

KOMMUNIKATIONSTHEORIE UND VERHANDLUNGSPRAXIS

ALEXANDER BRUNNER

Prof. em. Dr. iur., Oberrichter a. D. Handelsgericht Zürich,
ehemals nebenamtlicher Bundesrichter an der Ersten zivilrechtlichen
Abteilung, CEDR Accredited Mediator (London), Konsulent Swisslegal
Rechtsanwälte

Stichworte: Kommunikation, Willensäusserung, vorvertragliche Verhandlungen, Vertrag, Mediation

Vorvertragliche Verhandlungen sind sowohl in der eigenständigen Vertrags- als auch in der drittgestützten Mediationspraxis auf das Ziel einer Einigung zwischen Parteien gerichtet. Kommunikationstheorie ermöglicht für diese Verhandlungspraxis ein vertieftes Verständnis. Selbstverantwortung ist dabei eine Bedingung vertraglicher Selbstbestimmung.

I. Einführung, Zusammenhang und Problem- bestand

Kommunikation ist das Werkzeug der Juristinnen und Juristen.¹ Ohne Kommunikation ist Wissenschaft und Praxis des Rechts unvorstellbar. Mit ihren Grundlagen befasst sich die *juristische Methodenlehre*² mit der Auslegung von Texten und macht dabei mehr oder weniger Anleihen bei vielen anderen Wissenschaften, insbesondere bei der theoretischen und praktischen Philosophie. Jurisprudenz ist damit eingebettet im Zeitgeist der Wissenschaftstheorien, deren Problembestände jeweils nach allen Seiten völlig umstritten sind. Für die Rechtspraxis stellt sich dabei die Frage, welche der gerade aktuellen Theorien nicht bloss den Intellekt befriedigt, sondern vielmehr als Werkzeug für Juristen taugt. Das gilt insbesondere für eine Theorie der Kommunikation mit ihrer grundlegenden Bedeutung für die Vertragsverhandlungen und die Mediationspraxis.

Für eine Theorie der Kommunikation erscheinen damit vier aktuelle Positionen des *Postmodernismus* untauglich: Der *Nihilismus* (keine gemeinsame Vernunft möglich), der *Sophismus* (kein Erkennen möglich), der *Autismus* (kein Verstehen möglich) und der *Relativismus* (keine gemeinsamen Werte möglich)³. Auch in Kenntnis dieser – seit der Antike wohl bekannten – kritischen Einwände können Wissenschaft und Praxis des Rechts das Ziel nicht aufgeben, wonach es Menschen im Grunde möglich ist, sich gemeinsam zu verständigen. Nachfolgend sollen daher die Ecksteine benannt werden, die für eine Theorie der Kommunikation notwendig bleiben. Sie beruhen auf einem *kritischen Realismus* nach der Zeitenwende durch IMMANUEL KANT mit den seitherigen Differenzierungen.

II. Kommunikationstheorie in ihren Kontexten

1. Erkenntnistheorie

Zur Erkenntnistheorie finden sich unzählige Variationen, was bei der vorliegend kurzen Übersicht nicht vertieft werden kann.⁴ Vielmehr soll ins Bewusstsein geholt werden, was es bedeutet, etwas zu «wissen» und zu «erkennen». Ohne das Konstrukt der *Subjekt-Objekt-Relation* ist hier nichts zu machen, auch wenn bei der nachfolgenden Handlungs- und auch Systemtheorie eine Differenzierung zu erfolgen hat.

Erkenntnis des Subjekts («Wissen») ist das Zutreffen von Vorstellungen auf Gegenstände der Realität. Alle Erkenntnis, d. h., alle mit Bewusstsein auf ein Objekt bezogene Vorstellung ist entweder *Anschauung* oder *Begriff*. Die Anschauung ist eine einzelne Vorstellung («Fritz»), der Begriff eine allgemeine Vorstellung («Mensch»). Daher gilt: Erkenntnis durch Begriffe ist das *Denken*. Das Objekt als

-
- 1 Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit die Gendersprache nicht gebraucht; sie ist eine zeitgeistige Variante des Postmodernismus und übersieht die Drittwirkung der Grundrechte (insbesondere EMRK) erga omnes im Privatrecht.
 - 2 Für viele: ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 6. A., Bern 2019.
 - 3 Vgl. dazu die zusammenfassende Grundsatzkritik bei: F. S. MÜLLER/B. GOEBEL (Hrsg.), *Kritik der postmodernen Vernunft. Über Derrida, Foucault und andere zeitgenössische Denker*, Darmstadt 2007, 7 ff. (einleitende Übersicht).
 - 4 Die Beschränkung auf wenige Schlüsselwerke gilt vorliegend allgemein. Der Autor des Beitrags ergänzte das Studium nach der Rechtswissenschaft mit einem Postgraduate in politischer Philosophie.

«Ding an sich» zeigt sich nicht. Es zeigt sich nur in seinen Erscheinungen. Auch eine «*Person an sich*» zeigt sich nicht. Erkennbar sind nur die Erscheinungen von Personen und wie sie sich anderen Personen zeigen. Das ist für eine Theorie der Kommunikation von entscheidender Bedeutung.

Der kritische Realismus geht davon aus, dass alle Menschen die *gleiche Vernunft* besitzen. Es sind die fünf Sinne (*Empirie*) und der Verstand (*Logik*), was KANT «reine Vernunft» nennt. Damit sind Vorstellungen *verifizierbar* oder *falsifizierbar*⁵. Es ist die Möglichkeit des Beweisens von Meinungen. Ohne Beweis verharret Kommunikation im Streit um Worte und bleibt immer nur Machtspiel.

2. Sprachtheorie

Eine für die Kommunikation entscheidende Differenzierung der Erkenntnistheorie erfolgt durch die Sprachtheorie.⁶ Der durch das *empirisch-logische Kriterium* gefundene Begriff (als Abstrahierung von unendlich vielen Anschauungen) erhält in einer Kommunikationsgemeinschaft ein bestimmtes Wort zugeteilt (vgl. vorstehend: «Mensch»). Die erkenntnistheoretische Relation Subjekt-Objekt wird ergänzt durch die *Relation Subjekt-Intersubjektivität*. Damit wird (annähernd) eine Verständigung möglich, wobei die Wissenschaft anstelle von Worten der Umgangssprache für eine präzisere Kommunikation «Termini» gebraucht. *Termini* sind meist «treffende Worte», die in verschiedenen Subjekten dieselben Vorstellungen von Objekten hervorrufen sollen. Neben dem Erkennen wird auf diese Weise das *Verstehen* zwischen Menschen möglich.

Es sind demzufolge intersubjektive Konventionen über den Gebrauch von Worten, die Kommunikation in bestimmten Gruppen erst begründen. Solche Vereinbarungen über den Sprachgebrauch sind einzuhalten, denn die für andere Gruppenmitglieder erschließbare Bedeutung der gemeinsamen Worte und Zeichen ist ihr korrekter Gebrauch. Die gängige juristische Auslegungsformel einer «*korrekten und vernünftigen Vertragspartei*» ist damit (wohl unbewusst) sprachtheoretisch verankert. Das «vernünftige Element» ergibt sich aufgrund der entsprechenden Kontexte in Kommunikationen (System- und Diskurstheorie).

3. Spieltheorie

In der «Kritik der reinen Vernunft» der Erstauflage (1781/A) hatte KANT neben der Empirie (fünf Sinne) und der Logik (Verstand) noch das dritte Element der Vernunft genannt: die *Vorstellungskraft*. In der zweiten Auflage (1787/B) sah er davon ab und verwies sie in den Bereich der empirischen Psychologie (B876 und B152). Die *Vorstellungskraft* bewegt zwar die Logik der Forschung, sie ist aber anfällig für Fiktionen des Denkens ohne Realbezug (Imagination, Fantasie, Fake).

Das dritte Element der Vernunft, die *Relation Subjekt-Vorstellungskraft*, ist unverzichtbar und macht den Menschen zum Spieler.⁷ In seinen Spielen zeigt sich sein echtes Wesen und «welches Spiel gespielt wird». Die Vor-

stellungskraft ist die Fähigkeit des Subjekts, sich beliebige Vorstellungen (reale und irrealer «Objekte») einzubilden. Es ist auch die Grundlage des (höchst umstrittenen) «*freien Willens*», womit final in kausale Konnexen von Objekten (*Technik*) und finale Kontexte von Subjekten (*Strategie*) eingegriffen werden kann. Finalität (Zielsetzung) ist eine subjektive Kategorie, nur ein Subjekt kann Zwecke setzen (selbstbestimmter Wille) und damit Verantwortung übernehmen. Alles andere ist kausal bestimmte Natur.

Damit sind auch dem selbstbestimmten Willen (bei welchen Spielen auch immer) klare Grenzen gesetzt, was bedeutet, dass nur zutreffende Vorstellungen bei allen Beteiligten eine *echte Verständigung* gewährleisten, womit Gewalt und Drohung sowie Täuschung und Irreführung wegfallen. Das ist eine weitere Grundbedingung von Kommunikation.

4. Handlungstheorie

Eine Handlung⁸ ist die Folge eines Willensaktes im Bewusstsein des Subjekts (Finalität), womit das Ergebnis eines Gedankenspiels durch Körperbewegung realisiert wird (Kausalität). Ob ein Kundgabeakt als solcher für andere Personen (unbewusstes) Verhalten oder (bewusstes) Handeln einer Person ist, obliegt der Auslegung aufgrund aller massgebenden Umstände einer individuell-konkreten Situation und des systemischen Kontextes.

Das «reine Subjekt» der Erkenntnistheorie wird in der Handlungstheorie differenzierend zur *Person*. Der Terminus «Person» bezeichnet den Menschen als Träger aller vier Vermögen der Vernunft: *Sinne, Verstand, Vorstellungskraft und Gefühl*. Nicht nur die «reine Vernunft» (Empirie und Logik), sondern auch *Vorstellungskraft* (Fantasie und Kreativität) und *Gefühle* (Emotionen und affektive Intentionen) bilden zusammen den Grund für die Folge: «Handlung» (Finalität). Die Fähigkeit, durch Handlungen eigene Ursachen zu setzen und damit Wirkungen zu erzielen (Kausalität), ist eine Eigenschaft von Personen. Diese Eigenschaft wird als *Handlungsfähigkeit* bezeichnet, als Vermögen, durch Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

5 Für viele: NICOLAI HARTMANN, *Metaphysik der Erkenntnis*, 5. A., Berlin 1965; KARL R. POPPER, *Logik der Forschung*, 8. A., Tübingen 1984, insbesondere 66–71; HANS-JOHANN GLOCK, *Was ist analytische Philosophie?*, New York 2009.

6 Für viele: JÜRGEN HABERMAS, *Rationalitäts- und Sprachtheorie*, Frankfurt/M 2009; NOAM CHOMSKY, *New horizons in the study of language and mind*, Cambridge University Press 2000; W. KAMLAH/P. LORENZEN, *Logische Propädeutik oder Vorschule des vernünftigen Redens*, 2. A., Mannheim 1973.

7 Für viele: JOACHIM BEHNKE, *Entscheidungs- und Spieltheorie*, 2. A., Baden-Baden 2020; HARALD WIESE, *Kooperative Spieltheorie*, München 2005.

8 Für viele: MICHAEL QUANTE, *Philosophische Handlungstheorie*, Paderborn 2020; BERNHARD MIEBACH, *Soziologische Handlungstheorie. Eine Einführung*, 4. A., Wiesbaden 2014; THOMAS S. EBERLE, *Lebensweltanalyse und Handlungstheorie: Beiträge zur verstehenden Soziologie*, Konstanz 2000.

Personen entwickeln in ihren kulturellen Kontexten eine *individuell-konkrete Identität*. Persönliche «Ich-Identität» ist Forschungsgegenstand der Psychologie, der Soziologie, aber auch der Ethologie (bei unbewusstem und nonverbalem Verhalten). Durch Handlungen wird Kommunikation zum Ernstfall spielerischer Strategien der beteiligten Personen. Die Handlungstheorie sucht dabei das Verständnis von Personen aus jeweils *individueller Perspektive*, was aber aus gesellschaftlicher Perspektive normativ zu ergänzen ist.

5. Gerechtigkeitstheorie

Gerechtigkeit⁹ ist die Idee des Rechts. Es ist der ideale Begriff einer Vorstellung vom Massvollen mit der übergeordneten Perspektive der Gesellschaft und zeigt eine subjektive und eine objektive Seite.

Für das Subjekt und seinen Willensentscheid für Handlungen (*Maxime*) ist Gerechtigkeit das finale Kriterium der Fairness, das Rücksicht auf das Gemeininteresse nimmt und den Individualstandpunkt modifiziert. Im Spiel der Vorstellungskraft der Vernunft konkurriert die *Fairness* mit dem kausalen Kriterium der egoistischen *Strategie* im legitimen Lebenskampf (Existenzsicherung und Machterhalt durch Klugheit).

In objektiver Hinsicht, d. h., für das Zusammenleben in Gesellschaften und für das Überleben der Menschheit überhaupt ist die Vorstellung der Gerechtigkeit die Idee einer an das Recht gebundenen Rechtsordnung des Staates («*contrat social*»). Gerechtigkeit als Idee des Rechts ist ein Postulat der allgemeinen Vernunft. Es ist das wichtigste Kriterium der Gesetzgebungslehre.

Die Idee der Gerechtigkeit zeigt damit erstaunlicherweise auch das weitere, vierte Vermögen der Vernunft im Gefühl. Das Gefühl im Bewusstsein des Subjekts über «Gut» und «Böse» und das *Rechtsgefühl am Grund der Rechtsfindung* (in privaten Verhandlungen sowie Gesellschaft und Staat) ist eine Erscheinung, die wohl die Mehrheit der Menschen «wahr»-nimmt und die sie als «wirklich» erleben.¹⁰

6. Systemtheorie

Die – in Europa vielschichtig gewachsene – *offene Gesellschaft* und der durch ihre Wertvorstellungen entwickelte *demokratische Rechtsstaat* kann als sich selbst reproduzierendes Gesamtsystem¹¹ verstanden werden. Die Bedingung der Möglichkeit für den Erhalt dieses Systems ist das «Erleben» von Kommunikationssituationen zwischen Personen, die nicht mehr durch Revolution, sondern vielmehr durch stete Evolutionen normativen Zusammenhalt für die Gesellschaft schaffen.

Das ist ein «*Erleben*» und nicht bloss erkenntnistheoretisches Vorstellen, sprachliches Repräsentieren und individuelles Handeln. Ein solches gesellschaftliches System ist hochkomplex und entzieht sich nach der hier vertretenen Meinung einem adäquaten Erklären und Verstehen. Dieses kulturelle Phänomen ist vergleichbar mit dem natürlichen System der Biologie und seinen Strukturen der Reproduktion von Organismen. Das hat zu Recht Anlass

zur Kritik gegeben, wonach eine *umfassende Theorie sozialer Systeme* an ihrem hohen Anspruch scheitern muss.

Gleichwohl gibt die Systemtheorie für eine Kommunikationstheorie interessante Impulse. Sie fasziniert beim scheinbar unaufhebbaren *Phänomen der Inklusion und Exklusion* in der Gesamtgesellschaft und ihren Subkulturen. Das durch die Grundrechte bekräftigte Ziel einer Vollinklusion aller Menschen in das «System» einer offenen Gesellschaft kollidiert mit der Vielfalt von Exklusion, die ihre Ursache in den gewachsenen Identitäten von Personen und Gruppen hat. Es geht nach wie vor um *Status* und zunehmend auch um neue *Rollen* und *Funktionen*, die vor allem in Wirtschaft und Recht zu besonderen Typen von Kommunikation führen. Das Erleben und «*Leben einer Verhandlungspraxis*» muss dafür ein kritisches Bewusstsein entwickeln.

7. Diskurstheorie

Es ist die Diskurstheorie,¹² die hierfür angetreten ist. Für die Praxis von Verhandlungen versucht sie die Integration aller vorstehend diskutierten Ecksteine (I./II.) der gemeinsamen Vernunft aller Menschen. Es geht um die alte Frage nach der Wahrheit als Grundlage von Konsens in komplexen Systemen. Denn es ist wohl unwiderlegbar, dass vertragliche Einigung in den Spielarten von Verhandlungen nur durch Fakten und nicht durch Fiktionen legitimierbar ist.

Bedingung dafür sind die *Diskursregeln*. Diese werden heute gestützt auf die Menschen- und Grundrechte auch im Zivilprozess konkretisiert, womit die zentrale Frage der Asymmetrien von *Wissen und Macht* («herrschaftsfreier Diskurs und Konsens») in der Kommunikation berücksichtigt werden soll. Gerichtliche und aussergerichtliche Verhandlungen haben diese fundamentalen Prinzipien einer allgemeinen Theorie der Kommunikation zu befolgen.

⁹ Für viele: MATTHIAS MAHLMANN, *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, 5. A., Baden-Baden 2021; HEINRICH HONSELL, *Was ist Gerechtigkeit?*, Bern 2019; WOLFGANG E. MÜLLER, *Konzeptionen der Gerechtigkeit. Entwicklungen der Gerechtigkeitstheorie seit John Rawls*, Stuttgart 2014.

¹⁰ Vgl. dazu: JULIA HÄNNI, *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung*, Zürich 2010.

¹¹ KOLJA MÖLLER/JASMIN SIRI (Hrsg.), *Systemtheorie und Gesellschaftskritik. Perspektiven der Kritischen Systemtheorie*, Bielefeld 2016; MANFRED REHBINDER, *Rechtssoziologie*, 8. A., München 2014 (insbesondere S. 65 ff.); NIKLAS LUHMANN (hrsg. von D. BAECKER), *Einführung in die Systemtheorie*, 6. A., Heidelberg 2011; HELMUT WILLKE, *Systemtheorie*, 7. A., Stuttgart 2006; MIGUEL T. MORALES, *Systemtheorie, Diskurstheorie und das Recht der Transzendentalphilosophie: Kant, Luhmann, Habermas*, Würzburg 2002.

¹² DETLEF BREITENBAND, *Konsens – der Grund der Legitimität. Studie zu Kants und Habermas' Theorien der Legitimation des Rechts*, Wiesbaden 2019; BERTRAM LOMFELD, *Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte*, Tübingen 2015; JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 3. Druck, Frankfurt/M. 2006; ROBERT ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/M. 1995.

III. Kommunikationstheorie in der Verhandlungspraxis

1. Rechtsrahmen der Verhandlungspraxis zwischen Personen

Die vorstehend in einem kurzen Überblick skizzierte Kommunikationstheorie in ihren Kontexten findet ihre Rechtsgrundlage nicht nur im Völkerrecht der EMRK, sondern auch in der Schweizer Bundesverfassung. Die Kommunikation in der Verhandlungspraxis zwischen Privatpersonen soll im verfassungsrechtlich verankerten Normgefüge einen sicheren Rahmen finden, zu dem neben der *Drittwirkung der Grundrechte*¹³ auch die konkretisierende Gesetzgebung zählt (insbesondere ZGB, OR, KG, UWG usw.). Unter diesen Schutzschirm (vgl. Art. 7 ff. BV) fallen Menschenwürde, Rechtsgleichheit, Treu und Glauben, persönliche Freiheit, Meinungsfreiheit, Informationsfreiheit, Sprachenfreiheit, Wirtschaftsfreiheit und damit vor allem auch die Vertragsfreiheit.

Die damit vielschichtig abgesicherte Privatautonomie der Person hat indessen zwei Seiten. *Selbstbestimmung* ist nicht denkbar ohne *Selbstverantwortung*¹⁴. Das ist für eine Theorie der Kommunikation in der Verhandlungspraxis zu verdeutlichen. Der Idealtypus der vorstehend genannten «korrekten und vernünftigen Vertragspartei» spielt nicht nur eine Rolle bei der Auslegung (Erkennen durch Verstehen), vielmehr auch bei der Kundgabe von Willenserklärungen (Reden als Ausdruck des eigenen Denkens). Rhetorik und Hermeneutik bilden eine unaufhebbare Einheit.

2. Juristische Analyse der Willenserklärung einer Person

Das zweckreiche Spiel der Verhandlungspraxis entwickelt sich in einer Vielzahl von einzelnen Sprechakten und deren stetig konkreter werdenden Formen der Auslegung. Beide Seiten der Kommunikationssituation haben dabei die gleichen Pflichten im Hin und Her von Willenserklärungen, um das gemeinsam angestrebte Ziel von *Konsens* zu erreichen und ungewollten *Dissens* in der Vertrags- und Mediationspraxis zu vermeiden (IV.). Es sind je Anforderungen für beide Seiten zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung. Damit hat jede potenzielle Vertragspartei im Sinne der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung Anforderungen zu erfüllen, die *vorvertragliche Verhandlungen* (III. 4.–7.) stellen.

Die juristische Analyse¹⁵ der Willenserklärung einer Person erfasst drei Merkmale: erstens den *Geschäftswillen* (als Wille und als Geschäftsinhalt), zweitens den *Erklärungswillen* (als Spracherfassung und als Abgabewillen zur Erklärung) und drittens die *Kundgabe* (als Akt der gewollten «Äusserung»). Nur das dritte Merkmal ist für andere Personen wahrnehmbar.

3. Interdisziplinäre Analyse der Willenserklärung

Diese drei Merkmale des *Rechtsbegriffs einer Willenserklärung* können kommunikationstheoretisch durch Anforderungen an bei Seiten konkretisiert werden, die sich aufgrund der Selbstverantwortung ergeben.

Zum ersten Merkmal: Wille und Vorstellung einer Person sind ihr Gestaltungswille. *Vorstellungen* einer Person (a) werden durch die Prinzipien der Erkenntnistheorie (II.1.) bestimmt; sie müssen mithin auf reale Gegenstände zutreffen und damit die Gestaltung der Realität ermöglichen. Der Wille einer Person (b) als Selbstbestimmung und bewusste *Zwecksetzung* (Spieltheorie; II.3.) zielt auf eine beabsichtigte Handlung (Handlungstheorie; II.4.), die in Selbstverantwortung auf allgemeine Verträglichkeit zu überprüfen ist (Gerechtigkeitstheorie; II.5.).

Zum zweiten Merkmal: Sprache (franz.: «langage») und Sprechintention (franz.: «parole») einer Person sind ihr Mitteilungswille. Die *Sprache* einer Person (a) wird durch die Konventionen über die Bedeutung von Worten und Zeichen bestimmt (Sprachtheorie; II.2.), die Art und Weise der *Sprechintention* einer Person (b) in der vorvertraglichen Situation orientiert sich am Status sowie am funktionalen und rollenspezifischen Kontext «zulässigen Sprechens» (Systemtheorie; II.6.), was durch den Grad an Rationalität konkreter Verhandlungspraxis modifiziert wird (Diskurstheorie; II.7.).

Zum dritten Merkmal: Die Realisierung des Kundgabeaktes einer Person ist ihr eigenes (bewusstes) Handeln oder (unbewusstes) Verhalten. Beide Arten von Kundgabeakten sind sowohl *verbal* als auch *nonverbal* möglich (Handlungstheorie; II.4.). Damit offenbart sich das Ziel der Rhetorik und der kreisende Anfang der Hermeneutik.¹⁶

4. Mangelhafte Codierung einer Willensäußerung

Das Wahrnehmen der Selbstverantwortung in vorvertraglichen Verhandlungen ist zwingende Bedingung für einen späteren selbstbestimmten Vertragsabschluss. Eine mangelhafte «Codierung» der Willensäußerung verfehlt dieses Ziel. «Codierung» bezeichnet in diesem Zusammenhang keineswegs ein naives «Morsealphabet» für «Sender und Empfänger», vielmehr das *kritische Bewusstsein der Person* in der vielschichtigen Kommunikation (II.1.–7.), was uns daran erinnert, dass Gestaltungs- und Mitteilungswille als rein *geistige Denkkakte* im Verborgenen der Person bleiben und nur die «Äusserung» gegen aussen tritt (Handlungstheorie; II.4.).

Die mangelhafte «Codierung» der Willensäußerung ist dabei fünffach möglich. (a) Durch unzutreffende Vorstel-

13 JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018.

14 Auf dieses fundamentale Korrelat hat der ehemalige deutsche Bundeskanzler mahndend hingewiesen: HELMUT SCHMIDT, Auf der Suche nach einer öffentlichen Moral, 5. A., Stuttgart 1999. Darin findet sich auch der «Entwurf einer Allgemeinen Erklärung der Menschenpflichten» (a. a. O., S. 261–266), der unter anderem den kategorischen Imperativ (KANT) ausdifferenziert. In Art. 8 der Menschenpflichten steht das Postulat für die Maxime: «Jede Person hat die Pflicht, sich integer, ehrlich und fair zu verhalten.» Das ist das positivrechtliche Prinzip von Art. 2 ZGB.

15 Für viele: CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2014, Rz 169; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bern 2006, § 3 Rz 110–112; BK-MÜLLER, Art. 1 OR Rz 137.

16 HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode, 4. A., Tübingen 1975, insb. 16 ff.

lungen, (b) durch unververtretbare Zwecksetzung, (c) durch inkorrekten Sprachgebrauch, (d) durch unpassende Sprechintention und (e) durch unbedachtes Verhalten in der erlebten Umwelt der Beteiligten.

5. Mangelhafte Decodierung einer Willensäußerung

Unter der vorausgesetzten Bedingung mangelfreier «Codierung» einer Willensäußerung bzw. einwandfreier «Rhetorik» einer Person in vorvertraglichen Verhandlungen ist als Korrelat die mangelhafte Hermeneutik auf der Gegenseite zu untersuchen: Das Verstehen des Sprechaktes folgt dann nicht dem Idealtypus der «korrekten und vernünftigen Partei».

Auch diese mangelhafte «Decodierung» der Willensäußerung ist fünffach möglich, und zwar in umgekehrter Reihenfolge. (e) Das erlebte Verhalten wird ohne systemischen Kontext unbedacht eingeordnet, (d) es wird eine Sprechintention der anderen Partei vermutet und ein unrichtiger Schluss gezogen, (c) mitgeteilte Worte und Zeichen folgen einem inkorrekten Sprachgebrauch und -verständnis, (b) es werden Zwecksetzung und Absicht ohne vertretbare Gründe vermutet und (a) Vorstellungen entwickelt, die von der anderen Partei vernünftigerweise nicht gemeint sein konnten.

6. Dissens aufgrund mangelhafter Codierung und Decodierung

Mangelhafte Rhetorik (III. 4) und mangelhafte Hermeneutik (III. 5.) generieren in vorvertraglichen Verhandlungen Dissens im Sinne von *Missverständnissen*. Bereits eine schlichte «Kombinatorik» der je fünf Kriterien führt zu nicht weniger als 25 Grundtatbeständen von Missverstehen beim Reden und Zuhören. Werden mehrere Mängel auf beiden Seiten in Betracht gezogen, gehen die «Missverständnisse» in die Hunderten. Diese schlichte (mathematisch-logische) Feststellung im Rahmen der rein juristischen Analyse von vorvertraglichen Verhandlungen wird (davon völlig unabhängig) auch von Kommunikationstheoretikern geteilt.¹⁷

7. Konsens dank mangelfreier Codierung und Decodierung

Damit erscheint der Schluss vertretbar, dass «*Verständigung*» an und für sich eine Ausnahme von der Regel des

«Missverständnisses» ist. Gleichwohl mag das allgemeine Bewusstsein erstaunen, wonach wohl die Mehrheit der Personen davon ausgeht, in ihren systemischen Kontexten verständnisvoll aufgehoben zu sein. Die Diskurstheorie (II. 7.) zeigt denn auch auf, dass Kommunikation in Phasen verläuft, in denen im komplexen Hin und Her mangelhafte «Codierung und Decodierung» der Willenserklärungen ausgeräumt werden.

IV. Ausblick zur Vertrags- und Mediationspraxis

Das führt abschliessend zum Ausblick auf die Vertrags- und Mediationspraxis¹⁸ bei den *vorvertraglichen* Verhandlungen. Beide profitieren von Einsichten einer allgemeinen Kommunikationstheorie, auch wenn dies den Akteuren in beiden Bereichen nicht immer bewusst zu sein scheint. Vielleicht hilft dabei die *Abwandlung* einer Einsicht in KANT's Logik der Begriffsbildung; *Theorie ohne Praxis ist leer, Praxis ohne Theorie ist blind*.

Es ist daher zu begrüßen, dass der *Schweizer Anwaltsverband* ab 2022 vertiefende Kurse für die Ausbildung in Mediation organisiert.¹⁹

¹⁷ Für viele: PAUL WATZLAWICK, Die erfundene Wirklichkeit – Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben? München 1981.

¹⁸ Hinweise zur Vertragspraxis erfolgen in einer späteren Publikation. Zur Mediationspraxis: ALEXANDER BRUNNER, Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht, in: FS Isaak Meier, Zürich 2015, 69–87 (Verhandlungen in der hybriden Wirtschaftsmediation); DANIEL GIRSBERGER/JAMES T. PETER, Aussergerichtliche Konfliktlösung. Kommunikation – Konfliktmanagement – Verhandlung – Mediation – Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2019; U. VOGEL-ETIENNE/A. LAUTENBAUCH-KOCH, Von der Mediation zum Kooperativen Verhandeln, Zürich 2020; PETER VON INS, Schlichten statt Richten, unveröffentlichtes Referat vom 24. 6. 2021 an der Generalversammlung des Schweizer Verbandes der Richter in Handelssachen mit eingehenden Hinweisen zur Verhandlungspraxis in allen Bereichen der klassischen und hybriden Formen der Mediation.

¹⁹ Vgl. die Hinweise von BIRGIT SAMBETH GLASNER, Mediation ist an der Tagesordnung, AnwaltsRevue 2020, 437.

Anzeigen*

Adressen für Anwälte

SFC
SWISS FORENSIC
& COMPLIANCE

Asset Tracing
Due Diligence
Corporate Intelligence

Rue de la Grotte 6
1003 Lausanne
www.sfc.services

* Keine offizielle Empfehlung des SAV