

Fehlschlüsse, Hermeneutik und Dialektik in Zivilprozessen*

I. Fehlschlüsse im Urteil

Die Ansichten über die Richtigkeit eines Urteils sind häufig geteilt. Es stellt sich die Frage, ob die "Richtigkeit" einer Entscheidung letzten Endes Meinungssache ist oder ob es in der Tat möglich ist, ein Urteil anhand bestimmter **Kriterien** als richtig oder fehlerhaft zu bezeichnen. Das Problem soll anhand eines Beispiels erläutert werden: Es kommt vor, dass eine Ehefrau ihren Ehemann umbringt und dass sie hofft, nicht als Täterin entlarvt zu werden, um die Versicherungssumme der vom Mann abgeschlossenen Todesfallversicherung einkassieren zu können. Wird die Frau des Tötungsdelikts überführt, bekommt sie die Versicherungssumme nicht, weil sie gemäss Art. 14 Abs. 1 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) den Versicherungsfall absichtlich herbeigeführt hat. Die Versicherungssumme sollte in diesem Fall an die Kinder des Verstorbenen gehen, wenn es in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen u.a. heisst, *beim Fehlen der Ehefrau* seien die Kinder begünstigt. In einem solchen Fall berief sich eine Versicherungsgesellschaft auf ein Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 2002 (Prozess-Nr. 5C.87/2002). In diesem Urteil hatte das Bundesgericht entgegen den Vorinstanzen die Anspruchsberechtigung der Kinder abgelehnt mit der Begründung, die Ehefrau *fehle nicht* (sie existiere nach wie vor), die Voraussetzung des "Fehlens" des Ehegatten im Sinne der Begünstigungsklausel sei nicht erfüllt. In jenem Fall ging daher der Sohn des Ermordeten leer aus, und die Versicherungsgesellschaft "profitierte" von der Ermordung des Ehemannes durch seine Ehefrau zulasten der Kinder.

* **Auszüge aus einem Vortrag von Prof. Dr. Edward E. Ott an der Generalversammlung 2006 des Instituts für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich vom 27. Oktober 2006**

Die Begründung des Bundesgerichts, es liege kein Fehlen der Ehefrau vor, widerspricht einem in der juristischen Methodenlehre bekannten Grundsatz, nämlich dem Grundsatz, dass *im unklaren Anwendungsbereich* des Wortlautes – also hier des Wortes "Fehlen" – immer eine *Auslegung* erfolgen müsse und der Richter bzw. die Richterin nicht einfach ohne Prüfung sämtlicher Auslegungsargumente die Normanwendung ablehnen dürfe. Dies gilt sowohl für die Auslegung des Gesetzes¹ wie auch für die Interpretation von Verträgen². Es wird – vor allem in der deutschen Methodenlehre – auch erklärt, (erst) der sprachlich mögliche Wortsinn sei die *Grenze* der Auslegung³.

Gewiss ist das Ableben einer Person der typische Anwendungsfall des Ausdrucks "Fehlen" einer Person. Dies heisst aber nicht, dass der Ausdruck "Fehlen" nicht auch anders verwendet werden kann, so im Sinne des *Fehlens an einem bestimmten Ort, zu einer bestimmten Zeit oder in einer bestimmten Eigenschaft* (zum Beispiel Fehlen im Unterricht, Fehlen am Treffpunkt, Fehlen als erbfähige Person). "Fehlen" im Sinne der vertraglichen Begünstigungsbestimmung kann somit – vorab im betreffenden Kontext – auch Nichtvorhandensein als anspruchsberechtigte Person bedeuten.

Indem das Bundesgericht sich nicht mit diesen anderen Auslegungsvarianten befasst und sich allein auf einen typischen Wortsinn abstützt, hat es m.E. einen Fehler begangen, der sich auch auf das Urteil ausgewirkt hat.

Das betreffende Urteil geht von einem *fragwürdigen Begriff des Wortlautes* aus, indem darunter lediglich der typische Wortsinn verstanden wird und der bloss mögliche Wortsinn übergangen wird. Der Wortlaut besteht nicht nur im klaren oder sogar nur im typischen Wortsinn, sondern umfasst neben dem klaren auch den unsicheren Bedeutungsbereich des Wortes, welcher den Auslegungsbereich darstellt⁴. Sind zum Beispiel Pflegekinder "Kinder" im Sinne einer bestimmten Gesetzesvorschrift, ist Elektrizität eine "Sache"⁵, ist ein Occasionshändler, der u.a. mit Autos handelt, ein "Kaufmann" im Sinne von Art. 934 Abs. 2 ZGB, der mit Waren der gleichen Art – also hier mit Autos – handelt?. Dies sind gewiss unsichere Anwendungsfälle, in Bezug auf welche eine Auslegung erfolgen muss.

II. Auslegung der fraglichen Bestimmung

Es muss somit durch *Auslegung* entschieden werden, ob die Ausdrucksweise "Fehlen der Ehefrau" nur das Ableben der Ehefrau (ggf. das Geschiedensein als juristisches Fehlen) oder auch das Fehlen als bezugsberechtigte Person bedeutet, wie dies sprachlich durchaus möglich ist. Die Auslegung wird im Folgenden kurz skizziert, damit man sieht, was im vorliegenden Fall dazu gehören sollte. Bei der Auslegung von Verträgen ist der Parteiwille das primäre Auslegungsmittel. Die Parteien haben sich allerdings beim Abschluss des Versicherungsvertrages kaum in jeder Beziehung Gedanken über die Tragweite des Begriffs des "Fehlens" einer Person gemacht, und sie haben wahrscheinlich nicht an den Fall gedacht, dass die Ehefrau den Versicherungsnehmer ermordet. Es geht daher hier nicht in erster Linie um die Ermittlung eines effektiven Willens. Es hätte der *hypothetische Parteiwille* beachtet werden müssen⁶: Der Versicherungsnehmer wollte zweifellos für jeden Fall, in welchem die Ehefrau nichts erhält, eine Begünstigung der Kinder, und er hätte dies mutmasslich durchsetzen können. Das Gericht hätte sodann im Rahmen der sog. objektiven Auslegung u.a. den *Vertragszweck* bedenken müssen, welcher in der Sicherung des Versicherungsnehmers und seiner Hinterbliebenen und damit auch der Kinder liegt. Der Zweck von *Art. 14 Abs. 1 VVG*, welcher die Bezugsberechtigung der Ehefrau ausschliesst und welcher darin besteht, "eine gegen Moral und öffentliche Ordnung verstossende" Begünstigung zu verhindern⁷, trifft auf die Kinder nicht zu, weshalb ihre Anspruchsberechtigung nicht gestützt auf diese Norm abgelehnt werden dürfte. Es müsste auch die *Literatur* berücksichtigt werden, welche den Anspruch der Kinder in einem Fall wie dem vorliegenden bejaht (und zwar ohne Einschränkung auf gleichstufige Begünstigung)⁸. Im Zusammenhang mit der *Prüfung der sachlichen Angemessenheit* hätte das Bundesgericht – neben der Prüfung der Interessenlage – die Beurteilung beachten müssen, die der gesetzgeberischen Regelung der analogen Fälle der Erbunwürdigkeit in Art. 540/41 ZGB und der Regelung des Problems in § 170 Abs. 2 des deutschen Versicherungsvertragsgesetzes zugrunde liegt. Beide Regelungen führen zu einer Anspruchsberechtigung nachrangig Berechtigter bzw. nachrangig Begünstigter. Analog dazu wäre im vorliegenden Fall auch eine Anspruchsberechtigung der nachrangig begünstigten Kinder zu bejahen gewesen.

III. Hermeneutische Rechtsfindung als sinnvolle Rechtsfindungsmethode?

Nach dem bisher Gesagten sollte es naheliegen, dass es bei der Rechtsanwendung methodische Regeln braucht, damit bei dieser Tätigkeit nicht Unsicherheit und Beliebigkeit die Oberhand gewinnen können⁹. Es ist daher m.E. *fragwürdig*, wenn nach dem Tenor des Zürcher Kommentars zu Art. 1 und 4 ZGB, welcher sich zur sog. hermeneutischen Rechtsfindung bekennt, u.a. folgende Gesichtspunkte je nachdem als "sehr grundsätzlich überholt"¹⁰, ja "schlicht unzutreffend"¹¹ bezeichnet werden: nämlich eine Grundtechnik der Auslegung¹², Reihenfolgen verschiedener Operationsfiguren¹³, "feste" Orientierungshilfen¹⁴, "präzise Operationsstrukturen"¹⁵ etc. Das "hermeneutische Verstehen"¹⁶ – wie es genannt wird – geht so weit, dass bereits die Regelungsfunktion des Gesetzes relativiert wird. Mit Recht wurde schon bedauert, dass der "Gehorsam" gegenüber dem Gesetzgeber in neuerer Zeit nachlasse, und dies vielfach gebilligt werde; der Respekt vor dem Gesetz schwinde¹⁷. Die genannte Kommentierung enthält nun sogar folgende Feststellungen: Die "praktische Relevanz" der Rechtsquellen "verflüchtige sich mehr und mehr"¹⁸. Das Gesetz sei "nicht verbindlicher Imperativ, sondern Rechtsfindungselement"¹⁹. Das Gesetz ist nach dieser Ansicht nur noch eine "bedeutsame Realie", die "nicht aus den Augen zu verlieren" ist²⁰. Die Bindung an das Gesetz bedeute "nicht Verbindlichkeit, sondern einzig Beachtungspflicht"²¹. Das Gesetz verliere dabei "alsbald das Merkmal 'Gültigkeit'"²².

Diese Auffassung, die immerhin in einem führenden Kommentar vertreten wird, verletzt m.E. die rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und der Gewaltentrennung²³. Soweit das Gesetz ein Rechtsproblem in einer klaren Weise entschieden hat, ist der Richter grundsätzlich an die betreffenden Kriterien gebunden²⁴. Für die Auslegung im unklaren Gesetzesanwendungsbereich bedarf es der Festlegung methodischer Kautelen, die der allgemeinen Nachteilsverminderung, der Rechtssicherheit und der Überprüfbarkeit juristischer Entscheidungen dienen. – Eine eingehendere Kritik der juristischen Hermeneutik sowie auch der traditionellen Ansichten findet sich in meiner Publikation mit dem Titel "*Juristische Methode in der Sackgasse?*" (Orell Füssli Verlag, Zürich 2006).

IV. Gesetzes- und Vertragsauslegung in der Praxis

Es ist anzunehmen, dass sich die hermeneutische Jurisprudenz in der Gerichtspraxis bisher nicht durchgesetzt hat. Überhaupt nehmen die Gerichte selten auf die juristische Methodenlehre Bezug. Gelegentlich werden *Begriffe der traditionellen Lehre* verwendet, welche auf die etwa zweihundert Jahre alten "Elemente der Auslegung" zurückgehen, wie grammatische Auslegung, historische Auslegung, systematische Auslegung und teleologische Auslegung²⁵. Diese Elemente bzw. Methoden eignen sich als Kurzbezeichnungen verschiedener Gedankengänge im Rahmen der Rechtsanwendung. Sie stellen jedoch *keine systematische*, dem Gang der Rechtsanwendung folgende und sämtliche Denkschritte umfassende Methode dar. Zum Beispiel beziehen sich diese Elemente bzw. Methoden auch auf das Auszulegende und nicht nur auf die Auslegung, so auf die Vervollständigung und Überprüfung der normativen Grundlagen, und die Elemente bzw. Methoden übergehen das grundlegende Auslegungsargument der sachlichen Angemessenheit, mithin die begleitenden, von der jeweiligen Interessenkonstellation abhängigen Grundsätze der Interessenbeurteilung²⁶. Auch das wichtige Argument der Übereinstimmung mit bedeutender bisheriger Lehre und Praxis ist nicht in diese Elemente bzw. Methoden eingegliedert.

Die Nichtberücksichtigung der traditionellen Methodenlehre ist nicht immer von Nachteil, da die traditionelle Methode zu einer einseitigen Betrachtungsweise führen kann. Es kommt hinzu, dass sich die juristische Methodenlehre in Bezug auf die Entscheidung von juristischen Alltagsproblemen in der Regel nicht als sehr hilfreich erweist. Es stellt sich damit die Frage, wie in der Gerichtspraxis tatsächlich vorgegangen wird. In der Gerichtspraxis wird auch ohne nähere theoretische Grundlage tagtäglich das Gesetz interpretiert, und zwar im Sinne einer **spontanen Ad-hoc-Auslegung**, wie dies genannt werden könnte und wie in Ziff. 14 der vorerwähnten Publikation über die "Juristische Methode in der Sackgasse" ausgeführt wurde. Diese "Ad-hoc-Auslegung" ist möglich, weil es Kriterien gibt, die bei der Fallbearbeitung ohne komplizierte Instruktion nahe liegen. Man kann dabei nicht einfach auf die formelhaften Grundsätze abstellen, die das Gericht selbst in seinem Urteil für die Auslegung als massgebend erklärt. Die effektiven Erwägungen gehen zumeist über diese methodischen Formeln hinaus. Wenn etwa das Gesetz im Hinblick auf den zu beurteilenden

Sachverhalt nicht klar ist, hält sich das Gericht an das, was zu einem vergleichbaren Fall von einer Autorität oder einer Instanz mit hinreichender Autorität bereits gesagt worden ist. Oder das Gericht beruft sich auf Anhaltspunkte, die sich mittelbar aus der gesetzlichen Ordnung ergeben. Es geht um Anhaltspunkte aus Sprachgebräuchen, aus der Wahl der Normausdrücke, aus dem Übergehen naheliegender Fälle, aus der Stellung in der Systematik, aus der Regelung bei verwandten Tatbeständen und aus dem formellen Wortlaut. Es gibt auch die Auslegung aus Sinn und Zweck des Gesetzes bzw. aus der "Ratio legis", wobei aber jeweils auch die Interessen der belasteten Partei zu berücksichtigen sind. Es wird im Weiteren versucht, vermittels Interessenabwägung eine sachlich angemessene Lösung zu ermitteln bzw. die sachliche Angemessenheit der Lösung zu prüfen. Aufgabe der Methodenlehre ist es, das geschilderte Vorgehen zu analysieren und erforderlichenfalls zu differenzieren, sinnlosen methodischen Ballast abzuwerfen, ferner dialektische Argumentationsweisen und Scheinargumente zu erkennen und zu entkräften.

V. Juristische Dialektik

An die Stelle der sachgemässen Auslegung des Gesetzes auf einen zutreffend erfassten Sachverhalt tritt in der Praxis in unterschiedlichem Masse die Kunst der Dialektik. Es geht dabei um das Argumentieren, um in den Augen der Hörer und Leser "Recht" zu behalten, wobei nicht feststeht, ob man in der Sache selbst wirklich Recht hat, und das Ziel auch in der Durchsetzung des Unrechts liegen kann. Auch in Urteilen und rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen können dialektische Argumentationsweisen eine Rolle spielen. Das *Hauptanwendungsgebiet* stellt jedoch die Verhandlungs- und die Prozessführung dar. Dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe sind nicht nur im Recht, sondern zum Beispiel auch in der Politik, in der Werbung und in der Religion von Bedeutung. Die *sublimste Form* dürften diese Argumentationsweisen und Kunstgriffe indessen in rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Juristen aufweisen, da schon die juristische Ausbildung gegen allzu banale Listen schützt. Manchmal ist der Jurist (bzw. die Juristin) zu solchen dialektischen Argumentationsweisen gezwungen, weil er selbst noch nicht weiss, wer Recht hat. Er will die *Position seines Klienten wahren*, auch etwa im Hinblick auf Vergleichsgespräche oder auf einen Vergleichsvorschlag des Gerichts, der verständ-

licherweise ohne genaueste Abklärung der Sach- und Rechtslage erfolgen muss, wobei dann der Schein des Rechts eine grosse Rolle spielt. Man spricht von dieser Angelegenheit in der Regel nicht. Aber es erscheint gerechtfertigt, sie in einer wissenschaftlichen Übersicht zu erwähnen, nachdem solche dialektischen Argumentationsweisen gelegentlich den grösseren Teil der juristischen Auseinandersetzung ausmachen. Die Argumentationsweisen und Kunstgriffe, welche die eigene Sach- und Rechtslage als günstig darstellen sollen, sowie ihre Gegenmittel werden in meiner Publikation mit dem Titel "*Juristische Dialektik*"²⁷ systematisch dargestellt.

-
- ¹ Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (2. Aufl. Bern 2005), Ziff. II 1, S. 47; Ziff. III 1 a, S. 155; Manuel Jaun, *Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht* (Bern 2001), § 3/1/a, S. 25 mit Hinweisen.; BSK ZGB I-Honsell, Art. 1 N 3, 12, 13, 35 (mit Betonung, dass der Richter auch darüber hinaus tätig werden dürfe; dabei handelt es sich aber genau genommen um ausnahmsweise richterliche Gesetzesergänzung, siehe E. E. Ott, *Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung*, Basel und Frankfurt am Main 1993, Ziff. 7.1 und 7.2).
- ² E. E. Ott, *Die Interpretation von Verträgen und Statuten* (Basel/Genf/München 2000), S. 51 ff. mit Hinweisen.
- ³ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (9. Aufl. München 2005), § 9 II a, S. 47 (auch als "Bedeutungsspielraum" bezeichnet, S. 46).
- ⁴ Vgl. Ernst Zeller, *Auslegung von Gesetz und Vertrag* (Zürich 1989), S. 101; E.E. Ott, *Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung* (Basel und Frankfurt am Main 1993), Ziff. 4.4.
- ⁵ Weitere Beispiele: 15-jähriges Mädchen als "Kind" im Sinne von Art. 26 SVG, dem gegenüber besondere Vorsicht im Strassenverkehr geboten ist? Ausländische Post als "Post" im Sinne des SchKG? Einklemmen des Schuhs zwischen Türe und Schwelle als "Eindringen in eine Wohnung"?
- ⁶ Siehe *Interpretation von Verträgen und Statuten*, a.a.O., S. 60 unten ff.
- ⁷ BGE 117 II 594 oben.
- ⁸ Alfred Maurer, *Schweiz. Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl. Bern 1995, S. 357; vgl. auch Willy König, *Schweiz. Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl. Bern 1967, S. 296/297; Heinrich Schuppisser, *Die grobfahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach Art. 14 Abs. 2 VVG* (Bern 1964), S. 16. Beziehen sich diese Zitate nur auf gleichrangige Begünstigungen, wie das Bundesgericht meint? Die vom Bundesgericht aufgeführten Zitate bei König, *Basler Kommentar*, N 25 und 40 zu Art. 76 VVG sowie N 2 zu Art. 84 VVG stützen die Auffassung des Bundesgerichts nicht. Vgl. E. E. Ott, *Juristische Dialektik* (2. Aufl. Basel und Frankfurt am Main 1995), Ziff. 33: Abstellen auf eine scheinbar passende Autorität.
- ⁹ Zippelius, a.a.O., Vorwort; E.E. Ott, *Juristische Methode in der Sackgasse?* (Zürich 2006), Ziff. 4 lit. e, S. 16 ff.
- ¹⁰ *Zürcher Kommentar zum ZBG*, Art. 1 N 126.
- ¹¹ *Zürcher Kommentar zum ZBG*, Art. 1 N 225.
- ¹² *Zürcher Kommentar zum ZBG*, Art. 1 u.a. N 224.
- ¹³ *Zürcher Kommentar zum ZBG*, Art. 1 u.a. N 225.
- ¹⁴ *Zürcher Kommentar zum ZBG*, Art. 1 u.a. N 119.
- ¹⁵ *Zürcher Kommentar zum ZBG*, Art. 1 u.a. N 225.
- ¹⁶ *Zürcher Kommentar zu ZGB*, Art. 1 N 210 ("hermeneutische Rechtsfindung", N 215 "hermeneutischer Rechtsfindungsprozess"). Die Unklarheit des Denkens hat in der Hermeneutik eine prätentöse Sprache gefunden.

-
- ¹⁷ Siehe *Kurt Eichenberger*, Geltungsnöte der "ratio legis", in: Die Bedeutung der "Ratio legis" (Basel/Genf/München 2001), S. 17/18.
- ¹⁸ *Zürcher Kommentar zum ZGB*, u.a. Vorbem. Art. 1 und 4 N 40.
- ¹⁹ *Zürcher Kommentar zum ZGB*, Art. 1 N 421, 71, 300, 421, 442, 456, Art. 4 N 27.
- ²⁰ *Zürcher Kommentar zum ZGB*, Vorbem. Art. 1 und 4 N 197.
- ²¹ *Zürcher Kommentar zum ZGB*, Vorbem. Art. 1 und 4 N 246, Art. 1 N 589.
- ²² *Zürcher Kommentar zum ZGB*, Art. 1 N 30.
- ²³ Vgl. *Zippelius*, Vorwort S. V (vor allem 8. Aufl.); vgl. auch ders., § 3 I c, S. 12, 13, 14.
- ²⁴ Vgl. *Zippelius*, a.a.O., § 13 III S. 84; § 3 I b S. 10.
- ²⁵ Das teleologische Element der Auslegung ersetzt das frühere logische Auslegungselement.
- ²⁶ Vgl. dazu *Leitsätze der juristischen Fallbearbeitung*, a.a.O., Ziff. 6 lit. a bis d; *E. E. Ott*, Die Beurteilung von Interessen bei der Gesetzesauslegung, in: *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer (Basel 2004), S. 225 ff.
- ²⁷ *Juristische Dialektik – 50 dialektische Argumentationsweisen und Kunstgriffe, um bei rechtlichen Auseinandersetzungen Rechts zu behalten* (2. Aufl. Basel und Frankfurt am Main 1995; 3. Auflage in Vorbereitung beim Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen); siehe auch *E. E. Ott*, *Juristische List und Hinterlist*, in: *List? Hinterlist in unserer Zeit!* (hrsg. von Albert A. Stahel, vdf Hochschulverlag AG an der ETH Zürich 2000), S. 93 ff.