

Die Schweizer Richterschaft vor dem Hintergrund wissenschaftstheoretischer Meinungen

ALEXANDER BRUNNER*

Die Juristische Methodenlehre ist bei der Urteilsfindung der Gerichte von entscheidender Bedeutung. Sie thematisiert neben den Elementen der Interpretation von Sachverhalten und Normen auch die Frage, welche subjektiven Bedingungen auf die Urteile einwirken. Die Hermeneutik bezeichnet dies als «Vorverständnis» einer Person, was trotz der Mehrdeutigkeit dieses Begriffs zur Doktrin geworden ist. Es stellt sich daher die Frage, was das hermeneutische «Vorverständnis» wirklich bedeutet, was im Kontext der Erkenntnistheorie und der Sprachtheorie abgeklärt wird. Diese Analyse erleichtert eine Folgenabschätzung für das Schweizer Demokratieverständnis, die Stellung der Richterschaft und ihren gesetzlichen Schlichtungsauftrag.

La méthodologie juridique est d'une importance cruciale dans la prise de décision des tribunaux. Outre les éléments de l'interprétation des faits et des normes, il aborde également la question de savoir quelles conditions subjectives affectent les jugements. L'herméneutique s'y réfère comme à la «pré-compréhension» d'une personne, qui est devenue une doctrine malgré l'ambiguïté de ce terme. La question se pose donc de savoir ce que signifie réellement la «pré-compréhension» herméneutique, ce qui est clarifié dans le contexte de l'épistémologie et de la théorie du langage. Cette analyse permet une analyse d'impact pour la compréhension de la démocratie par la Suisse, la position du pouvoir judiciaire et son mandat légal de conciliation.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung – Rechtstheorie und Rechtspraxis
- II. Problembestand der Wissenschaftstheorien
 - A. Recht und Rechtsordnung im Kontext der Wissenschaftstheorien
 - B. Uneinheitliche Denkrichtungen der Wissenschaftstheorien
 - C. Kritischer Rationalismus und analytische Philosophie
 - D. Kritischer Realismus zwischen Metaphysik und Wissenschaft
 - E. Existenzphilosophie und philosophische Hermeneutik
 - F. Ungelöstes Problem von Ursache und Grund kultureller Veränderungen
 - G. Hermeneutik zwischen Erkenntnis- und Sprachtheorie sowie Sozialpsychologie
- III. Systemtheoretische Konkretisierungen
 - A. Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat und Wissenschaftstheorie
 - B. Dritte Staatsgewalt und ihre Stabilitätsfunktion im Staats- und Rechtssystem
 - C. Dritte Staatsgewalt und Vorverständnis-Doktrin der Hermeneutik
- IV. Folgenabschätzung für die Schweizer Richterschaft
 - A. Vorverständnis-Doktrin – Folgenabschätzung zum Schweizer Demokratieverständnis
 - B. Vorverständnis-Doktrin – Folgenabschätzung zur Stellung der Richterschaft
 - C. Vorverständnis-Doktrin – Folgenabschätzung zum Schlichtungsauftrag der Gerichte
- V. Ausblick – Rechtsproblem der «künstlichen Intelligenz»

I. Einleitung – Rechtstheorie und Rechtspraxis

Es ist mir eine besondere Freude, einen Beitrag zur Ausgabe der AJP beizusteuern, die meinem Kollegen und Freund IVO SCHWANDER gewidmet ist. Uns verband bis zu seinem Tod 2024 lange Jahre intensive Zusammenarbeit sowohl in praktischer als auch in theoretischer Hinsicht. In praktischer Hinsicht war es die Zusammenarbeit für das Institut für Rechtspraxis (IRP) an der Universität St. Gallen und in theoretischer Hinsicht die gemeinsamen Interessen u.a. mit Bezug auf das internationale Privatrecht (IPR) und das Zivilprozessrecht (ZPR), das in der Praxis eine grosse Rolle spielt.

Zur Rechtspraxis: IVO SCHWANDER war einer der Nachfolger von HANS NAWIASKY, der das IRP an der Universität St. Gallen nach dem Zweiten Weltkrieg gegründet hatte. NAWIASKY war einer der Schüler von HANS KELSEN, dem Begründer des Rechtspositivismus im weiteren Umfeld der Wissenschaftstheorie des WIENER KREISES. Mit besonderem Elan widmete sich IVO SCHWANDER der Umsetzung der Rechtstheorie und organisierte viele differenzierende Seminare sowohl in St. Gallen als auch in Zürich, Luzern und weiteren Universitäten. In diesem Kontext war es mir ein besonderes Vergnügen, mit ihm stets aufs Neue *aus der richterlichen¹ Perspektive zu berichten und sie theo-*

* ALEXANDER BRUNNER, Prof. em. Dr. iur., Oberrichter Handelsgericht Zürich a.D.

¹ *Offenlegung:* Der Autor war im Kanton Zürich zwölf Jahre Bezirksrichter, 25 Jahre Oberrichter, insb. am Handelsgericht, und nebenamtlicher Bundesrichter an der Zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilung (öffentliches Wirtschaftsrecht) und an der Ersten zivilrechtlichen Abteilung (v.a. Obligationenrecht); er ist Ehrenpräsi-

retisch zu vertiefen – dem strategischen Konzept des IRP. Zürich kannte lange Zeit keine solche Institution der Weiterbildung; erst 1980 wurde beim Abschied des Obergerichtspräsidenten WILLY HOCHULI mit den geladenen Gästen die Idee einer analogen Stiftung für Zürich diskutiert. Der Autor war damals Gerichtsschreiber am Handelsgericht Zürich, zusammen mit PETER NOBEL und WALTER OTT, und hörte dem faktischen «Gründungsgespräch» zu zwischen WILLY HOCHULI, EMIL STARK (Universität Zürich), OSKAR VOGEL (Obergericht) und ERIC TEITLER (Anwaltschaft). Kurze Zeit später wurde die Stiftung Juristische Weiterbildung Zürich SJWZ gegründet (1983), die zehn Jahre später (1993) u.a. auch der Gründung des Vereins Europa Institut Zürich EIZ Pate stand mit WALTER R. SCHLUEP (als erster Präsident) und DANIEL THÜRER, ROLF H. WEBER und ROGER ZÄCH (als EIZ-Direktoren). Im Rahmen von IRP, SJWZ und EIZ war IVO SCHWANDER stets mit der Vermittlung zwischen Theorie und Praxis bemüht und unsere Kontakte waren bereichernd.

Zur Rechtslehre: Eine Verständigung ergab sich vor allem durch unsere Vorlieben für das Kollisionsrecht (IPR und IZPR) aufgrund seiner Dissertation zur «*Loi d'application immédiate*» (UNIFR) und meiner zu den «*AGB im IPR*» (UZH) sowie aufgrund vieler Jahre der gemeinsamen Arbeit an der Universität St. Gallen. In diesem Kontext war die Zusammenarbeit für den DIKE-ZPO, der nun in Drittauflage 2025 erscheinen konnte, ein folgerichtiger Schluss.² Als IVO SCHWANDER mit seinem DIKE-Verlag die *Aktuelle Juristische Praxis AJP* 1992 (St. Gallen/Zürich) ins Leben rief, war ich im ersten Jahrgang mit zwei Beiträgen³ zum Konsumrecht und zum Handelsrecht mit von der Partie und bald lange Jahre Mit-Redaktor im Wirtschaftsrecht. Der Anfrage des heutigen Redaktors ARNOLD F. RUSCH für einen Beitrag zum Andenken an IVO SCHWANDER habe ich gerne Folge geleistet.

Rechtslehre und Rechtspraxis: Beide Bereiche sind aufeinander angewiesen und förmlich ineinander verzahnt und beide sind ohne die andere Seite undenkbar. Dies gilt vor allem für die Arbeit der Richterschaft, die sich bei Vorlage der Streitlagen der Parteien zum Urteilspruch an Gesetz, Rechtsprechung und Lehre orientiert

(Art. 1 ZGB). Seit über 40 Jahren als Richter auf allen Ebenen des Schweizer Justiz-Systems unterwegs, war die Verbindung zwischen Theorie und Praxis ein dauerhafter Leitgedanke für mich; entscheidend waren in diesem Kontext auch die Prägungen während des dreijährigen Postgraduate-Studiums in politischer Philosophie bei HERRMANN LÜBBE, DANIEL FREI und RUDOLF WALTER MEYER an der Universität Zürich. Noch im Studium der Rechtswissenschaft von der unwiderlegten Wahrheit und Realität der beschriebenen Institutionen im Schweizerischen Bundesstaatsrecht⁴ überzeugt, zeigten die Vorlesungen des Philosophen LÜBBE und des Politologen FREI (Mitgründer des Schweizer Instituts für Auslandforschung SIAF) die «reale Mechanik der Macht» in gesellschaftlichen Systemen und der Kantianer MEYER verwies auf den Kontext und die Verwurzelung der Moderne mit ihrem Credo der Aufklärung von Wissenschaft und Freiheit in einer Tradition von 2500 Jahren europäischen Denkens. Dieses Denken hat mich auch als Richter nach meiner Volkswahl und durch das Parlament begleitet, an Verhandlungen mit den Streitparteien zu friedlichen Lösungen motiviert oder – im resilienten Streitfall – in der offenen Beratung im Kollegium getragen als dialoggesicherte Grundlage des Urteils.

Der Fokus: Aus einer Vielzahl von Verbindungen zwischen Theorie und Praxis soll hier kurz die Frage diskutiert werden, wie wissenschaftstheoretische Meinungen sich in der Praxis der Gerichte auswirken, womit auch die Verantwortung der (Rechts-)Wissenschaft mitgedacht werden muss für den Erhalt einer offenen Gesellschaft. Zuerst wird auf den *Problembestand* der Wissenschaftstheorien eingegangen, dann *systemtheoretische* Konkretisierungen vorgenommen und schliesslich eine *Folgenabschätzung* für die Schweizer Richterschaft versucht. Der Fokus liegt dabei auf Hinweisen zur Erkenntnistheorie und Sprachtheorie, die für die Richterschaft – meist im Common Sense implizit angewandt – eine immense Bedeutung haben und nicht zuletzt in der sogenannten *Vorverständnis-Doktrin* kumulieren. Hier ist im Interesse des Schweizer Staats- und Rechtsverständnisses in Ergänzung zur neusten Publikation der Juristischen Methodenlehre⁵ eine Wort- und Begriffsklärung vorzunehmen. Ein *Ausblick* beschliesst den Aufsatz mit einem Hinweis auf das Rechtsproblem der «Künstlichen Intelligenz», die in diesen Kontext der Sozialpsychologie und Wissenssoziologie eingeordnet werden kann. Gesamthaft geht es um

dent des Schweizer Verbandes der Richter in Handelssachen und vom Bundesrat bis 2027 gewählter Richter der Eidg. Schiedskommission ESchK, des Fachgerichts des Bundes für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

² ALEXANDER BRUNNER/IVO SCHWANDER†/MORITZ VISCHER (Hrsg.), ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2025, V ff. (Geleitwort).

³ ALEXANDER BRUNNER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, AJP 1992, 591–605; DERS., Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP 1992, 806–820.

⁴ FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (1969 Nachdruck).

⁵ ERNST A. KRAMER/RUTH ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. A., Bern/München/Wien 2024, 373 ff.

die kritisch reflektierte Stellung der Richterschaft⁶ und ihre tägliche Praxis bei der Feststellung von Sachverhalten, der Auslegung der Gesetze und in den (durch Recht abgesicherten) *herrschaftsfreien Dialogen* mit den Streitparteien.⁷ Auf die Gender-Sprache wird verzichtet und den Ideologen überlassen.⁸

II. Problembestand der Wissenschaftstheorien

A. Recht und Rechtsordnung im Kontext der Wissenschaftstheorien

Die Theoriebildung in der wissenschaftlich-technischen Kultur ist nicht nur für die tägliche Lebenspraxis von vitaler Bedeutung, sondern auch für die Begründung einer Rechtsordnung (Staatsverfassung als Grundgesetz) und für die Begründung, Setzung und Durchsetzung von Recht als für alle verbindliche Verhaltensnormen. Wissen und Macht sind Zwillinge, die sich seit jeher um den Vorrang streiten, und ihre überschüssenden, aber unaufheb- baren Ansprüche lassen sich nur durch ihr Teilen (Wissen) und durch ihre Teilung (Macht) begrenzen, mithin Recht als Machtbegrenzung und Recht als Gewährleistung der Teilnahme in machtbegrenzten Verfahren. Es geht bei der Gesetzgebung um die Suche nach richtigem Recht und bei der Rechtsanwendung um dessen richtige Verwirklichung. Beides wird durch Theorien begleitet, die im Rahmen einer Folgenabschätzung zeigen sollten, was sie in der Praxis zu leisten imstande sind.

Damit stellt sich auch die Frage nach der Richtigkeit bei der Setzung von Recht und nach der Wahrheit bei der Anwendung von Recht. Die Ermittlung der *Wahrheit* ist in beiden Verfahren entgegen postmodernen Meinungen keineswegs obsolet geworden. Denn in der realen Welt, mit der die Richterschaft zu tun hat, geht es stets um individuell-konkrete Sachverhalte. «Wahrheit» «gibt» «es» nur in den lebensweltlichen Fällen und nicht generell-abstrakt. Richtiges Recht der Gesetze als generell-abstrakte Normen bewähren sich aber als Potenz ihrer Realisierung in den individuell-konkreten Fällen, seien es Sachverhalte kausaler Abläufe (Funktion von Technik oder Unfälle) oder als Sachverhalte finalen Verhaltens (insb. Verträge). In beiden Bereichen der Kausalität und Finalität haben Wissenschaftstheorien eine relevante Bedeutung für den Beweis von Sachverhalten durch (natur-)wissenschaftliche Methoden (hypothetische «Objektivität») und andererseits für die Interpretation von staatlichen Normen (Gesetzen) und von privaten Normen (Verträgen) durch (kultur-)wissenschaftliche Methoden («Intersubjektivität» der Hermeneutik).

Nachfolgend sollen drei Theorien referiert werden, die für die praktische Arbeit der Richterschaft eine Rolle spielen. Interessant ist dabei die Hermeneutik zwischen Erkenntnis- und Sprachtheorie und ihre Einordnung. Dabei zeigt sich ein sehr uneinheitliches Bild und es lässt sich sagen, dass in den verschiedenen Denkrichtungen untereinander, aber auch innerhalb nahezu alles umstritten bleibt. Dies ist indessen kein Nachteil. Es zeigt vielmehr ein stetes Ringen um Wahrheit und jede Perspektive trifft einen Teil des Ganzen. Nicht umstritten ist aber die Möglichkeit der Rechtsfindung in den individuell-konkreten Sachverhalten, die mit den Methoden der Wissenschaftstheorien erschlossen werden. Ein besonderes Gewicht wird dabei auf die Hermeneutik gelegt und ihre Vorverständnis-Doktrin, die ins Zentrum des menschlichen Denkens vordringt. Die Mehrdeutigkeit dieses Wortes («Vorverständnis») wird daher ein besonderes Gewicht haben und soll einer Klarstellung zugeführt werden. Der Grund dafür liegt in den Konsequenzen dieser Mehrdeutigkeit für die Stellung und die Arbeit der Schweizer Richterschaft, was eine Folgenabschätzung zeigen wird. Ziel ist eine Infragestellung und Problematisierung des Vorverständnisses, das trotz gewichtigen Gegenargumenten teilweise zur Doktrin geworden ist.

⁶ Vgl. WALTER R. SCHLUEP, Einführung in das Thema des Symposiums zu Ehren von Arthur Meier-Hayoz am 17. Juni 1992 an der Universität Zürich, Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, in: Symposium Arthur Meier-Hayoz, ZSR Beiheft 1993, 9–20; ROGER ZÄCH, Recht und Sprache, Symposium Arthur Meier-Hayoz, ZSR Beiheft 1993, 45–53; schon zuvor DERS., Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 1977 I, 313–343.

⁷ ALEXANDER BRUNNER, Erkenntnistheoretische Grundlagen der Kritik im Bereich des Rechts, in: René Schumacher (Hrsg.), Geschlossene Gesellschaft? Macht und Ohnmacht der Justizkritik, Zürich 1993, 187 ff., insb. 218 ff. (diskursethische Begründung der Rechtsprechung) mit Hinweis auf JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992, 292–348 (VI. Kapitel: Justiz und Gesetzgebung).

⁸ MANFRED REHBINDER, Abhandlungen zur Rechtssoziologie, 2. A., Berlin 2025, 5; ALEXANDER BRUNNER, Freiheit, persönliche Identität und Gender-Mainstreaming, in: Alexander Brunner/Hans Giger/Stefan Heimgartner/Martin Lendi/Lydia Saxer Waser/Gerhard Schwarz/Hugo Tschirky/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Freiheit und Zwang – ein Spannungsfeld, Basel 2021, 127 ff., 142.

B. Uneinheitliche Denkrichtungen der Wissenschaftstheorien

Die Wissenschaftstheorien in einem weiten Sinn verstanden verschaffen mit ihren einsichtigen Begründungen die geistigen Grundlagen (auch) für eine menschengerechte Rechtskultur in der Praxis. Wie alle Erscheinungen der Kultur sind aber auch die Theorien, die von Menschen vorgetragen und getragen werden, einem steten Wandel begriffen. Hier sollen – nach einem bedenkenswerten Diktum SCHOPENHAUERS – drei Richtungen aufgezeigt werden, die für die Setzung und Durchsetzung von Recht von grosser Bedeutung sind. Er stellt fest,⁹ «[...]», dass wir den wissenschaftlichen, literarischen und artistischen Zeitgeist ungefähr alle 30 Jahre deklarierten Bankrott machen sehn. In solcher Zeit nämlich haben alsdann die jedesmaligen Irrtümer sich so gesteigert, dass sie unter der Last ihrer Absurdität zusammenstürzen, und zugleich hat die Opposition sich an ihnen gestärkt. Nun also schlägt es um: oft aber folgt jetzt ein Irrtum in entgegengesetzter Richtung.» Trotz dieser schönen Ironie wollen wir – der Praxis wegen – gleichwohl ernsthaft-kritisch fortfahren.

In neuerer Zeit lassen sich grob drei grundlegende Stränge des Denkens ausmachen: erstens der *Positivismus*, der aus dem Wiener Kreis hervorgegangen ist, wozu auch als angelsächsischer Nachfolger die analytische Philosophie hinzugerechnet werden kann, und als kritischer Rationalismus firmiert (KARL POPPER-Schule); zweitens die Metaphysik der Erkenntnis, die als *kritischer Realismus* bezeichnet werden kann (NICOLAI HARTMANN-Schule); und drittens die Fundamental-Ontologie mit der Analyse der menschlichen Existenz und personalen Identität in der *Existenzphilosophie* (MARTIN HEIDEGGER-Schule) und als ebenfalls kontinentaler Nachfolger die *philosophische Hermeneutik* (HANS-GEORG GADAMER als Heidegger-Schüler). In allen drei Schulen sind Verwerfungen und Entwicklungen der jeweiligen Denker festzustellen, die gesamthaft zeigen, wie uneinheitlich die Denkrichtungen der Wissenschaftstheorien (in weitestem Sinn begriffen) die gegebenen Problemlagen einordnen. Zu diesen drei Grundpositionen wird zum Verständnis eine knappe Auswahl von wissenschaftstheoretischen Meinungen aufgeführt, die auch Konsequenzen für Recht und Rechtsordnung zeitigen.

C. Kritischer Rationalismus und analytische Philosophie

Der kritische Rationalismus geht in der Erkenntnistheorie¹⁰ davon aus, dass die vielfältig vertretenen Meinungen durch das empirisch-logische Wahrheitskriterium *falsifiziert* werden können, womit eine hypothetische Wahrheit bzw. vorläufige Wahrscheinlichkeit für das menschliche Denken über Sachverhalte erreicht wird, und damit für Handlungen in der Realität geeignet und angepasst sind. Oder wie der Karl-Popper-Schüler HANS ALBERT formuliert:¹¹ «Eines der wichtigsten Probleme des philosophischen und des wissenschaftlichen Denkens kommt in den folgenden Formulierungen zum Ausdruck: Wie lassen sich unsere Auffassungen begründen? Wie lässt sich nachweisen, dass sie gültig sind? Wie kann man Gewissheit darüber erlangen, ob oder dass sie wahr sind?» Im Kontext von *Politik und Recht* hält er zudem unmissverständlich fest:¹² «Es kann, wie wir gesehen haben, kaum Zweifel [...] geben, dass die menschliche Erkenntnis auch von sozialen Bedingungen abhängt, und dass eine realistische Erkenntnislehre daher diese Bedingungen nicht vernachlässigen darf. Die moderne Wissenschaft ist in dieser Beziehung keineswegs eine Ausnahme. Und die Kritik an einer Art der Analyse, die in der Praxis zur Politisierung des wissenschaftlichen Denkens unter Gesichtspunkten gesellschaftlicher Relevanz führen muss, darf nicht die Einsicht verdrängen, dass auch die Wissenschaft als sozialer Bereich unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten analysiert werden kann. Wenn die Steuerung des Erkenntnisgeschehens ein soziologisches und unter der Voraussetzung bestimmter Zielsetzungen auch ein sozialtechnologisches Problem ist, so ist die adäquate Ordnung dieses Geschehens eine Frage der Politik, und zwar vor allem ein Verfassungsproblem.» Und gegenüber dem postmodernen Impetus der Beliebigkeit mit der Relativierung der europäischen Aufklärung mahnt er an:¹³ «Die für die Gesellschaft unentbehrlichen Leistungen der Forschung sind in jahrhundertalter Traditionen verwurzelt, deren Schwächung auf lange Sicht ausserordentlich gefährliche Konsequenzen haben würde. Die sozial verankerten Wertorientierungen der wissenschaftlichen

⁹ ARTHUR SCHOPENHAUER, *Parerga und Paralipomena*. Kleine Philosophische Schriften. Zweiter Band, Zürich 1999.

¹⁰ KARL R. POPPER, *Logik der Forschung*, 11. A., Tübingen 2005; HANS ALBERT, *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, Tübingen 1987; HANS-JOHANN GLOCK, *Was ist analytische Philosophie?*, New York 2009.

¹¹ HANS ALBERT, *Kritizismus und Naturalismus*, in: Hans Lenk (Hrsg.), *Neue Aspekte der Wissenschaftstheorie*, Braunschweig 1971, 111–128.

¹² HANS ALBERT, *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, Tübingen 1987, 171.

¹³ ALBERT (FN 12), 172 f.

Erkenntnispraxis, die mit ihnen verbundene Disziplinierung des Problemlösungs-Verhaltens in diesem Bereich, seine gleichzeitig konstruktive und kritische Ausrichtung auf der Basis regulativer Ideen, die eine möglichst umfassende und tiefe Erkenntnis wirklicher Zusammenhänge als wünschenswert erscheinen lassen, sind Tatbestände, die sich nicht mehr ohne weiteres auf dem Verordnungswege ins Leben rufen lassen, wenn man sie einmal durch entsprechende Eingriffe zum Verschwinden gebracht hat. Die Wissenschaft ist also für die moderne Industriegesellschaft ein Politikum ersten Ranges.» Diese Aussagen treffen auch auf das Recht und die Rechtsordnung zu und es ist ihnen nichts mehr beizufügen.

Allerdings fragen Vertreter der mit dem kritischen Rationalismus verwandten und wirkungsgeschichtlich ebenso erfolgreichen *analytischen Philosophie*, wie das Problem eines mit reiner Logik erschliessbaren wirklichen Wissens lösbar sein kann. PETER BIERI und HANS JULIUS SCHNEIDER fragen sich gemeinsam,¹⁴ was von der analytischen Philosophie bestehen bleiben wird, und denken über ein kreatives Rückkommen zur Jahrtausend alten, aber kritisch erneuerten *Metaphysik* nach, die sich an den Dingen abarbeiten muss, die eben nicht im reinen Denken vorzufinden sind. Auch dem Jahrhundert-Denker JÜRGEN HABERMAS entfielen in diesem Kontext nachdenkliche Worte zur analytischen Philosophie und zu ihren postmodernen Varianten:¹⁵ «[...] die Geschichte der Philosophie wird sich [...] darstellen als das schwerverständliche Treiben der sogenannten Philosophen – eines merkwürdigen und glücklicherweise ausgestorbenen Stammes.» Ebenso nachdenklich ist der Popper-Schüler PAUL FEYERABEND in seinem letzten Lebenswerk geworden, wenn er entwaffnend sagt:¹⁶ «Einer der Gründe, weshalb ich WM schrieb [Anm.: Wider den Methodenzwang], war der, dass ich die Menschen von der Tyrannei philosophischer Obskuranten und abstrakter Begriffe wie <Wahrheit>, <Realität> oder

<Objektivität> befreien wollte. Diese Begriffe engen den Horizont der Menschen und die Möglichkeiten des Daseins ein. Als ich jedoch meine eigenen Meinungen und Überzeugungen zu Papier brachte, unterlief mir leider der Fehler, dass ich ähnlich starre Begriffe einführte, wie <Demokratie>, <Tradition> oder <relative Wahrheit>. Jetzt, da ich es bemerke, frage ich mich, wie das passieren konnte. Wenn man seine eigenen Ideen erklären will, gerät man unter den Zwang, eine <systematische Darstellung> zu liefern, [...] Ich rate dringend allen Autoren, die ihren Mitmenschen etwas mitteilen wollen, sich nicht mit Philosophie zu beschäftigen, und wenn sie es schon tun, sich nicht von Obskuranten wie DERRIDA einschüchtern und beeinflussen zu lassen, sondern stattdessen SCHOPENHAUER oder KANTS volkstümliche Schriften zu lesen.»

Angesichts dieser Volten der Wissenschaftstheorie des kritischen Rationalismus und der analytischen Philosophie lohnt es sich auch heute noch, zur bewährten *Sprachtheorie* des wissenschaftlichen Wortgebrauchs, der «Vorschule des vernünftigen Redens»,¹⁷ zu greifen, die Impulse von GOTTLIEB FREGE, LUDWIG WITTGENSTEIN und des WIENER KREISES aufnimmt mit der notwendigen Verbindung zur Erkenntnistheorie. Die Wirkungsgeschichte der Popper-Schule mit ihrem Wahrheitskriterium der *Falsifikation* von Meinungen wird dabei bestehen bleiben. Für die Arbeit der Richterschaft bleibt sie von unverminderter Aktualität im Beweisrecht.

D. Kritischer Realismus zwischen Metaphysik und Wissenschaft

Die Wissenschaftstheorie des kritischen Realismus geht schon lange den Weg einer Berücksichtigung der Metaphysik mit der nur heuristisch begriffenen Subjekt-Objekt-Relation, die als Hintergrund der komplexen Problemlagen für das sozialpsychologische Phänomen der «Person» in ihrer Lebenswelt zu verstehen ist. Im Gegensatz zum kritischen Rationalismus ist das Schwergewicht *nicht* in erster Linie die Falsifikation von Meinungen, sondern die menschenmögliche und damit stets hypothetisch bleibende *Verifikation*¹⁸ von Meinungen. Sie ist wirkungsgeschichtlich eine Folge der Erkenntnistheorie KANTS und seiner Nachfolger. KANT geht davon aus, dass alle Men-

¹⁴ PETER BIERI, Was bleibt von der analytischen Philosophie?, DZPhil, Berlin 55 (2007) 3, 333–344; HANS JULIUS SCHNEIDER, Was von der analytischen Philosophie bleiben sollte. Ein Votum zu Peter Bieri, DZPhil, Berlin 56 (2008) 4, 615–620.

¹⁵ Mündliches Votum von JÜRGEN HABERMAS am Hegel-Kongress 1981 nach dessen unveröffentlichtem Manuskript: «Die Philosophie als Platzhalter und Interpret», zit. in: DIRK KOPPELBERG, Bericht – Ende oder Wende der analytischen Philosophie und Wissenschaftstheorie? – Einige Bemerkungen zum Hegel-Kongress 1981 «Kant oder Hegel? Über Formen der Begründung in der Philosophie», Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie XII/2 (1981), 364 ff., 392 f. Fn. 97.

¹⁶ PAUL FEYERABEND, Zeitverschwendung, Frankfurt a.M. 1995, 246, u.a. mit der Kritik an einer Sprachtheorie (Anm.: JACQUES DERRIDA, Grammatologie, Frankfurt a.M. 1983), die ohne Erkenntnistheorie auszukommen glaubt.

¹⁷ WILHELM KAMLAH/PAUL LORENZEN, Logische Propädeutik oder Vorschule des vernünftigen Redens, 3. A., Mannheim 1996 (Anm.: Analyse der Verbindung zwischen den Konventionen der Sprache und den Kategorien der Logik als Voraussetzung des Verstehens).

¹⁸ Vgl. dazu das nach wie vor lesenswerte Grundlagenwerk des kritischen Realismus: NICOLAI HARTMANN, Metaphysik der Erkenntnis, 5. A., Berlin 1965.

schen die gleiche Vernunft besitzen. Es sind die fünf Sinne (Empirie) und der Verstand (Logik), was KANT «reine Vernunft» nennt. Damit sind Vorstellungen und die damit verbundenen Aussagen mit dem *empirisch-logischen Wahrheitskriterium* verifizierbar. Es ist die wissenschaftliche Methode für das Beweisen von Behauptungen, was auch einen wichtigen Teil der Gerichtspraxis darstellt.

Ein wenig beachteter Ausläufer des *Wiener Kreises* und des *kritischen Rationalismus*, BELA JUHOS, hat schon vor vielen Jahren darauf aufmerksam gemacht, dass entgegen der Auffassung der Popper-Schule zwischen *Verifikation und Falsifikation* von Meinungen und Behauptungen eine methodologische *Symmetrie* besteht. Er hat sich schon früh gegen eine Dogmatisierung der blossen Falsifikation gewandt. Er fasst seinen Beitrag für diese Einsicht¹⁹ wie folgt zusammen: «Die irrigen Voraussetzungen [...] der «asymmetrischen Falsifikationstheorie» Poppers werden aufgezeigt. Die methodologische Symmetrie von Verifikation und Falsifikation wird durch den Hinweis auf die gleichermaßen unerlässliche Bedeutung der induktiven Schritte (wie extrapolierende Induktion, semantische Deutung und Umdeutung formaler Ausdrücke) und des kontrollierenden Aufsuchens von Unverträglichkeiten für den wissenschaftlichen Fortschritt begründet.»

Auch die Komplexität der Person in ihrem Denken und ihre Relevanz für die Diskussion eines «Vorverständnisses» beim Prüfen und Beweisen von Behauptungen thematisiert der kritische Realismus. NICOLAI HARTMANN sagt:²⁰ «[...] leerlaufende Urteile ohne Erkenntnischarakter [...] sind «Vorurteile». Aber ist nicht das, was der Mensch seine «Erkenntnis» nennt, voll von Vorurteilen? Und wahrlich *nicht der logische «Urteils»-Charakter* ist es, auf den es hier ankommt. Meinungen, Vermutungen, Dafürhalten aller Art steht hier in Frage. Es gibt gemeinsame Irrtümer, Täuschungen, denen der Mensch generell unterliegt. Niemand wird sagen, dass sie zur «Erkenntnis» zu rechnen seien; sie sind gerade die Lücken der Erkenntnis. Aber sie sind generell, typologisch, d.h. sie sind *intersubjektiv* [...].» Das Problem eines «Vorverständnisses» beim Erkenntnisvorgang ist im Übrigen nicht erst durch GADAMER zur Diskussion gestellt worden, es ist vielmehr bereits im kritischen Realismus angelegt. Dazu gehört auch das heuristische Konzept der *Ausschnittthaftigkeit jeden Denkens* im Subjekt, womit so weit wie möglich Standort- und Perspektiven-Bedingtheiten der Person überwunden werden sollen beim Beweis von Behauptungen.

HARTMANN führt in seinem Standardwerk zum Problem des geistigen Seins aus:²¹ «Die Entdeckung der *intersubjektiven Gemeinsamkeit* fällt nahezu mit der Entdeckung des geistigen Seins zusammen. HERAKLIT spottet über die Verblendung «der Vielen», die da meinen, sie hätten jeder seine «Privatvernunft» (idea phronesis), während der «Logos» in Wahrheit einer ist und gemeinsam. Der Gedanke der Einheit der Vernunft geht seitdem ununterbrochen durch die Mannigfaltigkeit der philosophischen Theorien, immer neue Phänomene führen zu ihm zurück. Dass es eine *sachliche Basis der Verständigung* (homologia) in der Meinungsverschiedenheit gibt, war die Entdeckung des SOKRATES; [...] nicht «wir» denken, sondern «es» denkt in uns; [...]» Das leitet über zur nächsten Wissenschaftstheorie, zur Hermeneutik mit den Bedingungen der Möglichkeit von Verstehen.

E. Existenzphilosophie und philosophische Hermeneutik

Die Hermeneutik ist eine sehr alte Disziplin. Allgemein wird davon ausgegangen, dass ARISTOTELES mit seiner *Lehre vom Satz*²² den Grundstein dafür gelegt hat. Es lohnt sich noch heute, diesen alten Text zu lesen. Die Lehre vom Satz geht von einer Triade aus: Ding – Begriff – Wort. Dieses Dreieck (vgl. Diagramm auf S. 747) umfasst eine unabdingbare Voraussetzung für das Denken; eine Vernachlässigung eines dieser drei Elemente und ihrer drei Beziehungen zueinander führt nach der hier vertretenen Meinung immer wieder zu nicht auflösbaren Widersprüchen in den Wissenschaftstheorien mit ihren Übertreibungen. Denn Wahrnehmen (Ding), Erkennen (Begriff) und Verstehen (Wort) verbinden in ihrer Triade

²¹ NICOLAI HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins. Untersuchungen zur Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geisteswissenschaften*, 2. A., Berlin 1949, 182; zum Denken der Person bloss in perspektivischen Ausschnitten aus der Lebenswelt, 99; und im «Gesetz der Tradition», 214 ff., das an die Konzeption Poppers erinnert («Welt drei»). Vgl. dazu WOLFGANG LUDWIG SCHNEIDER, *Objektives Verstehen; Rekonstruktion eines Paradigmas; Gadamer, Popper, Toulmin, Luhmann*, Opladen 1991, 64 ff.: zu Poppers Drei-Welten-Lehre mit dem Denken der Person in der «Welt drei», der Tradition; und 196: zu Gadamers Begriff der Wirkungsgeschichte sowie Poppers Konzeptualisierung der Evolution von Erkenntnis.

²² ARISTOTELES, *Lehre vom Satz – Peri hermeneias*, in: *Philosophische Schriften in sechs Bänden*, übersetzt von Eugen Rolfes, Hamburg 1995, Band 1, *Organon II*, 1–27. Vgl. MEINRAD BÖHL/REINHARD WOLFGANG/PETER WALTER (Hrsg.), *Hermeneutik. Die Geschichte der abendländischen Textauslegung von der Antike bis zur Gegenwart*, Wien/Köln/Weimar 2013; Überblick über zwölf vertretene Theorien der Methodenlehre, insb. zur Theorie des Vorverständnisses (unter Hinweis auf JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Königstein im Taunus 1970).

¹⁹ BELA JUHOS, *Die methodologische Symmetrie von Verifikation und Falsifikation*, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 1 (1970), 41–70, Einleitung 41.

²⁰ HARTMANN (FN 18), 476. Hervorhebung nicht im Original.

die Methoden der Erkenntnistheorie («Objektivität»), der Logik («Urteile» des «Subjekts») und der Sprachtheorie (konventionelle «Intersubjektivität»).

Einen neuen Grundstein für das Erkennen und Verstehen hat MARTIN HEIDEGGER gelegt mit seiner Fundamental-Ontologie der Existenzphilosophie.²³ Dies soll hier deshalb kurz referiert werden, weil HANS-GEORG GADAMER schwergewichtig darauf aufbaut. Nach HEIDEGGER vollzieht sich das Denken der Person nicht wirklich autonom, sondern in der Illusion der persönlichen Existenz, deren «Identität» eigentlich das «Man» ist. Er sagt:²⁴ «Das Man ist überall dabei, doch so, dass es sich auch schon immer davongeschlichen hat, wo das Dasein auf Entscheidung drängt. Weil das Man jedoch alles Urteilen und Entscheiden vorgibt, nimmt es dem jeweiligen Dasein die Verantwortlichkeit ab. Das Man kann es sich gleichsam leisten, dass «man» sich ständig auf es beruft. Es kann am leichtesten alles verantworten, weil keiner es ist, der für etwas einzustehen braucht. Das Man «war» es immer und doch kann gesagt werden, «keiner» ist es gewesen. In der Alltäglichkeit des Daseins wird das meiste durch das, von dem wir sagen müssen, keiner war es.»

Von der Existenzphilosophie zur philosophischen Hermeneutik war es in der Folge ein kurzer Weg. GADAMER doktorierte zwar bei NICOLAI HARTMANN, wechselte aber schliesslich zum damals schon populären HEIDEGGER. Aus dem «Man» der Existenzphilosophie (HEIDEGGER) wird das «Vorverständnis» der Hermeneutik²⁵ (GADAMER), das wie dargelegt im «Vorurteil» des kritischen Realismus (HARTMANN) ebenso – und wissenschaftstheoretisch klarer – thematisiert wird, da das «Vorurteil» in eine Erkenntnistheorie²⁶ eingebettet ist. Aus Sicht der juristischen Methodenlehre eher problematisch erscheint auch die folgende Aussage GADAMERS:²⁷ «Es bedarf einer grundsätzli-

chen Rehabilitierung des Begriffes des Vorurteils und einer Anerkennung dessen, dass es legitime Vorurteile gibt, wenn man der endlich-geschichtlichen Seinsweise des Menschen gerecht werden will. Damit wird die für eine wahrhaft geschichtliche Hermeneutik zentrale Frage, ihre erkenntnistheoretische Grundfrage, formulierbar: Worin soll die Legitimität von Vorurteilen ihren Grund finden? Was unterscheidet legitime Vorurteile von all den unzähligen Vorurteilen, deren Überwindung das unbestreitbare Anliegen der kritischen Vernunft ist? Wir nähern uns dieser Frage, indem wir die oben dargestellte Lehre von den Vorurteilen, die die Aufklärung in kritischer Absicht entwickelt hat, nunmehr ins Positive wenden. Was zunächst die Einteilung der Vorurteile in solche der Autorität und der Übereilung betrifft, so liegt dieser Einteilung offenbar die Grundvoraussetzung der Aufklärung zugrunde, der zufolge ein methodisch disziplinierter Gebrauch der Vernunft vor jeglichem Irrtum zu bewahren vermag.» Und noch pointierter:²⁸ «Es kann jedoch kein Zweifel sein, dass die wirkliche Konsequenz der Aufklärung eine andere ist: die *Unterwerfung aller Autorität unter die Vernunft.*»

Die Rehabilitierung des Vorurteils erscheint jedoch als fragwürdig, wenn diese zulasten der Errungenschaften der Erkenntnistheorie und der Sprachtheorie erfolgt und die Hermeneutik GADAMERS mit «Vorverständnis» und «Vorurteil» Worte gebraucht, die nach vielen Richtungen hin mehrdeutig sind. Damit besteht nach der hier vertretenen Meinung die Gefahr einer restaurativen Gegenaufklärung. Über die Bewertung der Autorität²⁹ als solche kennen wir eine authentische Interpretation Gadammers, die diesen Befund bestätigt. Ein Rückgriff auf «Autorität» ergibt nur Sinn, wenn sie Gegenstand kritischer Soziologie, Psychologie und Sozialpsychologie wird (vgl. Diagramm auf S. 747).

Hinzu kommen frühe Kritiker, die sowohl HEIDEGGER³⁰ als auch GADAMER und ihr Denken grundsätzlich in Frage stellen, und es mag erstaunen, dass diese Stimmen in

²³ MARTIN HEIDEGGER, Was ist Metaphysik?, Antrittsvorlesung 1929, 16. A., Frankfurt a.M. 2007; DERS., Sein und Zeit, 19. A., Tübingen 2006; zur Entwicklung der Existenzphilosophie und zu Heideggers Auseinandersetzung mit Kant: CHRISTIAN BÄRTSCHI, Die deutsche metaphysische Kantinterpretation der 1920er Jahre, Zürich 2004, 182 ff.

²⁴ MARTIN HEIDEGGER, Sein und Zeit, 19. A., Tübingen 2006, 127.

²⁵ HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode, 7. A., Tübingen 2010; vgl. auch: WOLFGANG LUDWIG SCHNEIDER, Objektives Verstehen; Rekonstruktion eines Paradigmas; Gadamer, Popper, Toulmin, Luhmann, Opladen 1991, 36 f.: zu Gadammers Anschluss an Heidegger.

²⁶ Vgl. dazu auch den Hinweis von KRAMER/ARNET (FN 5), 382 f.: «Das Problem der «Wahrheit» («Richtigkeit») einer juristischen Interpretation lässt sich letztlich *nur auf Grund einer Stellungnahme zum erkenntnistheoretischen Wahrheitsproblem* klären, worauf hier nicht näher eingegangen werden kann» (Hervorhebung nicht im Original).

²⁷ GADAMER (FN 25), 281 (Hervorhebung nicht im Original).

²⁸ GADAMER (FN 25), 282 (Hervorhebung nicht im Original). Vgl. jedoch zu dieser zentralen Frage der Moderne: ROGER ZACH, Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, ZSR 1977 I, 313–343, insb. 320: «[...] der Versuch Gadammers, den durch die Aufklärung abgewerteten Begriff des «Vorurteils» zu rehabilitieren, ist nicht gelungen.»

²⁹ HANS-GEORG GADAMER, Hermeneutik und Autorität – eine Bilanz, in: Ralph Kray/K. Ludwig Pfeiffer/Thomas Studer (Hrsg.), Autorität, Spektren harter Kommunikation, Opladen 1992, 205–210.

³⁰ RUDOLF CARNAP, Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache, in: Rudolf Carnap, Erkenntnis (1930–1938), Vol. 2 (1931), 219–241, der als Vertreter des Wiener Kreises den Wortgebrauch (bspw.: «Das Nichts selbst nichtet» [in: Heidegger, Was ist Metaphysik?, 1929]) und die Sinnlosigkeit einer solchen Metaphysik

letzter Zeit wenig beachtet worden sind. Es ist auf ERIC DONALD HIRSCH zu verweisen, der die Hermeneutik von «Wahrheit und Methode» unmittelbar nach Erscheinen wegen des zentralen Worts «Vorverständnis» als mehrdeutig³¹ kritisiert hat. Er sagt:³² Vorverständnis bedeute letztlich «[...] nicht mehr und nicht weniger als die Lehre von der *logischen Priorität der Hypothese*». Und:³³ «Diese Identität von [...] Vorverständnis und Hypothese deutet darauf hin, dass die vielzitierte Kluft zwischen der Denkweise von *Natur- und Geisteswissenschaften* nicht existiert. In beiden gilt, wie bei jeder Denkweise, die zu Erkenntnissen führen soll, das *hypothetisch-deduktive Verfahren*.»

Wenig später sekundiert HANS ALBERT dies mit guten Argumenten. Es lohnt sich, diese Kritik nochmals zu lesen; er schreibt:³⁴ «Demgegenüber bedeute, so meint Gadamer, «Heideggers Beschreibung und existenziale Begründung des hermeneutischen Zirkels [...] eine entscheidende Wendung». Heidegger beschreibe diesen Zirkel nämlich so, «*dass das Verständnis des Textes von der vorgehenden Bewegung des Vorverständnisses dauerhaft bestimmt*» bleibe. Er sei dann «nicht formaler Natur, [...] weder subjektiv noch objektiv», sondern beschreibe «das Verstehen als ein Ineinanderspiel der Bewegung der Überlieferung und der Bewegung des Interpretieren». Die «Antizipation von Sinn, die unser Verständnis des Textes leitet», sei «nicht eine Handlung der Subjektivität, sondern bestimmte sich aus der Gemeinsamkeit, die uns mit der Überlieferung verbinde(t)». Diese Gemeinsamkeit ist aber, wie er meint, «nicht einfach eine Voraussetzung, unter der wir schon immer stehen, sondern wir erstellen sie selbst, sofern wir verstehen, am Überlieferungsgeschehen teilhaben und es dadurch selber weiter bestimmen». Es handele sich, so meint er schliesslich, nicht um einen methodischen Zirkel, sondern um «ein ontologisches

Strukturmoment des Verstehens». – Es fällt schwer, die Vorzüge dieser Umschreibung der Struktur des Verstehens zu erkennen. Auch die Verfechter einer Kunstlehre des Verstehens brauchen ja nicht zu bestreiten, dass die Deutungshypothesen, um die es ihnen geht, zumindest teilweise aus der Überlieferung gewonnen werden und dass die Interpretieren «am Überlieferungsgeschehen teilhaben». Dennoch kann man ihre «Antizipation von Sinn» als subjektive Aktivität auffassen, als Teil ihrer Erkenntnispraxis. *Im Übrigen dürfte es der Lösung von Deutungsproblemen kaum dienlich sein, an einem bestimmten «Vorverständnis», um jeden Preis festzuhalten, sich also «dauerhaft» von ihm «bestimmen» zu lassen.* Eine adäquate Deutungspraxis muss *auch die Möglichkeit der Korrektur des Vorverständnisses ins Auge fassen, das am Beginn des Deutungsversuchs wirksam war.* Diese Kritik zeigt auf, dass es sich bei einer kritiklosen Übernahme der «Vorverständnis-Doktrin» zu fragwürdigen Fehlschlüssen in der juristischen Methodenlehre kommen kann. In der Rechtswirklichkeit der Gerichtspraxis werden Vorurteile in den vielfältigen Stadien der Verfahren einer Prüfung in Form von Hypothesen unterzogen und erkenntnistheoretisch verifiziert oder falsifiziert. Für eine Verabschiedung oder Relativierung der Aufklärung besteht kein Anlass. Denn schon KANT³⁵ hat das faktische Verhältnis der Urteilskraft des einzelnen Subjekts (Person) zur Übermacht der Intersubjektivität der menschlichen Gemeinschaft auf den Punkt gebracht wie folgt: Die «[...] Maximen des gemeinen Menschenverstandes [...] sind folgende: Erstens Selbstdenken; zweitens an der Stelle jedes andern denken; drittens jederzeit mit sich selbst einstimmig denken». Eine Person, die nach der zweiten Maxime vorgeht, mithin «an der Stelle jedes andern» denkt, diese Person denkt nicht selbst, sondern bloss wie die intersubjektive menschliche Gemeinschaft sich die Dinge vorstellt, was im heutigen Sprachgebrauch als Ideologie bezeichnet wird. Die individuell-konkrete Identität der Person³⁶ ist in diesem

kritisiert. Vgl. auch: AUGUST SEIFFERT, Ernüchterung um das Nichts, Zeitschrift für Philosophische Forschung 1950, 528–546.

³¹ ERIC DONALD HIRSCH, Prinzipien der Interpretation, München 1972, dt. Ausgabe von *Validity in Interpretation* (Yale 1967), 314 ff. (Vorurteil und Vorverständnis). Ebenso: KRAMER/ARNET (FN 5), 373 ff.; ALEXANDER SCHMITT GLAESER, Vorverständnis als Methode, Berlin 2004, 269 (insb. zu Josef Esser) mit dem Hinweis, dass für die Gerichtspraxis eben auch ein solides Rechtsstudium als «Vorverständnis» gilt. Allerdings kann dann auch eine «h.L.» ein Vorurteil sein, was aber allseits perspektivisch in Dialogen problematisiert wird.

³² HIRSCH (FN 31), 317 (Hervorhebung nicht im Original).

³³ HIRSCH (FN 31), 320 (Hervorhebung nicht im Original).

³⁴ HANS ALBERT, Kritik der reinen Hermeneutik, Tübingen 1994, 51 ff. (Hervorhebungen nicht im Original); vgl. auch 263 ff. (Anhang zu Heidegger). Sodann: HANS ALBERT, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, Baden-Baden 1993.

³⁵ IMMANUEL KANT, Kritik der Urteilskraft, Berlin 1790, § 40. Hervorhebungen nicht im Original.

³⁶ BRUNNER (FN 8), 138, unter Hinweis auf CHRISTIAN HAUSER, Selbstbewusstsein und personale Identität, Positionen und Aporien ihrer vorkantischen Geschichte. Locke, Leibniz, Hume und Tetens, Stuttgart 1994, mit Zitaten von DAVID HUME: «The identity, which I ascribe to myself, is only a fictitious one.» Und: «Identity is merely a quality, which I attribute to my different perceptions, because of the union of their ideas in the imagination, when I reflect upon them.» Das ist dann die Feststellung in der Kritik reinen Vernunft von KANT, bei dem die verschiedenen Wahrnehmungen («different perceptions») in Form von Vorstellungen der Einbildungskraft («ideas in the imagination») in der Einheit des Bewusstseins reflektiert werden. Zur grundsätzlichen Illusion einer echten und genuinen persönlichen Identität als individuelle Selbstschöpfung hält HUME

Kontext eine Illusion der vielfältigen Vorurteile intersubjektiver menschlicher Gemeinschaft (vgl. Diagramm auf S. 747: Sozialpsychologie). Aufklärung dagegen ist nach Kant der Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit, deren Befreiung nur durch die erste Maxime der Urteilskraft möglich wird, das *vorurteilfreie eigene Denken der niemals passiven Vernunft*, d.h. der aktiven Vernunft des menschlichen Verstandes mit dem Gebrauch der eigenen Sinne und der allgemeinen Logik (vgl. Diagramm auf S. 747: Erkenntnistheorie).

Im vorliegenden Kontext ist nun klarzustellen: GADAMER «rehabilitiert» die Tradition, d.h. das tradierte Wissen, und meint, die tradierten Vorstellungen, das tradierte Wissen, sei(en) auch wahr. Diese Aussage ist zutreffend und unzutreffend zugleich und damit mehrdeutig und unvollständig. Damit aber ist das «Vorverständnis», diese zentrale Perspektive der Hermeneutik zwischen Erkenntnis- und Sprachtheorie, klarzustellen: Konservatives (= bewahrtes) Wissen der Tradition (vgl. Diagramm auf S. 747: Intersubjektivität³⁷) ist dann wahr, wenn es im Sinne des kritischen Rationalismus bzw. kritischen Realismus wahr ist (vgl. Diagramm auf S. 747: Erkenntnistheorie). Ohne Methode der Verifikation und der Falsifikation bleibt jedes tradierte Wissen ambivalent als wahr (verifiziert bzw. vorläufig nicht falsifizierbar) oder unwahr (falsifiziert bzw. vorläufig nicht verifizierbar).

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sowohl die Hermeneutik als auch der kritische Rationalismus eine Gemeinsamkeit bei der Inanspruchnahme tradierter Meinungen zeigen. Auch der kritische Rationalismus geht – implizit und ohne dies klarzustellen – von tradiertem Wissen aus. Denn eine Falsifikation kann nur greifen gegen bisher tradiertes Wissen. Falsifizieren kann man nur etwas (d.h. das tradierte Wissen), das bereits «da» ist. Wenn nichts da ist, dann ist eine Falsifikation obsolet. Das zeigt sich unmissverständlich in der richterlichen Fallpraxis.

selbstehrlich und entwaffnend fest: «I find myself involv'd in such a labyrinth, that, I must confess, I neither know how to correct my former opinions, nor how to render them consistent.» Vgl. auch: HEINER F. KLEMM, Kants Philosophie des Subjekts. Systematische und entwicklungsgeschichtliche Untersuchungen zum Verhältnis von Selbstbewusstsein und Selbsterkenntnis, Hamburg 1996.

³⁷ Zum sprachtheoretisch «sekundären Wissen» intersubjektiver Übertragung vgl. die umfangreichen Auseinandersetzungen im angelsächsischen Kontext zu den auf DAVID HUME zurückgehenden Thesen von ELISABETH FRICKER, *Second-hand knowledge. Philosophy and Phenomenological Research*, 73 (2006), 592–618. Diesen interessanten Diskussionen zwischen Erkenntnis- und Sprachtheorie zum primären Wissen und zum sekundären Wissen gestützt auf *Glaubhaftigkeit* (objektbezogen) und *Glaubwürdigkeit* (subjektbezogen) kann hier nicht vertieft nachgegangen werden. In der Gerichtspraxis spielen beide Beweismodalitäten eine grosse Rolle.

Gadamer ist sodann *für die Rechtswissenschaft* redudant, indem er das juristische Denken als «Paradigma» seiner philosophischen Hermeneutik nimmt. Innerhalb des bekannten Dreischritts zwischen *Sachverhalt* (Sachverhalte und Handlungen der individuell-konkreten Lebenswelt), *Rechtsnorm* (Gesetze als Teil der raumzeitlichen Kultur) und *Subsumtion* bewegt sich die Richterschaft in den Denkschemen der subjektiven, intersubjektiven und «objektiven» Gegebenheiten. Vorverständnis im Sinn von *Anfangshypothesen* mit anschliessender Verifikation/Falsifikation ist aber von jeher selbstverständlich. Hinzu kommt, dass der Interpretationsraum zufolge der komplexen Vernetzung der Gesetzesnormen nicht einfach als nicht befragbare Autorität «feststeht».

F. Ungelöstes Problem von Ursache und Grund kultureller Veränderungen

Damit ist auch ein Problem der Gesetzgebung verbunden, die einem steten Wandel ausgesetzt ist. Denn es stellt sich die Frage, wie das intersubjektive Universum, zu dem auch das Recht gehört, sich «zeitgeistig» ändert. Ursache und Gründe für die Veränderungen des Zeitgeistes sind ein ungelöstes Problem der Kulturwissenschaften. Auch die Gesetze, die sich eine Gesellschaft im Rahmen des «Contract Social» gibt, verändern sich in einem grossen Ganzen. Diese Frage kann hier nicht vertieft werden. Immerhin kann mit Bezug auf die Vorverständnis-Doktrin festgehalten werden, dass auch ihre «tradierte Autorität» in Wandlung begriffen ist. Der inhaltliche Problembestand der Intersubjektivität lässt sich als Faktum mit Zusätzen und Abstrichen wie folgt zusammenfassen: Als Gesamtheit bestehender *Vorurteile* (Kant); als *Zeitgeist* (Schopenhauer); *Objektiver Geist* (Hegel, mit Kritik durch Nietzsche); *Über-Ich* (Sigmund Freud); *Geistiges Sein* (Nicolai Hartmann); *Welt drei* (Popper); als *das Man* (Heidegger); *Autorität* von Tradition für Vorverständnis (Gadamer); *Ideologie* in der Wissenssoziologie (Karl Mannheim); Forschungsergebnisse der Sozialpsychologie (Humanwissenschaften); *Inhalte der Realwissenschaft* des Rechts (Hans Albert); *Forschungsergebnisse* der Rechtssoziologie und -psychologie (Manfred Rehbinder); *Inhalte der Gesetze* als Teil der Kultur (Rechtswissenschaften); gesammelter *Wissensbestand der Menschheit* («Künstliche Intelligenz»).

Für das *Selberdenken* nach der ersten Maxime der Aufklärung scheint hier angesichts dieser Übermacht des in den Meinungen der Intersubjektivität Denkens der zweiten Maxime nur das übrig zu bleiben, was wir als vernunftloses Dasein von Epigonen beschreiben könnten.

Hinzu kommt, dass für die kulturellen Metamorphosen des Zeitgeistes als jeweils geltende Meinung der Intersubjektivität keine einsichtige Erklärung gegeben ist. THOMAS S. KUHN war es schliesslich, der gegen den Fortschritts-glauben durch stete Falsifikation (kritischer Rationalismus) den *irrationalen* Paradigma-Wechsel behauptet hat. Was heisst das in unserem Kontext der Hermeneutik? Es heisst, dass auch *für die Interpretation keine Autorität von «Tradition» gegeben ist, die fraglos die Interpretation bestimmt*. Dies ist die einzig zutreffende Analyse der sogenannten Postmoderne. Das «Man» ändert sich ohne einsichtigen Grund. Der intersubjektiv vermittelte Wissensbestand wuchert wie die Natur des Dschungels.

Aber: Die Schlüsse der Postmoderne mit ihrem «anything goes» sind für die Praxis nicht einsichtig. Denn in allen individuell-konkreten Situationen der Lebenswelt stellt sich andauernd die Frage nach der Wahrheit, die von der Richterschaft bei Behauptungen und Bestreitungen der Parteien zu beurteilen ist. Kritisch, aber rational bleibt hier auch CHRISTIAN BECKER in seinem Essay zu Recht und Postmoderne:³⁸ «Das Recht residiert also nicht in einem prachtvollen Gebäude, in dem seine einzelnen Diener fein säuberlich geordnet für seine Verwirklichung sorgen. Es ist eher ein Nomade, wenn es für jede Entscheidung eine provisorische Unterkunft errichtet, die es unmittelbar darauf verlässt, um weiterzuziehen. Als Fazit, als conclusio sind wir daher zurückgeworfen auf eine Tautologie: *Recht ist Recht*. Recht ist ein unüberschaubares, ein nicht erfassbares Hintergrundrauschen, bestehend aus zahllosen Texten und den durch diese eröffneten Anschlussmöglichkeiten. Womöglich bedarf es aber dennoch – oder gerade deswegen? – einer «grossen» Theorie, um das Recht einzuhegen. Vielleicht ist metaphysisch begründetes Recht nicht wahrscheinlicher oder unwahrscheinlicher als sein Gegenteil.»

Diese Belege zeigen eine frappierende Analogie zum freundlichen Diktum SCHOPENHAUERS, das unabhängig davon auch durch den Virtuosen THOMAS S. KUHN festgestellt wurde. Seine gegen die Popper-Schule gewendete Theorie³⁹ des *irrationalen Paradigma-Wechsels in der Wissenschaft* verneint einen Erkenntnis-Fortschritt durch die Falsifikation von Meinungen. Aber auch KUHN selbst fand seine Kritikerin in MARGARET MASTERMAN, die für das von ihm wissenschaftstheoretisch gebrauchte einzige Wort «Paradigma-Wechsel» nicht weniger als 21 unterschiedliche Bedeutungen bzw. Begriffe vorrechnete, ohne diese

hinreichend zu definieren.⁴⁰ Mit der hilfreichen Einordnung durch unseren Zürcher Kollegen an der ETH, PAUL HOYNINGEN-HÜHNE,⁴¹ ist dieser *sprachtheoretische Makel* einer Kritik am Fortschritts-Potential der Erkenntnistheorie nicht ewig stehen geblieben. Damit scheint aber auch HANS-GEORG GADAMER in gewissem Sinn entlastet bei seinem *sprachtheoretischen Makel* der Mehrdeutigkeit und Vielschichtigkeit seines Wortes «Vorverständnis».

G. Hermeneutik zwischen Erkenntnis- und Sprachtheorie sowie Sozialpsychologie

Im Folgenden wird versucht, die Vorverständnis-Doktrin der Hermeneutik klarzustellen durch die Unterscheidung zwischen den Inhalten der Intersubjektivität einerseits und der Urteilskraft der einzelnen Person andererseits. Die menschliche Intersubjektivität der konventionellen Sprache (vgl. Diagramm auf der Folgeseite: Sprachtheorie) vermittelt zwar ihre Inhalte für die individuell-konkreten Vorstellungen der Person, diese bleiben aber immer nur ein kleiner Teil des überragenden Ganzen des Denkens. Die einzelne Person steht dieser Übermacht der allgemeinen Konventionen des Sprechens und Denkens «wehrlos» gegenüber. Die Hermeneutik hat den Wissenschaftstheorien hier entscheidende Impulse gegeben, die auch in der Erkenntnis- und Sprachtheorie thematisiert werden.

Entscheidend ist, dass die Hermeneutik in der Erkenntnistheorie und der Sprachtheorie eingemittelt bleibt. Hilfreich ist hier die Unterscheidung zwischen Bewusstsein des Ich und seinem Wissensgrad. Das Wort «Vorverständnis» ist mehrdeutig und bezeichnet verschiedene Begriffe, wofür Termini zu gebrauchen sind. Das muss vor allem für eine Folgenabschätzung in Bezug auf die Rechtsstellung der Richterschaft und ihre Arbeitsmethoden gelten. Hier sollte so wenig wie möglich unklar bleiben. Das Wort «Vorverständnis» pendelt vorerst zwischen bewusstem Handeln und unbewusstem Verhalten.

Beim bewussten Handeln des Interpretieren bedeutet es das *Problembewusstsein* (Wissen des Nichtwissens als Voraussetzung des Erkenntnisfortschritts) des methodisch arbeitenden Forschers als «Selbstdenken» nach der ersten

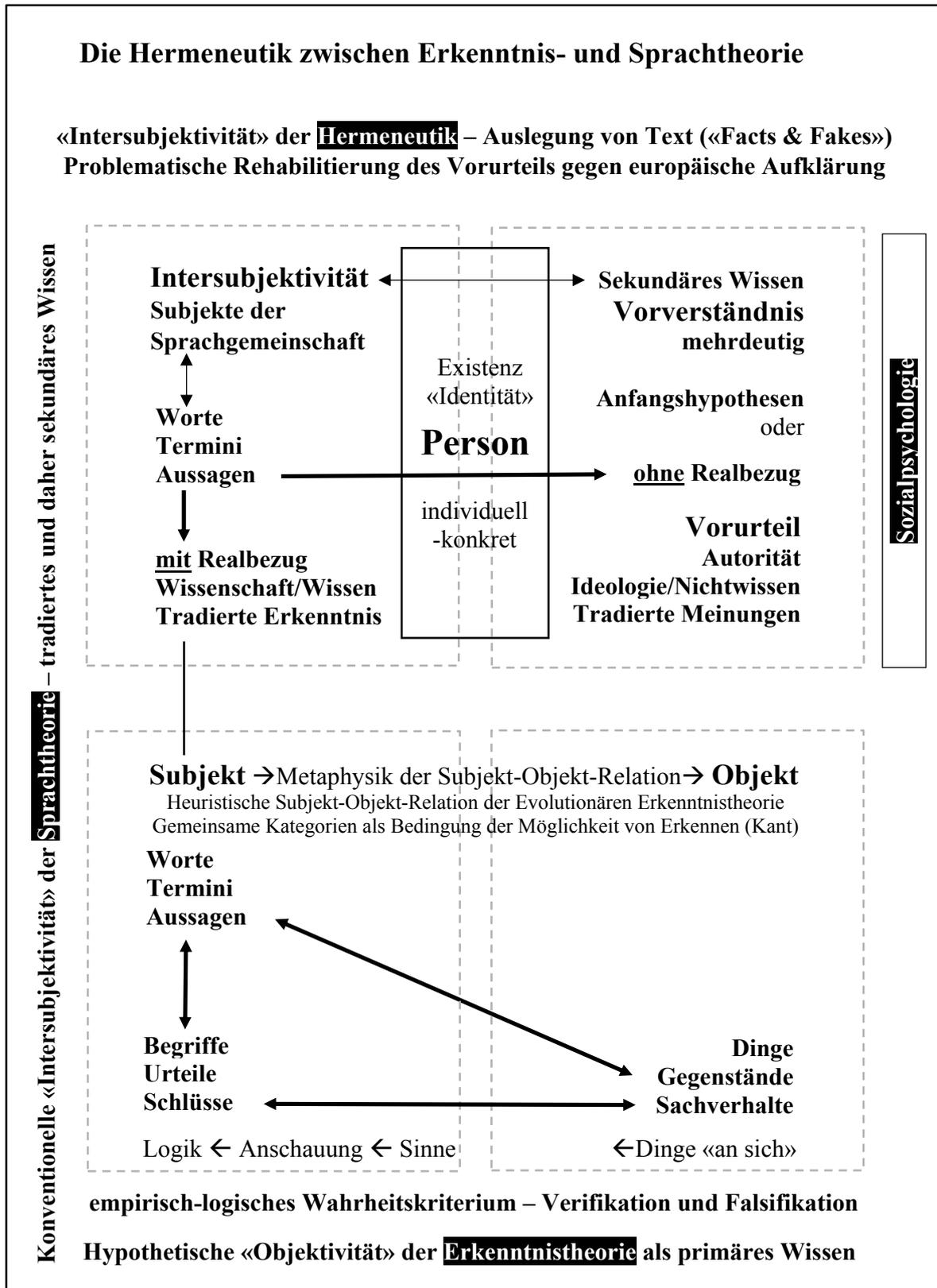
³⁸ CHRISTIAN BECKER, Was bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay, Baden-Baden 2014, 153.

³⁹ THOMAS S. KUHN, The Structure of Scientific Revolutions [1962], 2. A., Chicago 1970.

⁴⁰ MARGARET MASTERMAN, Die Natur eines Paradigmas, in: Imre Lakatos/Alan Musgrave (Hrsg.), Kritik und Erkenntnisfortschritt, deutsche Ausgabe mit Übersetzung von Feyerabend/Szabo von «Criticism and the Growth of Knowledge», London 1970, Braunschweig 1974, 59–88, insb. 61.

⁴¹ PAUL HOYNINGEN-HUENE, Die Wissenschaftsphilosophie Thomas S. Kuhns, mit einem Geleitwort von Thomas S. Kuhn, Braunschweig/Wiesbaden 1989; vgl. auch DERS., Feyerabend und Kuhn, in: Stefano Gattei/Roberta Corvi (Hrsg.), Feyerabend in Dialogue, Critical Essays, Springer online Cham 2024, 219–238.

Diagramm



Maxime KANTS. Dies ist und bleibt eine der wesentlichsten Errungenschaften der Aufklärung, die moderne Wissenschaft und Technik mit ihrem fortschreitenden Wissen erst ermöglicht hat. Ein Zurückgehen hinter diese Aufklärung ist nicht vertretbar. Bei der *Ignoranz* (Nichtwissen des Nichtwissens) verbleibt eine Person unbewusst im Denken nach der zweiten Maxime Kants «an der Stelle jedes andern denken» (Vorurteil). Das ist die von KANT und HEIDEGGER meisterhaft aufgezeigte Illusion des «Ich» im Denken aller anderen und des «Man» («es denkt», «man denkt», nicht «ich» denke wirklich; es ist nur «Meinung»). Beim «Vorverständnis» in Form der *Autorität* (Wissen der herrschenden Lehre und des herrschenden Zeitgeists) geht es um die Transformation unbewussten Verhaltens in bewusstes methodisches Handeln des Interpreteten, indem das Verstehen als Übernahme von gegebenen und feststehenden Meinungen qualifiziert wird. Es ist die Autorität des Gesetzes als generell-abstrakte Norm im Hinblick auf die Subsumtion für jeden individuell-konkreten Fall. Das ist der Grund dafür, dass GADAMER die juristische Interpretation als Paradigma der philosophischen Hermeneutik genommen hat, offenbar aber in Unkenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten bei der Gesetzesauslegung der Richterschaft.⁴²

III. Systemtheoretische Konkretisierungen

A. Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat und Wissenschaftstheorie

Die Abgrenzung zwischen kritischem *Problembewusstsein* einerseits und der Ignoranz verhafteter Ideologie des Zeitgeistes andererseits ist auch für die gewaltenteilte Demokratie von Bedeutung. Bei der Rechtsetzung orientiert sich die erste Staatsgewalt an den Erkenntnissen der Gesetzgebungslehre⁴³ mit ihrer möglichst umfassenden Anlehnung an die Gegebenheiten wissenschaftlicher Forschung. Gesetzgebung soll sich danach für ein Sollen

«richtigen (nicht ideologischen) Rechts» am Sein der Naturwissenschaften und ihrem Realbezug (vgl. Diagramm auf S. 747) orientieren. Aber auch die Personen, die als Parlamentarier Gesetze vorbereiten, unterliegen dem Zeitgeist und seinen vielschichtigen «Vorverständnissen». PETER NOLL, der die Gesetzgebungslehre als Realwissenschaft massgeblich beeinflusst hat, verschaffte damit der Gesetzgebung nicht nur «traditionelle Autorität» (GADAMER), sondern aufklärerische «wissenschaftliche Autorität». Insbesondere finale Rechtsfolgenabschätzungen (RFA) sollen die Qualität der Gesetzgebung trotz wehendem Zeitgeist sicherstellen.

Bei der Rechtsanwendung durch die dritte Staatsgewalt gilt das Gleiche. Auch hier ist stets eine Folgenabschätzung vorzunehmen, einerseits bei der Qualifikation der generell-abstrakten Normen der Gesetze, andererseits bei der Subsumtion nach der Feststellung individuell-konkreter Sachverhalte und im Hinblick auf die künftige präjudizielle⁴⁴ Wirkung jedes Entscheids.

Die systemtheoretische Konkretisierung von Recht und Rechtsordnung der Schweiz bleibt in diesem Zusammenhang für eine angepasste juristische Methodenlehre nicht ohne Folgen. Denn ein direktdemokratisches System lebt in viel engerem Bezug zur Rechtspraxis als in den übrigen bekannten Politsystemen. In einem solchen System ist jede Person nicht nur virtuell an den staatlichen Entscheiden beteiligt, vielmehr sehr praktisch bei der Gesetzgebung bei Initiativen, Referenden und Gesetzesabstimmungen. Ein «unpolitischer» Schweizer Bürger ist insofern eine *Contradictio in adiecto*.⁴⁵ Das gilt umgesetzt auch für die Personen der Richterschaft, die vom Volk direkt oder indirekt vom Parlament gewählt und nicht wie in den übrigen Politsystemen i.d.R. von Regierungen ernannt werden. Die Schweizer Richter stimmen als Teil der Volkes auch über die Gesetze ab und bei der Rechtsanwendung sind ihre Inhalte aus den politischen Diskussionen vor Abstimmungen vor und nach dem Inkrafttreten bekannt. Dieses Wissen aus den ständigen öffentlichen Diskursen, die multi-perspektivisch geführt werden, kann durchaus bei der nachträglichen Gesetzesinterpretation als *Problembewusstsein* («Vorverständnis») bezeichnet

⁴² REGINA OGOREK, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 1986, 169; DIES., *Aufklärung über Justiz, Abhandlungen und Rezensionen*, Frankfurt a.M. 2008; DIES., *Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief?*, Symposium Arthur Meier-Hayoz, ZSR Beiheft 1993, 21–33, insb. 22. Sie weist nach, dass Rechtsetzung und Rechtsanwendung eben nicht «dauerhaft bestimmt» sind.

⁴³ PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre* (1973), neu hrsg. von Dominik Kawa und Johannes Liebrecht, Zürich 2023; vgl. auch HANS ALBERT, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden 1993. Zum Spannungsfeld Gesetzgeber-Gerichte: LUC GONIN/HANSJÖRG SEILER, *Gesetzgebungsstaat vs. Richterstaat*, Bern 2025.

⁴⁴ MANFRED REHBINDER, *Richterliche Rechtsfortbildung und Rechtsqualität des Richterspruchs im System kodifizierten Rechts* (1988), in: Manfred Rehbinder, *Abhandlungen zur Rechtssoziologie*, 2. A., Berlin 2025, 241–254.

⁴⁵ Es ist die umfassende Schweizer Demokratie, die zu den vielgestaltigen Parteien als «Kinder der Volksrechte» geführt hat; vgl. dazu den Mitbegründer der Schweizer Politikwissenschaft: ERICH GRUNER, *Die Parteien in der Schweiz*, Helvetia Politica Series B – Vol. IV, Bern 1969, 25 ff.; zur Kraftfeldervielfalt: 18 ff.; zur Vielparteienregierung: 34 ff.

werden und ist mit Ausnahme des generell-abstrakten Zeitgeistes kein Vorurteil.

B. Dritte Staatsgewalt und ihre Stabilitätsfunktion im Staats- und Rechtssystem

Es ist wohl unbestritten, dass den Gerichten eine Stabilitätsfunktion im Staats- und Rechtssystem zukommt. Die an der Rechtsidee (Gerechtigkeit) ausgerichtete Arbeit der Richterschaft ist dabei auf «richtiges Recht» angewiesen und sie bestätigt und verwirklicht täglich das gesetzte Recht. Eine Spannung ergibt sich nur dann, wenn gesetztes Recht aufgeklärter Vernunft widerspricht, wozu auch die *systemischen Widersprüche der verschiedenen Normen* gehören. Hier ist die Richterschaft immer gefordert. Stabilität für die Gesamtgesellschaft wird in solchen Fällen nicht durch autoritäre Bindung⁴⁶ an vernunftwidrige Normgefüge gewonnen, sondern durch Bindung an allgemein einleuchtenden *sensus communis* der Vernunft, zu der auch das kulturübergreifende Rechtsgefühl⁴⁷ gehört. Hier geht es mit Bezug auf die Urteilsfindung nicht um politologische Akzeptanz, was lediglich die Macht einer wechselnden Mehrheit befriedigt, sondern um die Ausrichtung am richtigen Recht der kritischen Vernunft, die jeder Adressat bei unbefangener Denkweise annimmt oder annehmen würde oder müsste. Diesem Spannungsverhältnis zwischen Wissen und Macht ist die Richterschaft in allen Zeiten in Verantwortung gebunden. Im öffentlichen Bereich hat sie Stabilitätsfunktion durch die Hemmung der beiden anderen Gewalten und im privaten

Bereich hat sie Stabilitätsfunktion durch Hemmung privater Macht (und Gewalt) durch die Rechtsanwendung als Ausgleich von Interessen. Stabilität ist dabei nicht (nur heteronome) Autorität, Stabilität ist in all diesen Bereichen auf Dauer nur durch (autonome) Akzeptanz möglich. Unter diesen Umständen ist der Richterschaft nicht nur Rechtsanwendung, sondern auch individuell-konkrete Rechtsschöpfung aufgetragen, die sich in Form von Präjudizien auch generell-abstrakt auswirkt. Nach dem Gesagten zur direkten Demokratie fügt sich die Norm von Art. 1 ZGB nahtlos in ein Konzept aufklärerischer Vernunft⁴⁸ als Konkretisierung juristischer Methodenlehre und Hermeneutik zwischen Erkenntnis- und Sprachtheorie ein (vgl. Diagramm auf S. 747).

C. Dritte Staatsgewalt und Vorverständnis-Doktrin der Hermeneutik

Wie vorstehend zu zeigen versucht wurde, kann im Gegensatz zu GADAMER nicht von einem starren Verhältnis zwischen gesetzgebender und Gesetzesanwendender Staatsgewalt ausgegangen werden. Dies haben eingehend die bereits zitierten Forschungsergebnisse von OGOREK gezeigt. Die an kritischer Vernunft ausgerichtete dritte Staatsgewalt wird nie «*automatisch*» (ein Wort für die Kategorie der Kausalität und unbewusstes Verhalten) einer vernunftwidrigen Autorität folgen, vielmehr stets pflichtgemäss und problembewusst «*Ziele und Zweck*» (Worte für die Kategorie der Finalität und bewusstes Handeln) des gesetzten Rechts erforschen, was auch für das intersubjektive Universum der Gesetze gilt und ein rational begründbares «Vorverständnis» des Interpretieren umfasst. Die Begleitung dieses Universums legitimiert dabei von selbst die Existenz der Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Um Missverständnissen zu begegnen, ist daher

⁴⁶ FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre* (1803), nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, hrsg. von Gerhard Wessenberg, Stuttgart 1951, 19: «Interpretation ist Rekonstruktion des Gedankens (klaren oder dunkeln – einerlei), der im Gesetz ausgesprochen wird, insofern er aus dem Gesetz erkennbar ist.» Und 46: «In keinem Falle darf der Gesetzgebung ein Fehler vorgeworfen werden.» Zur allfälligen platten Einordnung dieser Starrheit vgl. die kritische Einordnung: JENS KASPERS, *Altes erneuert! Neues veraltet?*, Rezension von Stephan Meder, *Missverstehen und Verstehen*. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik, Tübingen 2004, *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* 2007, 215–217. Zur Autorität des Gesetzes analog für das direkt-demokratisch gesetzte Recht: ERNST ZELLER, *Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis*, Zürich 1989, dazu ALEXANDER BRUNNER, Rezension, *ZSR* 1991 I, 287–291 (mit Hinweis auf die von Zeller abgelehnte teleologische Argumentation, die zwar in der Subjektivität wurzelt, aber unvermeidbar ist) unter Hinweis auf NICOLAI HARTMANN, *Teleologisches Denken*, 2. A. (unveränderte 1. A., 1951), Berlin 1966.

⁴⁷ JULIA HÄNNI, *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Phänomenologie der juristischen Wertethik: Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung*, Diss. St. Gallen, Zürich 2010.

⁴⁸ ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich 1951. Neu analog im Kontext des deutschen Rechts problematisierend: RALPH CHRISTENSEN, *Reine Rechtsdekonstruktion*. Zugleich eine Besprechung von Sabine Müller-Mall, *Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung*, Welbrück 2012; in: *Kritische Justiz*, Bd. 46 (2013), Nr. 2, 206–217, insb. 216: «Wir müssen tatsächlich umdenken vom Anwenden aufs Erzeugen. [...] Aber das ruhige Dahinfließen des Gesetzes ist [...] mit Mitteln von Sprach-, Medienwissenschaft und Jurisprudenz zu beschreiben»; vgl. auch: WINFRIED HASSEMER, *Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtstheorie* 39 (2008), 1–22, mit Einleitung auf der ersten Seite: «Derzeit findet ein Scharmützel statt, das in Anlass, Inhalt und Ziel nicht leicht zu durchschauen ist. Es geht, jenseits konkreter Rechtsfälle, um die Bindung des Richters an das Gesetz und die Folgen einer Lockerung. Das aufgefahrne Geschütz gehört zur schweren Sorte. Am Ende steht der Vorwurf gegenüber Richtern, sie verfehlten fundamentale Gebote der Verfassung.»

nochmals kurz eine Klarstellung zur juristischen Methodenlehre zu referieren. KRAMER/ARNET befassen sich nach der Einordnung der klassischen Auslegungsmethoden auch mit dem schillernden Ausdruck «Vorverständnis» bei der Interpretation.⁴⁹

Unter dem treffenden Wort «Schichten»⁵⁰ wird aufgezeigt, dass Wort und Begriff «Vorverständnis» nicht nur mehrdeutig sind, sondern auch sehr unterschiedliche Tatbestände betreffen und somit schwammig sind i.S.v. «unklar». Für eine *philosophische Hermeneutik* als Zwischenring gegenüber den nach allen Richtungen umstrittenen Erkenntnis- und Sprachtheorien mag dies angehen, aber für eine *juristische Methodenlehre* mit ihren direkten praktischen Folgen ist dies als problematisch zu qualifizieren. Der Grund dafür liegt darin, dass mit der Juristischen Methodenlehre die Gelehrtenwelt der Wissenschaftstheorien verlassen wird und die Lebenswelt der Praxis in Gesetzgebung und Rechtsprechung erreicht wird. Normalerweise finden unzutreffende Hypothesen nach erkenntnistheoretischen Methoden («Objektivität») ihre Grenze bei der technischen Anwendung an den realen Fakten der Kausalität. Das Gleiche gilt für unrichtige Annahmen nach sprachtheoretischer Hermeneutik («Inter-subjektivität»), die ihre Grenze bei der Anwendung von Handlungsmaximen an der realen Lebenswelt mit ihrem Common Sense vorfinden. Die Klarstellungen des Wortes «Vorverständnis» durch KRAMER/ARNET sind daher sehr zu begrüssen.

Für das Wort «Vorverständnis» finden sie vier unterschiedliche Begriffe mit folgenden Termini:⁵¹ erstens das *individual-psychologische* Vorurteil; zweitens das *schichtenspezifische* Vorurteil, das soziologisch in Gruppen-Identitäten feststellbar ist; drittens das im Zeitgeist verwurzelte *generelle Vorurteil der Gesellschaft* und ihrer hauptsächlichlichen Kulturen und viertens das professionelle Vorverständnis, das wegen der Expertise kein Vorurteil ist, vielmehr einfach «Vorverständnis» in Form des bereits referierten Problembewusstseins vernünftigen Denkens.

Diese Differenzierungen sind deshalb entscheidend, weil ihre unterschiedlichen Bedeutungen auch Folgen für die Einordnung systemtheoretischer Konkretisierungen in einer direkten Demokratie haben und sich direkt auf Stellung und Arbeit der Richterschaft auswirken mit ihrem Auftrag, den Rechtsfrieden zu sichern.

IV. Folgenabschätzung für die Schweizer Richterschaft

A. Vorverständnis-Doktrin – Folgenabschätzung zum Schweizer Demokratieverständnis

Das Schweizer Demokratieverständnis geht von einer umfassenden Teilnahme aller Bürger aus und kennt wie gesehen sehr weitgehende Beteiligungsrechte. Das gilt insb. auch für die Wahl von Richterinnen und Richtern. Die Wahl durch das Volk in die Funktion eines Richters ist damit eine *eigenständige demokratische Legitimation*, die mit der Ernennung von Richtern i.d.R. durch Exekutiven in Nachfolge der Tradition der Ernennung durch Monarchen («Hofräte») nicht zu vergleichen ist. Richterliche Arbeit in der Schweiz ist daher nicht eine «königliche Disziplin»,⁵² vielmehr ein verantwortungsvolles Amt eines Bürgers für alle andern Bürger der Zivilgesellschaft.

Nun kommt in neuster Zeit dieses *direktdemokratische System* wegen der naturgemässen Notwendigkeit von möglichen Kampfwahlen, die regelmässig stattfinden oder auch konkordant geregelt werden, unter Druck.⁵³ Die parteipolitische Einordnung ergibt sich aber naturgemäss aufgrund der direktdemokratischen Institutionen mit stets potentiellen Kampfwahlen zwecks Ausmarchung der Machtverhältnisse in den Gerichten, wobei sich alle «amtsfähigen» politischen Richtungen *eineindeutig zu Recht, Rechtsordnung und deren Wahrung verpflichtet* haben und sind. Potentielle Wahlkämpfe aber kosten, weshalb von wahlbereiten Personen ein Betrag zur Finanzierung verlangt wird. Die Höhe dieser Beiträge wird immer wieder breit diskutiert und diese sind bei hohen Summen in der Tat ein politisches Ärgernis. Eine Parteienfinanzierung wird dieses Ärgernis einer Lösung zuführen müssen. Aber es ist klarzustellen: Eine Abschaffung der Volkswahl bzw. Parlamentswahl für Richter betrifft einen Kernpunkt des Schweizer Staatsverständnisses.

Eine Folgenabschätzung für das «Vorverständnis» der Schweizer Richterschaft kann nach der hier vertretenen Meinung nicht darin bestehen, ihre Unabhängigkeit bei der Rechtsprechung in Frage zu stellen. Im Gegenteil: Die demokratische Wahl der Richter ist eine Form der Offenlegung über die Stellung in der Zivilgesellschaft. Es

⁴⁹ KRAMER/ARNET (FN 5), 373–386.

⁵⁰ KRAMER/ARNET (FN 5), 376 ff.

⁵¹ KRAMER/ARNET (FN 5), vgl. 376 ff., 379 ff. und 382 f.

⁵² ALEXANDER BRUNNER, Das Zürcher Handelsgericht vor dem traditionellen europäischen Hintergrund, 2. Kapitel, in: Alexander Brunner/Peter Nobel (Hrsg.), Handelsgericht Zürich 1866–2016, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, 15 ff.

⁵³ Vgl. die gut fundierte Arbeit von MARTIN BURGER, Die Richterwahl im Kanton Zürich, Zürich/St. Gallen 2023.

stellt sich in der Tat die Frage, ob eine solche Offenlegung auch bei Richtern in anderen Staaten überhaupt möglich wäre. Denn es ist fern aller Realität anzunehmen, Richter in anderen Systemen hätten keine ideelle Verankerung in den jeweiligen Zivilgesellschaften. Die Teilung der Richtermacht unter viele zeitgeistige Richtungen im Kollegium, angefangen von den untersten bis zu den obersten Schweizer Gerichten und allesamt gewählt in föderalen Strukturen und nicht zentral durch einen Justizminister, ist ein Garant für die Stabilitätsfunktion der Dritten Staatsgewalt. Eine solche Richterschaft kann in ausserordentlichen Situationen auch nicht von einem Tag auf den andern durch Exekutiv-Entscheid in andere Funktionen versetzt werden. Eine solche Richterschaft, die naturgemäss im Zeitgeist der Gesellschaft verwurzelt ist, unterliegt gewiss mit unterschiedlichen Gewichtungen einem generellen Vorurteil, das sich aber gruppenspezifisch gegenseitig neutralisiert, wenn dies in kollegialen Beratungen notwendig werden sollte. Denn das professionelle Vorverständnis⁵⁴ der Schweizer Richterschaft ist der Hauptanker, da i.d.R. nur ausgebildete Juristen zur Wahl stehen.

B. Vorverständnis-Doktrin – Folgenabschätzung zur Stellung der Richterschaft

Das «Vorverständnis» kann in diesem Kontext betrachtet werden mit Bezug auf die Feststellung der Tatsachen vor Gericht (Interpretation des Sachverhalts beim Subsumtion-Dreischritt) und mit Bezug auf die Auslegung der Gesetzesnormen (Qualifikation vor der Subsumtion).

Die Hauptarbeit der Richterschaft ist keineswegs die Auslegung der Gesetze, sondern die Ermittlung der Sachverhalte⁵⁵ in den Verfahren. Die Gerichte halten sich dabei an die Grundsätze, die der kritische Realismus mit der *Verifikation von Behauptungen* vorgibt. Die Empirie mit Erforschung der Beweise steht am Anfang und die

logischen Schlüsse aus allen gegebenen Beweismitteln folgt als Interpretation des gesamten Sachverhalts. Es ist das klassische empirisch-logische Wahrheitskriterium als hypothetische prozessuale Wahrheit der Behauptungen einer Partei. Mit den Bestreitungen kommt auch der Grundsatz des kritischen Rationalismus zum Zug, womit hypothetisch bewiesene *Behauptungen durch Falsifikation widerlegt werden* können. Ein Verständnis über diese wissenschaftstheoretischen Grundlagen erleichtert die richterliche Arbeit. Das hermeneutische «Vorverständnis» als Meinung über die zu erschliessenden Fakten des Sachverhalts kann eine Rolle spielen, wird aber durch vielerlei Begrenzungen neutralisiert, so durch die Diskussionen mit den Parteien in den Vorträgen, dem Bestand aller Beweismittel, insb. Urkunden und Zeugen, und auch im Bewusstsein kassatorisch möglicher Kontrolle.

Was die Auslegung der Gesetze anlangt, kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden. Auch hier arbeitet das «professionelle Vorverständnis» als Arbeitshypothese mit Bezug auf Sinn und Bedeutung der Texte und die Qualifikation der Norm wird wie bei der Interpretation des Sachverhalts durch vielerlei Begrenzungen neutralisiert.

Die Gesamtheit des Subsumtions-Ablaufs wird zudem von der Rechtsidee getragen, denn Gerechtigkeit⁵⁶ bleibt ein Faktum der Vernunft bei der Erschliessung von Recht. Systemtheoretisch folgerichtig für eine offene Zivilgesellschaft ist sodann die Möglichkeit der *Dissenting Opinion*⁵⁷ für die Richter-Minderheit gegenüber der Richter-Mehrheit in zentralen Fragen von Recht und Gerechtigkeit.

C. Vorverständnis-Doktrin – Folgenabschätzung zum Schlichtungsauftrag der Gerichte

Schliesslich ist auf die wichtige *Dialog-Kultur an den Schweizer Gerichten* hinzuweisen. Die vom Volk gewählten Bürger bleiben solche auch in der Funktion als Richter. Es ist ein Verhältnis auf gleicher Augenhöhe. Die direkten Verhandlungen mit den Parteien sind daher ein eingespieltes Verfahren, auch nach der per 1. Januar

⁵⁴ MANFRED REHBINDER, Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 9, Neuwied/Frankfurt 1989, 21 f.: Diese «quantifizierende[n] Untersuchungen [...] bedeuten nicht, dass nicht in Einzelfällen schichtenspezifische Diskriminierungen in der Justiz vorkommen oder dass das Sozialprofil der Richter keinerlei Einfluss auf deren Entscheidungstätigkeit hat. [...] Auf jeden Fall ist man sich heute einig, dass sich ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Sozialprofil der Richter und dem Prozessserfolg nicht nachweisen lässt.»

⁵⁵ ALEXANDER BRUNNER, Beweismass und Beweiserleichterung im Privatversicherungsrecht, HAVE 2019, 361–376, mit Hinweisen zur Verifikation und Falsifikation mit Wahrscheinlichkeitsgraden.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ Vgl. den online beim Zürcher Obergericht abrufbaren Entscheid mit Minderheitsvotum in einem internationalen Fall der Bankenbranche: HGer ZH, HG110230, 10.6.2016, mit zwei separaten Dokumenten der Judikatur.

2025 in Kraft getretenen ZPO-Revision:⁵⁸ «Einer der unbestreitbaren Vorzüge ist die Beibehaltung der aktiven Rolle der Schweizer Richterschaft bei der Streitbeilegung durch Dialog mit den Prozessparteien, womit im allseitigen Interesse Verfahren einfach, rasch und kostengünstig abgeschlossen werden können. Für den Schweizer Justizstandort ist dies von grosser wirtschaftlicher Bedeutung. Die Vergleichskultur an den Gerichten ist eines der Alleinstellungsmerkmale des Schweizer Zivilprozessrechts. Faktenbasierte Vergleichsvorschläge der Richterschaft begründen keinen Ausstand. Das in der Rechtstheorie diskutierte «allgemeine Vorverständnis» als «Vorurteil» bedeutet keinen Mangel an Urteilskraft der Richterschaft, denn durch Dialog mit Parteien und Anwälten gemeinsam ermittelte Ergebnisse und durch das Beweisrecht erfasste Sachverhalte führen nicht zu Vorurteilen, sondern zu Vergleichsentscheiden mit allgemeiner Akzeptanz oder zu sachlich motivierten Urteilen als materieller Grundlage möglicher Rechtsmittelverfahren.»

Die Praxis des Schweizer Bundesgerichts hat diese offene Dialog-Kultur zu Recht nicht zum Anlass genommen, einen Ausstand nach solchen Verhandlungen wegen «Vorverständnis» für die urteilenden Richter anzunehmen. Grundlage⁵⁹ ist denn auch der *ausdrückliche gesetzliche Schlichtungsauftrag an die Richter* in Art. 124 Abs. 3 ZPO. Nach Verhandlungen ein «Vorverständnis» über die mit den Parteien besprochenen Sachfragen mit Ausstandspflicht anzunehmen, wäre daher mit dem Gesetz nicht vereinbar.

V. Ausblick – Rechtsproblem der «künstlichen Intelligenz»

Das in der Hermeneutik gebrauchte, aber mehrdeutige Wort «Vorverständnis» ist zusammenfassend mit zwei entgegengesetzten Termini zu bezeichnen, die unterschiedliche Begriffe repräsentieren; einerseits als «kriti-

sches Problembewusstsein» des Selbstdenkenden nach Erkenntnis- und Sprachtheorie sowie Sozialpsychologie im kritischem Realismus, andererseits als «Vorurteile» im unkritischen und unbewussten blossen Meinen und Dafürhalten subjektiver und intersubjektiver Inhalte. Die Richterschaft ist wie alle Bürger einer direkten Demokratie bei ihrer Arbeit für Gesellschaft und Staat zum Selbstdenken aufgefordert, was sich gegen aussen im Dialog mit den Parteien und gegen innen in den Beratungen zu bewähren hat.

Mit Bezug auf die Anwendung der «Künstlichen Intelligenz» bei der Rechtsprechung ist nach dem Gesagten ein Fazit zu ziehen und bei der gegenwärtig flächendeckenden Euphorie nochmals an KANTS Maxime des allgemeinen Menschenverstands zu erinnern: «Erstens Selbstdenken; zweitens an der Stelle jedes andern denken; drittens jederzeit mit sich selbst einstimmig denken.» Bei einer kritiklosen Übernahme von *Inhalten der Künstlichen Intelligenz* handelt es sich heute um das «an der Stelle jedes andern denken» mit den jederzeit möglichen Vorurteilen. Es sind die intersubjektiven Inhalte mit und ohne Realbezug (vgl. Diagramm auf S. 747), die mit dem Selbstdenken der Aufklärung stets kritisch zu überprüfen sind. Damit ist ein eminentes Rechtsproblem bezeichnet. Denn die Einheit des Bewusstseins des Subjekts, das «Ich» der Person, das an sich «leer» ist – ein gegenüber dem Sein ein Nichts gemäss Existenzphilosophie – und nach KANTS Vernunftkonzept nicht einmal ein logisch möglicher Begriff, dieses «Ich» oder Er oder Es (das Ding), das denkt, begleitet nur stets die Vorstellungen in der Identität des Bewusstseins der Person. Damit stellt sich angesichts der nahezu unvorstellbaren Zahl von *Vorstellungen, die Wissen und Meinen der intersubjektiven Sprachinhalte in der KI sammeln, zusammenfassen und durch die mathematische Logik erschliessbar* machen, die Rechtsfrage der Qualifikation als Rechtssubjekt analog der Fiktion der «juristischen Person» und deren Organe als leeres «Ich» und ihre/seine «Verantwortung». In diesem Spannungsverhältnis des Zeitgeistes wird sich die Richterschaft wie schon seit Jahrhunderten zu bewähren haben. Die Idee der Aufklärung und die selberdenkende Person bleiben hochaktuell.

⁵⁸ DIKE ZPO (FN 2), Geleitwort, VI (3). ALEXANDER BRUNNER, Die Kunst des Vergleichs – eine Anleitung aus Richtersicht, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Festschrift Isaak Meier, 69–87; DERS., Kommunikationstheorie und Verhandlungspraxis, *Anwaltsrevue* 2021, 369–373; ROLAND OSKAR SCHMID, Vergleichsverhandlungen vor dem Zürcher Handelsgericht, 10. Kapitel, in: Alexander Brunner/Peter Nobel (Hrsg.), *Handelsgericht Zürich 1866–2016*, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zürich 2016, 235–266; vgl. auch JEAN NICOLAS DRUEY, *Der Kodex des Gesprächs. Was die Sprechaktlehre dem Juristen zu sagen hat*, Baden-Baden 2015.

⁵⁹ BGE 149 III 12; BGE 146 I 30; BPatGer, O2016_009, 18.12.2018, mit Hinweis auf die Praxis des Handelsgerichts Zürich (Vergleichsverhandlung nach Art. 124 Abs. 3 ZPO und nicht nach Art. 226 ZPO, um offene Dialoge zu ermöglichen).