

I.

Die Rechtswissenschaft im System der Wissenschaften

Rechtsprechung als Wahrmacher – Eine vertrauensorientierte und pragmatische Konzeption von Wahrheit im Recht

Markus Abraham

Was haben die Universitäten Harvard, Freiburg und Delhi, die Sophia Universität in Tokyo, die Bilkent Universität in Ankara, die Renmin Universität in Peking sowie das Downing College in Cambridge und die Wycliffe Hall in Oxford gemein? Richtig: Überall dort kann man Rechtswissenschaft studieren. Worauf ich hinaus will, ist allerdings diese Gemeinsamkeit *in Zusammenschau* mit einer weiteren, und zwar einer Gemeinsamkeit, die in den Wahlsprüchen der aufgezählten Institutionen liegt: sämtliche Institutionen geben als ihre Devise *Wahrheit* aus.¹ In Freiburg prangt etwa auf dem Kollegiengebäude in goldenen Lettern: „Die Wahrheit wird euch frei machen“.² Also: Rechtswissenschaft und zugleich Wahrheitssuche, Recht und Wahrheit: Passt das zusammen?

Wahrheit auf der einen Seite und die Suche danach werden mit Wissenschaftlichkeit verknüpft. Recht auf der anderen Seite wird von denen, die meinen, dass es mit der Wissenschaftlichkeit nicht weit her ist, in Verbindung mit Rhetorik gebracht, Rhetorik in einem pejorativen Sinn.³ Von dort springt man zum wiederum pejorativ gemeinten Anwurf der Sophisterei,

1 Hier (teilweise) in Übersetzung ins Englische/Deutsche: Harvard Universität („Truth“), Universität Freiburg („Die Wahrheit wird euch frei machen“), Universität Dehli („Dedicated to the Truth“), die Sophia Universität in Tokyo („The Light of Truth“), Bilkent Universität in Ankara („Truth“), Renmin Universität („Seeking Truth from Facts“), Downing College in Cambridge („Seek the Truth“), Wycliffe Hall in Oxford („The Way, the Truth and the Life“). Zumeist ist die Devise dabei in der latinisierten Fassung zu finden als *veritas*.

2 Siehe zur interessanten Entstehungsgeschichte *Kaiser*, Wahrheit, S. 47, insb. 77, der die testamentarische Bezugnahme auf Joh 8,32 gerade in Abgrenzung zur Theologie rekonstruiert.

3 Die Rhetorik verdient freilich der Verteidigung vgl. nur Viehweg, Rhetorische Rechts-theorie, S. 204 f. und passim; zur Verwandtschaft mit dem Recht, Simon, Rhetorik, S. 201 insb. 221 ff. Zum rhetorischen Aspekt bei der Rechtserzeugung vgl. die Analyse von Rike Sinder in diesem Band.

also der Kunst, mit Tricks das schwächere Wort zum stärkeren zu machen.⁴ Im Recht gehe es, so das Fazit der so Denkenden, nicht um Suche nach Wahrheit, sondern das Recht bilde ein Spielfeld für Manipulation. Auch die Kontingenz der Rechtsinhalte lässt es als unmögliches Unterfangen erscheinen, Wahrheit im Recht zu finden: denn, gibt es irgendeinen Sinn, in dem sich etwa die Regeln zur Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern als *wahr* bezeichnen lassen? Gibt es bei einer beantragten Baugenehmigung eine Entscheidung, die *wahr* ist? Gibt es eine *wahre* Auslegung des schweren Raubes nach § 250 StGB?

Im Vergleich zur Rechtswissenschaftlerin hat es die Naturwissenschaftlerin vermeintlich leichter. Sie könnte etwa Folgendes behaupten: „Wahrheit? Wahr ist, wenn ich mit Hilfe meiner geeichten Messgeräte sehe, dass sich das Elektron unter den Umständen U bewegt, es viele meiner Kolleginnen und Kollegen, die ebenfalls zuverlässige Beobachtende von Elektronen sind, in Reproduktion des Versuchsaufbaus diese Bewegung gleichermaßen feststellen. *Dann* lässt sich sagen: es ist wahr, dass sich das Elektron unter Umständen U bewegt. *Das ist Wahrheit.*“

Vielleicht fühlt die ein oder der andere sich herausgefordert, auch hier die Gewissheit zu erschüttern. Nicht nur dass es Illusion sei, dass sich die Beobachtende aus dem Erkenntnisvorgang neutralisieren lasse, dass sich also das Subjekt vom Objekt der Erkenntnis klar trennen lässt.⁵ Entgegenhalten ließe sich auch, dass selbst in den Bereichen der Naturwissenschaften sichere Wahrheiten ungewiss werden können. Denken wir nur an die berühmte Erkenntnis, dass einerseits als wahr behauptet wird, dass Elektronen – insgesamt: Objekte der Quantenphysik – Wellen sind, und daher als Wellen an verschiedenen Orten präsent sind, und zugleich als wahr behauptet wird, dass Elektronen Teilchen sind, also nur an einem bestimmten Ort präsent sind.⁶ Man wird aber auch entgegnen können – und das ist vielleicht der einfachste, deswegen allerdings nicht unrichtige Einwand – dass das Signum der Wahrheit in unterschiedlichen Kontexten auch Verschiedenes bedeuten kann. Und diese Antwort möchte ich im Folgenden für das Recht ein Stück weit ausbuchstabieren.

Dazu werde ich zunächst meinen Referenztext pointieren, Ulfrid Neumanns *Wahrheit im Recht* (I.). Den Ausgangspunkt meiner eigenen Kon-

4 Auch die Sophisten verdienen eine differenzierte Analyse, siehe *Zehnpfennig*, Sophist, 53, 55 ff.

5 Vgl. auch zur – verwandten – Illusion, dass ordnende Tätigkeit in einem starken Sinne objektiv sein kann, den Beitrag von *Kristina Peters* in diesem Band.

6 Vgl. zum Welle-Teilchen-Dualismus *Weidlich*, Grundkonzepte, S. 286 und insg. 266 ff.

zeption zur Wahrheit im Recht wird dann eine Beobachtung von *John Locke* bilden, die ich interpretieren und formalisieren werde (II.). Dann präsentiere ich den Kern meiner Konzeption von Wahrheit, die ich als vertrauensorientiert und pragmatisch bezeichnen möchte (III.) und arbeite vier Faktoren heraus, die in unserem Rechtssystem die Wahrscheinlichkeit von Wahrheit steigern (IV.). Abschließend diskutiere ich, was das Vorschlagene für Konsequenzen hat (V.).

I. *Ulfred Neumann: Wahrheit als regulative Idee*

In *Wahrheit im Recht*⁷ argumentiert *Ulfred Neumann*, dass prinzipiell durchaus Raum für Wahrheit im Recht existiere – zumal Recht aus Aussagen besteht, und Aussagen ohne Weiteres wahrheitsfähig sind. Wann aber, so formuliert *Neumann* seine Frage, ist eine rechtliche Aussage wahr? Um das herauszufinden, analysiert er die gängigen Wahrheitskriterien: Wahr ist eine Aussage, die mit der Welt übereinstimmt, die innersprachlich richtig ist, die konsentiert ist, die kohärent ist, die begründet ist.⁸ Letzteres, die Begründbarkeit, hält er für das plausibelste Kriterium für Wahrheit.⁹

Gleichwohl führt das zur Absage an die Wahrheit. *Neumann* stellt die aus der Fallbearbeitung nur allzu vertraute Erfahrung heraus, nämlich dass ich zum einen oder zum anderen Ergebnis gelangen kann, je nachdem welche Kategorie des Auslegungskanons ich betone. So lässt sich etwa „der“ Wortlaut einer Regelung gegen „das“ Telos ausspielen – oder umgekehrt.¹⁰ Angesichts des Umstands, dass sich das relative Gewicht von Argumenten nicht eindeutig bestimmen lässt, es an einer Hierarchisierung von Argumenten und Methoden fehlt, kommt *Neumann* zum Schluss, dass es im Recht keine eindeutigen Regeln zur Ermittlung der Begründetheit gibt.¹¹ Vielmehr gibt es nur Vertretbarkeit. Auch die Vorstellung von der einzigen richtigen Entscheidung könne nicht helfen. Erstens sei *Dworkins* Richter

7 *Neumann*, Wahrheit im Recht. Für eine konzise Rekonstruktion siehe *Schulz*, ZIS 2007, 353, 355 ff.

8 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 14 ff. mit zahlreichen Nachweisen. Vgl. zu Wahrheitstheorien und dem Recht auch den Überblick (mit Fokus auf Jürgen Habermas und Arthur Kaufmann) *Deckert*, ARSP 1996, 43, 47 ff.

9 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 29 f.

10 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 31.

11 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 33 ff.

Herkules¹², der allen Argumenten und Prinzipien den exakten Stellenwert zuweisen kann, kein Argument, sondern die Reformulierung des Problems durch Metapher. Zweitens sei es angesichts einer auf pluralistischen Wertvorstellungen fußenden Gesellschaft offenkundig, dass die Vorstellung der einzigen richtigen Entscheidung – versteht man sie ontologisch – nicht zu halten ist.¹³

Die Idee der Wahrheit im Recht muss also der Einsicht weichen, dass mehrere Entscheidungen vertretbar sind. Wenn auch auf erkenntnistheoretischer Ebene unhaltbar, sei die Figur der einzigen richtigen Entscheidung gleichwohl nicht zu verabschieden: Sie sei – hier wechselt *Neumann* explizit von der „rechtstheoretischen“ zur „rechtspraktische[n]“ Ebene – durchaus sinnvoll, nämlich als regulative Idee.¹⁴ *Neumann* hebt hier zwei Aspekte hervor. Der erste praktische Aspekt betrifft ihre Funktion für die Richtenden, wenn es um die Produktion von Urteilen geht. Nur mit Hilfe der Vorstellung von der einzigen richtigen Entscheidung sei es den Richtenden möglich, die Richtigkeit *ihrer* Entscheidung zu begründen.¹⁵ Ein Urteil, das lautet, dass es ebenso gut auch anders ausfallen können, wäre sogar fehlerhaft.¹⁶

Der zweite praktische Aspekt betrifft das Verhältnis zwischen den Instanzen: Sofern die Idee der einzigen richtigen Entscheidung aufrechterhalten wird, wird dem Rechtsmittelgericht die vollständige Überprüfbarkeit der Entscheidung möglich. Sofern die Idee fallen gelassen wird, bleibt es beim vertretbaren Urteil, die Entscheidung des Ausgangsgerichts bleibt unangestastet.¹⁷ Wo nun die Grenze zwischen den beiden Fällen verläuft, wo man also das Ideal aufrechterhalte oder aber der Einsicht der Vertretbarkeit folge, dazu wisse die Rechtstheorie nichts beizutragen. Die Grenze werde vielmehr von den Bedürfnissen des Rechtssystems gezogen.¹⁸ Wozu die Rechtstheorie allerdings etwas sagen könne – und das ist eine wichtige

12 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, S. 105 ff., insb. 116 f.

13 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 38 f.

14 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 41. Ebenso *Saliger*, *Rechtsbeugung*, 138, 142 f.: „Zielvorstellung (...), die es anzustreben gilt“. Vgl. zum Terminus der regulativen Idee *Schulz*, *ZIS* 2007, 353, 357 f.

15 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 40.

16 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 41. „Der Richter muss sich nicht nur entscheiden, er muss auch den Anspruch der Richtigkeit seiner Entscheidung erheben.“ Siehe differenzierend zur Bewertung der Entscheidung, die sich dann an der Vertretbarkeit orientiert, *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 57 f.

17 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 54 f.

18 *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, S. 58.

Warnung *Neumanns* – ist der Umstand, dass das Festhalten an der Idee der einzigen richtigen Entscheidung jedenfalls dann unzulässig ist, wenn sie gegen die Bürgerinnen und Bürger gewendet wird, nämlich deren Rechte verkürzt. Wer nämlich eine Rechtsaussage als wahr betrachtet, der kann auf den Gedanken kommen, diese Rechtsaussage rückwirkend anzuwenden, da sie ja schon immer wahr war, lediglich bislang nicht richtig erkannt wurde. Dass diese Gefahr tatsächlich besteht, zeigt *Neumann* am Beispiel der Rechtsprechung zu den Grenzwerten für die Fahruntüchtigkeit.¹⁹

Der praktische Einsatz der Figur der einzigen richtigen Entscheidung mache die Rechtswissenschaft nicht nur zur Warnerin vor derartigem Missbrauch. Ihr komme weiterhin umfassend die Rolle als Kritikerin zu. Daran ändere auch die Einsicht nichts, dass die These der einzigen richtigen Entscheidung unhaltbar sei. Die Einsicht führe nicht etwa dazu, dass sich die Rechtswissenschaft, wie *Kelsen* das im Sinn hatte,²⁰ auf die „rein erkenntnistümliche Feststellung des Sinns von Rechtsnormen“ beschränken müsse, sich der Kritik der Urteile hingegen zu enthalten habe.²¹

Neumanns Diagnose zur Frage nach Wahrheit im Recht, die bei ihm in Gestalt der einzigen richtigen Entscheidung auftritt, fällt also verhalten aus: Wahrheit im Recht ist nichts anderes als eine Orientierung vermittelnde Annahme, oder vornehmer: eine regulative Idee. Zum einen ist sie ein psychologischer Trick, mit dessen Hilfe es der Richterin überhaupt möglich wird, ihre Entscheidung als „die richtige“ auszuweisen; zum anderen eine Spielmarke, die den Rechtsmittelgerichten mehr oder weniger Zugriff auf Entscheidungen untergeordneter Gerichte einräumt.²² Wahrheit im Recht, so die ernüchternde Erkenntnis, ist eine epistemisch unhaltbare, höchstens rechtspraktisch hilfreiche (aber auch missbrauchsanfällige) Fiktion.

19 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 60 ff. Und weiteres Beispiel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur beweglichen Zuständigkeit auf S. 59.

20 Unter Rekurs auf *Kelsen*s Unterscheidung der Interpretation als Erkenntnisakt einerseits und Willensakt andererseits (*Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 604 ff. [Originalpaginierung S. 350 ff.]), die dieser der Rechtswissenschaft einerseits und den Behörden/Gerichten andererseits zuweist. *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 49 f.

21 Das liegt nach *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 51 daran, dass sich die Kritik der Rechtswissenschaft nicht unmittelbar gegen Entscheidungen richtet (richterliche Entscheidungen wären abgesehen von Fragen der Spielraumüberschreitung tatsächlich nicht kritisierbar, S. 52), sondern gegen deren Begründung.

22 Beide Thesen über das Zustandekommen von Urteilen leuchten ein – und es wäre spannend, ob sie rechtssoziologisch bestätigt würden.

II. John Locke's native Truth und deren Formalisierung

Lässt sich das auch anders sehen – ist eine andere Ansicht zur Wahrheit im Recht vertretbar? Wenngleich ich *Neumann* in den allermeisten Punkten zustimmen würde,²³ möchte ich doch eine affirmativere Position zur Wahrheit im Recht vorschlagen. Mein Ausgangspunkt ist eine Stelle in John Lockes *Second Treatise of Government*. Zugegeben ist *Locke* dort als Theoretiker des Gesellschaftsvertrags mehr mit dem Phänomen politischer Autorität beschäftigt und weniger mit der Analyse von Wahrheit. Doch der Ansatzpunkt der Gesellschaftsvertragstheorien, über die sozialen Verhältnisse unter Verwendung minimaler Voraussetzungen nachzudenken, nicht im Sinne der Erfassung der historischen Phänomene in ihrer Entwicklung, sondern im Modus des Modellhaften,²⁴ ist gleichwohl auch für die Frage der Wahrheit attraktiv. Attraktiv erscheint mir ebenfalls die methodische Weichenstellung, mit den einzelnen Akteuren zu beginnen und alles Weitere an diese zurückzubinden.

In der Passage, die ich hier hervorheben möchte, geht es *Locke* vornehmlich darum, dass Verpflichtetheit nicht erst dann entstehen kann, wenn ein Staat, also ein institutionalisierter Raum existiert. Doch *Locke* spricht hier nicht nur von der verpflichtenden Kraft von Aussagen, sondern er spricht zugleich von deren Status, *wahr* zu sein. *Locke* schreibt:

„The promises and bargains (...) between a Swiss and an Indian, in the woods of America, are binding to them, though they are perfectly in a state of nature, in reference to one another. For *truth* and keeping of faith belong to men as men, and not as members of society.“²⁵

Nicht nur wird hier also der bemerkenswerte Vorgang beschrieben, wie aus Sprache Normativität entsteht, nämlich proto-rechtliche Bindung. *Locke* bringt die Gebundenheit und Verpflichtetheit der Akteure hier sogar mit Wahrheit in Zusammenhang. Wahrheit sei ein Konzept, das den Menschen

23 Etwa was den Status der Figur der einzige richtigen Beschreibung des Richters Herkules als bloße Reformulierung des Problems angeht oder was die Begründung als ein wesentlicher Bestandteil von Wahrheit betrifft.

24 Vgl. zum Erklärungswert der Gesellschaftsvertragstheorien *Bung*, Gesellschaftsvertrag, 63, 64.

25 *Locke*, Second Treatise, S. 7 (Nr. 14) (Hervorhebung von mir). Der Umstand, dass indigene Völker freilich nicht selten durch Invasoren aus kolonialisierenden Nationen zu für sie unvorteilhaften Verträgen genötigt wurden, sei hier nur markiert. Mir geht es lediglich um das modelhafte Bild zweier Akteure, die sich ohne staatliche Kontrolle gegenüberstehen.

ganz ursprünglich zukommt, ganz einfach aufgrund ihrer Eigenschaft, Mensch zu sein. „Ich schulde dir Gegenstand r“ ist demnach eine Aussage, die potentiell an der Wahrheit teilhat.

Warum und in welchem Sinne ist eine solche Aussage wahr? Sie ist deswegen wahr, weil sie im modelhaften Beispiel des Vertrages in einer gemeinsam als gegeben angesehen Welt allseitig als zutreffend angesehen wird. Sie ist also in dem Sinne wahr, dass alle Akteure (hier: Der Schweizer und die Indianerin) sämtliche Verpflichtungen wollen, die eigenen und die des anderen. Diese Annäherung des Wahrheitsbegriffs an das Glauben an die gemeinsam konstruierte Welt, also das Vertrauen in das gemeinsam Unterstellte, wird deutlich durch Lockes Nebeneinandersetzung von *truth* und *keeping of faith*, also von Wahrheit und Glauben-Schenken. Truth wird hier zu einem Set von normativen Aussagen, auf das beide Akteure vertrauen können, auf das sie sich verlassen können. Dies ist nebenbei bemerkt, eine Bedeutung, die mir mit Blick auf den altenglischen Ursprung von Truth, nämlich *triew-an* im Sinne von „treu sein“,²⁶ ganz plausibel erscheint.

Wie die Wahrheit des Normativen ins Spiel kommt, lässt sich mit Hilfe der Aussagenlogik klarmachen.²⁷ Dazu konkretisiere ich das Beispiel ein wenig, gehe nämlich davon aus, dass eine Partei bereits in Vorleistung gegangen ist: A hat also B bereits den Tauschgegenstand übergeben.

Es lässt sich nun zeigen, dass die Wahrheit von Bs Verpflichtung darauf beruht, dass beide Akteure drei Aussagen für wahr erachten. Zunächst handelt es sich um zwei Konditionale: Nämlich As Erklärung, bereit zu sein, B den Gegenstand s für den Fall zu geben, dass B ihr den Gegenstand r gibt. B erklärt umgekehrt, dass er A den Gegenstand r geben will, falls A ihm den Gegenstand s gibt. Die dritte Aussage ist die, dass A B den Gegenstand s tatsächlich gegeben hat. Die von beiden Akteuren jeweils für wahr gehaltenen Aussagen lassen sich folgendermaßen formalisieren.²⁸

26 Köbler, Altenglisch, S. 512.

27 Es handelt sich im Folgenden nicht um einen Beweis im streng logischen Sinn.

28 Die Formalisierung dient der Veranschaulichung und Plausibilisierung, es handelt sich dabei nicht im strengen Sinn um einen Beweis mittels Aussagenlogik. Denn das hier als Konditional dargestellte Verhältnis ist kein Konditional im Sinne der Aussagenlogik („Wenn X der Fall ist, dann ist Y der Fall“), sondern eines im Sinne des praktischen Schließens („Wenn X der Fall ist, dann werd‘ ich ihm Gegenstand s geben“), die Realität des Konsequens ist also vom Wollen und Tun desjenigen abhängig, der das Konditional behauptet.

- (1) B gibt A Gegenstand r (=X) → A gibt B Gegenstand s (=Y)
- (2) A gibt B Gegenstand s (=Y) → B gibt A Gegenstand r (=X)
- (3) A gibt B Gegenstand s (=Y)

Da es sich bei (1) und (2) um spiegelbildliche Konditionale²⁹ handelt, lassen sie sich zu einem Bikonditional³⁰ zusammenfassen, so dass, nimmt man die Wahrheitsvorstellungen beider zusammen, folgende Darstellung entsteht:

- (1) A und B erachten als wahr: $X \leftrightarrow Y$ [*ist genau dann der Fall, wenn*]
- (2) A und B erachten als wahr: Y

Aus diesen beiden Aussagen folgt, dass beide auch folgende Aussage als wahr erachten:

- (3) Also: A und B erachten als wahr: X soll eintreten³¹

Der Umstand, dass beide Akteure an das Bikonditional sowie die Herbeiführung des Antezendens³², einer aus dem Bikonditional ableitbaren Konditionale als wahr erachten, führt dazu, dass der Eintritt des zugehörigen Konsequenz von beiden als *in Folge des als gemeinsam als wahr Erachteten* als wünschenswerter Zustand der Welt angesehen wird: „Wir wollen beide, dass *X ist der Fall* eintritt“. Oder anders ausgedrückt: „Es ist wahr: *X ist der Fall* soll sein!“

In der geschützten Situation des Modells zeigt sich also, wie aus einem gemeinsamen Wollen (in Bezug auf ein Bikonditional) und aus der Herbeiführung des Falls, der eine Seite des Bikonditionals bildet, die Wahrheit des normativen Satzes entsteht. Die Wahrheit der normativen Aussage liegt also im gemeinsamen Wollen von Konditionalen und dem gemeinsamen Wissen, dass eine Bedingung herbeigeführt wurde. Die Wahrheit im Recht liegt in den Köpfen der Akteure, genauer in deren gleichgerichtetem, kollusivem Für-wahr-Halten.

29 Vgl. zur Verwendung der logischen Operatoren *Lemmon, Logic*, S. 1 ff.

30 Die Definition des Bikonditionals ist, dass die Aussagen auf beiden Seiten des Bikonditionals denselben Wahrheitswert haben, d.h. beide wahr oder beide falsch sind. *Lemmon, Logic*, S. 70 und allgemein zum Bikonditional S. 28 ff.

31 Es entsteht ein Delta, zwischen dem, was die Akteure nach ihrem Wissens-Konto für-wahr-halten müssen (nämlich: X) und dem Zustand, wie sich die Welt verhält (nämlich: non-X).

32 Antezedens bezeichnet den vorderen Teil eines Konditionals, also die Bedingung. Konsequenz bezeichnet dann den hinteren Teil eines Konditionals, also das Ereignis, das bei Eintritt der Bedingung folgt. Vgl. *Lemmon, Logic*, S. 7.

Schon durch das von *Locke* gewählte Beispiel wird deutlich, dass die betrachtete, normative Wahrheit eine soziale ist, vom Vertrauen der Akteure generiert wird. Die Wahrheit im Recht ist keine, die bloß „ent-deckt“ zu werden braucht, also etwas, das nicht mehr verborgen ist. Vielmehr ist sie Wahrheit, die dadurch existiert, dass die Akteure sich ihrer gewahr sind, sie aktualisierte und gelebte Realität ist, sie nicht vergessen ist. Beide Verständnisse von Wahrheit, das Nicht-Verbogene und das Nicht-Vergessene, lassen sich interessanter Weise im Begriff der $\alpha\lambda\eta\theta\epsilon\alpha$ finden: Wahrheit als Un-Verhülltes³³ und Wahrheit als Un-Vergessenes.³⁴ Während man geneigt ist, Wahrheiten in den Naturwissenschaften der ersten Vorstellung zuzuschlagen, folgt die Wahrheit im Recht in ihrem Kern der zweiteren Vorstellung.

III. Die pragmatische Rolle der Gerichte

Was in der Modellsituation des Tauschvertrags so nahe lag, die Wahrheit normativer Aussagen, also die geteilte Sicht auf die Situation von Verpflichtetheit, wird schnell ungewiss. Um sich das klarzumachen, braucht es nicht erst des Hinweises auf die Differenziertheit moderner Rechtssysteme, wie spezielle Konstruktionen – Vorbehalte, Sicherungsinstrumente – oder verfassungsrechtliche Auswirkungen auf Privatrechtsgeschäfte, die einen einfachen Vertrag zu einem schwer durchschaubaren Konstrukt machen. Es genügen vielmehr geringfügige Modifikationen der Geschichte, wie sie aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch vertraut sind: Was ist, wenn die Parteien des Tausches unter der Bezeichnung des Gegenstandes nicht ein und dasselbe verstehen? Was, wenn die eine Partei gar nicht vorhatte, zu leisten? Was, wenn eine Partei bloß vorgab, über einen Gegenstand verfügen zu können oder zu dürfen? Was, wenn Uneinigkeit darüber besteht, ob der eine Vertragsteil nun den seinen Teil der Vereinbarung tatsächlich erfüllt hat? Das, was gemeinsam für wahr gehalten wurde, fällt auseinander, bricht in zwei. Aus dem gemeinsam Für-wahr-Gehaltenen wird bloß Als-wahr-Behauptetes. Diese Divergenz kann auf allen Ebenen des juristischen Syllogismus entstehen: Sachverhalt, Norm, Subsumtionsergebnis.

33 Die Vorstellung von Wahrheit als Unverborgenheit zum Ausgangspunkt nehmend Heidegger, Wesen, S. 10 f.

34 Das im Wort $\alpha\lambda\eta\theta\epsilon\alpha$ (neben dem α privativum) enthaltene $\lambda\alpha\nu\theta\acute{\alpha}\nu$ kann sowohl „verborgen bleiben“ wie auch „vergessen“ bedeuten. Zur Etymologie von unversteckt und unvergessen genauer Boisacq, Grecque, Lemma $\lambda\alpha\nu\theta\acute{\alpha}\nu$ (S. 554 f.).

Es ist durchaus möglich, dass die Akteure es aushalten, mit ihren jeweils subjektiven Wahrheiten zu leben (etwa: B meint: „A ist verpflichtet, B s zu geben“, während A meint: „A ist nicht verpflichtet, B s zu geben“). Doch wenn die Welten der Akteure kollidieren, wird es – sofern sich die Parteien nicht auf eine Sicht einigen – unumgänglich, dass die Unvereinbarkeit der Aussagen aufgelöst wird. Das kann zugunsten einer Perspektive erfolgen, oder aber auch ein Drittes sein: A ist verpflichtet, B ein halbes s zu geben. Zur Auflösung bedarf es eines Mechanismus. Wenn die Auflösung nicht durch Gewalt erfolgen soll³⁵, sind noch immer einige Optionen vorstellbar: Los, Vogelschau, Orakelspruch, Rat der Weisen, Rechtsbattle mit Abstimmung der Gemeinde und so fort. Allen erwähnten Verfahren ist gemein, dass die Auflösung einer Instanz anvertraut wird, die überparteilich ist: Zufall, Schicksal, Gottes Wille, Weisenrat, Gemeinde und so fort. Diese Instanz wird damit betraut, „künstlich“ eben das zu erzeugen, was dem *Locke'schen Modell der Wahrheit im Recht* zu Grunde lag: die gemeinsame Sichtweise auf Verpflichtetheit. Im Rechtsstaat ist die Kompetenz zur verbindlichen Auflösung der auseinanderfallenden Sichtweisen einer professionalisierten Stelle übertragen: wie sich unschwer erahnen lässt, ist das die Institution des Gerichts.³⁶

Während *Neumann* die Rolle der Gerichte, das „Wahre“ zu suchen, durchaus sieht, ist er bezüglich der Erfüllbarkeit der Aufgabe, wie gesehen, skeptisch: Wahrheit im Recht, die Idee der einzige richtigen Entscheidung sei eine Illusion, allenfalls eine praktisch sinnvolle regulative Idee.³⁷ *Neumann* lässt meines Erachtens einen Aspekt unterbelichtet, den ich den pragmatischen Aspekt nennen möchte. Die Gerichte sind nämlich in die Wahrheit im Recht stärker eingebunden als man nach *Neumanns* Analyse annehmen würde: Es ist nicht so, dass Gerichte die Rechtslage prüfen und dabei nach dem Bestbegründeten, dem einzigen Richtigen und *daher* Wahren suchen. Vielmehr sind sie in den Vorgang integriert: Das Gericht durchbricht den Diskurs der von den Akteuren vorgebrachten Kandidaten, die als wahre Aussage in Frage kommen. Es *zeichnet eine Sichtweise als die wahre aus* und macht sie somit zur allgemeinverbindlichen. Der Akt des „Als-wahr-Auszeichnens“ ist also konstitutiv für Wahrheit im Recht. Um die pragmatische Sichtweise zu pointieren: Statt zu sagen, dass das

35 Gewiss, auch das ist eine Auflösung, allerdings eine Asymmetrische.

36 Mit allseitig einsichtigen Gründen? Das kommt später hinzu: Für die Regulierung würde erst einmal genügen, dass es eine autoritative Entscheidung ist – die Nachvollziehbarkeit folgt erst aus der Idee des Spiels vom Geben und Nehmen von Gründen.

37 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 41. S. dazu näher oben bei Fn. 14.

Bestbegründete wahr ist, ist aus der pragmatischen Perspektive dasjenige wahr, das als bestbegründet *ausgezeichnet* wurde.

Der Akt des „Als-wahr-Auszeichnens“ schafft Klarheit: das als wahr Ausgezeichnete wird nun zur allgemeinverbindlichen Rechtsaussage (Tatsache, Auslegung, Subsumtionsergebnis). Und damit zur anschlussfähigen Prämisse für darauf aufbauende Akte der sozialen Praxis:³⁸ die gerichtlich festgestellte Eigentümerstellung etwa wird zur Grundlage für künftige Veräußerungsakte. Der Status, strafrechtlich unschuldig zu sein, wird Grundlage für Unterlassungsansprüche und Verleumdungsklagen.

Doch halt! Wird hier nicht Wahrheit an Autorität geknüpft? Hebt das nicht die gerichtliche Kompetenz zur Auszeichnung von Begründungen in den Himmel? Auch *Neumann* spricht diese Verbindung von institutioneller Autorität und Wahrheit im Recht an und weist sie ausdrücklich zurück.³⁹ Die Plausibilität seiner Zurückweisung liegt, wie ich meine, allerdings darin begründet, dass er den Gedanken ausschließlich in seiner radikalen Ausprägung kommentiert: nämlich in Gestalt der materiellen Rechtskrafttheorie.⁴⁰ Diese geht davon aus, dass ein Urteil qua institutioneller Autorität die materielle Rechtslage ändere. Das würde denn auch bedeuten, dass sogar ein evidentes Fehlurteil zum rechtlichen Wahren würde. Angesichts dieser Implikation ist die Vorstellung, dass Gerichte Wahrheit machen, leicht zurückzuweisen. Eine solche Theorie der materiellen Rechtskraft zu behaupten und zu behaupten, dass den Gerichten eine konstitutive Rolle für Wahrheit im Recht zukommt, sind jedoch nicht ein und dasselbe. Der Akt des „Als-wahr-Auszeichnens“ lässt sich nämlich als Beendigung des Streits über mögliche Wahrheitskandidaten begreifen, ohne dass dieser Akt auf eine willkürliche Herstellung von Wahrheit im Recht hinausläuft. Der pragmatische Akt des Gerichts, die Auswahl unter den Wahrheitskandidaten, geschieht nämlich unter der Bedingung der Beachtung von Regeln der Qualitätssicherung, zu denen ich nun komme.

38 Zur Wichtigkeit dieser Leistung des Rechts, eine für alle relevante, einheitliche Perspektive und allgemeingültige Schlussfolgerungsstrukturen festzulegen, *Abraham*, Sanktion, S. 201 f.

39 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 44 ff.

40 *Neumann*, Wahrheit im Recht, S. 44 f. Mit Hinweis (S. 44 Fn. 91) auf *Pagenstecher*, Rechtskraft, S. 305 und Weitere Nachweise. Vgl. dazu *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 334 f.

IV. Wahrscheinlich-Macher: Qualitätssicherung der Wahrheit

Die Gerichte haben nach dem hier Vorgeschlagenen von den Bürgerinnen und Bürgern also den Auftrag, eine verbindliche Perspektive zu etablieren, die der Modellvorstellung von Wahrheit im Recht, also der von allen Akteuren geteilten Sichtweise auf ihre normativen Verpflichtungen und das Vertrauen auf diese Sichtweise,⁴¹ möglichst nahe kommt. Das, was bei *Locke* nativ gegeben war, soll künstlich hergestellt werden. Um dies zu erreichen, existieren Vorkehrungen. Vorkehrungen, so könnte man sagen, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass die Auswahl einer Aussage unter den Wahrheitskandidaten möglichst dem Wahrheitsideal entspricht.⁴² Diese Faktoren möchte ich als Wahrscheinlich-Macher bezeichnen. Derartige Wahrscheinlich-Macher, die im gegenwärtigen Rechtssystem existieren,⁴³ sind uns als Juristinnen und Juristen so vertraut und selbstverständlich, dass wir ihre hier gemeinte Funktion meist nicht ins aktive Bewusstsein rufen. Ich möchte sie daher knapp zusammentragen und in eine Ordnung bringen. Nach diesem Ordnungsvorschlag lassen sich vier Arten (i bis iv) solcher Wahrscheinlich-Macher ausmachen.

Der erste Wahrscheinlich-Macher (i) besteht in der Anforderung an das Gericht, den Akt der Auswahl unter den Wahrheitskandidaten zu begründen. Das Gericht muss zum Ergebnis kommen, dass die ausgewählte Aussage wirklich methodisch begründbar ist und darüber hinausgehend, dass die ausgewählte Aussage unter den Kandidaten, die für die rechtlich wahre Aussage in Frage kommen, als die relativ bestbegründete Aussage angesehen wird.⁴⁴ Zusätzliche Anforderung ist, und das ist nur eine vermeintliche Selbstverständlichkeit, dass eine Begründung nicht nur existieren muss, sondern dass diese auch geliefert und offengelegt werden muss. Hier spielt die juristische Methodik und insbesondere der juristische Syllogismus, der zutreffenderweise nicht als Denkform, sondern als Darstellungsform zu

41 S. dazu oben bei II.

42 Beziehungsweise diejenige ist, die von allen geteilt werden müsste.

43 Damit ist nicht behauptet, dass die Wahrscheinlich-Macher, wie sie gegenwärtig ausgestaltet sind, keine Kritik verdienten (sowohl was ihre normative Ausgestaltung betrifft als auch die rechtstatsächliche Befolgung).

44 Das ist eine Anforderung, die in der gegenwärtigen Gerichtspraxis nicht beachtet wird.

verstehen ist,⁴⁵ die zentrale Rolle. Mit der Notwendigkeit der Begründung verbunden ist auch die Anforderung, für Gründe offen zu sein. Wer sich in das Spiel der Gründe begibt, muss bereit sein, solche nicht nur zu geben, sondern auch zu nehmen.⁴⁶ Hier wäre natürlich zu diskutieren, wer darüber befindet, welche Gründe zulässig sind und wie sich die Gründe zueinander Verhalten – das von Neumann⁴⁷ aufgezeigte Problem. Entscheidend ist an dieser Stelle allerdings allein, dass das Gericht Gründe für den ausgezeichneten Kandidaten und gegen die verworfenen Kandidaten liefert und in eine stringente Ordnung bringt. Die Vorkehrung der Begründungspflicht allein ist nicht in der Lage, Wahrheit im Recht zu garantieren. Sie erhöht lediglich die Wahrscheinlichkeit dafür, dass die ausgewählte Aussage wahr ist – also, dass der Auszeichnungsakt *als vertrauenswürdig angesehen werden kann*. Allerdings ist die Begründungspflicht auch nicht der einzige Wahrscheinlich-Macher – und es ist gerade das Zusammenspiel mit den anderen Faktoren, welches die Wahrscheinlichkeit weiter erhöht.

Neben die Anforderung der Begründung treten als zweiter Wahrscheinlich-Macher diejenigen Regeln, die dafür sorgen, dass der Akt der Auswahl unter den Wahrheitskandidaten aus neutraler und besonnener Perspektive erfolgt (ii). Damit meine ich vor allem den Umstand, dass die Richtenden beim Auswahlakt nicht von persönlichen Interessen geleitet, dass sie frei von Pressionen und Vorfestlegungen sind.⁴⁸ Zu diesen Regeln gehören, ich buchstabiere es hier für das Strafrecht aus, die privilegierte Rolle der Richterperson und ihre Unabhängigkeit⁴⁹, Befangenheitsregeln, die Trennung von Anklagebehörde und Gericht, aber auch flankierende Institute wie der gesetzliche Richter, das Gremienprinzip. Überdies würde ich auch die Richterausbildung und das auf Erfahrung fokussierende Beförderungswesen in der Justiz als Regeln anführen, die die Vertrauenswürdigkeit des Auswahlaktes unter Wahrheitskandidaten – und damit die Wahrscheinlichkeit von Wahrheit – erhöhen.

45 „Der juristische Syllogismus macht nicht sichtbar, was bei der Rechtsanwendung vor sich geht. Der deduktive Duktus des Gutachtenstils ist eine Darstellungstechnik.“ Bung, Syllogismus, 215, 215.

46 Brandom, Expressive Vernunft, S. 253 ff., bezugnehmend auf Willfrid Sellars. Vgl. Sellars, Empiricism, 127, 169.

47 Siehe oben bei Fn. 13.

48 Daran, dass dieses Ideal stets Gefahr läuft, verfehlt zu werden, erinnert Günther, FS Kargl, 153, 161.

49 Vgl. dazu Fischer/Kudlich, Strafgerichte, § 14 Rn. 14 ff. Dort auch zur Ablehnung wegen fehlender Unparteilichkeit, Rn. 57 ff.

Unter einen dritten Wahrscheinlich-Macher fasse ich die Regelungsinstitute zusammen, die absichern, dass die im juristischen Syllogismus verwendeten Prämissen möglichst zuverlässig sind (iii). Sie sichern also ab, dass das Gericht alle Umstände – Tatsachen und Normen⁵⁰ – kennt und zwar in möglichst unverfälschter Form. Zu dieser Gruppe der Wahrscheinlich-Macher gehören die Amtsaufklärungspflicht⁵¹, die Wahrheitspflicht der Zeugen, die Pflicht zu rechtlichem Gehör. Auch die Anwesenheitspflicht des Angeklagten in der Hauptverhandlung wird von deren Proponenten mit der Wahrheitsfindung begründet.⁵² Sogar Regeln, denen primär beschuldigten-schützender Charakter zukommt, lassen sich dergestalt lesen, dass sie dazu dienen, die vom Gericht verwendeten Prämissen abzusichern: Das Konfrontationsrecht des Beschuldigten, die Begründungsnotwendigkeit der Ablehnung von Beweisanträgen, die Vergewisserungspflicht bei der Würdigung eines Geständnisses oder der Grundsatz der Waffengleichheit. Denn sie alle tragen dazu bei, dass der gerichtliche Auszeichnungs-Akt auf einer Grundlage erfolgt, die epistemisch als gerecht⁵³ anzusehen ist, dass also die Auswahl in Kenntnis und in Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte gefällt wurde. Die Ausrichtung auf Wahrheit ließe sich sogar für § 136a StPO formulieren, der ein Beweisverwertungsverbot für erfolgte Aussagen statuiert:⁵⁴ denn das unter Folter Ausgesagte ist eben als Beleg einer Tatsache gerade nicht belastbar, taugt nicht zur Etablierung von Wahrheit im Recht.⁵⁵

Neben Begründungspflicht, Neutralität und Prämissenabsicherung, die allesamt Anforderungen an den *Prozess* der Auswahl stellen, bezieht sich der vierte Wahrscheinlich-Macher auf den Status des Ausgewählten: Zwar

50 Dies bezieht sich meist auf das Etablieren der faktischen Prämissen, kann sich aber auch auf rechtliche Prämissen, also Normen, beziehen (Rechtsexpertise aus anderen Rechtssystemen, Auslegungsexpertise aus anderen Disziplinen, etwa der Psychologie).

51 *Zabel*, Aufklärungsmaxime, § 11 Rn. 3: „Teil juristischer Kohärenzproduktion“.

52 Ob dies der Wahrheit dient? Problematisierend *Romund*, Dekonstruktion, S. 106 ff.

53 Vgl. zur Phänomenerfassung epistemischer Ungerechtigkeit umfassend *Kidd/Medina/Pohlhaus*. Epistemic Injustice. Einen konkreten Anwendungsfall für die (deutsche) Justizpraxis, nämlich die Ungleichbehandlung von Personen mit Blick auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen, findet sich bei *Bublitz*, ZIS 2021, 210, 212 ff.

54 § 136a StPO erfasst freilich nicht nur erfolgte Aussagen, sondern geht weiter. Vgl. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, Rn. 202 ff. Für das hiesige Argument genügt die vergrößernde, zugesetzte Aussage.

55 Eine Einsicht, die mit Blick auf die mittelalterliche Inquisition noch nicht so alt ist, vgl. dazu *Günther*, FS Kargl, 153, 156.

wird die ausgewählte rechtliche Aussage als wahr ausgezeichnet. Doch kommt dieser Aussage zugleich der Status zu, vorläufig zu sein (iv). Diese Vorläufigkeit zeigt sich nicht nur an der Möglichkeit, dass eine bisherige Rechtsprechung aufgegeben werden kann.⁵⁶ Die Vorläufigkeit ist vielmehr von vornherein vorgesehen. Wenngleich das gefällte Urteil einen Vertrauensvorschuss genießt, wird doch durch die Möglichkeit rechtskraft-hindernder und rechtskraft-durchbrechender Rechtsmittel deutlich, dass es sich um eine *vorläufige* Wahrheit handelt. Der Aspekt der Vorläufigkeit, der sich vor allem in der Überprüfbarkeit niederschlägt, erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Auswahl des Wahrheitskandidaten allseitig geteilt werden kann – denn das System der Rechtsmittel belegt, dass man sich der Fehleranfälligkeit Gewahr ist, über ein „Fehlermanagement“ verfügt.⁵⁷ Aber erhöht die Überprüfbarkeit nicht nur die Wahrscheinlichkeit künftiger Entscheidungen, sichert also, dass fehlerhafte Entscheidungen korrigiert werden, sondern erhöht sie auch schon die Wahrscheinlichkeit der gegenwärtigen Entscheidung? Ich würde dafür argumentieren: Die durch den Akt der Auswahl generierte Wahrheit wird stets im Bewusstsein künftig Richtender erklärt. Die Auswahl erfolgt damit im Lichte ihrer Aufhebbarkeit.⁵⁸ Das Bewusstsein um die künftig Richtenden steigert das Bemühen um eine überzeugende gegenwärtige Auswahl.

Betrachten wir die vier geschilderten Wahrscheinlich-Macher, nämlich (i) Begründung, (ii) Neutralität, (iii) Prämissenabsicherung und (iv) Vorläufigkeit, so wird klar, dass dies eben die Essentialia von Wissenschaftlichkeit sind.⁵⁹ Auch die eingangs erwähnte Naturwissenschaftlerin kann kaum mehr tun als auf derartige Wahrscheinlich-Macher hinweisen: geeichtetes Messgerät, die Eigenschaft, in der Beobachtung erfahren zu sein, die Bestätigung durch andere zuverlässige Beobachter.

Ich würde für die Sphäre des Rechts sogar so weit gehen und behaupten, dass gerade die Richterinnen und Richter diejenigen sind, die professio-

⁵⁶ Das besonders eindrückliche Beispiel wie „die Wahrheit (...) ihr Erscheinungsbild [ändert]“ liefert Seibert, FS Neumann, 397, 402 f. mit der Zuschreibung von Verantwortlichkeit gegenüber Mitgliedern verbrecherischer Organisationen wie der SS.

⁵⁷ Vgl. zum Phänomen der Fehlentscheidung (und der Verteidigung des Begriffs) den Beitrag von Nina Schrott in diesem Band.

⁵⁸ Bandom, DZPhil 1999, 355, 379 f.; dazu Christensen/Sokolowski, Neopragmatismus, 285, 299.

⁵⁹ Auch ist sich eine Naturwissenschaftlerin der Vorläufigkeit ihres Ergebnisses bewusst, wobei das von ihr Herausgefundenen nicht nur das Label „Stand der Wissenschaftlichen Erkenntnis“, sondern dasjenige der (wenn auch vorläufigen) Wahrheit verdient.

nell damit betraut sind, die Wahrheit im Recht zu suchen, in der hier verstandenen Weise als durch alle akzeptierbare, gemeinsame Sichtweise auf rechtliche Verpflichtetheit.⁶⁰ Und daher – knüpft man Wissenschaftlichkeit an Wahrheitssuche – sind sie es, die Personen der Wissenschaft *par excellence* sind. Allein der Zeitdruck und die Unfreiheit bei der Themenwahl lassen sie zu „flüchtigen und getriebenen“ Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern werden.

V. Quid novis?

Was bedeutet nun die hier entwickelte Sichtweise zur Wahrheit im Recht? Was folgt aus alledem? Ich möchte hier vier Aspekte betonen, die, wie ich meine, in einem neuen Licht erscheinen.

Erstens: *Neumann* sucht nach Wahrheit im Recht. Weil er einer Entdeckungs-Konzeption von Wahrheit folgt, kann er sie dort – und zwar mit guten Gründen – nicht finden. Vielmehr sieht er sich gezwungen, Wahrheit im Recht mit der Rolle einer „rechtspraktisch“ sinnvollen Fiktion zu bescheiden. In Abweichung dazu habe ich ein Verständnis von Wahrheit vorgeschlagen, das sich statt als Entdeckungs-Konzeption als Vertrauens-Konzeption verstehen lässt.⁶¹ Wahr ist danach nicht nur die naturgesetzliche, *a priori* Wahrheit, sondern eben auch die Vertrauen verdienende, verlässliche Realität. Wahr wird hier verstanden wie in „er ist ein wahrer Freund“ oder „wahre Liebe“. Im Recht ist dann dasjenige wahr, was unabhängige Gerichte als wahr auszeichnen. Der Grund der Verlässlichkeit liegt nicht nur darin, dass das von Gerichten Entschiedene mit Zwang durchsetzbar ist, also wahrscheinlich Realität wird. Die Vertrauenswürdigkeit, und damit der

60 Einen interessanten Fall, dass es diese gemeinsame Sichtweise auf Verbindlichkeit gibt, findet sich im Internationalen Privatrecht im Grundsatz vom Ideal vom internationalen Entscheidungseinklang. Nach diesem von Savigny (System des heutigen Römischen Rechts) eingeführten Gedanken sei Ziel des Internationalen Privatrechts, dass im Falle einer Gesetzeskollision, der Fall überall auf der Welt in gleicher Weise beurteilt wird, siehe *v. Bahr/Mankowski*, Internationales Privatrecht, § 6 Rn. 56. Diesen Hinweis verdanke ich *Bettina Rentsch*. Vgl. zur Notwendigkeit der Durchbrechung der Entscheidungsharmonie bei Wertekonflikten *Rentsch*, Eingriffsrecht, 255, 259 ff.

61 Insofern kommt dieses Verständnis einer Vertrauenskonzeption von Wahrheit im Ergebnis dem nahe, was *Jahn*, Interview, über die im Strafprozess erlangbare „möglichst plausible Version von Wahrheit“ bemerkt: „ein Ergebnis (...), das für einen objektiven Betrachter oder Leser akzeptabel ist.“

Wahrheitsbegriff, ist vielmehr rückgebunden⁶² an die Idee, dass eine rechtliche Aussage *deswegen* vertrauenswürdig ist, weil sie einer allseitig eingenommenen Perspektive entspricht. Und dass die Gerichte diese Perspektive finden, wird durch verschiedene Faktoren wahrscheinlicher: Die Notwendigkeit, die Entscheidungen zu begründen, der Unabhängigkeitsstatus der Gerichte, Regeln zur Absicherung von Prämissen und die Vorläufigkeit ihrer Urteile.⁶³

Zweitens: Nimmt man diese Perspektive auf Wahrheit im Recht ein, dass also Gerichte Wahrheit im Recht generieren, dann könnte man die Herstellung von Wahrheit als eigenes, vielleicht sogar als das zentrale Ziel der Rechtspflege ansehen. Statt Schutz und Realisierung von Rechten sowie Abwehr und Sanktionierung von Unrecht, ist wesentliches Ziel der Rechtspflege die Etablierung von Wahrheit im Recht. Ob diese Zielbestimmung lediglich eine Reformulierung, eine alternative Sichtweise oder aber eine Akzentverschiebung hin zu einer objektiven, die Interessen der einzelnen Person transzendentierenden Konzeption des Rechts ist, möchte ich an dieser Stelle offenlassen. Worauf sich der entwickelte vertrauensbasierte Wahrheitsbegriff jedenfalls festlegt, ist ein Perspektivenwechsel auf das Verhältnis von materieller und prozessualer Wahrheit: Statt „materielle Wahrheit“ als Ziel des Rechts auszugeben, das dann mit anderen Prinzipien abgewogen werden muss, etwa klassisch in der Strafprozessordnung: „Wahrheit, aber nicht um jeden Preis“⁶⁴, geht es von vornherein nicht um materielle Wahrheit, sondern stets ausschließlich um die prozessuale Wahrheit. Es geht also um die Wahrheit, die auf eine solche Weise ermittelt wurde, und solchen Gründen folgt, wie sie allen zustimmungswürdig erscheinen.⁶⁵

Drittens: Was bedeutet es, die zentrale Rolle bei der Wahrheit im Recht der Rechtsprechung zuzuweisen? Bedeutet die Hervorhebung der Judikative eine Annäherung der Wahrheit an Autorität – und droht dadurch das, was

62 Hier sehe ich eine Parallele zu Hobbes, der den Wahrheitsbegriff auf die Friedenssicherung rückbezieht, so die überzeugende Deutung von Rhonheimer, ARSP 2000, 484, 491. Die Hobbes'sche Sentenz des „Autoritas non veritas facit legem“ im 26. Buch des Leviathan ist (u.a. gegen Carl Schmitt) eben nicht als Ausdruck des Dezisionismus zu lesen, sondern Hobbes entwickelt eine „pragmatisch-politische [Theorie der] Wahrheit“, Rhonheimer, ARSP 2000, 484, 491 f.

63 Siehe ausführlich bei IV.

64 BGHSt 14, 358; dazu und zum Wahrheitsbegriff des Strafverfahrens Zabel, Aufklärungsmaxime, § 11 Rn. 13 f.

65 Beziehungsweise als Autorinnen und Autoren der Normen zugestimmt haben. Wo die Grenze dessen liegt, welche Weisen der Wahrheitsermittlung zulässig sind und welche nicht, ist die Frage einer anderen Gewalt, nämlich der Legislative.

Neumann als kritisches Potential der Wahrheit benennt,⁶⁶ nicht verloren zu gehen? Das Gegenteil scheint mir der Fall zu sein: Weil Wahrheit im Recht bei den Gerichten liegt, wird deren Unparteilichkeit und Gründe-Orientierung umso dringlicher. Wenn Gerichte zwischen Wahrheitskandidaten auszuwählen haben und dies in begründeter Weise tun müssen, wenn also die Offenheit für Begründungen konstitutiv ist für die Generierung von Wahrheit im Recht, dann wird die Orientierung der Rechtsprechung an Rechtswissenschaft unabdingbar.⁶⁷ Man könnte darin eine Zurücksetzung der Rechtswissenschaft in eine Zuliefererrolle erblicken, die im Herbeischaffen von Wahrheitskandidaten und Argumenten besteht. Stattdessen scheint mir der springende Punkt der Zentralstellung der Judikative der zu sein, dass daraus eine stärkere Öffnung der Rechtsprechung für Überlegungen aus der Rechtswissenschaft folgt. Kurz gesagt: Wer Wahrheit macht, muss Gründe hören, und mehr noch: muss sich für Gründe interessieren. Für die konkrete Begründungspraxis der Gerichte scheint mir das für eine deutlichere Auseinandersetzung mit alternativen Wahrheitskandidaten zu sprechen als sie gegenwärtig in Urteilsbegründungen praktiziert wird. Nicht nur die Begründung der gewählten Argumentationsroute wäre danach erforderlich, sondern es erscheint dann auch eine Darlegung erforderlich, weshalb das Gewählte relativ besser ist als andere Routen.⁶⁸

Viertens und letztens: Der Umstand, dass das, was geurteilt wird, als Auszeichnung von Wahrheit angesehen wird, bedeutet auch aus einem weiteren Gesichtspunkt nicht, dass das kritische Potential der Wahrheit verloren geht. Das liegt nicht nur daran, dass es jederzeit möglich bleibt, einen alternativen Wahrheitskandidaten für überzeugender zu halten. Sondern es liegt vor allem an der Rückbindung der Wahrheit an die Perspektive aller. Dies bedeutet nämlich, dass die Wissenschaft darauf hinweisen kann, dass die Rechtsprechung bei der Erzeugung von Wahrheit eben diejenige Perspektive, die sie legitimiert, verfehlt hat. Und ein solches Verfehlen kann sich in Bezug auf jeden Wahrscheinlich-Macher ergeben, wenngleich die vier Wahrscheinlich-Macher in unterschiedlichem Maße verzichtbar

⁶⁶ Neumann, Wahrheit im Recht, S. 48 ff.

⁶⁷ Zur fehlenden Wahrnehmung der *Methodik* durch die Rechtsprechung instruktiv Simon, Wertlosigkeit, S. 3 f. et passim.

⁶⁸ Alle Wahrscheinlich-Macher, die in unserer Rechtsordnung existieren, sind natürlich contingent und können verschärft oder gelockert werden. Je mehr man Wahrheit mit allseitig einsichtigen Gründen in Beziehung bringt, desto höher dürfte Grad und Ausmaß der Wahrscheinlich-Macher sein.

sind. Man kann sich ein Justizsystem ohne Rechtsmittel vorstellen⁶⁹; eines mit reduzierter Unabhängigkeit; eines, in dem Prämissen kaum überprüft werden; oder eines, in dem Entscheidungen spärlich und im Geheimen begründet werden. Jeder partielle Verzicht bei den Wahrscheinlich-Machern reduziert allerdings die Befähigung der Justiz, ihre Aufgabe zu erfüllen, nämlich eine vertrauenswürdige, weil allseitig akzeptierbare Perspektive zu etablieren. Jeder Verzicht trägt dazu bei, dass mit etwas weniger Berechtigung von der *Wahrheit im Recht* die Rede sein kann. Inwiefern bei den Wahrscheinlich-Machern unseres gegenwärtigen Rechtssystems Potential für Nachbesserung und Sensibilisierung besteht,⁷⁰ ob wir also Wahrheit nicht noch wahrscheinlicher machen sollten als wir es gegenwärtig tun, scheint mir eine diskussionsbedürftige Frage zu sein.

Literaturverzeichnis

- Abraham, Markus:* Sanktion, Norm, Vertrauen. Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart, Berlin 2018 (zitiert als: Sanktion).
- v. Bahr, Christian/Mankowski, Peter:* Internationales Privatrecht, Band I – Allgemeine Lehren, 2. Auflage, München 2003 (zitiert als: Internationales Privatrecht).
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine:* Strafprozessrecht, 16. Auflage, Heidelberg 2022.
- Boisacq, Émile:* Dictionnaire Étymologique de la Langue Grecque. Étudiée dans ses rapports avec les autres langues indo-européennes, 4. Auflage, Heidelberg 1950 (zitiert als: Grecque).
- Brandom, Robert:* Expressive Vernunft. Begründung, Repräsentation und diskursive Festlegung, übers. von Eva Gilmer und Hermann Vetter, Frankfurt a.M. 2000 (zitiert als: Expressive Vernunft).
- Brandom, Robert:* Pragmatistische Themen in Hegels Idealismus. Unterhandlung und Verwaltung der Struktur und des Gehalts in Hegels Erklärung begrifflicher Normen, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 47 (1999), S. 355–381.

⁶⁹ Zwar wäre sogar ein Gerichtssystem vorstellbar, in dem jede Entscheidung sofort letztinstanzlich ist, wenngleich dort die Funktion von Begründung erheblich reduziert wäre. Aber ein System, das trotz offensichtlicher Chance zum Irrtum keinerlei Verfahren zur Korrektur von Fehlern vorsieht, erhöht jedenfalls die Quote an Irrtümern, an Unwahrheit.

⁷⁰ Etwa die Verzerrungen von Tatsachen vor Gericht, etwa durch Fehleinschätzung der Glaubwürdigkeit von Informanten – unter Bezugnahme auf *Miranda Frickers Epistemic Injustice* – Günther, FS Kargl, 153, 162 f. Vgl. zur epistemischen Gerechtigkeit bereits Fn. 53.

- Bublitz, Christoph:* Entwicklung und Kritik der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Glaubhaftigkeitsanalyse. Epistemische Gerechtigkeit und Implikationen für Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2021, S. 210–221.
- Bung, Jochen:* Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.): Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Tübingen 2012, S. 215–225 (zitiert als: Syllogismus).
- Bung, Jochen:* Sprachperformanz als Grundlage des Gesellschaftsvertrags, in: Bülow, Lars/Bung, Jochen/Harnisch, Rüdiger/Wernsmann, Rainer, Performativität in Sprache und Recht, Berlin/Boston 2016, S. 63–77 (zitiert als: Gesellschaftsvertrag).
- Christensen, Ralph/Sokolowski, Michael:* Neopragmatismus: Bandom, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.): Neue Theorien des Rechts, 2. Auflage, Stuttgart 2009, S. 285–306 (zitiert als: Neopragmatismus).
- Deckert, Martina:* Recht und Wahrheit. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 82 (1996), S. 43–54.
- Dworkin, Ronald:* Taking Rights Seriously, London 1977.
- Fischer, Thomas/Kudlich, Hans:* Strafgerichte: Stellung, Aufgaben, Ablehnung und Ausschluss von Gerichtspersonen, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Band 7, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Heidelberg 2020, § 14 (zitiert als: Strafgerichte).
- Greco, Luís:* Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft. Grundlagen und Dogmatik des Tatbestritts, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015 (zitiert als: Strafprozesstheorie).
- Günther, Klaus:* Wahrheit und Gerechtigkeit, in: Albrecht, Peter-Alexis/Kirsch, Stefan/Neumann, Ulfrid/Sinner, Stefan (Hrsg.): Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, Berlin 2015, S. 153–164 (zitiert als: FS Kargl).
- Heidegger, Martin:* Vom Wesen der Wahrheit. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet, Gesamtausgabe, Band 34, Frankfurt a.M. 1988 (zitiert als: Wesen).
- Jahn, Matthias:* Richterliche Überzeugungsbildung, „Die Suche nach der Wahrheit wäre naiv“, in: Legal Tribune Online v. 11. Januar 2011, abrufbar unter https://www.lt-o.de/persistent/a_id/2311/, abgerufen am 15. Februar 2023 (zitiert als: Interview).
- Kaiser, Gerhard:* Die Wahrheit wird euch frei machen. Die Freiburger Universitätsdeweise – ein Glaubenswort als Provokation der Wissenschaft, in: Wenzler, Ludwig (Hrsg.): Welche Wahrheit braucht der Mensch? Wahrheit des Wissens, des Handelns, des Glaubens, Freiburg i.Br. 2003, S. 47–103 (zitiert als: Wahrheit).
- Kelsen, Hans:* Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, hrsg. von Matthias Jestaedt, Tübingen 2017.
- Kidd, Ian James/Medina, José/Pohlhaus, Gaile:* The Routhledge Handbook of Epistemic Injustice, London/New York 2017 (zitiert als: Epistemic Injustice).
- Köbler, Gerhard:* Altenglisches Wörterbuch, Gießen 1985 (zitiert als: Altenglisch).
- Lemmon, Edward John:* Beginning Logic, Indianapolis/Cambridge 1978 (zitiert als: Logic).
- Locke, John:* The Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration (1689), Mineola (New York) 2002 (zitiert als: Second Treatise).

- Neumann, Ulfrid:* Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform, Baden-Baden 2004 (zitiert als: Wahrheit im Recht).
- Pagenstecher, Max:* Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905 (zitiert als: Rechtskraft).
- Rentsch, Bettina:* Krisenbewältigung durch konstitutionalisiertes Kollisionsrecht, oder: Eingriffsrecht als integraler Bestandteil des europäischen IPR, in: Bauerschmidt, Jonathan/Fassbender, Bardo/Müller, Michael/Siehr, Angelika/Unsel, Christopher (Hrsg.): Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, Baden-Baden 2015, S. 255–300 (zitiert als: Eingriffsrecht).
- Rhonheimer, Martin:* „Autoritas non veritas facit legem“: Thomas Hobbes, Carl Schmitt und die Idee des Verfassungsstaates, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 86 (2000), S. 484–498.
- Romund, Yann:* Strafprozess und Dekonstruktion. Eine Studie zur Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung, Tübingen 2023 (zitiert als: Dekonstruktion).
- Saliger, Frank:* Rechtsphilosophische Probleme der Rechtsbeugung, in: Alexy, Robert (Hrsg.): Juristische Grundlagenforschung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel, Stuttgart 2005, S. 138–153 (zitiert als: Rechtsbeugung).
- Schulz, Lorenz:* Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2007, S. 353–361.
- Seibert, Thomas-Michael:* Wahrheit im Recht, in: Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Frank Saliger in Verbindung mit Osman Isfen, Young-Whan Kim, Shing I Liu, Christos Mylonopoulos, Juarez Tavares, Keiichi Yamanaka, Yongliu Zheng, Heidelberg 2017, S. 397–407 (zitiert als: FS Neumann).
- Sellars, Wilfrid:* Empiricism and the Philosophy of Mind, in: ders.: Science, Perception and Reality, London 1963, S. 127–196 (zitiert als: Empiricism).
- Simon, Dieter:* Recht als Rhetorik – Rhetorik als Recht, in: Grimm, Dieter/Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph (Hrsg.), Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext, Baden-Baden 2015, S. 201–225 (zitiert als: Rhetorik).
- Simon, Dieter:* Zur Wertlosigkeit juristischer Methodenlehre, Festvortrag anlässlich des Tages der Juristischen Fakultät Potsdam am 23. Juni 2016. Abrufbar unter: <https://mediaup.uni-potsdam.de/Play/5256>, zitiert nach Manuscriptseiten, abrufbar unter: http://mops-block.de/images/texte/vortrag_potsdam.pdf, abgerufen am 15. Februar 2023 (zitiert als: Wertlosigkeit).
- Viehweg, Theodor:* Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften, mit einer Einleitung herausgegeben von Heino Garn, Baden-Baden 1995 (zitiert als: Rhetorische Rechtstheorie).
- Weidlich, Wolfgang:* Grundkonzepte der Physik. Mit Einblicken für Geisteswissenschaftler, Berlin/Boston 2014 (zitiert als: Grundkonzepte).

Zabel, Benno: Aufklärungsmaxime und freie Beweiswürdigung, in: Hilgendorf, Eric/Kudlich, Hans/Valerius, Brian (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Band 7, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, Heidelberg 2020, § 11 (zitiert als: Aufklärungsmaxime).

Zehnpfennig, Barbara: Was ist der Sophist? Eine Spurensuche in Platons Dialogen, in: dies. (Hrsg.), Die Sophisten: ihr politisches Denken in antiker und zeitgenössischer Gestalt, Baden-Baden 2019, S. 53–73 (zitiert als: Sophist).