher Handelsgerichts verlangt aus diesem Grund stets die Anwesenheit der voll zeichnungsberechtigten Personen. Nur dadurch sind gleiche und damit konsensfähige Meinungen gesichert.

205 § 113 ZPOZH.

206 § 121 ZPOZH.

Begründungspflicht²⁰⁷. Die Begründungspflicht ist Voraussetzung des Beweisverfahrens. In der erkenntnistheoretischen Terminologie wird von allgemein überprüfbaren Aussagen²⁰⁸ und ihrer Verifikation²⁰⁹ gesprochen.

3. Beweis und Beweisverfahren

Mit der Frage der Verifikation im prozessualen Meinungsstreit befasst sich der Beweis und das Beweisverfahren. Das Beweisverfahren kann als Folge der erwähnten Diskurs-Normen im Rahmen der Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorie aufgefasst werden.

Das Beweisverfahren wird nach dem Hauptverfahren durchgeführt²¹⁰. Beweis wird erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Hat der Richter davon sichere Kenntnis, ist der Beweis nicht abzunehmen²¹¹. Ein solcher Verzicht ist dann nicht möglich, wenn die allgemeine Überprüfbarkeit nicht gegeben ist. Denn die Urteilskritik setzt die allgemeine Überprüfbarkeit der im Urteil enthaltenen Meinungen voraus. Andernfalls ist Urteilskritik und eine zweitinstanzliche Beurteilung rational nicht möglich.

Die Verifikation der im Meinungsstreit vorgebrachten Meinungen ist mit mehreren Beweismitteln möglich. Zur Verfügung steht die Parteibefragung²¹², der Zeugenbeweis²¹³, der Augenschein²¹⁴, die Expertise²¹⁵ und der Urkundenbeweis²¹⁶. Der im prozessualen Meinungsstreit zu erbringende Beweis umfasst damit alle erkenntnistheoretisch möglichen Verfahren. Möglich sind in der traditionellen Terminologie sowohl der naturwissenschaftliche als auch der geisteswissenschaftliche Beweis. Das erste ist die logisch-empirische, das zweite die intersubjektive Verifikation der Meinungen. Damit ist aber gleichzeitig

207 Vgl. dazu auch: Ott Edward E., *Dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe im Rechtsstreit*, in: SJZ 85 (1989), 293.

208 Vorstehend Text nach FN 8.

209 Vorstehend FN 10, vgl. aber zur Sprache: Vor und nach FN 100.

210 § 134 ZPOZH.

211 § 133 ZPOZH.

212 § 149 f. ZPOZH.

213 § 157 f. ZPOZH.

214 § 169 f. ZPOZH.

215 § 171 f. ZPOZH.

216 § 183 f. ZPOZH.

ausgesagt, dass nur ein menschen-möglicher Beweis erreichbar ist. Der vorliegende Versuch erlaubt nur einige wenige Hinweise.

Über die Frage der richterlichen Beweiswürdigung besteht eine reiche Rechtsprechung. Die erkenntniskritischen Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien liegen dabei auch der richterlichen Beweiswürdigung zugrunde. Die Beweiswürdigung hat die Verschiedenheit der möglichen Beweismittel differenziert zu beachten.

Rechtswissenschaft wird zur 'Universalwissenschaft'; sie hat beispielsweise im prozessualen Einzelfall jeweils die Experten der entsprechenden Wissenschaften heranzuziehen. Für die Beurteilung der verschiedenen Sachverhalte der Lebenswelt sind Architekten, Physiker, Chemiker, Biologen, Ärzte, Psychologen, Soziologen und Historiker sowie alle möglichen Zwischenstufen hilfsweise heranzuziehen. Wie bewältigt der Richter diese Arbeit? Aufgrund seiner demokratischen Legitimation ist er damit beauftragt. Er kann sich dieser Aufgabe nicht entledigen. Auch diese Aufgabe ist nur menschen-möglich erreichbar. Grundlage hierfür sind erneut die Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien und es scheint, dass auch hier die Diskursethik einen Beitrag zur Lösung des Problems leisten kann. Auch hier handelt es sich um eine nachträgliche diskursethische Begründung der juristischen Praxis. Das Problem der Würdigung einer Expertise wird gelöst einerseits durch die Mitwirkung der Parteien und andererseits durch die Überwachung des Informationsflusses durch den Richter. Die Mitwirkung der Parteien ist durch das rechtliche Gehör garantiert, indem sie unter Angabe sachlicher Gründe die Auswahl der Experten mitbestimmen können. Sachliche Gründe können sein: Befangenheit des Experten im Einzelfall analog jener des Richters oder mangelnde allgemeine Sachkompetenz. Die Überwachung des Informationsflusses durch den Richter wird dadurch erreicht, dass der Experte eine klare Ausgangslage mit Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt erhält und dass eine Beeinflussung des Experten verhindert wird. Die richterliche Würdigung einer Expertise bezieht sich vor allem auf die Einhaltung dieser diskursethischen Grundsätze. Der Experte hat grundsätzlich und ausschliesslich Daten²¹⁷ zu liefern. Die Überprüfung dieser Daten durch den Richter ist nur beschränkt²¹⁸ möglich. Die Schlüsse aus den Daten zieht der Richter unter Berücksichtigung der übrigen Beweise.

Ein weiteres Beweismittel ist der Zeugenbeweis. Bei der Würdi-

217 Vorstehend FN 39-40 sowie FN 99.

218 Vorstehend FN 11 sowie FN 25 und 55: Der Richter ist nicht Experte.

gung des Zeugenbeweises zeigt sich die umfassende Problematik der vorstehend dargelegten Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien. Bei der Würdigung von Zeugenaussagen ist die Kenntnis der möglichen Missverständnisse²¹⁹ und deren methodologische Aufdeckung²²⁰ notwendig. Entscheidend ist auch hier die Frage nach der Identität, des Standortes, der Perspektive, der Einstellung, der selektiven Wahrnehmung und der Wirklichkeit des Zeugen. Auch hier ist indessen nur menschen-mögliche Erkenntnis denkbar. Sie wird zudem im prozessualen Alltag durch die bemessene Zeit eingeschränkt. Die Urteilskritik ist auch aus diesem Grunde notwendig.

Schliesslich ist anzumerken, dass auch für die übrigen vorgenannten Beweismittel analoge Überlegungen unter Berücksichtigung der Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien angestellt werden können. Das gilt insbesondere für die Parteibefragung, das heisst die Einvernahme der im Meinungsstreit stehenden Personen sowie für den Urkundenbeweis.

4. Auslegung und Urteil

Nach Abschluss des Beweisverfahrens ist der Meinungsstreit spruchreif. Das Gericht fällt das Urteil. Es legt ihm den Sachverhalt zugrunde, wie er in diesem Zeitpunkt besteht²²¹. Das Urteil umfasst methodologisch²²² drei Schritte: Die Interpretation, die Qualifikation und die Subsumption. Interpretation und Qualifikation gehören zur Auslegung.

Die Interpretation ist die Auslegung des Sachverhaltes. Der Sach-

219 Vorstehend FN 103-109.

220 Vorstehend FN 139; vgl. dazu auch eindringlich: Bender/Röder/Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd.I, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, München 1981.*

221 § 188 Abs. 1 ZPOZH.

222 *Abravanel Philippe, Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire, in: SJZ 87 (1991), 165-170; Gutzwiller Max, Der juristische 'Fall', in: Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, 1975, 3-27.; Kuster Werner, Die gerichtliche Urteilsbegründung. Grundlagen und Methodik, Zürich 1980; Schubarth Martin, Wie entsteht ein Urteil? - Zur Realität der Urteilsfindung, in: recht 1992, 122; Zäch Roger, Bestimmtere und unbestimmtere Formulierung von Tatbestand und Rechtsfolge: Konsequenz für die Rechtsanwendung, in: Beiträge zur Methode des Rechts, Bern/ Stuttgart 1981, 271-277.*

verhalt²²³ ist das Arbeitsmaterial des Richters. Die Ermittlung des Sachverhaltes ist die Ausgangslage für den individuell-konkreten Entscheid (Urteil). Ermittelt wird der Sachverhalt durch das Haupt- und Beweisverfahren. Die Festlegung des Sachverhaltes ist dabei abhängig von der im prozessualen Meinungsstreit durch die Parteien und das Gericht erreichbaren Wirklichkeit²²⁴. Grundlegend kommt hinzu, dass der Sachverhalt aus der Perspektive der geltenden Gesetze ermittelt wird. Die Interpretation der Sachverhalte der Lebenswelt erfolgt perspektivisch aus dem Gesichtswinkel der generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen²²⁵. Die möglichen und gegebenen Sachverhalte der Lebenswelt werden damit nicht in ihrer Totalität²²⁶, sondern ausschliesslich aus der historisch gegebenen Perspektive²²⁷ und Reflexion²²⁸ des Gesetzgebers erfasst. Was von der Reflexion des Gesetzgebers nicht erfasst wird, das wird bei der Interpretation der Sachverhalte abstrahiert²²⁹. Dieser erkenntniskritische Umstand ist einer der Gründe dafür, dass die Personen des Meinungsstreites die Betrachtungsweise des Gesetzgebers im Einzelfall nicht immer verstehen²³⁰.

Die Qualifikation ist die Auslegung des Gesetzes. Die Qualifikation ist nicht Sache der im Meinungsstreit stehenden Parteien, sondern die Aufgabe des Gerichts. *Iura novit Curia*. Dieser Grundsatz ist Folge des demokratischen Rechtsstaats. Es ist die Garantie für die Verwirklichung der generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen, das heisst für die Geltung dieser Entscheide (Gesetze) im Einzelfall. Der im Einzelfall gegebene Sachverhalt der Lebenswelt ist gleichzeitig Ausgangspunkt für die Ermittlung der massgeblichen gesetzlichen Grundlagen. Interpretation und Qualifikation bilden als Einheit den kreativen Akt des Richters. Er ist abhängig von dessen Kenntnissen und Einsichten. Grundlage dafür sind Akten- und Gesetzeskenntnis sowie erkenntnistheoretische und methodologische Einsichten. Die Subsumption ist die Verbindung zwischen Interpretation

223 Vorstehend FN 99.

224 Vorstehend FN 197.

225 Vorstehend FN 126-132.

226 Vorstehend FN 37.

227 Vorstehend FN 54-63.

228 Vorstehend FN 64-66 und die dort zit. FN 106-109.

229 Vorstehend FN 30.

230 Vgl. dazu beispielsweise: Dürrenmatt Peter, *Die Entfremdung des Bürgers vom Recht*, in: ZBJV 112 (1976), 177-198.

und Qualifikation. Es ist ein Vorgang, der ausschliesslich in der logischen Ebene verläuft. Es ist das klassische Urteil. Der interpretierte Sachverhalt (Tatsachen-Kennntnis) wird unter den qualifizierten Gesetzestext, das heisst die zur Zeit geltende Hypothese des Gesetzgebers (Gesetzes-Kennntnis) subsumiert²³¹. Es ist der individuell-konkrete Entscheid des Gerichts.

Eine rationale Urteilsbegründung zwischen Interpretation, Qualifikation und Subsumption erfordert indessen neben den genannten Kenntnissen²³² auch Einsichten²³³ in die Lebenswelt und die Zeitgeschichte. Ohne solche Einsichten wird es schwierig, die im Meinungsstreit stehenden Personen im Einzelfall und die generell-abstrakten Entscheide der stimmberechtigten Personen zu verstehen.

5. Urteil und Rechtsmittel

Die Möglichkeit von Rechtsmitteln gegen das richterliche Urteil ergibt sich nur teilweise als Folge der Diskursethik. Unter den erkenntniskritischen Gesichtspunkten der Wahrheits- und Gerechtigkeits-Theorien ist zusätzlich der Umstand der Unabschliessbarkeit der Erkenntnisvorgänge beziehungsweise das Hypothetische²³⁴ der Urteile entscheidend.

Die Zulassung von Rechtsmitteln gegen das richterliche Urteil zeugt ebenfalls von einer hoch entwickelten Rechtskultur. Denn es ist das Eingeständnis der Vorläufigkeit und Fehlbarkeit des richterlichen Urteils als Einrichtung einer menschen-möglichen Rechtsordnung. Es ist die demokratisch-rechtsstaatliche Ermöglichung institutionalisierter Urteilskritik. Die Urteilskritik im Rechtsmittelverfahren beachtet zudem aufgrund der bestehenden gesetzlichen Grundlagen und der juristischen Praxis die Grundnormen der Diskursethik. Die vorstehenden Ausführungen betreffend die Kritik, und das Verfahrensrecht gelten daher für das Rechtsmittelverfahren analog.

Gesetzgebung und Rechtsprechung berücksichtigen indessen auch

231 Vorstehend Text zwischen FN 40-41 (analoger Vorgang).

232 Diese Kenntnisse werden im Kanton Zürich durch die Stiftung für juristische Weiterbildung stark gefördert.

233 Vgl. beispielsweise vorstehend FN 70-76, FN 85-92 und FN 126-132.

234 Vorstehend FN 41.

eine der Grundaussagen der gegenwärtigen Wissenschaftskritik. Das wissenschaftliche Denken in seinem fortschreitenden Erkennen ist unendlich, die lebenden Personen aber endlich²³⁵. Aus diesem Grund endet die Beurteilung der Meinungsstreite von Personen beim obersten Gericht, dem Schweizerischen Bundesgericht.

Enden die Meinungsstreite aber wirklich? Dies ist eine Frage der verwissenschaftlichten beziehungsweise hypothetischen Zivilisation. Und es ist gleichzeitig eine Frage nach den Grenzen der menschenmöglichen Rechtsordnung. Jenseits dieser Grenze steht die Lebenswelt der Personen mit ihrer Vielfalt möglicher Standorte²³⁶ und Perspektiven, die von der Rechtsordnung nicht²³⁷ erfasst und repräsentiert werden.

E. Urteilskritik

Die Meinungsstreite zwischen den Personen enden nicht wirklich. Sie enden nur vorläufig und rechtsförmlich durch Vollstreckung im Rahmen des demokratischen Rechtsstaats. Die Urteilskritik vollzieht sich nun nicht mehr innerhalb der menschenmöglichen Einrichtungen der Rechtsprechung, sondern in der demokratisch verfassten offenen Gesellschaft. Es ist die Rückkehr der Bürgergesellschaft²³⁸.

In der hypothetischen Zivilisation haben alle Personen ein

235 Vorstehend FN 52-53.

236 Vorstehend Peter Noll, FN 70.

237 Vgl. vorstehend FN 225-229. Anmerkung: Die aktuelle Diskussion der 'Verrechtlichung' unseres heutigen Alltags und der damit zusammenhängenden Rationalitätsgrenze der Gesetzgebung kann im Rahmen des vorliegenden Versuchs nicht weiter erörtert werden.

238 Vgl. dazu insbesondere: Gut Walter, *Zum Dualismus von Staat und Gesellschaft*, in ZSR 109 (1990) I, 17-40; Kleger Heinz, *Was heisst 'Zivilgesellschaft'?*, in WIDERSPRUCH 21/ 1991, 159-166; Kleger Heinz, *Die Rückkehr der Bürgergesellschaft*, in: WIDERSPRUCH 24/1992, 49-61; von Rechenberg Diether, *Die Fragwürdigkeit des richterlichen Urteils*, in: SJZ 83 (1987), 389-391; Wicki André A., *Die französische Justiz in der Krise*, in: SJZ 89 (1993), 27-29. Vgl. dazu auch: Forster Marc, *Die Bedeutung der Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis. Elemente einer allgemeinen Rezeptionstheorie unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis zur Verbrechenslehre, St.Gallen 1992, oder: Guignard Marcel, Die Gerichtsberichterstattung*, in: Festschrift 50 Jahre Aargauer Juristenverein, Aarau 1986, 49-74.

ursprünglich unpolitisches und lebensweltlich fragloses Daseins-Recht. Dieses Daseins-Recht wird in den europäischen Staaten durch die Europäische Menschenrechts-Konvention (EMRK) garantiert. Die EMRK wurde von der Europäischen Gemeinschaft, den EFTA-Staaten sowie von weiteren europäischen Staaten völkerrechtlich anerkannt. Durch die völkerrechtliche Anerkennung der Menschenrechte wird auch die «Erkenntnis freier Menschen» abgesichert²³⁹. Es gilt, diese Rechtskultur zu erhalten und weiter zu entwickeln. Sie ist stets bedroht.

Urteilsthese ist Urteilsthese.

Das ist keine Tautologie. Das richterliche Urteil ist abhängig von den raum-zeit-bedingten Meinungen beziehungsweise Vorurteilen (hypothetischen Aussagen). Es ist die Einsicht in die Frag-Würde des richterlichen Urteils. Die Urteilsthese vorzutragen ist Sache der am Meinungsstreit beteiligten Personen. Die Legitimation der Personen zur Urteilsthese ergibt sich dabei nicht nur aufgrund der ihnen von der staatlichen Rechtsordnung eingeräumten Rechte, sondern aufgrund des genannten, durch die EMRK abgesicherten ursprünglich unpolitischen und lebensweltlich fraglosen Daseins-Rechts. Es ist das natürliche Recht der Menschen als «Eingeborene» und die Unantastbarkeit der Menschenwürde. Es ist das Recht²⁴⁰ auf einen eigenen Standort und die eigene Perspektive, Ansicht und Meinung. Die natürliche, unverstellte Sichtweise des Kindes ist der Anfang einer perspektivischen Erkenntnistheorie, und es ist die Aufgabe der konsensualen Erkenntnistheorie, die Vielfalt möglicher Sichtweisen als Ursprung rationaler Kritik zu erhalten. Die Urteilsthese in diesem Sinne ist in zweifacher Hinsicht gegeben. In der Kritik der Gesetze, die durch das Urteil verwirklicht werden und in der Kritik des Urteils selbst. Es war das Ziel des vorliegenden Versuches, die Bedingungen und Möglichkeiten dieser Urteilsthese im Bereich des Rechts aufzuzeigen.

239 Vorstehend FN 74. Es sind viele Einzelfälle bis in die neueste Zeitgeschichte wie beispielsweise jener Giordano Brunos und dessen schreckliche Folter und Tod (1600), die zur Einsicht in die notwendige Anerkennung der allgemeinen Menschenrechte geführt haben, vgl. vorstehend FN 2.

240 Es fragt sich, ob dieses Recht heute nur naturrechtlich legitimiert ist, angesichts der Faktizität der EMRK.

GESCHLOSSENE GESELLSCHAFT?

MACHT UND OHNMACHT DER JUSTIZKRITIK

Ein plädoyer-Buch
herausgegeben von René Schuhmacher

©1993 bei den Autoren

Alle Rechte,
insbesondere das Recht
der Vervielfältigung und Verbreitung,
vorbehalten.

Umschlag: Ruedi Staub, 8132 Egg
Satz und Gestaltung: Layout 88 AG, 8008 Zürich
Druck: E. Löpfe-Benz AG, 9400 Rorschach
ISBN 3-907768-03-5
Auslieferung: Rio Verlag, Klosbachstr. 144, 8032 Zürich

INHALT

VORWORT	7
---------	---

Justizkritik durch die Medien – Anspruch und Realität

LAURE WYSS: Kluge und scharfe Kritik ist notwendig	19
VIKTOR RÜEGG: Wohlverhaltensklauseln für Journalisten?	31
ALEX BAUR: Warum die Justiz von der Presse nicht viel Kritik erwarten darf	39
HANSPETER THÜR: Auslese unter Ausschluss der Öffentlichkeit	57
PETER MEIER: Kriminalitätsdarstellung und Gerichtsberichterstattung	61

Das Spannungsfeld von Justiz und Presse – Die Sicht der Justiz

HANS WIPRÄCHTIGER: Kritikfähigkeit der Justiz – oder: Ein verbessertes Verhältnis zwischen Justiz und Medien	81
MARTIN SCHUBARTH: Realität und Funktion von Urteilskritik	97
MARCEL BERTSCHI: Gedanken zur Justizkritik. Annäherungsversuche	105
HANS BAUMGARTNER: Der kleine Mediavelli	115

In eigener Sache – Justizkritik als Selbstkritik

PETER ALBRECHT: Auf dem Weg zu einer Strafjustiz ohne öffentliche Kontrolle?	127
---	-----

MARC FORSTER: Rechtsfortbildung am Bundesgericht im Spannungsfeld von Kritik und Rezeption	137
LUDWIG A. MINELLI: Das Elend der Justiz	151
MARTIN KILLIAS: Richterauswahl nach «fachlichen» statt «politischen» Kriterien?	171
 Eine Folge fehlender Justizkritik: Der Ruf nach mehr Strafrecht	
HANSPETER USTER: Der Ruf der Öffentlichkeit nach mehr Strafrecht	177
 Eine Kritik der Justizkritik	
ALEXANDER BRUNNER: Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts	187
AUTORENVERZEICHNIS	245