

Was zählt,
ist einzig,
was man
gerade weiss

Gedanken zur Gesetzgebung,
zur Rechtsprechung und
zu den Parteien

Peter Gauch

Sonderdruck aus *Mélanges en
l'honneur de Paul-Henri Steinauer*
Bern 2013

Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer

édités au nom de la Faculté de droit de Fribourg

par

Alexandra Rumo-Jungo
Pascal Pichonnaz
Bettina Hürlimann-Kaup
Christiana Fountoulakis



Stämpfli Editions

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne
Printed in Switzerland

© Stämpfli Editions SA Berne · 2013

Cet ouvrage est disponible dans notre librairie
www.staempfliverlag.com.

ISBN Print 978-3-7272-2968-8
ISBN Judocu 978-3-0354-1032-7



Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss

Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien

PETER GAUCH

Inhaltsverzeichnis

Einleitung, Titel und Thema.....	3
Zur Gesetzgebung und zu den Gesetzeslücken.....	4
Zur Rechtsprechung, zur Lehre und zur Überlieferung.....	8
Zu den Prozessparteien und zu ihren Geschichten	18
Präzisierung und Schluss.....	19

Einleitung, Titel und Thema

1. Auf die Anfrage, einen Aufsatz zur Festschrift von PAUL-HENRI STEINAUER beizusteuern, habe ich zunächst ausweichend geantwortet. Ich wolle es mir überlegen, habe ich geantwortet.

Es war nicht die Mühe, einen solchen Beitrag zu schreiben, die mich von einer spontanen Zusage abhielt. Und schon gar nicht war es *die Person des mit der Festschrift zu Ehrenden!* Im Gegenteil: Dass PAUL-HENRI STEINAUER eine Festschrift voll verdient hat, stand für mich von Anfang an fest. Seine wissenschaftlichen Leistungen¹ und die persönliche Integrität, mit der er seine Wissenschaft seit Jahren betreibt, haben mich stets mit grossem Respekt erfüllt, gehört er doch nicht zu jenen, für welche «die Wissenschaft nur etwas ist, insofern sie davon leben, und [die] sogar den Irrtum vergöttern, wenn sie davon ihre Existenz haben».² Neben ihm durfte ich in der Freiburger Rechtsfakultät eine lange Wegstrecke des beruflichen Lebens gehen. Das war für mich ein lehrreiches Erleben, auch wenn unsere Interessen fachbezogen auseinander lagen und die individuelle Prädisposition, mit der wir uns dem Rechte näherten, eine je verschiedene war.

Der Grund für mein Zögern lag also ganz woanders. Erstens hatte ich mich, in die Jahre gekommen, dazu entschieden, keine Beiträge für Fest-

¹ Um ein *einziges* Werk aus der Fülle seines Schaffens herauszugreifen, nenne ich PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in: PIERRE TERCIER (Hrsg.), *Traité de droit privé suisse*, Band II/1, Basel 2009: Ein Werk, das ich nachfolgend wiederholt zitiere.

² JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, zitiert von dessen Sekretär JOHANN PETER ECKERMANN, *Gespräche mit Goethe*, Erster Teil, Leipzig 1836, S. 225.

schriften mehr zu schreiben, damit umso mehr Platz für die Jüngeren bleibe. Und zweitens überkam mich das Gefühl der Unfähigkeit, etwas adäquat Neues beitragen zu können, heisst es doch: «Old dogs don't learn new tricks.» Ziemlich rasch gelangte ich dann allerdings zur Einsicht, dass es unrichtig, ja geradezu undankbar wäre, würde ich für die Festschrift eines solchen Kollegen nicht dennoch einen Beitrag leisten, ganz im Vertrauen darauf, dass PAUL-HENRI STEINAUER der Unvollkommenheit des Beigetragenen mit einem grossen Mass an kollegialer Nachsicht begegnen werde.

2. Also habe ich mein Zögern überwunden und einen Beitrag angekündigt, noch bevor ich auch nur einen *Titel* hierfür erfunden hatte. So aber geschah es, dass ich mir bei der Vorbereitung meines Aufsatzes bald derart verloren vorkam wie ALICE IM WUNDERLAND, als sie im unterirdischen Labyrinth nicht mehr weiter wusste. Mir kam die bange Frage, «in welchem Irrgarten ich mich verloren hatte ...; unversehens war ich so tief darin, dass ich den Ausgang nicht mehr sah.»³ So viele Titel und Themen gingen mir durch den Kopf, die ich allesamt wieder verwarf, bis ich eines Tages bei DANIEL KAHNEMAN auf den Satz stiess: «What you see is all there is»; oder zu Deutsch: «Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss».⁴

Dieser Satz liess mich nicht mehr los. Mit ihm hatte ich nicht nur einen Titel, sondern auch den Zugang zu einem Thema gefunden, dem ich mich nun im Folgenden widme. Dabei verwende ich den zitierten Satz in einer umfassenderen Bedeutung, als er im systemischen Konzept von DANIEL KAHNEMAN hat, beschränke aber andererseits meine Betrachtungen auf ausgewählte Aspekte der Rechtsgeschehens. Ich beginne mit der Gesetzgebung, schreite fort zur Rechtsprechung und zu den Prozessparteien, vervollständige das Ganze mit einigen Präzisierungen und erreiche dann den Schluss meines Beitrages.

Zur Gesetzgebung und zu den Gesetzeslücken

3. «Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss». Das menschliche Wissen aber ist beschränkt. So verhält es sich schon *auf der Stufe der Gesetzgebung*. Sie beruht auf einer beschränkten Kenntnis der Lebenswirklichkeit und nicht selten auf mangelhaften Informationen, was sich auch daraus ergibt, dass neuen Gesetzen bei allen Vernehmlassungen kaum je ernsthafte empirische Forschungen vorausgehen. Dazu kommt, dass sich die künftige Entwicklung der Lebenswirklichkeit einem gesicherten Wissen des Gesetzgebers von vor-

³ DANIEL KEHLMANN, *Ruhm* (Roman), Rowohlt-Verlag, Reinbek 2009, S. 176.

⁴ DANIEL KAHNEMAN, *Schnelles Denken, Langsames Denken* (Übersetzung), 7. Aufl., Siedler-Verlag, München 2012, S. 113. Im angeführten Buch lautet die deutsche Übersetzung des englischen Satzes: «Nur was man gerade weiss, zählt.»

neherein entzieht, da wir Menschen höchstens in der Lage sind, aus vorhandenen (vorhanden geglaubten) Kenntnissen der Vergangenheit mutmassend auf die Zukunft zu schliessen. Dementsprechend haben Gesetze etwas Zufälliges an sich: Zufällig ist, was geregelt wird, zufällig, was nicht geregelt wird.

a. Das Vorstehende vermag aufzuzeigen, weshalb Gesetze lückenhaft sind, indem sie nicht auf sämtliche Rechtsfragen, die einer Regelung bedürften, eine Antwort geben, sondern trotz aller Auslegung planwidrig unvollständig bleiben.⁵ Dass Gesetze unvermeidbar lückenhaft und Gesetzesbücher Bücher der Leerräume sind, ist eine «Binsenwahrheit», der *Art. 1 Abs. 2 ZGB* Rechnung trägt. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist bekannt: «*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde*».⁶ Ob die jeweilige Lücke eines Gesetzes bereits von Anfang an bestanden oder sich erst infolge nachträglicher Entwicklung aufgetan hat, macht für die Anwendung der zitierten Bestimmung keinen Unterschied.⁷ Ausserdem findet *Art. 1 Abs. 2 ZGB*, wie *Art. 1 ZGB* überhaupt,⁸ über das Privatrecht des Bundes hinaus grundsätzlich auch auf andere Rechtsgebiete Anwendung,⁹ auf das Strafrecht jedoch mit der Einschränkung, die sich aus *Art. 1* des Strafgesetzbuches (*StGB*) ergibt, wonach «eine Strafe oder Massnahme ... nur wegen einer Tat verhängt werden [darf], die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt».

b. Die juristische Methodenlehre hat, wie nicht anders zu erwarten war, eine Fülle von Lückenkategorien entwickelt, wobei «der Überblick durch vielerlei Terminologiedifferenzen zusätzlich [noch] erschwert wird».¹⁰ Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden. Und von den kontroversen Lehrmeinungen zur Lückenfüllung will ich nur die *Frage nach deren Verhältnis zum Analogieschluss* herausgreifen. Nach verbreiteter Meinung ist die analoge Gesetzesanwendung ein Mittel, das es im System des *Art. 1 ZGB* dem

⁵ Eine Gesetzeslücke «ist die planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes» (SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012, N. 344 ff. zu *Art. 1 ZGB*; vgl. auch ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 3. Aufl., Bern 2010, S. 181).

⁶ *Französisch*: «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.»

⁷ Vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 354 f. zu *Art. 1 ZGB*.

⁸ *Art. 1 ZGB* bezieht sich nach seiner systematischen Stellung zwar nur auf das Privatrecht des Bundes (vgl. PAUL-HENRI STEINAUER [Fn. 1], Nr. 40 ff./Nr. 76 ff.), wird aber «als die grundlegende Methodennorm des schweizerischen Rechts regelmässig oft auch in anderen Rechtsgebieten herangezogen» (ERNST A. KRAMER, *Methodenlehre* [Fn. 5], S. 41, Anmerkung 23).

⁹ Vgl. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 92 und N. 115 zu *Art. 1 ZGB*.

¹⁰ ERNST A. KRAMER, *Methodenlehre* (Fn. 5), S. 183.

Gericht erlaubt, eine bestehende Gesetzeslücke nach Massgabe des Art. 1 Abs. 2 ZGB zu schliessen.¹¹ Nach einer anderen, schon von EUGEN HUBER vertretenen Meinung ist die analoge Gesetzesanwendung hingegen *kein Anwendungsfall der gesetzlichen Lückenfüllung* (Art. 1 Abs. 2 ZGB),¹² sondern ein solcher der Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB.¹³ «In erster Linie» müsse (so: EUGEN HUBER) «das gesetzte Recht zur Anwendung gebracht werden Und zwar nicht nur soweit sein Wortlaut reicht, sondern auch soweit es in irgendeiner Art von Auslegung oder auf dem Wege der Analogie herangezogen werden kann. Darauf [verweise] zunächst Abs. 1 des Art. 1».¹⁴

Dieses Gesetzesverständnis von EUGEN HUBER, das mich als ein Ausdruck der Gesetzestreue überzeugt, gibt jeder gesetzlichen Norm eine eigene Wirkungsbreite, die sich nicht mit ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich zu decken braucht.¹⁵ Dementsprechend findet das Gesetz über den Weg der Analogie auch auf Sachverhalte Anwendung, die der Gesetzgeber nicht wesentlich geregelt hat, es sei denn, er habe sie (ganz oder teilweise) dadurch geregelt, dass er für sie die sinngemässe Anwendung bestimmter Gesetzesvorschriften explizit vorsah. Dass das Gesetz selber in verschiedenen Bestimmungen auf die analoge Anwendung anderer Vorschriften verweist, unterstützt die von mir geteilte Ansicht, wonach es sich beim Analogieschluss nicht um eine Lückenfüllung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 ZGB handelt, so wenig wie bei der teleologischen Reduktion, welche den Anwendungsbereich einer Gesetzesnorm im Vergleich zu deren Wortlaut einschränkt.¹⁶ Was jedoch das Strafrecht betrifft, so greift wiederum die Bestimmung des Art. 1 StGB ein; sie steht auch einer analogen Gesetzesanwendung entgegen, soweit sich diese zu Lasten des Angeklagten auswirkt, was in der Lehre und Rechtsprechung freilich relativiert wird.¹⁷

¹¹ Statt vieler: ERNST A. KRAMER, Methodenlehre (Fn. 5), S. 192 f.

¹² Nach EUGEN HUBER (Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925, S. 354) liegt eine Gesetzeslücke nur dann vor, «wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte».

¹³ So z.B. auch BRUNO HUWILER, Privatrecht und Methode, recht, Studienheft 5, S. 14 ff.; PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 382 ff./Nr. 392. Eine Art von «Zwischenmeinung» findet sich bei EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5, N. 378 zu Art. 1 ZGB) vertreten. Danach gehört der Analogieschluss zwar zur «Auslegung» des Gesetzes nach Art. 1 Abs. 1 ZGB, dient aber gleichwohl zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, wenn auch nicht im Sinne des Art. 1 Abs. 2 ZGB.

¹⁴ EUGEN HUBER (Fn. 12), S. 354.

¹⁵ So schon in meinem Aufsatz «Der Schätzer und die Dritten», in: Festschrift für WOLFGANG WIEGAND, Bern 2005, S. 840.

¹⁶ Anders bezüglich der teleologischen Reduktion z.B. ERNST A. KRAMER, Methodenlehre (Fn. 5), S. 213; gleich wie hier aber PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 392. Über die Abgrenzung zu einer «restriktiven Auslegung»: EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 411 zu Art. 1 ZGB.

¹⁷ Dazu: EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 117 ff. zu Art. 1 ZGB.

4. Möglich ist zwar auch, dass es nicht am *Wissen*, sondern am politischen Willen des Gesetzgebers fehlt, etwas zu regeln, was uns als regelungsbedürftig erscheinen mag. Soweit jedoch der Gesetzgeber bewusst auf eine Regelung verzichtet hat oder «im Lichte der geltungszeitlichen Gesamtkonzeption des Gesetzes ... eine Nichtregelung sinnvoll <gewollt> haben kann»,¹⁸ liegt eine *Regelung durch Nichtregelung* vor. Im Umfang eines derart «qualifizierten Schweigens»¹⁹ fehlt es nicht nur an einer Gesetzeslücke, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB auszufüllen wäre, sondern auch an einer Voraussetzung für eine analoge Gesetzesanwendung nach Art. 1 Abs. 1 ZGB. Um ein Beispiel aus neuerer Zeit herauszugreifen, erinnere ich an den verjährungsrechtlichen Artikel 210 OR zur kaufrechtlichen Mängelhaftung, der kürzlich revidiert worden ist:

Nach Art. 210 Abs. 4 OR, der zum Schutz der Konsumenten und Konsumentinnen in das Gesetz eingefügt wurde, ist «eine Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährungsfrist ... ungültig, wenn [kumulativ]: *a.* sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt; *b.* die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist; und *c.* der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt». Aus dieser Bestimmung analog (und zwar «a minori ad maius») zu schliessen, dass in Konsumenten-Kaufverträgen auch eine vertragliche Wegbedingung der Mängelhaftung generell ungültig sei, wäre jedoch verfehlt.²⁰ Denn erstens zeigen die Materialien mit aller Deutlichkeit, dass dies gerade nicht der Wille war, von dem sich der Gesetzgeber bei der Kreation des Art. 210 Abs. 4 OR leiten liess.²¹ Und zweitens unterscheidet schon der allgemeine Teil des OR zwischen der Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses (Art. 100/101 Abs. 3 OR) und der Frage nach der Zulässigkeit einer Verjährungsverkürzung (Art. 129 OR), indem er im Anwendungsbereich des Art. 129 OR eine Fristverkürzung völlig ausschliesst, während die Art. 100/101 Abs. 3 OR einem Haftungsausschluss nur in bestimmten Fällen entgegenstehen.

¹⁸ So die Formulierung von EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER (Fn. 5), N. 348 zu Art. 1 ZGB.

¹⁹ Dazu auch PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 368.

²⁰ So auch ERNST A. KRAMER, Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, recht 2013, S. 52.

²¹ Siehe dazu den *Bericht der nationalrätlichen Rechtskommission* vom 21. Januar 2011 (BBl 2011, S. 2896); das *Amtl. Bull. Nationalrat* 2011, S. 1424 (Votum Nidegger), 2012, S. 41 (Votum Stamm), 2012, S. 44 (Votum Leutenegger Oberholzer, rechte Spalte), 2012, S. 45 (Votum Leutenegger Oberholzer); das *Amtl. Bull. Ständerat* 2012, S. 67 (Votum Bischof, rechte Spalte), 2012, S. 68 (Votum Bundesrätin Sommaruga, rechte Spalte).

Zur Rechtsprechung, zur Lehre und zur Überlieferung

5. Kommt es zu einem Rechtsstreit, der sich nicht anders beseitigen lässt, so sind es *die Gerichte*, die das von ihnen ausgelegte oder allenfalls durch Lückenfüllung ergänzte Gesetz auf den konkreten Sachverhalt anwenden, um den Streit autoritativ zu entscheiden. Zu diesem Zweck obliegt es den Gerichten, zunächst den für ihren Entscheid massgeblichen Sachverhalt festzustellen.

a. Die *gerichtliche Feststellung des für den Entscheid massgeblichen Sachverhaltes* geschieht im Laufe eines Verfahrens, in dem Tatsachenbehauptungen der Parteien, «Fiktionen, Vermutungen, unterschiedliche Kognitionen und formalisierte Beweisregeln eine wesentliche Rolle spielen».²² Der dadurch gewonnene Wissensstand (und nur der!) bildet alsdann die tatsächliche Grundlage für den Entscheid. Ist ein oberes Gericht an die tatsächlichen Feststellungen einer unteren Instanz gebunden, so ist die faktische Grundlage für seinen Entscheid vorgegeben, was ich nachfolgend als bekannt voraussetze.

Dass das Wissen des Gerichts und damit seine Kenntnis vom Sachverhalt, auf den es das Recht anwendet, durch das Verfahren bestimmt wird, liegt somit auf der Hand. Was für den Entscheid aber zählt, ist nur gerade dieses Wissen, nicht, wie die Sachlage sich in der Wirklichkeit darstellt. Hinzu kommt, dass es sich bei der Kenntnis des Gerichts nicht um *sichere* Kenntnis, nicht um *sicheres* Wissen, zu handeln braucht. Das Letztere widerspiegelt sich z.B. in anwendbaren Beweismassregeln, wonach es für den Nachweis einer Tatsache genügt, dass das Gericht (je nach Regel) von der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, von der hohen Wahrscheinlichkeit oder gar nur von der Glaubhaftigkeit der betreffenden Tatsache überzeugt wird.²³ Nach Massgabe dieser Regeln ist das Wissen des Gerichts, auf das es ankommt, immer nur ein «Wahrscheinlichkeitswissen»; und der damit festgestellte Sachverhalt ist nur mit einer grösseren oder geringeren Wahrscheinlichkeit wahr. Gleich verhält es sich, soweit das Gericht zur Feststellung des Sachverhaltes auf eine rechtliche oder natürliche (tatsächliche) Vermutung abstellt, die von einem bestimmten Sachumstand auf den Bestand oder Nichtbestand einer anderen Tatsache schliesst.²⁴ Und was schliesslich künftige Entwicklun-

²² JÖRG PAUL MÜLLER, «Jurisprudenz – eine Wissenschaft?», veröffentlicht im Bulletin der Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten, November 2000, S. 11. Zu den Tatsachenbehauptungen der Parteien siehe unten Ziffern 8 f. und Fn. 70.

²³ Vgl. dazu HANS PETER WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, 1. Abteilung, Bern 2012, N. 126 ff./N. 130 zu Art. 8 ZGB; PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 667 ff.

²⁴ Bei der gesetzlichen Vermutung ist es die einschlägige Gesetzesnorm, welche diese Schlussfolgerung zieht; bei der natürlichen Vermutung ist es das Gericht selber, und zwar auf Grund «einer als durchgesetzt gewerteten Lebenserfahrung» (HANS PETER WALTER

gen (z.B. die künftige Gewinneinbusse eines Betriebes oder den künftigen Erwerbsausfall eines Verletzten) angeht, die das Gericht in einem konkreten Fall in die Feststellung des Sachverhaltes einzubeziehen hat, so bleibt das Gericht von vorneherein auf Mutmassungen angewiesen. Sachverhaltsmerkmale dieser Art werden z.B. aus allgemeiner Lebenserfahrung oder mit prospektivem Ermessen des Gerichts ermittelt.²⁵ Auf das gerichtliche Ermessen verweist auch Art. 42 Abs. 2 OR, wenn er bestimmt, dass «der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ... nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen» sei.

b. Berücksichtigen wir das bisher Gesagte, so beinhaltet *der geläufige Satz, wonach die gerichtliche Ermittlung des Sachverhaltes «im Dienste der Wahrheitsfindung» stehe*,²⁶ zwar ein ideales Postulat, bedarf aber, bezogen auf das Ergebnis der Ermittlung, einer nicht unerheblichen Relativierung. Bestätigt wird diese Relativität auch auf andere Weise. Bleibt z.B. eine Tatsachenbehauptung, die des Beweises bedarf, im Verfahren unbewiesen, weil das Gericht weder deren «Wahrheit» noch deren «Unwahrheit» mit dem konkret erforderlichen Grad an Überzeugung festzustellen vermag, so entscheidet das Gericht zu Lasten des Beweisbelasteten, «als ob feststünde, dass die behauptete Tatsache nicht besteht».²⁷ Dies aber dient offenkundig nicht der Wahrheitsfindung, sondern dient dazu, einen gerichtlichen Sachentscheid zu ermöglichen, obwohl das Gericht nicht weiss, wie es um die Richtigkeit der behaupteten Tatsache steht. Analog verhält es sich mit dem für den Strafprozess geltenden Grundsatz, wonach das Gericht im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden hat.

c. Einer besonderen Betrachtung bedarf *der Umstand, dass Gerichte bisweilen von einer späteren Tatsache auf eine frühere schliessen* (z.B. von späteren Erfüllungshandlungen der Vertragsparteien auf den vereinbarten Inhalt eines früher abgeschlossenen Vertrages; oder vom Tod eines Patienten, der bei einem chirurgischen Eingriff gestorben ist, auf einen vom Chirurgen zuvor begangenen Kunstfehler). Solche «Rückschlüsse» auf die Vergangenheit

[Fn. 23], N. 473 zu Art. 8 ZGB). In rechtlicher Hinsicht unterscheiden sich die beiden Vermutungen wie folgt: Die gesetzliche Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden, die natürliche Vermutung durch den blossen Gegenbeweis, der beim Gericht fallbezogen hinreichende Zweifel an der Richtigkeit des Vermuteten weckt. Schliesst das Gesetz die Widerlegung einer gesetzlichen Vermutung ausnahmsweise aus, so handelt es sich um eine Fiktion. Ausführlich zum Ganzen auch PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 645 ff.

²⁵ Vgl. HANS PETER WALTER (Fn. 23), N. 361 zu Art. 8 ZGB.

²⁶ So z.B. HANS PETER WALTER (Fn. 23), N. 14 zu Art. 8 ZGB.

²⁷ HANS PETER WALTER (Fn. 23), N. 166 zu Art. 8 ZGB; vgl. auch PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 677.

können im Ergebnis zutreffen, sind aber fehleranfällig, weil wir Menschen dazu neigen, frühere Ereignisse im Nachhinein so zu rekonstruieren, dass sie zu unserem Wissen von einem späteren Ereignis passen.²⁸ Insbesondere sind wir geneigt, Entscheidungen, Auskünfte, Ratschläge oder andere Verhaltensweisen von Personen allein schon deshalb als fehlerhaft einzustufen, weil sie zu einem schlimmen Resultat (etwa zum Zusammenbruch eines Baugerüsts oder zur Invalidität eines Menschen) geführt haben. Wenn Richter oder Richterinnen dies tun, statt sich zu fragen, ob die betreffende Verhaltensweise nach den damaligen Umständen und Einsichten richtig oder falsch war, so projizieren sie ihre Kenntnis vom Resultat in das zu beurteilende Verhalten. Oder anders ausgedrückt: Sie ersetzen die Qualifizierung der in Frage stehenden Verhaltensweise durch eine Bewertung des Resultats, ohne in Betracht zu ziehen, dass ihr eigenes Verhalten mit einem Fehler behaftet ist. Je schlimmer das Resultat, desto eher begehen sie diesen «Rückschlußfehler»!²⁹

d. Kehren wir abschliessend zurück zu der am Anfang dieses Abschnitts verwendeten Formulierung, wonach es den Gerichten obliegt, *den für ihren Entscheid massgeblichen Sachverhalt* feststellen, so ist nachzutragen, dass diese Formulierung mit Bedacht gewählt wurde. Sie nimmt Rücksicht auf den Umstand, dass das geltende Recht einen konkreten Fall nie umfassend beurteilt, sondern immer nur nach Massgabe der tatsächlichen Elemente, die es für die Beurteilung als relevant anerkennt.³⁰ Dementsprechend sind auch für den gerichtlichen Entscheid nur die rechtsrelevanten Elemente eines zu beurteilenden Falles massgebend, während das Gericht von anderen Elementen zu abstrahieren hat und richtigerweise schon bei der Ermittlung des Sachverhaltes abstrahiert. Das bedeutet, dass der Satz, wonach die gerichtliche Ermittlung des Sachverhaltes «im Dienste der Wahrheitsfindung» steht, auch von daher zu relativieren ist, da die rechtsrelevanten Elemente, gemessen am ganzen Fall mit all seinen Verästelungen, höchstens eine «Teilwahrheit» darstellen.

Mit alledem haben wir uns abzufinden, jedoch im Bewusstsein, dass kein Verfahren, das ein Problem mit nur selektiven Kriterien angeht, dem Problem in sämtlichen Beziehungen gerecht zu werden vermag.³¹ Dass ein Gerichtsverfahren und die Wahrheitsfindung auch sonst zwei verschiedene Dinge sind, hat FRIEDRICH DÜRRENMATT bildhaft auf den Punkt gebracht, indem er

²⁸ Vgl. dazu DANIEL KAHNEMAN (Fn. 4), S. 250 ff. Zum Rückschluss aus späteren Erfüllungshandlungen der Parteien auf den Inhalt eines früher abgeschlossenen Vertrages siehe meinen Aufsatz zur «Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge», in: PETER GAUCH/JÖRG SCHMID (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, S. 212 f.

²⁹ Vgl. DANIEL KAHNEMAN (Fn. 4), S. 253.

³⁰ Vgl. dazu meinen Aufsatz «Juristisches Denken. Wie denken Juristen?» in: Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel 2004, S. 177.

³¹ So schon «Juristisches Denken. Wie denken Juristen?» (Fn. 30), S. 177.

schrieb: «Die Wahrheit ... spielt sich in Etagen ab, die für die Justiz unerreichbar sind.»³² Ähnliches muss sich schon DENIS DIDEROT gedacht haben, als er in seinem Brief vom 15. Juni 1774 an DOCTEUR CLERC die folgende Gegebenheit erzählte: «Un galant homme de notre pays eut deux procès à la fois; l'un avec sa femme, qui l'accusait d'impuissance, l'autre avec une maîtresse qui l'accusait de lui avoir fait un enfant; il disait: Je ne saurais les perdre tous deux. ... Point du tout, il perdit ses deux procès, parce qu'on les jugea l'un après l'autre».³³

6. Auf die Ermittlung des massgeblichen Sachverhaltes folgt *die Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt*, indem das mit dem Entscheid befasste Gericht die einschlägigen Regeln zur Anwendung bringt, die sich aus dem Gesetz oder allenfalls aus einer gesetzlichen Lückenfüllung ergeben. Zur Anwendung bringt es freilich nur solche Regeln, um deren Bestand, Anwendbarkeit und Sinngehalt es tatsächlich weiss. Wichtige Hilfsmittel für seine Erkenntnis, sind die «bewährte Lehre und Überlieferung», denen das Gericht nach der Anweisung des *Art. 1 Abs. 3 ZGB* bei der Auslegung und Lückenfüllung des Gesetzes zu folgen hat,³⁴ was wiederum voraussetzt, dass dem jeweiligen Gericht die Lehre und Überlieferung bekannt sind, das Gericht also darum weiss. Was es nicht weiss, bleibt aussen vor.

a. Zur «*Lehre*» gehört primär und vor allem die Rechtslehre zum geltenden Recht, die sich in entsprechenden Publikationen (Monographien, Kommentaren, Aufsätzen, Urteilsbesprechungen und dergleichen) auf Papier oder elektronisch präsentiert. Die Menge solcher Publikationen und zum Teil auch deren Umfang haben jedoch in einem Masse zugenommen, dass von den Gerichten eine umfassende und detaillierte Kenntnis der einschlägigen Veröffentlichungen im Allgemeinen nicht mehr zu erwarten ist. Vielmehr stehen die Gerichte häufig vor dem Erfordernis, von den in Frage kommenden Publikationen eine Auswahl zu treffen, wobei mit Rücksicht auf die tatsächliche oder gefühlte Arbeitsbelastung der Gerichte die Vermutung nahe liegt, dass ihre Wahl nicht selten durch Kriterien der raschen Verfügbarkeit und der komfortablen Darbietung des Stoffes mitbestimmt wird. Was dann praktisch zählt, ist das Wissen, das den Gerichten durch die ausgewählten Publikatio-

³² FRIEDRICH DÜRRENMATT, *Justiz (Roman/Taschenbuch)*, Diogenes-Verlag, Zürich 1987, S. 171.

³³ *Oeuvres Complètes de Diderot, Étude sur Diderot* par J. Assézat et Maurice Tourneux, Tome vingtième (Garnier Frères, Libraires-Éditeurs), Paris 1877, S. 66.

³⁴ Wörtlich: «Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung». Etwas abweichend der französische Text («Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence»), den PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1, Nr. 104 f./Nr. 436 ff.) seiner Auslegung des Art. 1 Abs. 3 ZGB zugrunde legt.

nen vermittelt wird. Das hat einerseits zwar gewisse Vorteile, da «zu viele Autoritäten, zu viele gewichtige Ansichten ... die eigene Findigkeit und Kombinationsgabe» verschatten.³⁵ Andererseits aber kann es vorkommen, dass grundlegende Werke für den konkreten Entscheid unbeachtet bleiben³⁶ und mit der Zeit sogar völlig aus der Rechtsprechung verschwinden. Ihnen ergeht es insofern ähnlich wie «jener Türschwelle, die andauerte, solange ein Bettler sie besuchte, und die bei seinem Tode den Blicken entschwand».³⁷ Möglich ist freilich, dass sie in anderen Büchern weiterleben. Der geschäftstüchtigen Mithilfe juristischer Verlage ist es ja zu verdanken, dass es heutzutage schon Büchlein von Büchlein von Büchern von Büchern gibt,³⁸ worin die Späteren schreiben, was sie von den Früheren übernehmen. Auf diese Weise wird der ursprünglich aufgearbeitete Stoff immer dünner und dünner, bis schliesslich ein nur dürftiges Rinnsal übrig bleibt.

Abgesehen vom Gesagten haben die Gerichte bloss solche Lehrmeinungen (Mehr- oder Minderheitsmeinungen) zu berücksichtigen, die nach ihrer Einschätzung argumentativ überzeugen. Das ist zwar selbstverständlich, wird in Art. 1 Abs. 3 ZGB aber durch das Wort «bewährt» hervorgehoben.³⁹ Offenkundig ist sodann, dass in der Lehre mit verschiedenartigen «Begründungen» argumentiert wird, die bald «logisch», bald wertend und bald wieder andersartig sind. Oft beschränkt sich das für eine Lehrmeinung vorgebrachte Argument sogar darauf, die übereinstimmende Ansicht anderer Autoren oder gerichtlicher Entscheide als Beleg für die Richtigkeit der fraglichen Lehrmeinung anzuführen. Alsdann erschöpft sich die Überzeugungskraft des vorgebrachten Argumentes darin, dass die als Beleg Zitierten der gleichen Meinung sind. Das ist namentlich auch mit Bezug auf die Publikationen solcher Autoren zu beachten, die sich im Wesentlichen damit begnügen, fremde Werke oder Gerichtsentscheide in verkürzter Form wiederzugeben, ähnlich einem Sumpfrohrsänger («acrocephalus palustris»), der fremde Vogelstimmen imitiert. Beruft sich ein Gericht (und wäre es auch das «höchste») in einem späteren Urteil auf Literaturstellen, die nichts anderes beinhalten, als eine echoartige Wiedergabe seiner früheren Rechtsprechung, so beruft es sich in Wirklichkeit auf seine eigene Rechtsprechung. Anderswo habe ich in diesem Zu-

³⁵ IRVIN D. YALOM, *Und Nietzsche weinte* (Roman/Übersetzung/Taschenbuch), 7. Auflage, Piper-Verlag, München 2004, S. 80.

³⁶ Um nur ein einziges Beispiel für ein solches Werk zu nennen, erinnere ich an KARL SPIROS Werk zur «Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen» (erschienen in zwei Bänden, Bern 1975). Diesem magistralen Werk war es nicht einmal vergönnt, ein zweites Mal aufgelegt zu werden.

³⁷ JORGE LOUIS BORGES, *Die Bibliothek von Babel* (Erzählungen/Übersetzung), Verlag Philipp Reclam jun., Stuttgart 1974, S. 35.

³⁸ Formulierung in Anlehnung an GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, *Schriften und Briefe*, Erster Band, Sudelbücher I, 6. Auflage, Verlag zweitausendundeins, München 1998, Heft D, Nr. 204.

³⁹ Vgl. dazu EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (Fn. 5), N. 477 ff. zu Art. 1 ZGB; in methodischer Hinsicht abweichend: PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 444.

sammenhang von einem «Zitatenzirkel» gesprochen und angefügt, dass eine Hand die andere wasche.⁴⁰ Wäre es verkehrt, die angefügte Bemerkung sinn- gemäss auch auf Fälle zu übertragen, in denen ein Gericht sich zur Begrün- dung seiner Rechtsansicht auf Publikationen der am Entscheid beteiligten Richter oder Richterinnen beruft? Wer im Gericht seine eigene Lehrmeinung ins Feld führt, sollte nicht vergessen, dass er sich durch diese Meinung selber programmiert hat.

Im neuen Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB habe ich gelesen, für die Zu- ordnung einer Lehrmeinung zur «bewährten» Lehre müssten auch die «Auto- renschaft» und deren «Publikationsmotiv» beachtet werden.⁴¹ Anknüpfend daran möchte ich noch einen Schritt weiter gehen. Da die Rechtslehre eine Wissenschaft ist,⁴² kann die wissenschaftliche Unabhängigkeit und das Publi- kationsmotiv der Autoren schon für die Frage, welche Publikationen zur «Lehre» zählen, nicht ausser Betracht bleiben. Veröffentlichungen von Auto- ren, die bei ihren Meinungsäusserungen unfrei sind, weil sie dabei auf die Interessen bestimmter Sponsoren, Wirtschaftskreise oder sonst wie Mächtiger Rücksicht zu nehmen haben, zählen richtigerweise nicht zur Rechtslehre. Umso mehr gilt dies für Publikationen (etwa für publizierte Parteigutachten), deren Zweck einzig darin besteht, als Megafone solcher Interessen zu dienen. «Ich kann mich nicht für die Meinungen interessieren, bevor ich mich für die Person interessiere», schrieb ganz allgemein auch LUDWIG HOHL in seine «Notizen».⁴³

b. Zur «Überlieferung», auf die Art. 1 Abs. 3 ZGB ebenfalls Bezug nimmt, gehört primär und vor allem die Entscheidpraxis der Gerichte,⁴⁴ namentlich des Bundesgerichts. Gleich wie die Publikationen der Rechtslehre, haben zwar auch die Publikationen von Gerichtsentscheiden, sei es in Papierform oder elektronisch, in einem erheblichen Masse zugenommen. Wie ein Ge- strüpp, das sich des Gartens bemächtigt hat,⁴⁵ überlagern sie das Gesetz.⁴⁶ Was für das jeweilige Gericht praktisch zählt, ist jedoch nur die einschlägige Entscheidpraxis, die es tatsächlich kennt, wobei man freilich erwarten dürfte, aber nicht mit Sicherheit erwarten kann, dass es zumindest um die eigene Praxis und um die Praxis des Bundesgerichtes weiss. Liest man die publizier-

⁴⁰ So in meiner Abschiedsvorlesung, ZSR 128 (2009) I, S. 226.

⁴¹ So: EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 479 zu Art. 1 ZGB.

⁴² Mag dies aus dem überholten Blickwinkel eines naturwissenschaftlichen Szientismus auch bestritten sein.

⁴³ LUDWIG HOHL, Die Notizen (Taschenbuch), Suhrkamp-Verlag, Frankfurt am Main 1984, V/7, S. 255, ANDRÉ GIDE zitierend.

⁴⁴ PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 449.

⁴⁵ Formulierung in Anlehnung an CARLOS RUIZ ZAFÓN, Marina (Roman/Übersetzung), Fischer-Verlag, Frankfurt am Main 2011, S. 174.

⁴⁶ Illustrativ z.B. das *Präjudizienbuch OR*, 8. Auflage, Zürich 2012, herausgegeben von PETER GAUCH, VIKTOR AEPLI UND HUBERT STÖCKLI.

ten Gerichtsentscheide, so entsteht der Eindruck, dass die überlieferten Entscheide kantonaler Gerichtsinstanzen von Gerichten anderer Kantone sehr selektiv und vom Bundesgericht eher selten zitiert werden.

Wie dem auch immer sei, jedenfalls haben die Gerichte auch die vorgegebene Überlieferung nur insoweit zu berücksichtigen, als sie nach ihrer Einschätzung argumentativ überzeugt und in diesem Sinne «bewährt» ist.⁴⁷ Von besonderer Überzeugungskraft für die Gerichte ist die Entscheidungspraxis des Bundesgerichts, auf die sich nicht nur das Bundesgericht selber, sondern auch untere Gerichtsinstanzen (bisweilen aber unkritisch) abzustützen pflegen. Dies hängt freilich nicht allein mit den Argumenten zusammen, die das Bundesgericht verwendet, sondern auch damit, dass das Bundesgericht die höchste Gerichtsinstanz im schweizerischen Justizwesen ist. Der Umstand, dass es das höchste Gericht ist, verleiht seinen Entscheiden einen qualifizierten Anschein der «Richtigkeit», was nicht besagen will, dass es unfehlbar wäre.⁴⁸

Anzumerken bleibt nun aber, dass das Bundesgericht seine Entscheide seit einiger Zeit in zwei Kategorien einteilt: in die «Leitentscheide» und in die übrigen Entscheide. Während die Letzteren nur elektronisch publiziert werden, publiziert das Bundesgericht die «Leitentscheide» zusätzlich noch in der Papierform der amtlichen Sammlung.⁴⁹ Damit bringt es zum Ausdruck, dass es den Argumenten der «Leitentscheide» eine gesteigerte, den übrigen Entscheiden eine verminderte Überzeugungskraft zumisst. In BGE 134 III 534 ff. (einem Urteil in der amtlichen Sammlung) hat es sogar entschieden, dass ein Anwalt für seinen jeweiligen Tätigkeitsbereich einzig die «Leitentscheide» kennen müsse. Ob dieses Urteil sinngemäss auch auf die Gerichte, ja auf das Bundesgericht selber, übertragbar ist, mag hier offen bleiben. Auch vermag ich nicht zu beurteilen, nach welchen Kriterien das Bundesgericht seine Entscheide mal dieser, mal jener Kategorie zuweist. Prima vista könnte die jeweilige Zuordnung darauf beruhen, dass das Gericht seine Entscheide bald mit grösserer, bald mit geringerer Sorgfalt fällt oder, bildlich gesprochen, goldene und andere Eier durcheinander legt. Nachdem es hierfür aber an einer natürlichen Vermutung fehlt, müssen andere Unterscheidungsgründe vorliegen. Vielleicht schafft es ein konkreter Entscheid deshalb in die Kategorie der «Leitentscheide», weil er z.B. eine vom Bundesgericht noch nie beurteilte Rechtsfrage beantwortet, eine bewusste Praxisänderung einleitet, eine bisherige Praxis zementieren soll oder weil seine Zuordnung zu den «Leitentschei-

⁴⁷ Vgl. dazu EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 486 ff. zu Art. 1 ZGB. Nach PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 452, muss das Gericht «déterminer si la pratique qu'il constate fait véritablement autorité».

⁴⁸ So schon in meinem Aufsatz «Argumente», recht 2000, S. 95 f. Dort findet sich auch ein Verweis auf die amerikanische Rechtsprechung: «We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final», schrieb JUSTICE JACKSON in ein Urteil des US Supreme Court (BROWN v. ALLEN, 344 U.S. 443, 540 [1953], JACKSON, J., concurring in Result).

⁴⁹ Vgl. dazu schon meine Abschiedsvorlesung, ZSR 128 (2009) I, S. 226 f.

den» dem durchgesetzten Anliegen eines Richters entspricht, der an die besondere Wichtigkeit seiner eingebrachten Erwägungen glaubt. Als Aussenstehender kann ich nur spekulieren.

c. Lehre und Überlieferung sind wie ein «angestorbenes» Erbe,⁵⁰ das den jeweiligen Gerichten anfällt, Brauchbares mit Unbrauchbarem vermenget. Selbst wenn aber das entscheidende Gericht das «Brauchbare» herausgreift, indem es der «bewährten Lehre oder Überlieferung» folgt, ist sein angewandtes *Wissen nicht «gewiss»*, sondern mit Unsicherheit belastet. Dies zeigt sich beispielhaft an der Gesetzesauslegung. Ungeachtet des «Bewährten» und ungeachtet aller Auslegungselemente, welche die Methodenlehre bereithält,⁵¹ stellt sich nach jeder Auslegung des Gesetzestextes die Frage: «Lässt sich dieser Text nicht doch auch noch anders verstehen und – falls das nicht reicht – noch einmal anders und immer wieder anders?»⁵² Die Unsicherheit, die zurückbleibt, wird noch verstärkt, wenn verschiedene Auslegungselemente zu einem je verschiedenen Ergebnis führten und das Gericht in dieser komplexen Situation vor der Wahl stand, welche Möglichkeit es vorzuziehen hatte. Nach dem «Pragmatischen Methodenpluralismus» des Bundesgerichts obliegt es bekanntlich dem auslegenden Gericht, in einer solchen Konstellation «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der *ratio legis*» (sic!) zu finden, ohne an eine hierarchische Prioritätsordnung der Auslegungselemente gebunden zu sein.⁵³ Ein solcher «Pragmatismus» liefert die methodische Rechtfertigung dafür, dass Gesetzestexte mal mit wortgetreuer Akribie und mal mit kreativer Grosszügigkeit ausgelegt werden. Am Gesetzestext kann das Gericht zwar nichts ändern; was es stattdessen aber tun kann, ist, den Text zu interpretieren.⁵⁴ Je nach seiner Besetzung vermag es dabei eine Vielzahl von Möglichkeiten zu sehen (bei jüngeren Gesetzen oft weniger, bei älteren oft mehr), von denen ein anderes Gericht vielleicht nur eine erkennen würde.

⁵⁰ Ein Ausdruck von ALBRECHT VON HALLER, der in der letzten Strophe seines berühmten Gedichtes «*Die Alpen*» (1729) den ererbten Grund und Boden wortschöpferisch als «angestorben» bezeichnet.

⁵¹ Vgl. dazu statt vieler: PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 261 ff.

⁵² ODO MARQUARD, *Zukunft braucht Herkunft*. Philosophische Essays, Verlag Philipp Reclam jun., Stuttgart 2003, S. 85, unter Bezugnahme auf die pluralisierende Hermeneutik. Vgl. auch MARIE THERESE FÖGEN, *Das Lied vom Gesetz*, München 2007: «Tatsächlich ist jeder Text, gleich ob er sich als Roman oder Reportage, Gesetz oder Gedicht, Bericht oder Bild bezeichnet, ein Fass ohne Boden. Was auch immer man hineinfüllt, hat Bestand gerade einmal für den unsichtbaren Augenblick, der Gegenwart heisst, um umgehend zu zerrinnen, neuem Stoff Platz zu machen, der seinerseits im Erdreich versickert.»

⁵³ BGE 135 III 116 mit weiteren Hinweisen. Diese Rechtsprechung ist in der Lehre freilich umstritten. Zustimmend z.B. EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (Fn. 5), N. 201 ff. zu Art. 1 ZGB; kritisch z.B. PAUL-HENRI STEINAUER (Fn. 1), Nr. 321.

⁵⁴ Vgl. ODO MARQUARD (Fn. 52), S. 78: «Hermeneutik ist das Ändern dort, wo man nichts ändern kann: dort muss man eben *etwas statt dessen tun*, nämlich *interpretieren*.»

d. Die Unsicherheit, von der ich gesprochen habe, erstreckt sich auch auf den *Sinngehalt juristischer Fachbegriffe, die das Gesetz enthält* und die ebenfalls auszulegen sind. Wichtige Begriffe sind eigentümlich unscharf. Beispielhaft hierfür ist unter anderem der Begriff der «Widerrechtlichkeit», den Art. 41 Abs. 1 OR gebraucht. Zum Verständnis dieses Begriffes hat sich zwar eine seit Jahren konstante Rechtsprechung des Bundesgerichtes herausgebildet.⁵⁵ Und dennoch stellt sich die Frage, ob der Begriff nicht doch auch in einem anderen Sinn verstanden werden kann, z.B. so, wie eine der vom Bundesgericht abweichenden Lehrmeinungen ihn versteht.⁵⁶ Wäre das Begriffsverständnis des Bundesgerichts ein unumstössliches Dogma, so wäre dies ein sicheres Zeichen für ein eingefrorenes statt eines dynamischen Wissens.

Von den juristischen Fachbegriffen des Gesetzes zu unterscheiden sind solche, die *in der in- oder ausländischen Lehre* erfunden wurden, um eine Rechtsidee einzufangen und zu transportieren. Dazu gehören etwa die «culpa in contrahendo» und die darüber hinausgreifende «Vertrauenshaftung». Beider Begriffe hat sich das Bundesgericht bemächtigt,⁵⁷ um damit je eine eigenständige «Haftung zwischen Vertrag und Delikt»⁵⁸ zu begründen. Solange diese Begriffe noch nicht erfunden oder dem Bundesgericht noch nicht bekannt waren, fehlte es dem Gericht schon am erforderlichen Wissen, um die erwähnte Haftung, die weder Fisch noch Vogel ist, in seine Rechtsprechung einzuführen. Gleich, wenn auch mit je eigenen Auswirkungen auf die Rechtsprechung, verhielt es sich mit einer Vielzahl weiterer Begriffe (z.B. mit dem «Haushaltschaden» oder dem «Pflege- und Betreuungsschaden»), die zuerst erfunden und bekannt sein mussten, bevor sie vom Bundesgericht kreativ übernommen wurden. Bestimmte andere Begriffe (z.B. «Vertrag mit Drittschutzwirkung» oder «Drittschadensliquidation») kennt das Bundesgericht zwar, hat sie aber noch nicht in das Argumentarium seiner Entscheidpraxis eingebaut, was jedoch noch kommen kann.⁵⁹ Denn: Sind juristische Begriffe einmal da, so gibt es schwerlich ein Mittel, die Rechtsprechung davor zu schützen, es sei denn, die Gerichte misstrauten den Begriffen.

7. Die vorstehenden Darlegungen zur Rechtsprechung vermögen zu erklären, weshalb *das Ergebnis eines Prozesses* kaum je voraussagen ist und

⁵⁵ Vgl. *Präjudizienbuch OR* (Fn. 46), N. 2 ff. zu Art. 41 OR (bearbeitet von TARKAN GÖKSU).

⁵⁶ Zu den verschiedenen Widerrechtlichkeitstheorien siehe z.B. WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Bern 2012, Nr. 276 ff. Exemplarisch für eine der abweichenden Lehrmeinungen: FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 2. Aufl., Bern 2011, Nr. 341 ff. Zu meiner eigenen Ansicht siehe «Der Schätzer und die Dritten» (Fn. 15), S. 838.

⁵⁷ Vgl. *Präjudizienbuch OR* (Fn. 46), Vorbemerkungen zu Art. 1 - 40f, N. 22 ff. und N. 29 ff. (bearbeitet von BERNHARD STEHLE).

⁵⁸ Vgl. z.B. BGE 68 II 303 und 130 III 349.

⁵⁹ Offen gelassen für die vertragliche Drittschutzwirkung: BGE 130 III 347 f.; für die Drittschadensliquidation: Urteil des BGer 4A_422/2010 vom 21. Oktober 2010, E. 2.6.

weshalb dessen Ausgang nur selten alle Betroffenen befriedigt, mag auch die logische Sprache der richterlichen Erwägungen messerscharf zum deduzierten Ergebnis führen, wie wenn kein anderes Ergebnis möglich wäre. Zwar gibt es Fälle, in denen beide Parteien sich als Sieger des Verfahrens ausgeben, ähnlich den Griechen, die «auf beiden Seiten Siegeszeichen aufrichteten», «wenn sie nach einem Treffen sich nicht darüber einigen konnten, wem der Sieg gebührte». ⁶⁰ In vielen Fällen aber vermag allein schon die Tatsache, dass das entscheidende Gericht bei der Beurteilung des konkreten Falles von den rechtlich irrelevanten Elementen des Sachverhaltes abstrahiert, solche Prozessparteien zu enttäuschen, die von einem Urteil volle «Gerechtigkeit» erwarten. Und selbst jene, für die das Verfahren einen vorteilhaften Ausgang nimmt, sind nicht durchwegs glücklich; insbesondere kommt es vor, dass sie den Entscheid, obwohl er für sie vorteilhaft ist, «als Indiskretion erleben, als fortgesetzte Kränkung». ⁶¹ Bei einigen wirken Verletzungen, die sie bereits im Laufe des Verfahrens (etwa bei einem «Streit um das Kind») erlitten haben, weit über das Urteil hinaus, sodass deren Befinden jahrelang geschädigt bleibt. Einer von ihnen sagte mir, er bringe sogar den Geruch des Gerichtsgebäudes nicht mehr los.

Trotz allem geniessen jedoch die Urteile der Gerichte im Grossen und Ganzen die Achtung der Gesellschaft, obschon in FRIEDRICH DÜRRENMATTS «berühmtester Novelle, *Die Panne*, das System der offiziellen Justiz zerfetzt» wird. ⁶² Ein Grund für ihre gesellschaftliche Achtung liegt darin, dass die gerichtlichen Urteile von den hierzu Befugten nach einem gesellschaftlich anerkannten Ritual gefällt werden. Auf diesen Zusammenhang hat mich ein Satz von MICHEL FOUCAULT aufmerksam gemacht. ⁶³ Und in der Tat handelt es sich beim Gerichtsverfahren um eine Art von Ritual, das darauf abzielt, durch einen formalisierten Umgang mit Konflikten das Miteinander der Menschen und damit den Zusammenhalt der Gesellschaft zu ermöglichen. ⁶⁴

Rechtsanwendende Akteure in diesem Ritual sind die Gerichte. Soweit sie bei ihren Entscheiden von etablierten Gerichts- oder Lehrsätzen abweichen, kann dies dem Rechtsfortschritt dienen, und zwar selbst dann, wenn die Abweichung im Einzelfall auf Nichtwissen beruht. Der amerikanische Rechtsgelehrte und spätere Richter am US Supreme Court OLIVER WENDEL HOLMES hat 1881 in seinem Lehrbuch zum Common Law sogar behauptet: «Ignorance

⁶⁰ JONATHAN SWIFT, *Satiren und Streitschriften* (Auswahl/Übersetzung), Manesse-Verlag, Zürich 1993, S. 14.

⁶¹ ADOLF MUSCHG, *Sutters Glück* (Roman/Taschenbuch), Suhrkamp-Verlag, Frankfurt am Main 2003, S. 20 f.

⁶² PETER VON MATT, *Das Kalb vor der Gotthardpost*, Zur Literatur und Politik der Schweiz, Carl-Hanser-Verlag, München 2012, S. 212.

⁶³ Vgl. MICHEL FOUCAULT, *Die Ordnung des Diskurses* (Übersetzung/Taschenbuch), 9. Aufl., Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt am Main 2003, S. 14.

⁶⁴ Formulierung in Anlehnung an den Ritual-Begriff im elektronischen Wikipedia-Lexikon.

is the best of law reformers.»⁶⁵ Ob dies zutrifft oder nicht, sicher ist, dass etablierte Sätze der Lehre oder Rechtsprechung die Fortentwicklung des Rechts behindern können, weshalb Gerichte, die sie dann überwinden, nichts anderes tun, als den vorgefundenen «Ballast» abzuwerfen. So verhält es sich etwa, wenn kantonale Gerichte⁶⁶ sich nicht an die langjährige Rechtsprechung des um Konstanz bemühten Bundesgerichts halten, wonach das jederzeitige Auflösungsrecht des Art. 404 OR durchwegs zwingenden Charakter hat.⁶⁷

Zu den Prozessparteien und zu ihren Geschichten

8. Von den *Prozessparteien*, deren Fall in einem Gerichtsverfahren beurteilt wird, war schon in Ziffer 7 die Rede, dort bezogen auf den Ausgang des Verfahrens, also vom Ende her betrachtet. Bevor es jedoch zum Verfahren kommt, gibt es eine Geschichte, die zum späteren Verfahren führt, sich aber im aktuellen Bewusstsein der beteiligten Parteien nur selten übereinstimmend widerspiegelt. Vielmehr kann das aktuelle Wissen jeder Partei aus vielfältigen Gründen verfälscht sein: durch die subjektive Verfärbung des Erlebens, durch Erinnerungslücken, durch die allgemein eingeschränkte Fähigkeit des menschlichen Geistes, Vergangenes zu rekonstruieren⁶⁸ oder durch das unbewusste Bedürfnis des Menschen, aus unvollständigen Informationen die bestmögliche Geschichte zu erfinden.⁶⁹ Diese Verfälschung bildet für sich allein schon einen Grund, weshalb ein und dieselbe Geschichte zumeist «verschiedene Gesichter» hat und sich die Tatsachenbehauptungen der Parteien vor Gericht vielfach und in mancherlei Hinsicht widersprechen. Für solche Widersprüche gibt es natürlich noch andere Ursachen, die teils bei den Parteien, teils bei ihren Rechtsvertretern liegen, welche die Parteibehauptungen in ihren Rechtsschriften formulieren. Bisweilen werden Tatsachen wider besseres Wissen behauptet oder Tatsachen wider besseres Wissen bestritten, sei es schon im Verhältnis der Parteien zu ihren Rechtsvertretern oder sei es erst in deren Rechtsschriften.

Des Weiteren ist möglich, ja häufig, dass das Wissen der Parteien nur selektiv in die Tatsachenbehauptungen einfließt, bestimmte Elemente ihres

⁶⁵ OLIVER WENDEL HOLMES, *The Common Law*, Boston 1881, ABA Classics 2009, dort auf S. 54.

⁶⁶ Z.B. *Obergericht Zürich*, Urteil vom 11. August 2008 (dazu Urteil des BGer 4A_437/2008 vom 10. Februar 2009); *Obergericht Luzern*, Urteil vom 10. Dezember 2010 = LGVE 2011 I Nr. 23; *Obergericht Luzern*, LGVE 1988 I Nr. 18 (dazu BGE 115 II 464).

⁶⁷ Vgl. dazu *Präjudizienbuch OR* (Fn. 46), N 2. zu Art. 404 OR (bearbeitet von FRÉDÉRIC KRAUSKOPF).

⁶⁸ Vgl. dazu DANIEL KAHNEMAN (Fn. 4), S. 251.

⁶⁹ Vgl. dazu DANIEL KAHNEMAN (Fn. 4), S. 249; zum Ganzen auch PHILIP ZIMBARDO/JOHN BOYD, *Die neue Psychologie der Zeit* (Übersetzung/Taschenbuch), Spektrum-Akademischer-Verlag, Heidelberg 2011, S. 94 ff.

Tatsachenwissens also ausgelassen werden. Die Auslassungen können auf einem Versehen der Parteien oder ihrer Rechtsvertreter beruhen oder anderweitig begründet sein. Zum Beispiel kann es sich bei den ausgelassenen Elementen um Fakten handeln, die einen für die betreffende Partei günstigen Prozessausgang gefährden würden, oder um solche, welche die Parteien oder ihre Rechtsvertreter von vorneherein als rechtlich irrelevant einstufen. Parteien beklagen sich nicht selten über Anwälte, die sie kaum ausreden liessen, um dann die Herrschaft über ihre Geschichte zu übernehmen, von der sie nur wenig für bedeutsam hielten und mit deren Rest sie sich gar nicht erst abgaben. Aber auch sonst haben die Erzählungen der Parteien verschiedenste Hindernisse zu überwinden, um möglichst unbeschädigt bis zu den Gerichten vorzudringen.

9. Im Einzelnen bedürfte *die Frage, wie es zu den Tatsachenbehauptungen der Parteien kommt*, die bei der gerichtlichen Feststellung des massgeblichen Sachverhaltes eine wichtige Rolle spielen,⁷⁰ einer vertieften Untersuchung, namentlich auch dann, wenn man die Behauptungen öffentlicher Ankläger im Strafprozess mitberücksichtigen wollte. So oder so aber steht fest, dass unter anderem auch verfälschtes Wissen der Parteien den Inhalt der Behauptungen bestimmen, ja sogar dazu führen kann, dass ein Prozess überhaupt erst in die Wege geleitet wird. Mancher Prozess würde vermutlich vermieden, hätten die beteiligten Parteien je das gleiche Wissen von der gleichen Geschichte. Vielleicht würde der eine oder andere Prozess schon dann vermieden, wenn jede Partei um das Wissen der andern wüsste. Doch: Wie weiss die eine Partei, was die andere weiss? Und wäre ein Prozess auch dann vermeidbar, wenn er für eine Partei so etwas ist wie eine Schachpartie, bei der nur noch wenige Züge offen bleiben?

Präzisierung und Schluss

10. Lese ich den vorstehenden Text, so vermag ich selber zu erkennen, dass die für einen Festschriftbeitrag erforderliche Kürze es nicht zulies, notwendige Differenzierungen und Vertiefungen einzubringen, ganz abgesehen davon, dass geschriebene Gedanken nicht genauer sein können als die verwen-

⁷⁰ Soweit das Gericht einen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat («Untersuchungsmaxime»), ist es zwar nicht an die Behauptungen der Parteien gebunden; soweit hingegen die «Verhandlungsmaxime» gilt, bleibt das von keiner Partei Behauptete für die Entscheidungsfindung unbeachtlich, es sei denn, es handle sich um notorische Tatsachen oder allgemeine Erfahrungssätze (vgl. HANS PETER WALTER [Fn. 23], N. 17 und N. 15 ff. zu Art. 8 ZGB).

dete Sprache.⁷¹ Zur Abrundung mag es mir deshalb gestattet sein, dem Geschriebenen noch *einige Präzisierungen* beizufügen:

Eine erste Präzisierung bezieht sich auf das *Wissen des Gesetzgebers oder des entscheidenden Gerichts*. Gemeint ist damit das Wissen von Menschen, die an der Gesetzgebung oder die als Richter oder Richterinnen an einem Entscheid massgebend beteiligt sind oder waren. Analog verhält es mit dem *Wissen der Prozessparteien*: Es handelt sich stets um das Wissen von Menschen, bei einer juristischen Person oder einer Personenmehrheit um das Wissen derjenigen, auf die es für die parteiliche Konstruktion des jeweiligen Falles ankommt.

Die zweite Präzisierung betrifft *das Wissen als solches*. Dieses kann auf verschiedene Weise erworben werden, wobei auch emotionale Vorgänge, Vorverständnisse, Intuitionen oder dergleichen einen Einfluss auf das erworbene Wissen haben. Wollte man «Wissen» definitiv mit «Kenntnis der Wahrheit» oder/und mit «sicherem Wissen» gleichstellen, wie es etwa in der Erkenntnistheorie (nicht aber in meinem Beitrag) getan wird, dann wären z.B. «verfälschtes Wissen» oder «Wahrscheinlichkeitswissen» kein «Wissen», und wäre «Wissen» kaum je möglich. Denn «alles was wir zu wissen glauben, ist ... eingeschränkt», auch wenn wir uns dessen nicht immer bewusst sind.⁷² Zudem gibt es keine festen Grenzen zwischen Wissen und Unwissen; vielmehr sind die Grenzen durchlässig wie jene zwischen Schlafen und Wachsein.

Die dritte Präzisierung betrifft *die Lebenserfahrung*, auf die ich verschiedentlich Bezug genommen habe. Sie schöpft ihren Inhalt aus der Beobachtung von Zuständen, die, wenn man sie beobachtet, schon vergangen sind. Ihr Erkenntniswert findet daher seine Grenze an der Erkennbarkeit der Vergangenheit, die wir in «in einem geringeren Masse [verstehen], als wir glauben».⁷³ Ausserdem lässt sich das Beobachtete nie vom Beobachter trennen⁷⁴ und gibt es nichts in der Welt, das sich exakt in der gleichen Weise

⁷¹ Noch viel radikaler: PASCAL MERCIER, *Perlmanns Schweigen* (Roman/Taschenbuch), 15. Aufl., btb-Verlag, München 1997. Auf Seite 190 seines Romans lässt MERCIER den Linguisten Perlmann die folgende These aus früheren Aufzeichnungen lesen: «Das Denken in Sätzen ... bedeute stets eine Verringerung von Möglichkeiten. Nicht nur in dem einfachen Sinne, dass der tatsächlich gedachte Satz sowohl der Logik als auch der Aufmerksamkeit nach andere Sätze ausschliesse, die statt dessen hätten gedacht werden können. Wichtiger sei, dass sich sprachliches Denken zunächst am Repertoire gewohnter, eingefahrener Sätze orientiere, in denen ein vertrautes Bild der Dinge zum Ausdruck komme, das in seiner Vertrautheit ohne Alternative zu sein scheine. Dieser Eindruck, dass man die Dinge gar nicht anders sehen könne, sei der natürliche Feind der Phantasie als der Fähigkeit, sich alles ganz anders vorzustellen.»

⁷² PAUL VEYNE, Foucault, *Der Philosoph als Samurai* (Übersetzung), Verlag Philipp Reclam jun., Stuttgart 2009, S. 35, MICHEL FOUCAULT referierend.

⁷³ DANIEL KAHNEMAN (Fn. 4), S. 250.

⁷⁴ Seit der erkenntnistheoretischen Wende des 20. Jahrhunderts hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass der Beobachter zu einem Teil dessen wird, was er beobachtet.

wiederholt. Selbst «ein Gefühl ist nicht mehr dasselbe, wenn es zum zweitenmal kommt».⁷⁵

Die letzte Präzisierung bezieht sich auf *die menschliche Wahrnehmung* an sich. Sie vollzieht sich im menschlichen Hirn, das unmittelbaren Zugang nur zu den eigenen Zuständen, nicht aber zur Aussenwelt hat. Was wir Menschen von der Aussenwelt wahrnehmen, bedeutet lediglich, dass unser Hirn aus dem eigenen Zustand und seinen Veränderungen darauf schliesst, was in der Aussenwelt ist oder sich dort ereignet. Und die so verstandene Wahrnehmung wird durch das Gehirn noch aktiv beeinflusst.⁷⁶

11. Nach diesen Präzisierungen gelange ich nun zum *Schluss meines Beitrages*. Ich hatte einen Titel, ich hatte ein Thema, ich habe mühsam Erdachtes zu mühsamen Sätzen zusammengefügt und frage mich am Ende, wo ich angelangt bin. Bin ich da oder dort fehlgegangen? Wurde ich gar verleitet vom gewählten Titel? Habe ich meine Gedanken dem Titel angepasst, ähnlich einem Gericht, das ein Urteil passend zum gewollten Ergebnis begründet? Wo also bin ich angelangt?

«Where Are We Now?» heisst auch das bekannte Lied von DAVID BOWIE. Exakt diese Frage stellt sich den meisten, die sich der juristischen Schriftstellerei verschrieben haben. Durch unser Schreiben erzeugen wir zwar den Gegenstand des Geschriebenen, den wir aber nur mit den Bruchstücken unseres Wissens erfassen, das uns selber wiederum zu dem macht, was wir als Juristen sind. «Die Physik macht den Physiker».⁷⁷ Und so macht auch die Rechtsprechung den Richter und die Rechtswissenschaft den Rechtswissenschaftler, den einen so, den anderen anders, aber jeden als Subjekt seiner Zeit, in der er lebt.⁷⁸ Das zu sein, was wir gerade sind, können wir uns nicht ersparen.

Die Zeit, lieber PAUL-HENRI, in der wir beide lebten und immer noch leben, war und ist eine für uns günstige Zeit. Wir hatten und haben die Freiheit, unsere Wissenschaft zu pflegen und an deren Wichtigkeit zu glauben. Du hast *Deine* Freiheit voll und fruchtbar genutzt. Wie Du es in Zukunft damit halten willst, weiss ich nicht, da es mir nicht vergönnt ist, die Gedanken anderer zu lesen. Und überhaupt: Was wissen wir Menschen schon voneinander?

Schliesse ich allerdings aus der Vergangenheit, die für mich als gegenwärtige Erinnerung wirklich ist,⁷⁹ mutmassend auf die Zukunft, so wage ich zu vermuten, dass Du weiterhin forschen und publizieren wirst, obwohl Du nichts mehr aufzuholen hast. So oder anders wünsche ich Dir viel Glück für

⁷⁵ PASCAL MERCIER, *Nachtzug nach Lissabon* (Roman), Carl-Hanser-Verlag, München/Wien 2004, S. 202.

⁷⁶ Zum Vorstehenden: MANUELA LENZEN, *Das Hypothesen testende Gehirn*, in: *Gehirn und Geist* (Zeitschrift), Nr. 4/2013, S. 52 ff.

⁷⁷ PAUL VEYNE (Fn. 72), S. 126, MICHEL FOUCAULT referierend.

⁷⁸ Vgl. PAUL VEYNE (Fn. 72), S. 127, MICHEL FOUCAULT referierend.

⁷⁹ «Die Vergangenheit [hat] nur als gegenwärtige Erinnerung Wirklichkeit» (JORGE LOUIS BORGES [Fn. 37], S. 30).

das, was kommen wird. Und mir selber wünsche ich, dass unsere Kontakte sich nicht verlieren: dass wir nicht auseinandergetrieben werden «wie Schiffbrüchige ... von einer unbegriffenen Strömung».⁸⁰

⁸⁰ PETER VON MATT (Fn. 62), S. 329.