

Separatum aus

**Tatsachen
Verfahren
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Schulthess §

Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015

ISBN 978-3-7255-7090-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism1

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Zürich

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736

Abs. 1 ZGB23

MARTIN BERNET

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

JÖRN ESCHMENT

Dr. iur., LL.M., M.A., Rechtsanwalt bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht41

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

Zeit im Prozess, der Prozess in der Zeit und die Zeit und das Personal, das

Prozesse brauchen ... nebst dem Geld, das man für den Prozess braucht..... 57

ALEXANDER BRUNNER

Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor für Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität St. Gallen, Obergericht am Handelsgericht des Kantons Zürich und nebenamtlicher Bundesrichter (Lausanne)

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht.....69

FELIX DASSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt und Partner bei Homburger AG in Zürich

Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag? – Ein Ausflug zu den

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben 103

TANJA DOMEJ

Prof. Dr. iur., ausserordentliche Professorin an der Universität Zürich

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung 113

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im
Strafprozess..... 125

CHRISTIAN EXNER

lic. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner in Küsnacht-Zürich

Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen..... 139

EUGEN FRITSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte
in Zürich

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

Dr. iur., LL.M., Solicitor, Rechtsanwältin, Handelsrichterin am Handels-
gericht des Kantons Zürich

Are you ready for E-technology?..... 173

REINHOLD GEIMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität München,
Notar a.D. in München

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 185

ROGER GIROUD Prof. Dr. iur., LL.M., Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt und Partner bei Giroud & Anderes in Küsnacht-Zürich Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung.....	217
TARKAN GÖKSU Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt und Partner bei Zaehringen Rechtsanwälte AG in Freiburg i.Ü. Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens	233
PETER GOTTWALD Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Regensburg Insolvenzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz	249
ALAIN GRIFFEL Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts.....	263
PASCAL GROLIMUND Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
EVA BACHOFNER MLaw, Gerichtsschreiberin am Zivilgericht Basel-Stadt Schweizer Zuständigkeit über im EU-Raum belegene Liegenschaften im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung.....	279
ULRICH HAAS Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Yael STRUB Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin an der Universität Zürich Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht.....	293

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Privatdozent an der Universität Zürich,
Staatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Adhäsionsprozess.....311

KARL HOFSTETTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich, exekuti-
ves Mitglied des Verwaltungsrats der Schindler Holding AG in Hergiswil

Unternehmen als „Prügelknaben“ des Wirtschaftsrechts?.....327

YASMIN IQBAL

Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Zürich,
Rechtsanwältin in Zürich

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., emeritierter Professor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt und Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich

Der Staat als Gläubiger363

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., lic. phil., ständiger Gastprofessor an der Universität
St. Gallen und emeritierter Professor an der Universität Zürich

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO373

ANGELOS KORNILAKIS

Prof. Dr. iur., Assoc. Professor an der Universität Thessaloniki

Privatautonomie, Treu und Glauben und „effiziente“ Vertragsauslegung.....381

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Thessaloniki

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht403

DIETER LEIPOLD	
Prof. Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
Anordnung der Urkundenvorlage von Amts wegen ohne Vorlagepflicht der Partei?	421
MATTHIAS MAHLMANN	
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Theorie und Verfahren	437
KALLIOPI MAKRIDOU	
Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Thessaloniki	
Speeding up civil litigation in Greece through ADR methods	449
ARNOLD MARTI	
Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Zürich, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen	
Zwei interessante Zivilprozesse mit öffentlich-rechtlichen Nebenaspekten um Kulturgüter in Schaffhausen.....	471
HEINRICH ANDREAS MÜLLER	
Dr. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich	
Beweisen nach der ZPO.....	487
PETER NOBEL	
Prof. Dr. rer. publ., em. Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen, Rechtsanwalt und Partner, Nobel & Hug Rechtsanwälte in Zürich	
Iura novit curia.....	507
WOLFGANG PORTMANN	
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
RAHEL NEDI	
MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich	
Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing	525

WALTER H. RECHBERGER
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO545

HANS REISER
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Der Vergleich und seine Anfechtung.....557

ARNOLD RUSCH
PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich
Will das Recht, dass man klagt?569

PETER SCHLOSSER
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität München
Brüche im EuGVVO-LugÜ-Gefüge?587

ERNST F. SCHMID
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Niederer Kraft & Frey AG
in Zürich
Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des wider-
spenstigen Gesuchsgegners? 605

HANS SCHMID
Dr. iur., alt Obergericht am Obergericht und am Handelsgericht des Kantons
Zürich, Konsulent Roesle Frick & Partner in Zürich
Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus
schutzwürdigem Interesse 621

JÜRIG SCHMID
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG639

ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Ausgewählte Exponenten des Internationalen Zivilverfahrensrechts an der Universität Zürich.....	655
ROLF A. SCHÜTZE Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Rechtsanwalt in Stuttgart Armut im Prozess.....	667
KURT SIEHR Prof. Dr. iur. Dr. h.c., M.C.L., emeritierter Professor an der Universität Zürich Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO.....	681
MIGUEL SOGO PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich Vermögenswerte Unterlassungsansprüche im Konkurs des Unterlas- sungsverpflichteten	697
ADRIAN STAEHELIN Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter a.o. Professor an der Universität Basel, alt Appellationsgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt Zur Geschichte der Konkursprivilegien.....	711
DANIEL STAEHELIN Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat, Notar und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
LUKAS BOPP Dr. iur., LL.M., Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest	723
ROLF STÜRNER Professor Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
BEATRICE STAPF Assessorin in Freiburg i. Br. Grundzüge des rechtlichen Gehörs im spanischen Zivilprozess.....	739

UELI VOGEL-ETIENNE

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich, Mediator SAV/SKWM

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

lic. iur., Rechtsanwältin und Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich, Mediatorin SAV

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator757

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Visiting
Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich

RAINER BAISCH

Dipl.-Kfm. univ., MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität
Zürich

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin in Zürich

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Pestalozzi in Zürich

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadtammann-
amt und Betreibungsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvoll-
streckung?825

Schrifttumsverzeichnis.....843

Theorie und Verfahren

Der Beitrag rekonstruiert die normative Bedeutung des Verfahrensrechts. Zentrales Augenmerk wird dabei einer Analyse und Kritik des Prozeduralismus geschenkt, um den normativen Eigenwert von Verfahren zu begründen.

Inhaltsübersicht

1. Theoretische Parameter des Verfahrensrechts.....	437
2. Instrumentalistische Verfahrenstheorie und ihre Grenzen.....	437
3. Varianten des Prozeduralismus und seine Grenzen.....	440
A. Diskurstheorie.....	441
B. Systemtheorie	442
4. Die Grenzen des Prozeduralismus	445

1. Theoretische Parameter des Verfahrensrechts

Die folgenden Überlegungen werden zunächst eine instrumentelle Sicht auf das Verfahrensrecht rekonstruieren und einige Bemerkungen zu den Grenzen dieser Sichtweise machen. Sie werden dann theoretische Ansätze ansprechen, in denen sich das Verfahrensrecht nicht nur von einer instrumentellen Sichtweise emanzipiert, sondern sogar zum Kern des Rechtssystems wird. In einem dritten Schritt sollen dann diese prozeduralistischen Perspektiven kritisch beleuchtet werden. Wenn dabei über Verfahren gesprochen wird, gilt das Hauptaugenmerk gerichtlichen Verfahren. Rechtlich konstituierte Verfahren wie das Verwaltungsverfahren werfen eigene Fragen auf. Ihre Besonderheiten werden daher nicht näher berücksichtigt.

2. Instrumentalistische Verfahrenstheorie und ihre Grenzen

Eine instrumentelle Sicht von rechtlichen Verfahren weist diesen eine vor allem dienende Funktion zu. Verfahren haben aus dieser Sicht den Zweck, materielles Recht durchzusetzen, insbesondere individuelle Ansprüche und die Gesellschaft

zu befrieden.¹ In gerichtlichen Verfahren wird beispielsweise geklärt, ob privatrechtliche Ansprüche, subjektiv öffentliche Rechte, oder auch der Strafanspruch einer Gemeinschaft bestehen. Verfahren sind der Weg, der beschritten werden muss, um an das Ziel der Verwirklichung des materiellen Rechts zu gelangen.

Diese Sicht des Verfahrens schöpft seine Bedeutung aber nicht aus. Gerichtliche Verfahren verkörpern noch andere als instrumentelle Werte. MAX WEBER hat z.B. verschiedene Rationalitätsstufen des Rechts unterschieden. Ob man seinen evolutionären Stufenbau für überzeugend hält oder nicht – von bis heute grundlegender Bedeutung ist sicherlich seine Beobachtung, dass es solche unterschiedlichen Rationalitätsstufen überhaupt gibt und dass diese für die Organisation gesellschaftlicher Herrschaft und wirtschaftlicher Ordnung von zentraler Bedeutung sind.²

Verfahrensweisen der Rechtsfindung sind nun ein elementarer Teil der rechtlichen Rationalität. Man kann vielleicht sogar besonders deutlich den Stand einer Rechtszivilisation an der Gestaltung solcher Verfahrensweisen ablesen. In der Gegenwart werden immer wieder Zweifel gegenüber der Behauptung von Fortschritten in der Rechtsentwicklung angemeldet und anstelle von solchen Fortschritten schlicht wechselnde, neue grosse Erzählungen angenommen. Es scheint aber vertretbar, formal irrationale Rechtsfindung – um Webers Beispiele aufzugreifen – durch Rachimburgen, Druiden oder Rechtsseher für weniger attraktiv zu halten als die moderne Gerichtsbarkeit, was immer deren Schwächen bilden mögen. Die rationale Disziplinierung von Verfahren als Voraussetzung der Rationalität eines Rechtssystems deutet über die instrumentelle Interpretation von Verfahren bereits hinaus.

Die eigenständige Bedeutung von Verfahren wird endgültig deutlich, wenn man an materielle Massstäbe wie die Verfahrensgerechtigkeit denkt. Diese machen sichtbar, dass es nicht nur auf das Ob der Verwirklichung von materiellem Recht ankommt, sondern auch das Wie der Zielerreichung von Bedeutung ist. Es ist zwar sicher so, dass ein Verfahren, das bestimmten Ideen von Gerechtigkeit nahe kommt, etwa verschiedenen Prozessparteien Waffengleichheit garantiert, auch die grösste Wahrscheinlichkeit bietet, das materiell-rechtlich überzeugende Ergebnis zu erzielen. Verfahrensgerechtigkeit wird aber nicht nur aus diesem Grund gewährleistet, sondern auch, weil die Gestaltung des Verfahrens selbst von Bedeutung ist.

Um ein Beispiel heranzuziehen, dass sehr strittig und deswegen interessant ist. Im Europäischen Antidiskriminierungsrecht wurde vom EuGH vor geraumer Zeit

¹ Vgl. z.B. MEIER ISAAK, Privatrecht und Prozessrecht, in: SCHLOSSER PETER (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, 30 ff.; KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012, N 21 ff.

² Vgl. WEBER MAX, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1972.

bereits Beweiserleichterungen geschaffen, die seit einigen Jahren Eingang ins Sekundärrecht gefunden haben und heute zum Standardrepertoire dieses Rechtsgebiets in prozessualer Hinsicht gehören. Paradigmatisch kann Art. 8 der RL 2000/43/EG genannt werden, der vorschreibt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Massnahmen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“

Diese Regelung ist wird richtigerweise so interpretiert, dass ein Betroffener beweisen muss, dass eine Ungleichbehandlung vorgelegen hat und es überwiegend wahrscheinlich ist, dass sich diese Ungleichbehandlung kausal auf eines der inkriminierten Merkmale des Antidiskriminierungsrechts stützt. Dann obliegt es der anderen Partei, den Gegenbeweis zu führen – sei es, indem sie die Kausalität widerlegt, oder Umstände nachweist, die den Tatbestand einer mittelbaren ausschliessen bzw. die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung belegen.³

Eine solche Regelung versucht einerseits die materialen Ansprüche auf diskriminierungsfreie Behandlung durchzusetzen, die heute in Europa zum Standard gehören, indem auf das Problem reagiert wird, dass Betroffene oftmals keinerlei Zugang zu den Beweismitteln besitzen, die einen Vollbeweis der Kausalität ermöglichen würden, also ein sachtypischer Beweisnotstand besteht. Sie verkörpert aber auch den Versuch, prozedurale Gerechtigkeit zu erzeugen, in dem die Balance zwischen den Parteien im Prozessrecht feiner tariert wird. Man mag das Beispiel für eine in der Anlage oder den Einzelheiten gelungene Regelung halten oder nicht – dass es hier neben den instrumentalen Zwecken um prozessuale Gerechtigkeit geht, scheint evident.

Diese Bedeutung von Verfahren jenseits von instrumentalen Erwägungen kann sogar zu obersten Rechtswerten führen. Eine gängige und übrigens überzeugende Konkretisierung der Menschenwürde versteht diese als Garantie des zu respektierenden, unveräusserlichen Eigenwerts⁴ und damit der Subjektstellung des Men-

³ Vgl. dazu MAHLMANN MATTHIAS, in: DÄUBLER WOLFGANG/BERTZBACH MARTIN (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2013, [zit. AGG-BEARBEITER/IN], § 24 N 77 ff.; AGG-BERTZBACH (FN 3) § 22 N 24 ff.

⁴ Vgl. BGE 127 I 6, 14, E. 5b.

schen in der rechtlichen Ordnung. Negativ wird gefolgert, dass diese Subjektstellung eine Reduzierung von Menschen zu Objekten der Rechtsordnung verbiete.⁵

Interessanterweise taucht diese Konkretisierung der Menschenwürde aus Art. 7 BV in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die normative Konturierung von Verfahren auf.⁶ In diesem Zusammenhang wird betont, dass Menschen nicht zum Objekt eines Verfahrens werden dürften. Das entspricht einer Entwicklung im deutschen Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat den Gehalt der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG nur langsam entfaltet.⁷ Ein wichtiger Bereich war dabei die Rechtsprechung zu Fragen des rechtlichen Gehörs. Hier ergingen eine ganze Reihe von Entscheidungen, die das deutsche Prozessrecht weiterentwickelten und zwar jedes Mal mit Blick auf eine Wahrung und Stärkung der Subjektstellung des Einzelnen im Prozess (z.B. Ablehnung der Prozesskostenhilfe mit Hinweis auf *Offizialmaxime* im Verfahren in Kindschaftsachen,⁸ Nichtzustellung der Gegenerklärung zur Revisionsbegründung⁹).

Die Anbindung von prozessualen Rechten an oberste subjektive Rechte in der Schweiz oder in Deutschland illustriert den normativen Eigenwert, den materialen Selbststand von Verfahrensrecht eindrücklich. Wenn wir die Würde der Menschen als autonome Rechtsgenossen ernst nehmen wollen, müssen die prozessualen Rechte entsprechend gestaltet werden und zwar nicht nur um eines bestimmten Ergebnisses willen, das durch das Verfahren sichergestellt wird, sondern weil es für die Betroffenen schon viel zählt, wie das Ergebnis erreicht worden ist. Verfahrensrecht hat deswegen für eine Rechtsordnung ein hohes normatives Gewicht, das instrumentale Erwägungen überschreitet.

3. Varianten des Prozeduralismus und seine Grenzen

Nun gibt es Theorien, die noch einen Schritt weitergehen und Verfahren nicht nur als Verkörperung von materialen Rechtspositionen verstehen, sondern als axiologische Nachfolger solcher Rechtspositionen, weil die Begründbarkeit von materialen Positionen zweifelhaft geworden sei. Solcher Zweifel ist ideengeschichtlich natürlich nichts Neues. Im Grunde waren die Theorien materieller Legitimation immer umstritten, mindestens seit den radikalen skeptischen Herausforderungen

⁵ Vgl. dazu MAHLMANN MATTHIAS, Die Garantie der Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, 1309 ff.

⁶ Vgl. BGE 127 I 6, 13 f., E. 5b; BGE 124 V 180, 181, E. 1a (letzterer Entscheid ohne ausdrücklichen Bezug auf die Menschenwürde).

⁷ Vgl. zu einer Rekonstruktion MAHLMANN MATTHIAS, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008, 179 ff.

⁸ BVerfGE 7, 53.

⁹ BVerfGE 7, 275.

der Sophistik im 5. Jhr. vor unserer Zeitrechnung. Im 20. Jhr. wurde diesem Zweifel ein neues theoretisches Gewand gewoben, nicht zuletzt aus dem Faden der Säkularisierung, der intellektuellen und wissenschaftlichen Erschütterung religiöser Gewissheiten und der philosophischen Metaphysikkritik. Letztere hat verschiedene Quellen, vom logischen Positivismus über die Kritische Theorie bis zu den poststrukturalistischen Theorien der Postmoderne.

Verfahren bilden in dieser Situation nun einem Rettungsanker, ein festes Stück Boden unter den Füßen. Sie verwandeln sich deshalb aus der Sicht bestimmter Formen des Prozeduralismus sogar in den eigentlichen Kern des Rechts. Klassische Beispiele sind die Diskurstheorie und die Systemtheorie, deren Thesen kurz rekapituliert werden sollen, um zwei Thesen dieser Bemerkungen zu illustrieren: Erstens gibt es nicht-prozedurale Voraussetzungen eines normativ orientierten Prozeduralismus, die dessen Perspektiven notwendig transzendieren. Zweitens führt ein radikaler Prozeduralismus zur Negation des Werts des Verfahrens, den er scheinbar begründet.

A. Diskurstheorie

HABERMAS' Überlegungen gehen davon aus, dass man zur Beantwortung normativer Fragen keine Korrespondenztheorie der Wahrheit mobilisieren könne. Es gebe keine dem wertenden Urteil korrespondierende Entität in der Wirklichkeit. Die Richtigkeit einer normativen Behauptung ergebe sich durch auf rationale Gründe gestützte Akzeptabilität. Sie könne nur das Ergebnis einer wirklich durchgeführten Begründung sein. Die Kette der substantiellen Gründe habe kein natürliches Ende. Das Ende der Argumentation in einem Konsens muss sich also im Diskurs selbst ergeben. Damit tritt die Form des Verfahrens an die Stelle substantieller Massstäbe:

„Die Rationalitätslücke zwischen der bloss plausibilisierenden Kraft eines einzelnen substantiellen Grundes und der im Prinzip stets unvollständigen Folge von Argumenten einerseits, der Unbedingtheit des Anspruchs auf die ‚einzig richtige‘ Entscheidung andererseits, wird durch das *argumentative Verfahren* der kooperativen Wahrheitssuche idealiter geschlossen.“¹⁰

Dieses Verfahren ist für verschiedene rechtlich relevante Sphären von Bedeutung. Ein politischer Diskurs einer deliberativen Demokratie generiere entsprechende Gesetze. Diese Gesetze würden von Gerichten in einer Weise angewandt,

¹⁰ HABERMAS JÜRGEN, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992, [zit. Faktizität], 279; HABERMAS JÜRGEN, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, Frankfurt am Main 1981, 44 ff.

die selbst mit dem Diskursprinzip übereinstimme.¹¹ HABERMAS eigene Aufmerksamkeit ist dabei auf der Ebene der Rechtsprechung, vor allem auf die Verfassungsgerichtsbarkeit gerichtet.¹² Es gibt aber eine ganze Reihe von Studien, die andere Zweige der Rechtsprechung im Rahmen der Diskurstheorie zu rekonstruieren suchen. Das Gerichtsverfahren als Diskurs zu betrachten, begegnet der Schwierigkeit, dass das Rechtsgespräch im Gerichtsverfahren in hohem Masse reglementiert und natürlich keineswegs herrschaftsentlastet ist. Deshalb spielt in diesen theoretischen Rekonstruktionen der Diskurs die Rolle eines kritischen Ideals, an dem die Prozessordnungen zu messen seien. In jedem Fall seien Anwendungsdiskurse der Gerichte von zentraler Bedeutung: Wie auf der gesellschaftlich-politischen Ebene bei der Normschöpfung wird die Richtigkeit der Entscheidungen durch die Art ihrer Gewinnung verbürgt. Sie leitet sich nicht von vorgegebenen inhaltlichen Massstäben ab.¹³

B. Systemtheorie

Noch einen Schritt weiter geht die Systemtheorie. Schon sprichwörtlich ist die These, die LUHMANN formuliert hat, dass sich Legitimation in einem modernen Rechtssystem durch Verfahren ergebe.¹⁴ Während in der Diskurstheorie der Anspruch auf eine richtige und materiell legitime Entscheidung aufrechterhalten wird, spielt dieser Anspruch bei LUHMANN keine Rolle mehr. Er zieht aus dem Wertskeptizismus der Gegenwart radikalere Konsequenzen und gibt die Vorstellung materieller Legitimation von Recht ganz auf. Legitimation ist insofern bei LUHMANN nur noch eine Funktion des System: das System produziert Legitimation, Massstäbe der Legitimität lägen dem Rechtssystem nicht voraus.

Nach der autopoietischen Wende in den achtziger Jahren formuliert LUHMANN seine These noch schärfer.¹⁵ Ausgangspunkt der Begründung dieser These ist ein Paradox im technisch-systemtheoretischen Sinne, also eine Situation, in der etwas notwendig zu gleich p und nicht- p ist.¹⁶ Laut LUHMANN gibt es keine inhaltlichen Massstäbe für die Lösung von Rechtsfällen, da es letztlich an gültigen Massstäben für jede Interpretation von Normen fehle. Hier existierten so wenig objektive Kriterien wie auf dem Niveau von Wertfragen insgesamt. Damit ergebe sich das Pa-

¹¹ HABERMAS, Faktizität (FN 10) 238 ff.; GÜNTHER KLAUS, Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt am Main 1988.

¹² HABERMAS, Faktizität (FN 10) 292 ff.

¹³ HABERMAS, Faktizität (FN 10) 238 ff.

¹⁴ LUHMANN NIKLAS, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main 1983.

¹⁵ Vgl. LUHMANN NIKLAS, Soziale Systeme, Frankfurt am Main 1984.

¹⁶ Vgl. LUHMANN (FN 15) 59.

radox, dass die Rechtsprechung das Unentscheidbare entscheiden müsse.¹⁷ Er betont dabei, dass es sich um Unentscheidbares handelt, nicht nur Unentschiedenes, weil es um mehr gehe als ein noch nicht Entschiedenes, nämlich um die Unmöglichkeit, wirklich begründet zu entscheiden.

Der Vorzug von LUHMANN'S Theorie ist auch an dieser Stelle ihre Unerschrockenheit. Er zieht die skeptischen Konsequenzen, die andernorts nur angedeutet, aber nicht nachdrücklich formuliert werden. Die Gerichtsbarkeit wird – so LUHMANN – wegen dieser Aufgabe zu nichts weniger als dem Kern des Rechtssystems. Die Gerichtsbarkeit hat die Aufgabe, die Operation zu vollziehen, die LUHMANN entparadoxieren nennt. Das Paradox der Entscheidung des Unentscheidbaren wird aufgelöst, indem Gerichte trotz der Unentscheidbarkeit entscheiden und sogar entscheiden müssen, weil sie die Entscheidung rechtlich aufgrund des Justizverweigerungsverbots nicht versagen dürfen.¹⁸

LUHMANN fasst zusammen:

„Eine Entscheidung ist nach all dem ein Paradox, das sich selbst nicht thematisieren, sondern allenfalls mystifizieren kann. Autorität, Dekoration, Begrenzung des Zugangs zum Geheimnis, Texte, auf die man sich beziehen kann, Auftritt und Abtritt des Gerichts – all das tritt an den Platz, an dem verhindert werden muss, dass das Paradox der Entscheidung erscheint und damit verrät, dass die Voraussetzung, es könne *mit Recht* über Recht *und* Unrecht *entschieden* werden, ebenfalls eine Paradoxie ist und dass die *Einheit des Systems* überhaupt nur als Paradox beobachtet werden kann.“¹⁹

Die Entscheidung des Gerichts kann sich nicht selbst thematisieren, weil damit ihr Paradox – die Entscheidung des Unentscheidbaren – offenbar würde. Stattdessen muss die gerichtliche Entscheidung ihren dezisionistischen Kern verhüllen – durch „Autorität, Dekoration, Begrenzung des Zugangs zum Geheimnis“ – also die Gestaltung der Gerichtsbarkeit als Experteninstitution mit hohen Zugangsbarrieren, die mit schwer zugänglichen Texten arbeitet, auf die man sich bei der Entscheidung beziehen kann. Auch der „Auf- und Abtritt des Gerichts“ als *pars pro toto* für die Gestaltung, das autoritätsgebietende Wie der Entscheidung von der Gerichtsarchitektur bis zur Berufskleidung der Richter erfüllt diese Funktion.

Diese Notwendigkeit des Mystifizierens besteht, weil das System nicht zulasse könne, dass das Paradox der Entscheidung sichtbar, dass deutlich werde, dass es gar keine wirklichen Gründe für die Entscheidung gebe, dass nicht berechtigt über Recht und Unrecht entschieden werden könne, da Recht und Unrecht eigentlich

¹⁷ LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993, 308.

¹⁸ LUHMANN (FN 17) 310 ff.

¹⁹ LUHMANN (FN 17) 309 (Herv. i. Org.).

jenseits des Systems gar nicht unterschieden werden könnten, ein weiteres Paradox, dass ebenfalls mit dem Mangel an materiellen Massstäben zu tun hat.

Das Verfahren legitimiert also, indem es mystifiziert. Hinter der Legitimation durch Verfahren steht die Mystifikation durch Verfahren, die die Grundlosigkeit des Entscheidens verbirgt.

Mit dieser These weht einem der frostige Wind der systemtheoretischen Kernideen ins Gesicht. Der Traum, der Jahrtausende von Rechtszivilisation befeuert hat, so lautet die Botschaft, ist ausgeträumt. Die Theorie hat hinter die Fassaden des Rechts geschaut und hat seine Wahrheit ans Licht gebracht. Das Recht ist nicht auf den festen Fundamenten von verteidigbaren Rechtsideen gebaut, vielleicht heute durch Grundrechte konkretisiert, es gibt keine Gründe für die Unterscheidung von Recht und Unrecht jenseits der Operationen des Systems, der Programme, die diese Codierung festlegen.²⁰ Entsprechend gibt es keine Massstäbe, um eine richtige Entscheidung eines Gerichts von einer falschen objektiv zu unterscheiden. Die Gerichtsbarkeit tut so, als gebe es solche Massstäbe, weil sie so tun muss, um die Operationen des Rechtssystems zu vollziehen, das ja annimmt, es gebe Gründe zu entscheiden. Diese Gründe werden aber erst durch die Operation des Entscheidens erzeugt: „Mit dieser Paradoxieentfaltung wird jedoch das gesamte Recht als kontingent, also als positiv postuliert, und die Formulierung der Ausgangspunkte der Prinzipien oder Rechte oder Werte dient lediglich dazu, dies zu verschleiern.“²¹ Um diese systemnotwendige Illusion zu erzeugen, brauch es Hilfsmittel: Ein wichtiges Hilfsmittel ist das Verfahren, das der nackten Wahrheit den erträglichen Mantel des Scheins umwirft, sie mystifiziert, den Eindruck erweckt, der eingangs geschildert wurde: Dass Verfahren etwas ganz anderes bewirken als Mystifikation, nämlich der Durchsetzung von materiellem Recht dienen und gleichzeitig selbst bestimmte Rechtswerte schützen.

Die Systemtheorie führt also zu einer radikalen Neubeschreibung der Welt des Rechts. Ihre zentralen Ansprüche auf Begründbarkeit, auf wissenschaftliche Fundamente brechen zusammen. Solche Ansprüche bilden nichts als Selbstbeschreibungen des Systems, denen keine Realität entspricht.²² Die Arbeit am Zivilprozessrecht bedeutet beispielsweise aus dieser Sicht nichts als Beihilfe zu diesem Mystifikationsprozess. Sie vertieft die wissenschaftliche Aura um die Entscheidungen der Gerichte, in dem sie das Verfahren, das zu ihr führt, systematisch und mit hohem intellektuellem Aufwand durchdenkt. Sie ist deshalb nützlich für die Verschleierung des Paradoxes und damit für das Funktionieren des Systems, kann aber keinen Anspruch auf die Richtigkeit der normativen Prinzipien erheben, die vertreten werden.

²⁰ LUHMANN (FN 17) 165 ff.

²¹ LUHMANN (FN 17) 235.

²² LUHMANN NIKLAS, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997, 866 ff.

Das Verfahrensrecht teilt damit das Schicksal des Rechts insgesamt, das im Spiegel, den die Systemtheorie ihm vorhält, ganz andere Züge entdecken muss, als es wohl hoffte, darin zu sehen. Das Recht entbehrt jeden Sinns. Es ist nichts als das majestätische Operieren der Systeme, die keinen Halt besitzen, deren Operationen man in theoretischer Kontemplation betrachten kann, deren Gestalt und Veränderungen man aber nicht an bestimmten Massstäben messen kann.

Die Frage aus wissenschaftlicher Sicht kann nun sicher nicht sein, ob diese Analyse deshalb abzulehnen ist, weil es schwer fällt, seine ernstgemeinte Arbeit z.B. am Prozessrecht fortzusetzen, wenn man ihren Kern als Mystifikationshilfe theoretisch durchschaut hat. Wenn die Analyse zutrifft, wird man mit ihr leben müssen. Aber – trifft sie zu? Dazu will sollen einige abschliessende Bemerkungen gemacht werden.

4. Die Grenzen des Prozeduralismus

Prozeduralistische Theorie sind zu einem gewissen Grade populäre Theorien, weil sie eine elegante Lösung auf die Frage zu bieten scheinen, wie materiale Wertpositionen begründet werden können. Man räumt ein, dass materiale Legitimationstheorien unmöglich seien und ersetzt in der Variante der Diskurstheorie materiale Legitimationskriterien durch ein bestimmtes Verfahren der Einsichtsgewinnung. Diese Fassung des Prozeduralismus stösst aber schnell an eine Grenze. Ein Verfahren wie der Diskurs impliziert nämlich normative Prämissen, die selbst nicht das Produkt des Verfahrens der Konsensbildung sein können, weil sie dies Verfahren allererst konstituieren. Im Fall der Diskurstheorie gehört zu diesen normativen Prämissen etwa die normative Gleichberechtigung der Diskursteilnehmer. Diese aus den faktischen Bedingungen von Verständigung herzuleiten, wie dies die Diskurstheorie versucht, führt nicht zum Erfolg. Man kann sich – etwas plakativ formuliert – mit einem Sklaven ohne Selbstwiderspruch verständigungsorientiert auf ein Gespräch über eine bestimmte Thematik einlassen und ihn danach zur Arbeit aufs Feld schicken, weil sich die Verständigungsorientierung z.B. nicht auch auf seine grundsätzliche Rechtsstellung erstreckte. Wie auch andere prozeduralistische Theorien impliziert die Diskurstheorie nicht-prozedurale Voraussetzungen des Prozeduralismus.²³

Dieser Einwand kann nun – so scheint es – gegenüber der Systemtheorie nicht gemacht werden, weil sie sich normativer Aussagen enthält. Dies wäre in der Tat dann der Fall, wenn sie ganz konsistent wäre. LUHMANN jedenfalls impliziert aber durchaus normative Stellungnahmen, z.B. in einigen Bemerkungen zu Menschen-

²³ Vgl. MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 3. Aufl., Baden-Baden 2015, [zit. Rechtsphilosophie], 204 ff.

rechten, die er macht.²⁴ Nehmen wir aber an, diese Bemerkungen würden unterlassen und es bliebe beim radikalen normativen Skeptizismus.

Zunächst ist dann ein analytisches Defizit zu vermerken: Die Beschreibung verkennt die konstitutive Bedeutung der Legitimationsvorstellungen der Akteure, die mehr sind als ein kontingentes Produkt der Selbstbeschreibung des Systems. Rechtsgenossen suchen Gerechtigkeit und das ist kein Nebenaspekt der Realität des Rechts. Weiter stellt sich die Frage, die die Kernfrage der Rechtsphilosophie überhaupt ist, nämlich nach dem Fundament von bestimmten Wertungen. Hier hat sich nun das Rad der Theorie weitergedreht und über den Skeptizismus der Systemtheorie (und andere derartige Theorievarianten) hinausgeführt.

Zu den menschlichen Erkenntnismöglichkeiten gehört aus dieser Sicht ein praktisches Urteilsvermögen, traditionell praktische Vernunft genannt. Diese praktische Vernunft kann theoretisch nicht in bestimmten metaphysischen Formen verteidigt werden. Sie kann auch nicht in so zwiespältigen Zwischenformen wie bei Kant, wo sie zwischen Metaphysik und Psychologie hin- und her schwankt, gefasst werden. Die Frage, die aber die Forschung stellt, ist, ob man die traditionelle Idee der praktischen Vernunft nicht mit den Mitteln der modernen Theorie des menschlichen Geistes rekonstruieren kann und zwar ganz und gar ohne Metaphysik. Das ist eines der Forschungsperspektiven, die die kognitionswissenschaftliche Revolution der letzten Jahrzehnte stellt, allerdings, dies sei hinzugefügt, in konzeptionell durchaus anderer Weise als es bestimmten Strömungen der Hirnforschung erscheint. Wie hier die Einzelheiten aussehen könnten, ist ein Objekt interessanter Überlegungen.²⁵ Für unseren Zusammenhang genügt es festzustellen, dass es interessante und plausible theoretische Ansätze gibt, die die Idee der praktischen Vernunft zu rehabilitieren.

Damit ist ein erster Schritt gemacht, um auf die skeptische Herausforderung der Systemtheorie zu reagieren. Es ist schlicht unzutreffend, dass Recht von Unrecht nicht unterschieden werden könnte, dass Gerechtigkeit nur eine beliebig auffällbare „Kontingenzformel“ sei.²⁶ Es ist nicht überzeugend anzunehmen, ein Programmierung des binären Codes Recht und Unrecht im Sinne des Nationalsozialismus sei ebenso plausibel wie eine Programmierung im Sinne der Menschenrechte. Auch auf der Ebene der alltäglichen juristischen Arbeit gibt es selbstverständlich Massstäbe für überzeugendere und weniger überzeugendere Entscheidungen – es ist Geschäft der Rechtswissenschaft, solche Entscheidungen mit dogmatischer Arbeit vorzubereiten. Schliesslich ist das Verfahren mehr als ein grossangelegter Mechanismus der Tarnung der Willkür der Entscheidung. In einem Moment des Zynismus mag man mit der Idee kokettieren, das Verfahren der

²⁴ LUHMANN (FN 17) 555 f.

²⁵ Vgl. zu einigen Anmerkungen MAHLMANN (FN 23) 361 ff.

²⁶ LUHMANN (FN 17) 214 ff.

Mystifikation der Willkür des Entscheidungsprozesses dienen. Wenn man aber an ernste Probleme und konkrete historische Beispiele denkt, verfliegt dieser Zynismus schnell. Es geht bei der Verfahrensgestaltung um viel, und man sollte mit diesem Gegenstand nicht theoretisch spielen. Neben instrumentellen Werten eines gelungenen Verfahrens wurde auf andere Werte hingewiesen – etwa die Verfahrensgerechtigkeit oder eben auch den Kernwert moderner Rechtsordnungen, nämlich die Würde der Menschen und der Schutz ihrer autonomen Subjektivität.

Vielleicht gibt es Lebensformen, für die der Schutz der Subjektstellung allgemein und gerade im gerichtlichen Verfahren kein Rechtsgut bildet. Eine menschliche Lebensform bilden sie nicht. Für Menschen kommt alles darauf an, in ihrer Subjektivität geschützt zu werden und an diesem Ziel wirkt das Verfahrensrecht mit. Wie die genannten Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, kann es sogar ein Vorreiter von Rechtsbegriffen sein, die es mit der Subjektivität und damit der Würde der Menschen ernst meinen.