

## **Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung. Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers**

**Prof. Dr. iur. Peter Gauch**  
Universität Freiburg/Schweiz\*

Publiziert in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 119, 2000 I Halbband, S. 1 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

### **I. Einleitung**

Das Thema

1. [1] Die Redaktion dieser renommierten Zeitschrift hat mich gebeten, einen Beitrag für das erste Heft des Jahrganges 2000 beizusteuern. Dass es gerade *das erste Heft 2000* sein würde, war purer Zufall, brachte mich aber doch in Verlegenheit. Über was sollte ich schreiben? Die Haftungsfragen im Zusammenhang mit dem Jahrtausendwechsel waren alle schon gelöst.<sup>1</sup> Und sonstige Spezialthemen (der Widerruf von Haustürgeschäften, das Schweigen im Recht, der Stillstand der Verjährung, die vorzeitige Beendigung des Automatenaufstellungsvertrages) passten einfach nicht in dieses Heft, obwohl sie einen wesentlichen Zugewinn an juristischen Kenntnissen gebracht hätten. Überhaupt war mir bedeutet worden, die ZSR sei eine Zeitschrift für das Grundsätzliche, das nicht im Alltäglichen stecken bleibe.

Also begann ich, über „die philosophischen Grundlagen des Vertragsrechts“ nachzudenken. Dieses Thema hätte es mir erlaubt, von der Gegenwart über *Kant* bis auf *Thomas von Aquin* und *Aristoteles* zurückzugreifen, die noch gewusst haben, warum vertragliche Versprechen verbindlich sind und weshalb es zur Verbindlichkeit von synallagmatischen Verträgen eines [2] gerechten Preises bedarf.<sup>2</sup> Die Philosophen unter Ihnen und auch jene, die *Sofies Welt* gelesen haben<sup>3</sup>, werden unschwer erkennen, dass ich an die aristotelischen Tugenden der Wahrhaftigkeit, der ausgleichenden Gerechtigkeit und der Freigebigkeit dachte.<sup>4</sup> Diese Tugenden vermögen in der Tat mehr zu erklären als eine ökonomische Analyse des Rechts, die zwar der modernen Denkweise entspricht, aber keinen Zugang zu den Werten hat. Sobald

---

\* Meine Assistentin und mein Assistent, Frau lic. iur. GABRIELLA FEHR und Herr lic. iur. PATRICK MIDDENDORF, haben das Manuskript korrigiert und die Zitate nachgeprüft. Beiden danke ich für ihre Mithilfe und vor allem auch dafür, dass sie mich auf die neuen Regeln zur Gross- und Kleinschreibung hingewiesen haben, die es in Sachen Verwirrlichkeit mit manchen Rechtsregeln aufnehmen könnten.

1 Vgl. FRANÇOIS DESSEMONTET/JEROME JAQUIER (Herausgeber), An 2000: enjeux et responsabilités, Lausanne 1999.

2 Die Frage des „gerechten Preises“ hat die Juristen über Jahrhunderte hinweg beschäftigt. Im Allgemeinen Teil des geltenden Obligationenrechts wird sie unter dem Gesichtspunkt der Übervorteilung (Art. 21 OR) abgehandelt. Namentlich vor dem Hintergrund des neuen Kartellgesetzes verlangt nun PIERRE TERCIER (Le prix abusif, BR 1998, S. 71 ff.), die Frage neu zu überdenken.

3 JOSTEIN GAARDER, *Sofies Welt*, 49. Aufl. (!), Hanser, München/Wien 1999. Die meisten meiner Bekannten haben das Buch gekauft, aber nicht gelesen. Insofern teilt *Sofies Welt* das Schicksal vieler Rechtsbücher, nur dass die Rechtsbücher es nie zu solchen Auflagen bringen. Sogar der „*Kleine Merkur*“ ist erst bei der siebten Auflage angelangt, obwohl er sich wegen seiner Kürze einer gewissen Beliebtheit auch unter den Studierenden erfreut.

4 Ausführlich dazu: JAMES GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1992.

wir beginnen, das Recht in wirtschaftliche Daten aufzulösen, gelangen wir zu einem Recht ohne Qualität. Und was bleibt, ist schiere Wertlosigkeit.<sup>5</sup>

Die Frage nach den erwähnten Grundlagen war mir lange Zeit durch den Kopf gegangen. Schliesslich musste ich das Thema verwerfen, weil es die Kapazität eines einfachen Schuldrechtlers, der ich nun einmal bin, entschieden übersteigt. So beschränke ich mich auf das, was ich zu wissen oder zu errahnen glaube, stelle das Wenige jedoch in den grösseren Rahmen des angekündigten Titels, exakt wie es die feinen Geschäftsleute in ihren Schaufenstern tun.

## Überdruss und Überfluss

2. Ich schreibe also über den heutigen Stand der Lehre und der Rechtsprechung<sup>6</sup>, womit ich den Stand der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung meine, denen sich kein Schweizer Jurist entziehen kann, obwohl er der einen und andern bisweilen auch überdrüssig ist.

*Der Überdruss kommt vom Überfluss.* Keine Woche vergeht, in der nicht neue Bücher angezeigt oder neue Entscheide publiziert werden, ganz zu schweigen von der Vielfalt und vom Umfang der juristischen Zeitschriften, denen wir bis hin zur „Aktuellen juristischen Praxis“ ausgeliefert sind. Die [3] älteren Juristen, zu denen ich selber gehöre, denken mit Wehmut zurück an die nostalgische Zeit, da eine *einzig*e Bücherwand ausreichend war, um unser *ganzes* Handwerkszeug aufzunehmen, so wie der damalige Just-Vertreter noch alle lebensnotwendigen Hilfsmittel in einer einzigen Kiste mit sich herumtrug. An der besagten Wand standen sie denn: der „TUOR“, der „GUHL“, der „VON TUHR“, der „OFTINGER“, der „GULDENER“, der „FRITZSCHE“, der „LEUCH“, der „GIACOMETTI“, die noch schmalbändigen Zürcher- oder Bernerkommentare, die SJZ, die ZBJV, die ZSR, die BGeS und die Entscheide des jeweiligen Ober- oder Kantonsgerichts, komplettiert durch die eigene Dissertation und die Dissertationen der eigenen Freunde.<sup>7</sup> Wer *so viel* hatte, der hatte genug, um seinen juristischen Alltag literarisch zu bewältigen, während es heutzutage fast übermenschlicher Anstrengung bedarf, um – in der unablässigen Publikationsflut „surfend und zappend“ – auch nur die Übersicht zu wahren. Zu jeder Gesetzesbestimmung gibt es eine Monographie, zu jedem Professor ein Lehrbuch, zu jedem Kanton eine Präjudiziensammlung, zu jedem Rechtsgebiet eine Zeitschrift<sup>8</sup> und zu den publizierten Gerichtsentscheiden einen Graumarkt unveröffentlichter Urteile, die zum Geheimarsenal der Insider gehören. Die meisten Rechtsfragen und -gebiete sind literarisch gleich mehrmals und so abgehandelt, dass die gleichen Elemente, wie in einem Kaleidoskop, sich zu immer neuen Bildern fügen. Ein Autor, dessen Name mir entfallen ist\*<sup>9</sup>, war erheblich unfreundlicher, als er von „Leichen“ sprach, „die umgebettet würden“.

5 Vgl. sinngemäss: KEN WILBER, Die drei Augen der Erkenntnis, Kösel, München 1988, S. 38 f.: „Sobald man also die Welt in empirische Messwerte und Zahlen übersetzt hat, hat man - unter Garantie! - eine Welt ohne Qualität, und das ist eine Welt ohne Werte oder Sinn.“

6 Dafür verwende ich auch die Notizen zu zwei Vorträgen, die ich in Luzern (den ersten zum 75jährigen Jubiläum des Luzerner Juristenvereins, den zweiten am Dies Academicus der Universitären Hochschule Luzern) gehalten habe.

7 Meine Schilderung bezieht sich auf die deutsche Schweiz. In der Romandie verhielt es sich gleich, nur mit zum Teil anderen Autorennamen oder Zeitschriften.

8 So etwa: „Medialex“, „Medizinrecht“, „Rechtsmedizin“, „Zeitschrift für Europarecht“, „Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht“, „Baurecht“, „Zeitschrift für das Vormundchaftswesen“, „Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht“. Eine allumfassende Zeitschrift ist das „recht“.

9 \*Viele Dinge, die man liest, setzen sich im Langzeitgedächtnis fest, ohne dass man später noch weiss, wo man sie gelesen hat, was ein korrektes Zitieren verunmöglicht. Bisweilen reduziert sich die spätere Erinne-

## Kurzkomentare und Computer

3. Dass in einer solchen Zeit des Überflusses *die Kurzkomentare* auf rege Nachfrage stossen, vermag so wenig zu überraschen wie der Versuch, den juristischen Markt durch allerhand *CD-Roms, On-line-Angebote und Computer-Programme* anzureichern.

[4] Früher beherrschte man die Kunst, Reste zu verwerten.<sup>10</sup> In den heutigen *Kurzkomentaren* kultiviert man die Kunst, bereits Geschriebenes aufzukochen.<sup>11</sup> Dem eiligen Leser kommt dies zupass, da er in *einem* Menü zusammenfindet, was die zerstreute Lehre und Rechtsprechung zu den kommentierten Bestimmungen zu bieten haben. Manches ist zwar bloss angedeutet, anderes ausgelassen und vieles, was dem Bearbeiter nicht ins Konzept passt, lediglich mit einem „a.A.“ samt zugehörigem Zitat notiert. Das ändert aber nichts an der erfreulichen Tatsache, dass in einem derartigen Kommentar auch die grössten Publikationen auf wenige Zeilen zusammenschrumpfen. Ähnlich erging es schon dem Gemüse, das im Duromatic meiner Mutter auf einen Zehntel seines ursprünglichen Volumens verdampfte.

Zu den Kurzkomentaren kommen neuerdings die *elektronischen Hilfsmittel*, die im Unterschied zu jenen sogar auf das Papier verzichten. Das Angebot wächst und wächst, was beweist, dass auch wir Juristen das Zeitalter der Informatik nicht einfach verschlafen. Ob die vielfältigen CD-Roms, die On-line-Zugänge und Computerprogramme allerdings geeignet sind, unsere Not zu mildern, erscheint mir zweifelhaft. Denn in Wirklichkeit überschwemmen sie uns mit noch mehr Informationen. Und ausserdem ist der Computer zwar ein hervorragendes Mittel zum Speichern, Abrufen und Kombinieren; doch kann er uns das Denken schon deshalb nicht abnehmen, weil er nur nach den Regeln der Logik funktioniert, während er die andern menschlichen Entscheidfaktoren ausser acht lässt.<sup>12</sup> Die von der Computerbranche geweckten Erwartungen in die Fähigkeit der „künstlichen Intelligenz“ sind inzwischen einer realistischen Ernüchterung gewichen, die gottseidank unsere menschlichen Fähigkeiten wieder in den Vordergrund rückt.<sup>13</sup> Die jugendlichen Computerfreaks mögen zwar widersprechen, aber selbst der Computer *Deep Blue*, der *Gari Kasparow* in die Schranken wies, vermag daran nichts zu ändern. Denn erstens war die schachspielende Computermaschine von Menschen programmiert. Zweitens ist das menschliche Leben, mit dem wir Juristen zu tun haben, viel komplizierter als ein Schachspiel, dessen einziges Ziel darin besteht, den Gegner matt zu setzen.\*<sup>14</sup> Und drittens ist das Recht weit mehr als eine Anordnung logischer Regeln, obwohl es bis in die heutige Zeit hinein nicht an literarischen Versuchen fehlt, die Rechtsordnung in mathematische Formeln zu kleiden. Ähnliche Formeln verwenden auch die Physiker, die [5] nicht wissen, wie die Welt funktioniert, sondern darauf hoffen, dass die Natur sich ihrer mathematischen Beschreibung fügt.<sup>15</sup> *Albert Einstein* soll einmal gesagt haben: „Insofern die

rung sogar auf das dumpfe Gefühl, etwas, was man selber schreibt, ähnlich oder gleich schon anderswo gelesen zu haben. Da ich selber von Berufes wegen viel zu lesen habe, erlebe ich sowohl das eine wie das andere am eigenen Kopf. Im vorliegenden Beitrag bezeichne ich entsprechende Stellen mit einem Stern (\*). Auch wenn der Beitrag sonst nichts Neues enthalten sollte, so wäre zumindest dies ein Novum.

10 JEAN-DOMINIQUE BAUBY, Schmetterling und Taucherglocke, Paul Zsolnay, Wien 1997, S. 37.

11 Das ist tatsächlich eine Kunst, wenn man sich die Menge des Geschriebenen vor Augen hält. Um Proteste im Voraus abzuwehren, möchte ich aber ausdrücklich betonen, dass sich auch in Kurzkomentaren Neues finden kann.

12 HUBERT L. DREYFUS/STUART E. DREYFUS, *Mind over Machine*, Free Press, New York 1988, passim.

13 Vgl. dazu auch FRITJOF CAPRA, *Lebensnetz*, 2. Aufl., Scherz, Bern/München/Wien 1996, S. 313.

14 \*Vgl. Anm. 9.

15 *Der Spiegel*, Nr. 25, 1998, S. 217. Dass *der Spiegel* und ähnliche Erzeugnisse, die ich in meinem Aufsatz ebenfalls zitiere, nicht zu den wissenschaftlichen Fachpublikationen gehören, ist mir zwar bewusst. „Zitierwürdig“ aber ist nicht nur das, was im anerkannten Gewand einer wissenschaftlichen Publikation da-

Sätze der Mathematik sicher sind, haben sie nichts mit der Wirklichkeit zu tun, und insofern sie mit der Wirklichkeit zu tun haben, sind sie nicht sicher“.<sup>16</sup>

## II. Erweiterte Einleitung

### Die Wahrnehmung und die Öltropfen

4. Aus der Not machen wir eine Tugend, indem wir uns spezialisieren. Die Professoren sind diesbezüglich besonders tugendhaft, was auch in meinem Beitrag zum Ausdruck kommt, der die Lehre und die Rechtsprechung *aus der beschränkten Sicht eines privaten Schuldrechtlers* betrachtet.<sup>17</sup> Nicht, dass andere Rechtsgebiete von geringerer Bedeutung wären! Ich denke etwa an die Bundesverfassung, deren überstandene Revision zu einer „mentalenerneuerung“ unseres Volkes führen soll\*<sup>18</sup>; an das Internationale Privatrecht mit dem zugehörigen IPR-Gesetz von 1987, auf das manche von uns fast so stolz sind wie andere auf den Apfelschuss des Wilhelm Tell; an das neue Scheidungsrecht, das am 1. Januar 2000 in Kraft getreten und bereits jetzt umstritten ist<sup>19</sup>; an das Ehegüterrecht, das für normale Eheleute bestimmt, aber so kompliziert ist, dass sich nur die hoch spezialisierten Experten darin zurechtfinden; an das Strafrecht, dessen symbolischer Charakter für unsere Identitätsbildung von zentraler Bedeutung sei<sup>20</sup>; an das ausufernde<sup>21</sup> Verwaltungsrecht, das uns zunehmend beherrscht; oder an das Sozialversicherungsrecht, dessen Realisierung wir bald nur noch mit Mühe finanzieren können. Im Verhältnis zu diesen und anderen Rechtsgebieten (etwa zum [6] Zivilprozessrecht mit dem verflixten Lugano-Übereinkommen) nimmt sich das private Schuldrecht mit all seinen Differenzierungen geradezu bescheiden aus. Vom Prachtstück der neuzeitlichen Jurisprudenz ist es zu einem Aschenbrödel geworden. Und dennoch ist meine beschränkte Optik legitim, ja unvermeidbar. Denn:

Die Wahrnehmung eines jeden wird durch seine eigene Beschäftigung mitgeprägt. Das gilt in besonderer Weise auch für uns Juristen, die wir oft der Gefahr erliegen, die Wirklichkeit nur noch zu registrieren, soweit sie „rechtserheblich“ ist. An diese Gefahr einer verengten Wahrnehmung wurde ich erinnert, als ich im Alchemist des PAULO COELHO die zauberhafte Parabel von den Öltropfen las. Auf seiner Reise durch die afrikanische Wüste kam der Jüngling in das Schloss des Weisen, der ihm einen Teelöffel mit zwei Öltropfen anvertraute und dann empfahl, sich in seinem Palast umzusehen. „Der Jüngling stieg treppauf und treppab, ohne jedoch seine Augen von dem Löffel zu lösen. Nach zwei Stunden erschien er wieder vor dem Weisen. ‚Na‘, fragte dieser, ‚Hast Du die kostbaren Perserteppiche in meinem Esszimmer gesehen? Und den prachtvollen Park, den der Meister der Gärtner innerhalb von zehn

---

herkommt.

16 Zitat bei FRITJOF HAFT, Verhandeln, München 1992, S. 72.

17 Zwar gibt es auch ein *öffentliches* Schuldrecht, das mangels systematischer Durchdringung aber noch weit davon entfernt ist, einen eigenen Lehrstuhlinhaber zu ernähren.

18 \*Vgl. Anm. 9.

19 Vgl. dazu das Streitgespräch zwischen RUTH REUSSER und THOMAS GABATHULER in plädoyer 5/1999, S. 10 ff. Eine Würdigung aus feministischer Sicht findet sich bei SUSAN EMMENEGGER, Feministische Kritik des Vertragsrechts, Diss. Freiburg/Schweiz 1999, S. 203 ff.

20 MARCEL A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, Zürich 1996, S. 8.

21 Das Wort „ausufernd“, das an böse Überschwemmungen erinnert (vgl. etwa den Nozon-Fall in BGE 122 III 229 ff.), wird normalerweise für das private Haftpflichtrecht verwendet, wo es die beständige Angst vor einer uferlosen Ausbreitung der Haftung widerspiegelt.

Jahren anlegte? Und die schönen Pergamentrollen in meiner Bibliothek?’ Beschämt musste der junge Mann zugeben, dass er nichts von alledem gesehen hatte, weil seine ganze Aufmerksamkeit dem Teelöffel mit dem Öl gegolten hatte, das ihm anvertraut worden war.“<sup>22</sup>

### Die Wissenschaft und das Narrative

5. Dass uns die Geschichte mit den Öltröpfen ganz persönlich berührt, mag kaum einer bestreiten. Fraglich dagegen ist, ob solche und andere Geschichten in einen *juristischen* Aufsatz passen. Denn „juristisch“ ist für viele nur das, was in der Gestalt von rechtlichen Normen, Systemen, Lehrsätzen, Ableitungen oder gescheiterten Kontroversen daherkommt. Und von einem juristischen Beitrag, der *Anspruch auf Wissenschaftlichkeit* erhebt, erwartet man gemeinhin, dass er die Leserschaft durch feinstgesponnene Überlegungen in eine Arteplage der dogmatischen Konstruktion entführt. Je abstrakter die Überlegungen und je gedrechselter die Sätze sind, desto grösser ist die Anerkennung, die der Verfasser mit Bezug auf seine juristische Intelligenz davonträgt. So entstehen denn jene Abhandlungen und Traktate, deren Gedankengänge für normale Verbraucher zwar unverständlich bleiben, aber gerade deswegen eine „*præsumtio hominis*“ für die Brillanz ihrer Autoren begründen. Ein besonders schönes Beispiel, das diese Vermutungslage belegt, ist die [7] Literatur zum Immaterialgüterrecht, die ihren transzendentalen Schleier nur für die Wenigen öffnet, die dank jahrelanger Anstrengung zum auserwählten Kreis der Eingeweihten gehören.

All das kann nun aber nicht darüber hinweg täuschen, dass im Beruf des Juristen *das narrative Element* die zentrale Rolle spielt.<sup>\*23</sup> So verhielt es sich schon unter dem Imperium des Römischen Rechts, dessen Digesten nichts anderes waren als gedrängte Kurzgeschichten mit raffinierten Lösungsvorschlägen.<sup>24</sup> Und so verhält es sich auch heute noch: Menschliche Geschichten beherrschen den Alltag des Praktikers, der mit und durch die Vielgestaltigkeit seiner Fälle lebt und dementsprechend dazu neigt, auch seine eigene Bedeutsamkeit am Streitwert seiner Fälle zu messen.<sup>25</sup> Menschliche Geschichten füllen die Rechtsschriften, in denen jede Partei den Sachverhalt so erzählt, wie sie die Geschichte gerne hätte. Aber auch die Gesetzesbücher sind voll von Geschichten, die - wie es ihrer gesetzlichen Natur entspricht - mit einem abstrakten Tatbestand beginnen, um in eine Rechtsfolge auszumünden.

### Geschichten und Gerichte

6. Und schliesslich gibt es *die Urteile der Gerichte*. Sie erzählen durchwegs eine konkrete Geschichte, welche die Richter nach kunstvollen Erwägungen zu einer autoritativen Lösung führen, die sie schon im Auge hatten, bevor sie mit den rationalen Erwägungen begannen.<sup>26</sup>

---

22 PAULO COELHO, *Der Alchemist*, 4. Aufl., Verlag Peter Erd, München 1996, S. 34 f.

23 \*Vgl. Anm. 9.

24 Vgl. FRITJOF HAFT, *Verhandeln*, (zit. in Anm. 16), S. 51.

25 Nur so lässt sich erklären, dass viele Anwälte, die - wie alle Menschen - am liebsten von sich selbst erzählen, früher oder später auch auf den „ungeheuren“ Streitwert ihrer Fälle zu sprechen kommen, damit die anderen erkennen, wer da vor ihnen sitzt.

26 Dass die Lösung und die dogmatische Begründung eines Urteils zwei verschiedene Paar Schuhe sind, mag den Laien überraschen, wird in der Lehre aber als selbstverständlich unterstellt. So schreibt z.B. ERNST KRAMER über ein Urteil: „Ob man das Ergebnis in concreto nun für richtig hält oder nicht, mag hier offenbleiben: So darf es jedenfalls nicht begründet werden“ (ZBJV 1987, S. 310). Oder: „Die Entscheidung ist

Zwar trifft es zu, dass im Laufe des gerichtlichen Instanzenzuges die Erzählung des Sachverhaltes immer knapper wird, während die rechtlichen Erwägungen sich in die Länge ziehen, was die überschüssende Rechtskompetenz der jeweils oberen Instanz adäquat zum Ausdruck bringt. Aber auch die letztinstanzlichen Entscheide des Bundesgerichts, die sich seit dem Aufgebot wissenschaftlicher Mitarbeiter zu wahren Fundgruben der Dogmatik entwickeln, basieren noch auf einem Sachverhalt, aus dessen Publikation, wenn er überhaupt publiziert wird, man zumindest erahnen kann, was tatsächlich passiert ist.

[8] So lässt sich ohne Übertreibung sagen, dass *die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide* eine Sammlung von Geschichten ist, wie sie in ihrer Vielfalt und Menge selbst die orientalischen „Erzähler der Nacht“<sup>27</sup> nicht auszudenken vermöchten. Alle kommen darin vor: die Mächtigen und die Schwachen, der Staat und seine Bürger, die Guten und die Bösen, die Heiligen und die Spitzbuben, ganz zu schweigen von den Richtern, die hinter jedem Urteil stehen. Zwar halten die Richter sich vornehm zurück, indem sie ihre Erwägungen so formulieren, als wären die Entscheide durch objektive Normen zwingend vorgegeben. In Wirklichkeit aber hat jedes Urteil nicht nur eine äussere Seite, die logisch zusammenhängt, sondern auch eine innere, die *aus dem Innersten der Richter* kommt.<sup>28</sup> So trägt jedes Urteil den persönlichen Stempel der Richter; es enthält ein Stück ihrer Seele, weshalb es uns nicht nur von den Gerichteten, sondern auch von den Richtern erzählt. Das ist eine Binsenwahrheit, wenn man bedenkt, wie die menschlichen Gehirne (auch jene der Richter) funktionieren.<sup>29</sup> Zunächst bilden wir eine Meinung und dann finden wir die Argumente, um sie zu begründen. Das Gefühl, das schneller reagiert als der Intellekt, weist uns in die richtige Richtung, wo dann der logische Verstand seine Funktion erfüllt.<sup>30</sup> Oder um mit FRITJOF CAPRA zu sprechen: „Menschliche Entscheidungen sind nie völlig rational, sondern stets von Emotionen gefärbt, und menschliches Denken ist immer in körperliche Empfindungen und Prozesse eingebettet, die zum vollen Spektrum der Kognition beitragen.“<sup>31</sup>

#### Das kranke Kind und seine Eltern BGE 116 II 519 ff.

7. Eine *ältere Geschichte* möchte ich nun herausgreifen. Publiziert wurde sie in *BGE 116 II 519 ff.* Sie handelt von einem kranken Kind, seinen Eltern, einem Arzt und seiner Arztgehilfin. Von welcher Krankheit das Kind befallen war, wird im Sachverhalt nicht gesagt. Sicher aber ist, dass es von einem Kinderarzt behandelt wurde, der ihm eine Diät verschrieb. Trotzdem kam es zu einem nächtlichen Zwischenfall: Das Kind litt an starkem Durchfall und an Erbrechen, weshalb die Mutter am darauffolgenden Morgen die Praxis des [9] Kinderarztes anrief, um ihr krankes Kind zu einer weiteren Untersuchung anzumelden. Vergeblich! Die Arztgehilfin lehnte die Anmeldung kategorisch ab; sie gebot der Mutter, die Diätvorschriften des Arztes strikte einzuhalten, und untersagte ihr, vor vier Tagen erneut anzurufen. In der

---

sehr zu begrüssen ... Auch die vom Bundesgericht gelieferte dogmatische Begründung ist vertretbar“ (ZBJV 1987, S. 312).

27 RAFIK SCHAMI, *Erzähler der Nacht*, 13. Aufl., Beltz & Gelberg, Weinheim und Basel 1995.

28 Vgl. STEN NADOLNY, *Die Entdeckung der Langsamkeit*, 27. Aufl., Piper, München 1996, S. 108: „Jeder Bericht hatte eine äussere Seite, die logisch zusammenhing und leicht zu begreifen war, und eine innere, die nur im Kopf des Sprechenden aufschien.“

29 Vgl. dazu DANIEL GOLEMAN, *Emotionale Intelligenz*, Hanser, München und Wien 1996.

30 Vgl. DANIEL GOLEMAN, a.a.O., S. 48.

31 FRITJOF CAPRA, (zit. in Anm. 13), S. 312.

Folge aber verschlechterte sich der Zustand des Kindes so sehr, dass es am übernächsten Morgen um 7.15 Uhr bewusstlos war und unter Krämpfen litt. Erschrocken fuhren die Eltern mit ihrem schwerkranken Kind zum Arzt, auf den sie in der Praxis  $\frac{3}{4}$  Stunden warten mussten. Als der Arzt dann eintraf, konnte das Kind zwar in letzter Minute vor dem Tod gerettet werden. Die vorangegangene Dehydratation führte indes zu schweren Hirnschäden und zu einer dauernden Pflegebedürftigkeit des Kindes, woraus ein Haftpflichtfall entstand, der bis an das Bundesgericht weiter gezogen wurde. Streitig war die Frage, ob der eingeklagte Arzt verpflichtet sei, dem Kind und seiner Mutter je eine Geldsumme als Genugtuung zu leisten.

Bei der geschilderten Tragödie gehört unser Mitgefühl nicht nur dem Kind, sondern auch den Eltern. Umso frappierender ist die Reaktion des Bundesgerichts, das mit höchstinstanzlicher Autorität ein schuldhaftes Fehlverhalten der Eltern konstatiert, weil sie gegen das „allgemeine Gebot des vernunftgemässen Handelns“ verstossen hätten. Dieses allgemeine Gebot hätte, wie das Bundesgericht meint, „die Eltern jedenfalls im Zeitpunkt der wesentlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes ... veranlassen müssen, unverzüglich einen Arzt oder die Notfallstation eines Spitals aufzusuchen“. „Unverständlich“ sei „zudem, das bewusstlose und unter Krampferscheinungen leidende Kind um 07.15 Uhr in die Praxis des Kinderarztes zu bringen, von der nicht angenommen werden durfte, sie sei zu diesem Zeitpunkt bereits geöffnet, und dort  $\frac{3}{4}$  Stunden auf das Eintreffen des Arztes zu warten“.

Was erzählt uns dieser Entscheid von den Richtern? Nach der Meinung einer Autorin, die eine „feministische Kritik des Vertragsrechts“ geschrieben hat, widerspiegelt er die männlich konnotierte Einstellung gutsituierter Leute.<sup>32</sup> Und die Psychologen, denen ich das Urteil zu lesen gab, waren entsetzt, wie sie es mit Bezug auf juristische Dinge meistens sind. „Der rationalistische Schuldvorwurf der Richter“, sagten sie, „lasse jegliche Empathie vermissen“. „Aus dem Entscheid spreche ein eklatantes Manko an emotionaler Intelligenz, wie es bei akademisch trainierten Leuten häufig zu beobachten sei.“<sup>33</sup> Diese Kritik kann allerdings so nicht gelten lassen, wer den Entscheid zu Ende liest. Denn nach den späteren Erwägungen der Richter lag [10] das „schuldhafte Fehlverhalten“ der Eltern nicht derart „ausserhalb des normalen Geschehens“, dass es die Adäquanz des haftungsbegründenden Kausalzusammenhanges zu durchbrechen und die Hilfspersonenhaftung des Arztes zu beseitigen vermochte. Inso weit siegte also doch die emotionale Intelligenz der urteilenden Bundesrichter<sup>34</sup>, was den Psychologen nur deshalb entging, weil sie nicht ahnen konnten, dass die dogmatische Formel des „adäquaten Kausalzusammenhanges“ in ihrer komplizierten Unverständlichkeit einfach verschleiert, dass sie in Wirklichkeit an das *Gefühl* der Richter appelliert.<sup>35</sup>

### III. Die heutige Lehre und Rechtsprechung

#### Jurisprudenz/Jurisprudence

8. Nach den bisherigen Ausführungen, die ich als Einleitung verstand, komme ich nun *zur Hauptsache*: zur heutigen Lehre und Rechtsprechung. Für beide zusammen verwende ich

---

32 SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Diss. Freiburg/Schweiz 1999, S. 121 ff.

33 Der Hinweis auf die akademisch trainierten Leute erinnerte mich an das Buch von DANIEL GOLEMAN (zit. in Anm. 29), ohne dass es mir aber gelang, die einschlägige Stelle dort wieder zu finden.

34 Oder ihrer Mehrheit. Die Vorinstanz hatte noch anders entschieden!

35 ERNST KRAMER (ZBJV 1987, S. 315) spricht von „wertenden Erwägungen, die man, um ihnen wenigstens eine Etikette umhängen zu können, mit den Stichworten Adäquanz oder Inadäquanz...umschreiben kann“.

auch den Ausdruck *Jurisprudenz*, was zwar ungenau, aber als eidgenössischer Sprachenkompromiss hinzunehmen ist. Denn mit „*jurisprudence*“ bezeichnet man in der französischen Schweiz die Rechtsprechung (vgl. schon Art. 1 Abs. 3 CC/ZGB), während das deutsche Wort „Jurisprudenz“ für Rechtswissenschaft steht.

Das Letztere erinnert an eine Zeit, da die Beschäftigung mit dem Recht vor allem noch mit Klugheit („*prudencia*“) zu tun hatte. Als dann aber das naturwissenschaftliche Gesetz zum Inbegriff der Wahrheit emporstieg und im Laufe des 19. Jahrhunderts auch andere Wissenschaftsbereiche durchdrang, da mochten die Juristen nicht hintan stehen.<sup>36</sup> Für sie begann die Epoche der grossen Kodifikationen, unterstützt durch die Idee, dass das Recht nichts anderes sei als „juristische Mathematik“ (THIBAUD), weshalb es sich am besten in die Form eines Gesetzes kleiden liesse.<sup>37</sup> Das war die Geburtsstunde der modernen Rechtswissenschaft. Zwar hatte es schon früher Gesetze gegeben.<sup>38</sup> Jetzt aber wurde das Gesetz zum *zentralen Thema* der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft, was es bis heute geblieben ist. Soweit nötig, [11] wird es durch die Richter und Dogmatiker fortgeschrieben, die sich zur Formulierung ihrer Rechtssätze wiederum der Gesetzmässigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge bedienen.<sup>39</sup> Die schweizerischen Gerichte sind sogar von Gesetzes wegen verpflichtet, auf diese Weise zu verfahren: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden“ und schweigt auch das Gewohnheitsrecht, so soll das Gericht, wie Art. 1 Abs. 2 ZGB anordnet, „nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde“. Was uns hier entgegentritt, ist der „Richter als Gesetzgeber“, dieses juristische Doppelwesen, das die gesetzliche Regel, die es anwendet, gleich selber schafft.

## Die Überfülle und deren Ursache

9. Verschiedene Aspekte der heutigen Lehre und Rechtsprechung habe ich schon in der Einleitung angesprochen, was auch die Ungewöhnlichkeit ihrer Länge erklärt. Ein äusserer Aspekt, der genannt wurde, betrifft *die Überfülle der Publikationen*. Darauf zurückzukommen bestände kein Anlass, gäbe es nicht *zwei Fragen*, die offen blieben.

a. Die primäre Frage betrifft die *Ursache des Übels*. Warum wird so viel publiziert? Bei medizinischer Betrachtung könnte man meinen, der schweizerische Juristenstand sei *von einem mysteriösen Virus befallen*, der die Betroffenen bei nur geringster Anfälligkeit zum Schreiben zwingt. Auf diese Weise wäre medizinisch erklärbar, weshalb so viele von uns ihre karge Freizeit opfern, ihre Gesundheit ruinieren und gar den Familienfrieden aufs Spiel setzen, um in die juristische Literatur einzugehen. Wie viel Leid und Entbehrung hinter manchen Werken stehen, ist in den Widmungen und Vorworten nachzulesen, worin die Autoren ihren „vernachlässigten“ Ehegatten<sup>40</sup>, ihren Kindern oder sonstigen Angehörigen für das „grosse Verständnis“, für die „Opferbereitschaft“ oder für die „einfühlsame Unterstützung“ in der „entbehrungsreichen Zeit“ der Niederschrift danken. Sucht man aber nach dem wirklichen Ursprung

36 Vgl. GERHARD STRUCK, *Gesetz und Chaos in Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft*, Juristische Schulung (Deutschland) 1993, S. 992 ff.

37 GERHARD STRUCK, a.a.O., S. 993.

38 WOLFGANG GOETHE hatte gedichtet: „Ihr verfährt nach Gesetzen, auch würdet ihr's sicherlich treffen, wäre der Obersatz nur, wäre der Untersatz wahr!“

39 GERHARD STRUCK, (zit. in Anm. 36), S. 993.

40 „Wie schon bei der ersten Auflage“, schreibt ein Autor, „habe ich vor allem meine Frau arg, über jedes vernünftige Mass, vernachlässigt.“



des Übels, so sind (abgesehen von der Publikationspflicht für Dissertationen) die folgenden Gründe auszumachen:

b. Ein offensichtlicher Grund liegt bei den *gesetzgebenden Instanzen*, die unser Land mit unablässig neuen Gesetzen überziehen, als gälte es, die letzten Löcher mit obrigkeitlichen Normen zuzustopfen. Im geplanten Heilmittelgesetz soll jetzt sogar die Zulassung homöopathischer Pflanzenpulver und -säfte [12] auf Bundesebene geregelt werden. Wahrlich, gegen den Gesetzgeber ist kein Kraut gewachsen! Darüber wurden schon viele Klagelieder gesungen. Und mancherlei „Liberalkuren“ wurden angepriesen, um den aufgeblähten Staat wieder „schlank“ zu machen. Kaum einer aber erkannte den unheilvollen Zusammenhang, den es vorliegend aufzudecken gilt:

Neue Gesetze kreieren neuen Stoff für Literatur und Rechtsprechung, weshalb sie einen Rattenschwanz literarischer Abhandlungen und gerichtlicher Urteile nach sich ziehen, wenn sie nicht schon in Begleitung eines vorfabrizierten Kommentars daherkommen<sup>41</sup>. Exemplarisch ist das revidierte Mietrecht, das durch dickbändige Kommentare, unablässige Abhandlungen und unzählige Gerichtsentscheide geklärt und nachgebessert werden muss, um überhaupt brauchbar zu sein. Ich denke aber auch an das Konsumkreditgesetz, das Pauschalreisegesetz und andere „*Instant-Erlasse*“ der *Swisslex-Gesetzgebung*. Sie wurden im Eilzugtempo und ohne viel Federlesens aus der Europäischen Union rezipiert, weshalb sie für eine Nachbearbeitung mit den Präzisionsinstrumenten der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung geradezu prädestiniert sind. Dass die Einfuhr aus Brüssel gar den Namen „*Swisslex*“ trägt, zeugt vom Galgenhumor unseres Gesetzgebers, dem nichts anderes übrig blieb, als abzuschreiben, was im Ausland vorgeschrieben wurde. Die euphemistische Falschbezeichnung vermag jedenfalls nicht zu verdecken, „dass die Internationalisierung der Gesetzgebung ein Faktum ist, gegen das man nur unter Inkaufnahme erheblicher wirtschaftlicher Nachteile ankämpfen“ könnte.<sup>42</sup>

c. Ein weiterer Grund für die unaufhörliche Publikationsflut liegt in der fortgeschrittenen *Verkommerzialisierung der juristischen Literatur*. Manch ein armer Jurist würde ein durchaus glückliches Leben führen, hätte ihn nicht ein Verlag, ein verlagstreuer Herausgeber oder Redaktor dazu verleitet, ein juristischer Schriftsteller zu sein. Und viele andere, die sich aus eigenem Antrieb zur Schriftstellerei berufen fühlen, hätten dieses Gefühl schon im Keime erstickt, bestände auch nur die geringste Schwierigkeit, das Geschriebene in den Verkehr zu bringen. Heutzutage aber gibt es nichts Leichteres, als einen Verleger oder eine Zeitschrift zu finden, die das fertige Manuskript veröffentlichen. Wird dann die Veröffentlichung vom Bundesgericht zitiert, was bei der [13] neuerlichen Zitierfreudigkeit des Gerichts<sup>43</sup> keine Selten-

---

41 Vgl. neuerdings den Kommentar von SUTTER/FREIBURGHANUS zum neuen Scheidungsrecht (Zürich 1999), der noch vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts erschienen ist. Geradezu voreilig war HANS GIGER mit seinem Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz (Zürich 1980), das in der damaligen Fassung überhaupt nicht angenommen wurde. Seinem publizistischen Eifer verdanken wir somit einen Gesetzeskommentar zu einem Nichtgesetz.

42 FRANZ BLANKART, Staat und Wirtschaft in einer globalisierten Welt, in: Die Schweiz im Umbruch, Freiburg/Schweiz 1997, S. 78.

43 Obwohl die juristischen Schriftsteller sich über die „Zitierfreudigkeit“ des Bundesgerichts dankbar freuen müssten, wird sie in der Lehre auch kritisiert. Soweit wir dies tun, meinen wir aber immer, dass Zitate *anderer* Autoren verzichtbar wären, während wir erwarten, dass *wir selber* zitiert werden. Wer möchte denn in Lausanne übergangen werden, nachdem er etwas publiziert hat! Auch wer nichts Weiteres zu bieten hat als einen Zusammenschritt fremder Autoren, wartet auf den Tag, an dem das Bundesgericht *seine* Publikation über alle anderen stellt, was durchaus vorkommen kann.

heit ist, so steigt sie auf in den Rang der „beachteten“ oder gar „bewährten“ Lehre, wo sie künftig ihren Platz neben den Werken eines „OFTINGER“, „JÄGGI“, „IMBODEN“, „KUMMER“, „DESCHENAUX“, „AUBERT“ oder „MERZ“ hat.\*<sup>44</sup> Wen aber erstaunt's, dass ein derart emporgekommener Autor zum Wiederholungstäter wird! Der ersten Publikation folgt eine zweite oder dritte, und wäre es auch nur, um die erste oder zweite mit einer „nachgeführten und verbesserten“ Version abzulösen.

Besonders verführerisch ist die Anfrage, an einem Kommentar mitzuarbeiten. Denn welcher Jurist hat in seiner akademischen Jugend nicht davon geträumt, ein Kommentator zu sein! Früher war diese Ehre nur wenigen vorbehalten, ähnlich dem Privileg, auf einem Golfplatz zu spielen. Heute hat sich das geändert. Es gibt Golfplätze für jedermann, aber auch Kommentare, die den Kommentarstoff so breit verteilen, dass es auf jeden Quadratkilometer der Schweiz einen Kommentator trifft. Einige mögen dies bedauern. Ich dagegen bin da ganz anderer Meinung. Seit jeher bewundere ich die Technik des Patchwork, welche die unterschiedlichsten Teile zu einem Ganzen vereinigt. Und warum, so frage ich mich, sollte die Sozialisierung, die jetzt sogar das Privatrecht ergriffen hat<sup>45</sup>, ausgerechnet vor den Kommentaren Halt machen?

### Die Rolle der Professoren

10. Die sekundäre Frage betrifft *die Rolle der Professoren*<sup>46</sup>. Dass auch sie publizieren, ist verständlich, ja zwingend. Denn erstens sind sie zur Lehre *und* Forschung angestellt; zweitens sind sie mit Steuergeldern auch *dafür* [14] bezahlt, dass sie ab und zu etwas veröffentlichen; und drittens können sie dies ohne materielles Risiko tun.

a. Nach dem gemeinen Vorstellungsbild, das man sich von einem *tüchtigen Professor* macht, gehören die Veröffentlichungen gar zu den vorrangigen Pflichten seiner privilegierten Stellung. Dieser landläufigen Vorstellung werden die meisten Professoren gerecht, indem sie Lehrbücher, Handbücher, Kommentare, Zeitschriftenartikel, Festschriftbeiträge, Urteilsrezensionen und selbst Leserbriefe<sup>47</sup> produzieren. Wer sich so oder anders einen Namen „erschrie-

---

44 \*Vgl. Anm. 9. Am ehesten scheint mir, dass ich mich bei der Formulierung dieses und auch der vorangehenden beiden Sätzen von JHERINGS „Scherz und Ernst“ beeinflussen liess, wo sich z.B. auf S. 66 der 13. Aufl. (Leipzig 1924) zwei verwandte Passagen finden, was zumindest aufzeigt, dass die Verhältnisse schon im vorletzten Jahrhundert ganz ähnlich waren.

45 Vgl. BGE 123 III 297 f.

46 Ich verwende das Wort „der Professor“ im Sinne eines „generischen Maskulins“, das vom Sexus her auch Frauen umfasst, weshalb „der Professor“ durchaus auch eine Frau sein kann (vgl. Anm. 150). Gleich halte ich es mit anderen Personenbezeichnungen, was ich später (unter Ziff. 16/a) noch ausführen werde. Im Zusammenhang mit „dem Professor“ schien es mir aber wichtig, bereits jetzt auf meinen generischen Wortgebrauch hinzuweisen, da es doch zu den hoffnungsvollsten Entwicklungen der akademischen Moderne gehört, dass an den Universitäten in vermehrtem Masse auch Professorinnen lehren.

47 Seit es RUDOLF VON JHERING gelungen ist, „die Form des Briefes auf die Jurisprudenz zu übertragen“ (Scherz und Ernst, zit. in Anm. 44, S. 4), ist gegen diese Literaturform nichts mehr einzuwenden. Ob aber auch *Leserbriefe* von Rechtsprofessoren zur Rechtsliteratur gehören, hängt nicht nur von ihrem Inhalt, sondern in gleicher Weise von ihrer Platzierung ab. Werden sie etwa in einer lokalen Tageszeitung publiziert, so zählen sie schon deshalb nicht zur wissenschaftlichen Literatur. Dafür finden sie öffentliche Beachtung, was nicht überall geschätzt wird. Ein Professor des Strafrechts, der sich in einer Reihe lokaler Leserbriefe über die Zustände in der örtlichen Justiz beklagt hatte, provozierte sogar eine parlamentarische Anfrage, ob sein Verhalten mit der „Treue- und Zurückhaltungspflicht“ eines Staatsbeamten vereinbar sei (vgl. dazu und zur vorläufigen Antwort des angefragten Staatsrates: *Freiburger Nachrichten* vom 28. 12. 1999, S. 7).

ben“ hat, der kann es sich mit zunehmendem Alter auch leisten, andere für sich schreiben zu lassen, deren Beiträge er unter seinem Namen zu einem Sammelband vereinigt. Auf diese Weise lebt die Spezies der „Jäger und Sammler“ bis in die akademische Neuzeit fort.

Summa summarum darf also behauptet werden, dass die Professorenschaft ihren publizistischen Leistungsauftrag erfüllt, was einen sichtbaren Niederschlag in den jährlichen Universitätsberichten findet, die darauf angelegt sind, die politische Öffentlichkeit durch umfangreiche Publikationslisten bei Laune zu halten. Vieles, was darin zu lesen ist, erinnert einen an die potemkinschen Dörfer. Kein Artikel ist bescheiden genug, um nicht aufgeführt zu werden. An was es aber je länger desto mehr zu fehlen scheint, sind professorale Grundlagenwerke, die ein rechtliches Gebiet mit all seinen Implikationen à fond behandeln. Diese Literaturgattung ist seit *Spiro's* „*Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*“ fatalerweise im Absterben begriffen, was seinen Grund nicht nur in der schweren Verkäuflichkeit derartiger Bücher, sondern auch darin hat, dass vielen Professoren die Zeit zum Nachdenken abhanden gekommen ist.

b. [15] Das soeben Gesagte vermag vielleicht zu verwundern, nachdem sich das vorgeschriebene Pflichtprogramm, das der Professor seinen Studenten und Studentinnen doziert, nach wie vor auf sechs bis acht Stunden pro Semesterwoche beschränkt. Zu diesen Pflichtstunden, die der Pflichtbewusste auch pflichtgemäss vorbereitet, kommen jedoch ungezählte Tage, die *ein juristischer Professor der Gegenwart* mit der Korrektur von Seminararbeiten, der Betreuung von Dissertationen, der Bedienung seiner Homepage, dem Unterhalt von Instituten, der Organisation von Kongressen, der Bestreitung von Postgraduate-Kursen, dem wissenschaftlichen Reisen, dem Besuch von Fakultätsversammlungen, dem Verhandeln in Kommissionen, dem Einreichen von Gesuchen, dem Abfassen von Rechenschaftsberichten, dem Veranlassen von Evaluationen<sup>48</sup> und der Erledigung diverser Verwaltungsgeschäfte verbringt. Ganz zu schweigen von den Examina! Deren Bewältigung nimmt mehrere Wochen des akademischen Jahres in Anspruch. Im letzten Jahr hatte ein Kollege meiner Fakultät 317 schriftliche Examen zu korrigieren, 340 mündliche Examen abzunehmen und über jedes Examen in einer Examenkommission zu beraten. Stehen die Noten einmal fest und sind sie verkündet, so gibt es immer häufiger auch Rekurse, welche die Studierenden meiner Fakultät über drei Vorinstanzen (Professorenversammlung, Rekurskommission, Verwaltungsgericht) bis an das Bundesgericht ziehen können, was den betroffenen Examinator erneut belastet.

Damit aber nicht genug! Die universitäre Aktivität bildet ja nur den *einen Teil* des professoralen Berufslebens. Der *andere* Teil besteht in der „Nebenbeschäftigung“, die sich früher noch auf gelegentliche Vorträge, Gutachten oder Schiedsgerichte beschränkt hatte. Von einem modernen Professor jedoch wird erwartet, dass er sich darüber hinaus auch für die extra-universitäre Allgemeinheit engagiert, bis hin zu abendlichen Fernsehauftritten, in denen er die

---

„Die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK)“, entschied unlängst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, „ist eine wesentliche Grundlage der demokratischen Gesellschaft“ und ihre Einschränkung nur zulässig, wenn überzeugend nachgewiesen ist, dass für sie ein dringendes soziales Bedürfnis besteht (Urteil vom 21. 1. 1999, NJW 1999, S. 1318 und 1320).

48 Seit einiger Zeit werden die Dozenten durch die Studierenden evaluiert, wogegen nichts einzuwenden ist, solange die Evaluation auf die konkreten Verhältnisse, auf den Ausbildungsgrad der Studierenden, auf ihre Anzahl und auf das verfolgte Unterrichtsziel Rücksicht nimmt. Zu vermeiden ist aber die Gefahr, dass der Unterricht zu einem Marktplatz wird, auf dem jener Dozent die höchsten Ergebnisse erzielt, der die examensorientierten Konsumentenwünsche am besten trifft. Denken Sie nur an die Evaluation der „Klarheit“! Sie könnte uns darin bestärken, „einfache“, „klare“ und „richtige“ Antworten zu dozieren, statt das Problembewusstsein zu fördern.

Richter vor versammelter Einschaltquote zum Voraus belehrt, wie sie delikate Fälle zu beurteilen haben. Diese aufklärende Medientätigkeit beschlägt das Gebiet der „prophylaktischen Jurisprudenz“, die sich insbesondere unter telegenen Kollegen einer steigenden Beliebtheit erfreut. Vielleicht ist der Tag nicht mehr fern, da für die Berufung neuer Professoren die telegene Erscheinung der Kandidaten den Ausschlag gibt, und wäre es auch nur mit Rücksicht auf den Kassensturz, der schon für die Beantwortung der [16] einfachsten Rechtsfragen einen juristischen Professor auf Sendung schickt. Böse Zungen behaupten sogar, dass bei der Ernennung der Professoren bereits jetzt andere Eigenschaften stärker ins Gewicht fallen als deren wissenschaftliche und didaktische Begabung.

Wie es um diese Behauptung steht, möchte ich nicht beurteilen, da mir die Übersicht fehlt. Aus eigener Wahrnehmung weiss ich nur, dass sich das Zeremoniell der Professorenwahl über die Jahre hin kaum verändert hat. Man konstituiert eine Berufungskommission, schreibt die Stelle aus, nimmt die Anmeldungen entgegen, hört die Probevorlesungen, diskutiert offen und verdeckt, stimmt in der Fakultätsversammlung ab und wartet dann auf den Bescheid der Anstellungsbehörde. Von den Kandidaten verlangt man einen Lebenslauf, eine Publikationsliste und meistens auch eine Habilitation. Ob die Habilitationsschrift allerdings geeignet ist, die wissenschaftlich Tüchtigen von den andern zu unterscheiden, bezweifle ich, obwohl ich selber durch dieses Nadelöhr gegangen bin, was mich drei Jahre meiner wertvollen Jugend und meinen armen Vater die Drucklegung des zur juristischen Figur empor geschriebenen „Zweigbetriebes“ gekostet hat. Ebenso zweifle ich am Wert der Probevorlesung, die von der Didaktik des Kandidaten nur eine Momentaufnahme vermittelt und über seine Sozialkompetenz überhaupt nichts aussagt. Auf eine seriöse Abklärung dieser Kompetenz wird gemeinhin verzichtet. Man verlässt sich auf das Hörensagen und die eigenen Sympathiegefühle, die sich ab und zu auch in die wissenschaftliche Beurteilung mischen. Ein „Assessment“, wie es ausserhalb der Universität schon für untere Posten üblich ist, scheint mit der Würde der Professorenlaufbahn unvereinbar zu sein. „Sie können nicht glauben“, schrieb WOLFGANG GOETHE an seine Schwester Cornelia, „was es eine schöne Sache um einen Professor ist. Ich bin ganz entzückt gewesen, da ich einige von diesen Leuten in ihrer Herrlichkeit sah“.<sup>49</sup>

#### IV. Der innere Zustand

##### Erfreuliches

11. Gehen wir nun weg von den Äusserlichkeiten und wenden wir uns endlich dem *inneren Zustand* der heutigen Lehre und Rechtsprechung zu! Was gibt es zu berichten? Zunächst gewiss Erfreuliches. Literatur und Rechtsprechung sind in den letzten Jahrzehnten nicht nur umfangreicher, sondern [17] auch *reichhaltiger* geworden. Neue Rechtsideen haben sich durchgesetzt. Und viele Rechtsgebiete, die vor einigen Jahrzehnten erst im Keime oder überhaupt nicht vorhanden waren, haben sich zu ausgewachsenen Disziplinen entwickelt, die jetzt einen prominenten Platz im Gesamtangebot der Jurisprudenz einnehmen. Ich denke etwa an die ausgebauten Grund- und Menschenrechte<sup>50</sup>, an das weite Gebiet der Sozialrechte, an die

---

49 Zitat bei LOUIS CARLEN, *Recht zwischen Humor und Spott*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 131, Berlin/New York 1993, S. 19.

50 Aus der reichhaltigen Literatur vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK*, Bern 1999; WALTER KÄLIN, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, 2. Aufl., Bruxelles Bruylant 1997; THOMAS FLEINER, *Was sind Menschen-*

rechtliche Bekämpfung der Rassendiskriminierung<sup>51</sup>, an das einträgliches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, an das Umweltschutzrecht, an das Beschaffungsrecht, das Konsumentenrecht oder an das Europa-Recht.

Das öffentliche Beschaffungsrecht wurde durch den Abschluss des GATT/WTO-Übereinkommens aus seinem Dornröschenschlaf geweckt, was uns neue Streitfragen und zu ihrer kooperativen Bewältigung einen neuen Verein<sup>52</sup> gebracht hat. Das schweizerische Konsumentenrecht befindet sich trotz höchstrichterlicher Definition des „Konsumentenvertrages“<sup>53</sup> immer noch in der Pubertät, während das Europa-Recht die prächtigsten Blüten treibt. Jedenfalls hat sich in den letzten Jahren keine andere Disziplin so rasch verbreitet wie die Disziplin des Europa-Rechts, die in allen Lehrplänen gehegt und in einem dichten Netz schweizerischer Europa-Institute gepflegt wird. Auch wenn man über die helvetische Zersplitterung der institutionellen Kräfte lamentieren möchte, so ist doch anzuerkennen, dass die souverän verordnete Europa-Abstinenz unseres Landes wenigstens rechtswissenschaftlich durchbrochen wird, was notabene auch für das Privatrecht von Bedeutung ist. Denn zu den eifrigsten Versuchen der juristischen Gegenwart gehören die „Europäisierung der Rechtswissenschaft“<sup>54</sup> und die „allmähliche Herausbildung eines europäischen Privatrechts“<sup>55</sup>.

Blicken wir in die Zukunft, so ist die Europäisierung allerdings nur der kleinere Schritt. Noch weiter reicht *die Globalisierung*, die auch das Recht erfasst. ERNST KRAMER bringt es auf den Punkt, wenn er schreibt: „Globalisierung der [18] Wirtschaft impliziert Globalisierung des Rechts“.<sup>56</sup> Viele sehen dieser Entwicklung mit Fassung bis Begeisterung entgegen.<sup>57</sup> Andere bedauern sie, ähnlich den Meisterköchen Frankreichs, die in ihrem Manifest vom Mai 1996 eine „Rückkehr zur Küche der Altvordern“ verlangt haben; denn „angesichts der vaterlandslosen Globalisierung der Kochkunst und des Einbruchs von Krustentieren aus Australien, Truthahn aus den USA und Couscous aus Nordafrika sei Frankreichs Küche bedroht!“<sup>58</sup> Ich selber bin hin und her gerissen. Einerseits befürchte ich, dass ein globalisiertes Recht, fernab vom „genius loci“, sich immer weiter vom Menschen entfernt, gleich wie der globalisiert-amerikanische Weihnachtsschmuck, der vom November bis Januar in den Strassen von Tokio, Seoul und Vevey hängt. Auch glaube ich, dass die aggressive Dynamik des sich ausdehnenden Marktes es zunehmend erschwert, soziale Rechtsideen durchzusetzen, weshalb „das empfindliche Netz der sozialen Beziehungen“<sup>59</sup> ernsthaft gefährdet wird. Andererseits weiss aber auch ich um die Vielzahl der Probleme, die sich nur mehr staatsübergreifend regeln lassen. So kümmern sich etwa die internet-transportierten Daten um keine natio-

---

rechte?, Zürich 1996.

51 Vgl. dazu Art. 261<sup>bis</sup> StGB, Art. 171c MStG und den einschlägigen Kommentar von MARCEL A. NIGGLI, Rassendiskriminierung, Zürich 1996.

52 Die „Schweizerische Vereinigung für öffentliches Beschaffungswesen“.

53 Vgl. BGE 121 III 339 f.

54 HELMUT COING, NJW 1990, S. 937; vgl. z.B. TERCIER/VOLKEN/MICHEL (Herausgeber), Beiträge zum europäischen Recht, Freiburg/Schweiz 1993.

55 REINHARD ZIMMERMANN, Juristenzeitung 1995, S. 477; FRANZ WERRO (Herausgeber), New Perspectives on European Private Law, Freiburg/Schweiz 1998; DERSELBE, a.a.O., S. 23 ff.: Towards Denationalization of Private Law in Europe.

56 ERNST KRAMER, Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode, in: Die Zukunft des Rechts, Basel 1999, S. 73.

57 So etwa THOMAS COTTIER, Die Globalisierung des Rechts - Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 1997, S. 217 ff.

58 *Der Spiegel*, Nr. 5, 1997, S. 144.

59 FRITJOF CAPRA, (zit. in Anm. 13), S. 346.

nen Gesetze, so wenig wie die Gentechnologie, die (wenn überhaupt) nur durch globales Recht gehindert wird, auch den Menschen zu mutieren.

## Das Schuldrecht

12. Soweit zum Allgemeinen. Wie aber steht es um *das schweizerische Schuldrecht*, auf das ich eingestellt bin? Hunderte von Büchern, von herrschenden und anderen Meinungen, von wundersamen Figuren, Urteilen und Merkwürdigkeiten hat es schon hervorgebracht, ohne dass ein Ende abzusehen wäre. Was mag's erstaunen, dass der Lauf der Dinge auch diesbezüglich seinen Fortgang nahm! So gibt es zahlreiche Neuentwicklungen, die auf neuen oder wieder gewonnenen Einsichten, auf neuen Gesetzen, neuen Staatsverträgen oder auf gesellschaftlichen Veränderungen beruhen, zum Teil aber auch durch eine Deutschland-orientierte Dogmatik in die Wege geleitet wurden. Viele Geschichten gäbe es da zu erzählen und manche Theorien aufzulisten. Der „normative Vertragskonsens“<sup>60</sup>, die wieder entdeckte [19] „Ungültigkeitstheorie“<sup>61</sup>, die „Umwandlungstheorie“<sup>62</sup>, die „modifizierte Teilnichtigkeit“<sup>63</sup> und die „Zweikondiktionentheorie“<sup>64</sup> sind nur einige Beispiele, die das Herz des Schuldrechtlers höher schlagen lassen oder mit Abscheu erfüllen, je nachdem, ob er so oder anders konditioniert ist.

Am auffälligsten erscheint mir jedoch *der stete Trend zur Haftungserweiterung*, sei es durch die Verobjektivierung der Fahrlässigkeit<sup>65</sup>, durch die Einführung neuer Kausalhaftungen<sup>66</sup>, durch die multiple Erweiterung der Genugtuungsansprüche<sup>67</sup> oder durch die Ausdehnung der Vertragshaftung auf ausservertragliche Haftpflichtfälle. Auf dem Weg vom Delikts- ins Vertragsrecht, das für den Geschädigten im Allgemeinen günstiger ist, war die schweizerische Lehre emsig damit beschäftigt, das trickreiche Instrumentarium der deutschen Dogmatik auch in die Schweiz zu importieren, weshalb jetzt die Culpa-Haftung, die positive Vertragsverletzung<sup>68</sup>, die vertragliche Drittschutzwirkung<sup>69</sup>, die Drittschadensliquidation<sup>70</sup> und die

60 Statt vieler: BGE 123 III 39 f. Der Ausdruck wurde durch die Habilitationsschrift des jungen ERNST KRAMER (Grundfragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972) auch in der Schweiz bekannt.

61 Vgl. BGE 114 II 142 f.; BGE Semjud 120, 1998, S. 227; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl., Bd. I, Zürich 1998, Nr. 890 ff. Diese Theorie zur einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages, die der schweizerischen Rechtstradition entspricht (französisch: „nullité relative“), hat es allerdings schwer, sich gegen die deutsche Anfechtungstheorie zu behaupten (vgl. etwa INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Bern 1998, Nr. 39.07; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Bern 1996, S. 270; anders wieder: PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 2. Aufl., Zürich 1999, Nr. 607).

62 Vgl. BGE 114 II 157 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, (zit. in Anm. 61), Nr. 1570 ff. mit weiteren Zitaten.

63 Vgl. z.B. ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg/Schweiz 1984, S. 74 ff., und bereits PETER GAUCH, recht 1983, S. 98 f.

64 Vgl. BGE 110 II 247; BGE Semjud 120, 1998, S. 227; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 690.

65 Vgl. z.B. BGE 120 II 249; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, N 183 ff. zu Art. 41 OR, und viele weitere.

66 Z.B. die Haftung nach Produktehaftpflichtgesetz, nach Rohrleitungsgesetz, nach Sprengstoffgesetz oder nach dem Kernenergiehaftpflichtgesetz. Ein Autor postuliert jetzt sogar die Einführung einer Gefährdungshaftung für die Betreiber von Ski- und Snowboardpisten (recht 1996, S. 235 f.).

67 Vgl. dazu recht 1996, S. 236 ff. Den spektakulärsten Schritt vollzog das Bundesgericht, als es in BGE 112 II 220 ff. einen Genugtuungsanspruch auch den Angehörigen von Verletzten zugestand, den es bis dahin beharrlich abgelehnt hatte.

68 Ihre „Existenz“ ist heutzutage praktisch allgemein anerkannt. Seit ihrer „Entdeckung“ durch Hermann Staub (Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904) hat sie aber für viel Aufsehen gesorgt und die ju-

[20] Vertrauenshaftung<sup>71</sup> zum bekannten, wenn auch nicht einhellig gebilligten, Repertoire der schweizerischen Jurisprudenz gehören. Zu diesen Figuren, die das Niemandsland „zwischen Vertrag und Delikt“<sup>72</sup> bevölkern, gesellt sich neuerdings das „einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis“<sup>73</sup>, das aus dem Loch Ness der juristischen Phantasie emporgetaucht ist. Wer juristische Examen abnimmt, stellt immer wieder fest, dass die Attraktivität solcher Importfiguren erheblich höher ist als die Anziehungskraft der einheimisch-gesetzlichen Hausmannskost, welche die Studierenden oft verschmähen, um sich ganz den fremden Delikatesen zu widmen. Wie heisst es doch so schön? „The grass is always greener on the other side of the fence“!

Nachdem *der Röschtigraben* die Schweiz in zwei Empfindungszonen teilt, möchte man meinen, dass auf der romanischen Seite sich alles ein wenig anders verhalte. In der Tat gibt es zwar beachtliche Differenzen in Lehre, Rechtsprechung und Gesetz<sup>74</sup>, was viele Autoren und sogar Gerichte übersehen, weil ihr innerstaatlicher Wahrnehmungsbereich an der Sprachgrenze endet. Die oben erwähnten Figuren dagegen haben Eingang auch in die französischsprachige Jurisprudenz gefunden, wo sie unter französischen Namen teils abgelehnt, teils akzeptiert werden.<sup>75</sup> Überhaupt gehört es zu den Mysterien der schweizerischen Rechtswirklichkeit, dass auch die romanische Schweiz, wenn es ums Ausland geht, sich zwar an Deutschland, aber kaum an Frankreich orientiert. Das veranlasste PAUL PIOTET zur Feststellung: „Or ils (les étrangers) sont présents dans notre pays non seulement physiquement, mais aussi notamment par leurs théories juridiques; et c'est surtout le cas des auteurs allemands.“<sup>76</sup> Das Letztere zeugt von der Leistungsfähigkeit der deutschen Dogmatik<sup>77</sup>, wofür schon ANDREAS VON TUHR stand. Im Steigen [21] begriffen ist jetzt aber auch der amerikanische Einfluss<sup>78</sup>, was er unter anderem der Anziehungskraft der dortigen Rechtsschulen verdankt. Früher zog der wissenschaftliche Nachwuchs nach Heidelberg oder München; seit geraumer Zeit

---

ristische Phantasie gewaltig beflügelt. Vgl. neuerdings wieder ALFRED KOLLER, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzung, AJP 1992, S. 1483 ff., der zur positiven Vertragsverletzung eine Theorie der „Gesamtanalogie“ entwickelt hat.

- 69 Vgl. dazu GAUCH/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl., Bd. II, Nr. 4042 ff.; INGEBORG SCHWENZER, (zit. in Anm. 61), Nr. 87.01 ff., und viele weitere.
- 70 Vgl. dazu GAUCH/SCHMID/REY, a.a.O., Nr. 2689 ff.; INGEBORG SCHWENZER, a.a.O., Nr. 14.23 ff., und viele weitere.
- 71 BGE 124 III 303 f.; 123 III 231 f.; 121 III 354 ff.; 120 II 335 ff.; HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 273 ff.; ausführlich und zum Teil kritisch zur Rechtsprechung: HAUSHEER/JAUN, ZBJV 1999, S. 401 ff.
- 72 Vgl. etwa HAUSHEER/JAUN, ZBJV 1999, S. 404.
- 73 Vgl. insbesondere WOLFGANG WIEGAND, recht 1997, S. 86 ff.
- 74 Art. 1 Abs. 1 ZGB spricht vom „Wortlaut“ („la lettre“, „la lettera“) des Gesetzes, obwohl es nicht nur *einen*, sondern *drei* massgebliche Wortlaute (deutsch, französisch, italienisch) gibt. Die sprachliche Dreifaltigkeit der schweizerischen Gesetze bleibt in der juristischen Schriftstellerei (auch der Gerichte) häufig unbeachtet. Man konzentriert die Kunst der grammatikalischen Auslegung auf die eigene Sprache, ohne zu berücksichtigen, dass die verschiedensprachigen Texte zum Teil erheblich voneinander abweichen.
- 75 Vgl. z.B. PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 244 f., 709 ff., 747 ff.; PAUL PIOTET, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994; FRANÇOIS CHAIX, Le contrat de sous-traitance, Diss. Genf 1995, S. 223, 249 f. und 261.
- 76 PAUL PIOTET, in: Les étrangers en Suisse, Lausanne 1982, S. 337.
- 77 Vgl. dazu auch INGEBORG SCHWENZER, Rezeption deutschen Rechtsdenkens im schweizerischen Obligationenrecht, in: Schuldrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium *Schlechtriem*, Tübingen 1999.
- 78 Vgl. WOLFGANG WIEGAND, Die Rezeption Amerikanischen Rechts, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 229 ff.; The Reception of American Law in Europe, American Journal of Comparative Law 1991, S. 229 ff.

ziehen die jungen Kräfte nach Berkeley, Harvard und Chicago. Kommen sie dann nach Hause, voll bepackt mit neuen Gedanken und ausgerüstet mit einem LL.M., so sind sie kaum mehr zu halten, die neue Weisheit unter die hiesigen Leute zu bringen. Nicht selten haben sie in Übersee auch ihren Namen erweitert. Was als gewöhnlicher „Franz Franzen“ ausgezogen ist, kehrt als „Franz F. Franzen“ in die Heimat zurück. Blieb der Mensch auch der gleiche, so gibt ihm der zweite Vorname doch eine ganz andere Bedeutung.

## V. Schwächen

13. Lassen wir das Gesagte Revue passieren, so steht fest, dass unsere Rechtswissenschaft keine tote Wissenschaft ist, sondern sich *auch in den letzten Jahrzehnten fortentwickelt* hat. Das allerdings ist für uns Juristen kein Grund, auf Wolken zu gehen, wie die Kosmologen es tun, seit sie glauben, den Rätseln der Schöpfung auf der Spur zu sein.<sup>79</sup> Denn erstens wird die „Wissenschaftlichkeit“ der Rechtswissenschaft immer noch bestritten, was man als lästige Spätfolge des naturwissenschaftlichen Szientismus hinzunehmen hat. Zweitens haben andere Fachrichtungen in der gleichen Zeit Fortschritte erzielt, die spektakulärer sind als die Fortschritte der Rechtswissenschaft.<sup>80</sup> Und drittens leidet auch die neuzeitliche Jurisprudenz an *Schwächen*, die zur Bescheidenheit mahnen. Lassen Sie mich exemplarisch auf drei ihrer Schwächen hinweisen:

### Retroversion

14. Die erste Schwäche besteht in einer *ausgeprägten Retroversion*. Ähnlich den Archäologen, die in den Ruinen des Kaiser Hadrian graben, orientieren [22] wir Juristen uns mit Vorliebe an der Vergangenheit. Unsere Lehre und Rechtsprechung legitimieren sich, wenn immer möglich, durch bereits anerkannte Gerichts- und Lehrsätze.\*<sup>81</sup> Bei der Auslegung des Gesetzes stossen wir zwar von der Vergangenheit bis in die Gegenwart vor<sup>82</sup>, ohne aber die Zukunft gebührend einzubeziehen.<sup>83</sup> Ein wenig erinnert mich das an die Hebräer, die für die Zukunft das Wort „hinten“ (אָחֵר) und für die Vergangenheit das Wort „vorne“ (קֵדְמִי) verwendet haben.

a. Das *Bedürfnis, die eigene Meinung in der Vergangenheit abzustützen*, entspricht dem autoritären Denken der Juristen<sup>84</sup> und wird noch verstärkt durch unser menschliches Verlangen, immer wieder die alten Geschichten zu erzählen, woraus sich die Beliebtheit der Märchen er-

79 *Der Spiegel*, Nr. 52, 1998, S. 172.

80 Ich erinnere z.B. an die Entdeckung der Antibiotika, der Computertomographie, der Atomspaltung, der Atomfusion, des Neutrinos und seiner Masse, an die Fortschritte der molekularen Medizin, an die Entwicklung neuer Materialien und Werkstoffe, an die Raumfahrt, an die Psychopharmaka, an die Ausbreitung der Betriebswirtschaft, der sozialen Psychologie und neuer mathematischer Disziplinen wie der abstrakten Algebra, der algebraischen Topologie und der Operatoretheorie.

81 \*Vgl. Anm. 9.

82 Die „objektiv-teleologische“ Auslegungsmethode stellt darauf ab, welcher Zweck einer Norm „hic et nunc, nach heutigem Wertungshorizont“ zugemessen werden soll (ERNST KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, S. 111).

83 JÖRG PAUL MÜLLER, *Der politische Mensch - menschliche Politik*, Basel/Genf/München 1999, S. 97.

84 FRITJOF HAFT, *Einführung in das juristische Lernen*, 6. Aufl., Bielefeld 1997, S. 238.



klärt. Fehlt es an einem bekannten Gerichts- oder Lehrsatz, der als Stütze dienlich wäre, so berufen die Gerichte sich gelegentlich auch auf ein unveröffentlichtes Präjudiz, das sie – wie die Zauberer das weisse Kaninchen – aus dem dunklen Zylinder ihrer früheren Rechtsprechung hervorziehen.<sup>85</sup> Während aber der Zaubertrick mit dem Kaninchen zur guten Laune des nicht ganz überraschten Publikums beiträgt, ist ein hervorgezaubertes Präjudiz für die überrumpelte Partei und deren Anwalt nichts als ärgerlich. Zum Glück haben die Gerichte es in aller Regel gar nicht nötig, auf ihre unveröffentlichten Entscheide zurückzugreifen, da es ja zu fast jeder Rechtsfrage auch eine *publizierte* Meinung gibt. Hat eine solche Meinung sich einmal als „herrschend“ etabliert, wofür es schon genügen kann, dass sie von fünf Doktoranden eines Doktorvaters wiederholt wurde, so setzt sie sich in Lehre und Rechtsprechung fest, ähnlich dem Kalk in den rostigen Wasserleitungen der alten Häuser. Und bisweilen ist es nur einem Versehen zu verdanken, dass sie später wieder überwunden wird.

Das Gleiche empfand auch der Amerikaner OLIVER W. HOLMES, der schon im Jahre 1881 schrieb: „Ignorance is the best of law reformers“. Damit soll freilich nicht gesagt sein, dass jedes Versehen auch zum Fortschritt führt. Ein illustratives Gegenbeispiel ist die unglückliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach Art. 404 Abs. 1 OR zwingendes Recht enthalte. Der erste (publizierte) Entscheid (BGE 59 II 261), der diese Meinung enthielt, stützte sich auf nichts anderes als auf zwei Kommentarstellen (BECKER, N 8 zu Art. 404 OR und OSER, N 1 lit. b zu Art. 404 OR), wovon die primäre [23] Stelle (BECKER) fälschlicherweise angerufen wurde.<sup>86</sup> Von da an nahm das Unheil seinen Lauf, um sich in einer langen Reihe von Entscheiden<sup>87</sup> bis in die heutigen Tage fortzupflanzen. Im Rückblick auf sich selbst hielt das Bundesgericht erst vor kurzem noch an seiner bisherigen Meinung fest, unbeeinträchtigt durch die vielfältige Kritik der neueren Literatur.<sup>88</sup> Denn unter den verschiedenen von der Rechtsprechung abweichenden Auffassungen<sup>89</sup> gebe es nach wie vor keine, die sich allgemeine Anerkennung zu verschaffen vermocht hätte, weshalb das Gericht keinerlei Anlass habe, von seiner Rechtsprechung abzurücken.

„Was für ein kurioses Argument!“, meinte ein pensionierter Richter, der sich im Laufe der Zeit angewöhnt hatte, in allen Ereignissen das Paradoxe zu sehen. „Stellen Sie sich vor“, sagte er mir, „wohin es führt, falls das Bundesgericht sein Argument für bare Münze nimmt! Dann ist ‚nach dem logischen Verlauf der Dinge‘ (das sagte er!) eine Änderung der Rechtsprechung ausgeschlossen. Denn einerseits wird das Bundesgericht seine Rechtsprechung erst ändern, wenn eine abweichende Auffassung *allgemein anerkannt* ist; andererseits aber ist *keine* Auffassung *allgemein* anerkannt, *bevor* auch das Bundesgericht sie anerkannt hat, womit sie dann aber keine *abweichende* Auffassung mehr ist.“ Meinen zaghaften Einwand, die „allgemeine Anerkennung“, von der das Gericht spreche, beziehe sich wahrscheinlich nur auf die Literatur, empfand er als „unbehelflich“, da auch eine „allgemeine Anerkennung“ durch die Literatur, wenn überhaupt, nicht zu erwarten sei, bevor das Bundesgericht sich zu einer be-

---

85 Vgl. z.B. BGE 125 II 221; 123 II 322; 123 III 170.

86 BECKER vertrat keineswegs die Ansicht, Art. 404 Abs. 1 OR sei schlechterdings zwingend. Vielmehr hat er den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR nur insoweit bejaht, als die „Widerruflichkeit“ des Auftrages „um der Persönlichkeit der beiden Parteien willen“ bestehe. Ansatzpunkt war die allgemeine Regel des Art. 19 OR.

87 BGE 98 II 307 f.; 103 II 130; 104 II 111/115 f.; 106 II 159 f.; 109 II 467; 110 II 382 ff.; 115 II 466.

88 Der Entscheid ist nicht amtlich publiziert, aber in ZBJV 1997, S. 333 f. zusammengefasst.

89 Eine dieser abweichenden Auffassungen (zitiert in ZBJV 1997, S. 333 f.) vertrete auch ich (recht 1992, S. 9 ff.), was ich nur deshalb hervorhebe, weil meine Meinung sich im Wesentlichen mit der Kommentarmeinung von BECKER (Anm. 86) deckt (recht 1992, S. 22), den das Bundesgericht jedoch für seine Rechtsprechung beansprucht.

stimmten Auffassung bekannt habe. Und meinen weiteren Einwand, das Gericht könnte in ein und demselben Augenblick (ich dachte an die juristische Sekunde) eine abweichende Auffassung sowohl anerkennen als auch als „allgemein anerkannte Auffassung“ in seine Rechtsprechung übernehmen, verwarf er mit einer verächtlichen Handbewegung (die wohl der erwähnten Sekunde galt). Eher glaube er, würde das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 404 OR eines Tages einfach vergessen, was ja schon einmal, in BGE 120 V 305 f., passiert sei.

b. [24] Dass wir uns in der geschilderten Weise nach rückwärts wenden, vermag den Fortschritt zwar nicht zu verhindern, wohl aber zu verlangsamen. So ist *die Langsamkeit* geradezu ein Wesensmerkmal der juristischen Disziplin, weshalb sich schon verdächtig macht, wer seine frühere Meinung ändert.<sup>90</sup> Nicht dass es an jungkreativen Juristen mit zum Teil erstaunlichen Ideen<sup>91</sup> fehlen würde! Im Unterschied zu anderen Disziplinen wird das juristische Feld jedoch von den Älteren dominiert, was die Retardierung noch verstärkt. Das gilt namentlich auch für die Rechtsprechung. Die Richter erinnern sich mit Vorliebe und bis ins hohe Alter hinein an das, was sie damals an der Universität gelernt haben.<sup>92</sup> Auch sind die meisten von ihnen in ein Kollegialsystem eingebunden, das es dem Einzelnen zumindest faktisch verbietet, in der mehrheitlich gebilligten Urteilsbegründung auch seine abweichende Minderheitsmeinung zu publizieren. Dies begünstige, wie MARTIN SCHUBARTH meint, die Konsensfähigkeit des Gerichts<sup>93</sup>, während ich selber der Ansicht bin, dass ein Konsens der urteilenden Richter nicht per se erstrebenswert und die nachträgliche Publikation eines Dissenses jedenfalls kein Hindernis für eine vorgängige Konsensbildung ist. Überhaupt glaube ich, dass das heutige „System der publizierten Scheineinigkeit“ mehr schadet als nützt. Es fördert die Entfremdung der Gerichte, deren Urteile durch die beigefügten Minderheitsvoten an „Autorität“ nicht verlieren, wohl aber an menschlicher Akzeptanz gewinnen würden.<sup>94</sup> Schade also um die unveröffentlichten Gedanken, die geeignet wären, die Entwicklung des Rechts voranzutreiben!

c. Freilich mag man nun einwenden, dass die Langsamkeit auch ein Vorzug sei, namentlich dann, wenn es *um die Wahrung der Rechtssicherheit* [25] geht.<sup>95</sup> Gerade sie ist ein gutes Argument gegen voreilige Änderungen.<sup>96</sup> Für die Rechtsprechung bringt dies schon Art. 1 Abs.

---

90 Vgl. etwa HANS PETER WALTER, recht 1999, S. 159, wonach „unzählige Autoren für sich in Anspruch nehmen, täglich gescheit zu werden, was sich am einfachsten damit dokumentieren lässt, dass an einer früheren Auffassung nicht mehr festgehalten wird“. Ich selber sehe das Problem gerade umgekehrt: dass nämlich Autoren, die in ihrer Jugend oder später etwas geschrieben haben, für den Rest ihres Lebens daran kleben, weshalb jene, die sich eines Besseren besinnen, eher einen Preis statt Tadel verdienen.

91 Dazu gehört z.B. die unlängst veröffentlichte Dissertationsidee, dass die Leistung einer „obligation de moyens“ unter keinen Umständen unmöglich werde, weil eine Leistungsunmöglichkeit nach dem Begriff dieser Obligation ausgeschlossen sei. Das gelte auch im Arzt/Patientenverhältnis. Ein Arzt, dessen Patient noch vor Beginn der Behandlung versterbe, habe die vertraglich geschuldete Leistung vollumfänglich *erbracht* und dementsprechend sein volles Honorar verdient. Dieses logisch deduzierte Ergebnis wird den Praxis-orientierten Juristen mit Gewissheit stören, was beweist, dass er den Kontakt zur Theorie und damit das Verständnis für deren Eigenleben verloren hat.

92 Vgl. auch HANS PETER WALTER, recht 1999, S. 159, der die unterschiedliche dogmatische Herkunft der Richter hervorhebt.

93 MARTIN SCHUBARTH, Öffentliche Urteilsberatung, in: Festschrift JÖRG REHBERG, Zürich 1996, S. 312.

94 So z.B. auch HANS WIPRÄCHTIGER, recht 1995, S. 149.

95 „Abschreiben schafft Rechtssicherheit“. Das soll ein Bundesrichter gesagt haben, als er auf eine präzise Wiedergabe der Rechtsprechung im Urteil pochte ([mypage.bluewin.ch/a-z/fel/heitere.htm](http://mypage.bluewin.ch/a-z/fel/heitere.htm) unter der Rubrik „Weisheiten und Einsichten“).

96 Eine solche Änderung wollte die Mehrheit der urteilenden Bundesrichter auch im neuesten Entscheid zur

3 ZGB zum Ausdruck, indem er die Judikatur auf die „bewährte Lehre und Überlieferung“ verpflichtet.<sup>97</sup> Darauf berief sich auch der Richter, den ich letztthin auf eine neue Lehrmeinung zu Art. 377 OR hinwies, die in seinem letzten Urteil unberücksichtigt blieb. Und ruhig fügte er bei: „Besser, ich nehme mir Zeit, statt dass ich Fehler mache. Denn fehlerhafte Entschiede führen nur zur Konfusion. Und die Konfusion ist das pure Gegenteil der Rechtssicherheit.“<sup>98</sup>

Das ist gewiss richtig. Richtig ist aber auch, dass Rechtsprechung und Lehre oft an überkommenen Lösungen und Modellen festhalten, obwohl neue Probleme oder neue Erkenntnisse nach einem Paradigmenwechsel<sup>99</sup> rufen. Denn was sich eingebürgert hat, erscheint schon deshalb, weil es sich eingebürgert hat, als plausibel. Und „der plausible Irrtum“ findet, wie CHRISTOPH LICHTENBERG befand, „weniger Widerstand in der Welt“. Überholte Lehrinhalte (etwa zum Begriff der deliktischen „Widerrechtlichkeit“)<sup>100</sup> werden daher nur zögernd und bisweilen nur in der Weise korrigiert, dass man unerwünschte Ergebnisse durch die Erfindung weiterer Dogmen oder Rechtsfiguren zu vermeiden sucht. Statt das Übel an der Wurzel zu packen, erhält der arme Patient die widerlichst Salben und Säfte, um die Symptome seiner Krankheit zu mildern.\*<sup>101</sup> Bei neuen oder veränderten Lebenssachverhalten kann es sogar Jahre oder Jahrzehnte dauern, bis sie eine angemessene Berücksichtigung durch Lehre und Rechtsprechung finden. Ein illustratives und zugleich einfaches Beispiel ist der Telefaxverkehr, der mit Millionen von Telefaxapparaten die ganze Welt verbindet, im schweizerischen Recht aber immer noch keinen angemessenen Platz gefunden hat<sup>102</sup>, während wir doch – mitten im Zeitalter [26] der E-Mails – schon auf das Recht der digitalen Unterschriften warten. Oder denken wir an das Strafrecht! Es klammert sich unentwegt, wenn auch nicht ausschliesslich, an den Gedanken der Resozialisierung, obwohl jedermann weiss und wiederholte Verbrechen es auf das Schrecklichste belegen, dass das Konzept der Resozialisierung in der Praxis versagt. „Man geht mit einem Beruf in den Knast und kommt mit tausendundeinem Beruf heraus. Du kannst alles lernen... Man kann nicht nur Bäcker, Metzger oder Schlosser werden, dort lernst du zusätzlich noch das Messerstechen, Geldfälschen, Schmuggeln oder Witze erzählen“.<sup>103</sup>

Dass im Übrigen auch der Gesetzgeber – trotz aller Gesetze, die er produziert – von partiellen Lähmungen befallen ist, vervollständigt das Bild. Die Revision des Aktienrechts brauchte 23 Jahre, bis sie 1991 in den Räten beschlossen wurde. Die Revision des Haftpflichtrechts wird seit 30 Jahren diskutiert, ohne dass sie bis anhin über das Stadium eines Vorentwurfes hinaus gekommen wäre. Die Haftpflicht der Eisenbahnen untersteht immer noch dem

Kapitalisierung von Erwerbs- und Versorgerschäden vermeiden. Eine Herabsetzung des eingelebten Zinsfusses von 3.5 % wurde abgelehnt, unter anderem mit der Begründung, dass „das Bedürfnis nach Rechtssicherheit im Bereich der Schadenskalkulation besonders ausgeprägt ist“ (BGE 125 III 321; ZBJV 1999, S. 480 f.).

97 Etwas schwächer der französische Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 ZGB.

98 Ähnliches hatte schon STEN NADOLNY (zit. in Anm. 28, S. 199) geschrieben, was mich vermuten liess, dass auch der Richter zu seinen Lesern gehöre.

99 Das Wort „Paradigmenwechsel“ gehört zum gängigen Repertoire der wissenschaftlichen Diskussion, weshalb es auch im vorliegenden Aufsatz nicht fehlt.

100 Zur „objektiven Widerrechtlichkeitstheorie“, welche das Bundesgericht und die herrschende Lehre (in wechselseitiger Bestätigung) vertreten, vgl. etwa BGE 120 II 335 oder BGE 119 II 128 f. Kritisch dagegen BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg/Schweiz 1987, und FRANZ WERRO, BR 1996, S. 64 ff.

101 \*Vgl. Anm. 9.

102 Vgl. z.B. BGE 121 II 252 ff.: Eine Beschwerde kann nicht gültig per Fax erhoben werden.

103 RAFIK SCHAMI, Erzähler der Nacht (zit. in Anm. 27), S. 206.

Gesetz vom 28. März 1905, das im Gedankengut des 19. Jahrhunderts verfangen ist. Das antiquierte Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 schmückt nach wie vor die Gärten der Privatversicherer, dieweil unsichtbare Hände es verstehen, die längst fällige Gesamtrevision immer wieder hinauszuschieben.<sup>104</sup> Und was die Tiere angeht, so hat der schweizerische Gesetzgeber es noch kurz vor dem Ende des 20. Jahrhunderts abgelehnt, sich vom horriblen Rechtsgedanken zu lösen, dass sogar Haustiere nichts anderes als Sachen sind.

d. Jede Rechtsgemeinschaft braucht Stabilität *und* Veränderung, Tradition *und* Innovation.<sup>105</sup> Diese widersprüchlichen Anforderungen hat das Recht auszugleichen. Manchmal aber kommt mir *der traurige Verdacht*, dass der juristische Verstand einfach zu langsam ist, um mit den Entwicklungen des Lebens Schritt zu halten. Auch langsame Entwicklungen laufen der Jurisprudenz davon wie die Schildkröte des Zenon dem Achilles der Antike. So hängt etwa das moderne Vertragsrecht immer noch an der liberalen Vorstellung eines individuell ausgehandelten Vertrages, der seine Geltungskraft aus der Privatautonomie der Parteien schöpft. Und die zentrale Denkfigur des juristischen Gesetzes basiert nach wie vor auf dem klassischen Gesetzesbegriff der Naturwissenschaften, der im vorletzten Jahrhundert auch das Gesetzesbild der Juristen geprägt hat. Somit beruhen zwei wichtige Grundbegriffe der Lehre und Rechtsprechung auf überholten Vorstellungen. Der verhandelte Vertrag ist im Umfeld der [27] Massengeschäfte zu einem Mythos geworden, der sich umso beharrlicher hält, wie seltener es den betreffenden Vertrag überhaupt noch gibt. Und die naturwissenschaftliche Gesetzesvorstellung hat sich in einem Ausmass verändert, dass geradezu von einer Erosion des naturwissenschaftlichen Gesetzes gesprochen wird.<sup>106</sup> Damit ist der Jurisprudenz das naturwissenschaftliche Vorbild abhanden gekommen, ohne dass wir es richtig bemerkt haben.

Während die Diskrepanz zwischen Vertragslehre und Wirklichkeit den meisten von uns bewusst ist, haben wir noch kaum damit begonnen, über *das Verhältnis der Jurisprudenz zu den veränderten Naturwissenschaften* nachzudenken.<sup>107</sup> Dazu aber hätten wir allen Anlass. Denn verändert hat sich nicht nur die Gesetzesvorstellung. Zur Diskussion stehen auch andere Vorstellungen der Naturwissenschaft, die in die Köpfe der Juristen eingedrungen, neuerdings aber in Frage gestellt sind. Ich denke etwa an den Reduktionismus, wonach komplexe Probleme nichts anderes sind als eine Konzentration von Einzelproblemen<sup>108</sup>, weshalb sich auch komplexe Fälle durch die koordinierte Anwendung einfacher Regeln auf befriedigende Weise lösen liessen. In der Art von Mechanikern zerlegen wir den Fall in seine rechtsrelevanten Teile und fügen diese dann zu einer Lösung zusammen, entleert von allen Hoffnungen, Emotionen und Enttäuschungen, für die es keine Regel gab. Viele Menschen vermögen „ihren“ Fall kaum wieder zu erkennen, nachdem er durch die Werkstatt der Juristen gegangen ist. Wie ein „gerupftes Huhn“ erhalten sie ihn zurück: Nackt und schmucklos, – ein Jammerbild eines Falles! Fragt man mich allerdings, wie man es anders machen soll, so vermag ich ratlos nur zu entgegnen, dass ein gerupftes Huhn auch hässlich finden kann, wer selber keine Hühner züchtet. Ich habe keine positiven Ratschläge zur Hand, ausser den, Prozesse tunlichst zu vermeiden.<sup>109</sup>

---

104 Um meine diesbezüglichen Gedanken in das 21. Jahrhundert hinüber zu retten, erlaube ich mir, auf meinen einschlägigen Aufsatz im recht 1990, S. 65 ff. (Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!) hinzuweisen.

105 Vgl. FRITJOF CAPRA, (zit. in Anm. 13), S. 349.

106 GERHARD STRUCK, (zit. in Anm. 36), S. 994.

107 Zu den Ausnahmen gehört der mehrfach zitierte GERHARD STRUCK, S. 992 ff.

108 Vgl. dazu GERHARD STRUCK, a.a.O., S. 993.

109 Die Methoden der alternativen Streiterledigung (Minitrial, Mediation, Medialoa und wie sie alle heissen)

Die Ratlosigkeit weicht auch dann nicht, wenn ich, was leider nur selten geschieht, mit Kollegen der Naturwissenschaft ins Gespräch komme. In solchen Gesprächen wird mir freilich bewusst, wie viel wir Juristen zu überdenken haben. In einem Gastvortrag, den ich vor jungen Physikern hielt<sup>110</sup>, [28] kam ich auch auf die „Ordnungsfunktion“ des Rechts zu sprechen. Für die erwartete Diskussion war ich auf mancherlei gefasst, auch auf den Einwand, dass der Einfluss des Rechts viel geringer sei, als wir Juristen annehmen.<sup>111</sup> Konfrontiert aber wurde ich mit der *Chaostheorie*. Wie ich denn von „Ordnung“ sprechen könne, wurde ich gefragt, nachdem das Chaos doch die Regel, die Ordnung die Ausnahme und ein nichtchaotisches System kaum auszumachen sei. Zwar kannte ich die Theorie aus dem GEO<sup>112</sup>, da sie ja eine besonders populäre Lehre ist, was sie der allgemeinen Beliebtheit des Schmetterlings zu verdanken hat.<sup>113</sup> Auch erinnerte ich mich spontan an *Claes Oldenberg's* skulpturale Darstellung des Rechts: eine schräg geneigte Leiter, ein umgekippter Farbtopf an der Spitze und darunter das in ausgeflossener Farbe erstarrte Desaster.<sup>114</sup> Umgekehrt aber musste ich öffentlich zugeben, dass ich noch nie – niemals – daran gedacht hatte, die Chaostheorie in meine juristische Gedankenwelt einzubauen, was mir in dieser wissenschaftlichen Umgebung besonders peinlich war. Was blieb mir da anderes übrig, als ins Grundsätzliche auszuweichen, um die lästigen Frager loszuwerden! Obwohl niemand das Gegenteil behauptet hatte, trug ich vor, dass die Rechtswissenschaft eine eigene Disziplin sei, von der Naturwissenschaft verschieden, weshalb es nur darum gehen könne, die beiden Disziplinen zu koordinieren, nicht aber sie durcheinander zu bringen.<sup>115</sup> Das Letztere nämlich wäre das pure Chaos, das es zumindest im interdisziplinären Verhältnis zu vermeiden gelte. Und ausserdem fügte ich triumphierend bei, produziere die Naturwissenschaft zwar erstaunliche Leistungen, ohne sich aber um Bedeutungen zu kümmern<sup>116</sup>, während die Jurisprudenz jedenfalls in ihrer Anlage wertbezogen sei.<sup>117</sup>

---

zielen exakt in diese Richtung, wenn man von den Schiedsgerichten absieht. Nachdem jetzt die Juristen auch diese Methoden in ihr Angebot aufgenommen haben, gleich wie die klassischen Mediziner es mit der Chiropraktik, Akupunktur und Fussreflexzonenmassage taten, bleibt nur zu hoffen, dass ihre therapeutische Wirkung (HANS PETER WALTER, *Der Baustreit*, Baurechtstagung Freiburg/Schweiz 1997 I, S. 47 ff.) erhalten bleibt.

- 110 Während die anderen Geschichten meines Beitrages zum Teil wahr, zum Teil aber erfunden sind, hat dieser Vortrag tatsächlich stattgefunden. Er war Bestandteil eines auf längere Frist geplanten Austauschprogramms, das mit dem Referat eines Physikers eingeleitet, mit meinem Vortrag fortgesetzt und zugleich beendet wurde.
- 111 Vgl. z.B. MARTHA MINOW, *Partial Justice: Law and Minorities*, in: AUSTIN SARAT/THOMAS R. KEARNS, *The Fate of Law*, Michigan 1993, S. 16: „One of the insights offered by many scholars of legal history is that law is generally much less important than we lawyers tend to think. Law neither confines people's behavior nor works as an independent force in history“.
- 112 Das Chaos, GEO 7/1985, S. 36 ff.
- 113 Langfristig könnte schon der Flügelschlag eines Schmetterlings das Wetter dramatisch ändern, hatte der Meteorologe EDWARD N. LORENZ erkannt, wonach dann der Schmetterling zum Markenzeichen der Chaostheorie wurde.
- 114 Vgl. die eindruckliche Beschreibung bei MARTHA MINOW (zit. in Anm. 111), S. 18.
- 115 Bei diesem Satz half mir VAN DER LEEUW, der das Gleiche mit Bezug auf die Philosophie und die Naturwissenschaften gesagt hatte (vgl. KEN WILBER, zit. in Anm. 5), S. 35.
- 116 So: der Molekularbiologe und Nobelpreisträger JACQUES MONOD, zitiert bei PAUL FEYERABEND, *Widerstreit und Harmonie*, Passagen Verlag, Wien 1998, S. 15; vgl. auch ERVIN LASZLO, in: GROF/LASZLO/RUSSELL, *Die Bewusstseins-Revolution*, Riemann, 1999, S. 62: „In der konservativen Tradition der strikt naturwissenschaftlichen Fachgebiete gilt nur das, was die mathematischen Berechnungen ergeben und die Instrumente anzeigen. Man schert sich nicht darum, was es alles bedeutet ...“.
- 117 Über das Wesen der „Werte“ und worin sie im Einzelnen bestehen, wurde ich nicht befragt, weil ich dazu keine Gelegenheit gab. Es wäre eine sehr schwierige Frage gewesen, wie alle grundlegenden Fragen schwierig zu beantworten sind.

## Beschränktheit

15. [29] Eine weitere Schwäche besteht in der *Beschränktheit der Rechtswissenschaft*, die sich so sehr auf die Rechtsnormen konzentriert, dass sie das übergreifende Rechtsleben vernachlässigt.

a. In der Schweiz mangelt es an einer *empirischen Grundlagenforschung*, die sich im *erforderlichen* Ausmass auch mit den sozialen und emotionalen Zusammenhängen der Rechtswirklichkeit befasst. Dementsprechend gibt es hierzulande keine umfassenden Untersuchungen zur Frage, wie die soziale Einbindung und das emotionale Denken der Richter, der Rechtsgelehrten, der Anwälte und sonstiger Akteure in die Gestaltung des Rechtslebens einfließen. Obwohl die letzten zwanzig Jahre „einen beispiellosen Aufschwung in der wissenschaftlichen Erforschung von Emotionen zu verzeichnen“ haben<sup>118</sup>, hat noch kaum jemand abgeklärt, ob und wie sich das geltende Recht mit der Erforschung des Irrationalen verträgt. Auch fehlt es an einer schweizerischen Forschungsstelle, die uns gesicherte Daten über die Entstehung, Vermeidung oder alternative Erledigung rechtlicher Alltagskonflikte vermittelt.<sup>119</sup> Und dass bisweilen schon die Gesetzgebung im wirklichkeitsfremden Raum agiert, demonstriert auf tragische Weise das neue Krankenversicherungsgesetz. Es wäre nicht überraschend, würde auch das neue Beschaffungsrecht des Bundes und der Kantone an den wirklichen Lebensverhältnissen scheitern, auf deren vorgängige Erforschung man verzichtet hat.

b. So gesehen, gibt es noch viele Forschungsgebiete, die brach liegen. Insbesondere glaube ich, dass eine gezielte *Richterforschung* Not tut. Denn erstens entscheiden die Richter, welchen Sachverhalt sie ihrem Urteil zugrunde legen. Zweitens ist unsere Rechtsordnung so konzipiert, dass sie nicht nur im Bereich der eigentlichen Gesetzeslücken („*praeter legem*“), sondern auch in einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe oder anderer Ermessensverweise die entscheidende Macht dem Richter überträgt. Und drittens „beherrscht“ der Gesetzgeber sein Gesetz ohnehin nur so lange, bis es in Kraft getreten ist. Alsdann wechselt die Herrschaft zu den Richtern, die fortan bestimmen, wie es zu verstehen und zu ergänzen sei.<sup>120</sup> Je älter ein Gesetz wird, desto mutiger werden die Gerichte, was etwa die Kreation der aussergesetzlichen [30] „Vertrauenshaftung“, eines „normativen Haushaltschadens“<sup>121</sup> oder einer „Werkeigentümerhaftung der Nichteigentümer“<sup>122</sup> zeigen. So legt die Rechtsprechung sich über die Gesetze, gleich wie das graugrüne Moos die Zierbrunnen bedeckt, bis nur mehr schwer zu erkennen ist, was am Anfang war und was die Zeit hinzugefügt hat.<sup>123</sup> Für die Auslegung hat die Lehre zwar zahlreiche Methoden und Regeln entwickelt, wovon die eine den Richter anweist, vorab den entstehungszeitlichen Sinn einer Gesetzesbestimmung zu ermitteln. Das Bundesgericht aber stellt sich gegen jeden Methodenzwang; es befolgt einen „pragmatischen Methodenpluralismus“ und lehnt es ab, „die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchi-

---

118 DANIEL GOLEMAN (zit. in Anm. 29), S. 11.

119 Die Forschungsstelle für Sicherheitspolitik und Konfliktanalyse an der ETHZ befasst sich vor allem mit Konflikten zwischen Nationen und ethnischen Gruppierungen.

120 Vgl. auch HANS PETER WALTER (recht 1999, S. 166): „Das Gericht hat dem Gesetz nicht nur zu gehorchen, sondern es auch zu verstehen und verständlich zu machen, es manchmal gar zu offenbaren.“

121 Praxis 84/1995, S. 556; vgl. auch ROLAND BREHM, Berner Kommentar, N 113 zu Art. 46 OR.

122 BGE 121 III 448 ff.

123 Die Idee zu diesem Bild kam mir, als ich bei der Lektüre von HERBERT ROSENDORFER (Die besten Geschichten, Nymphenburger, München 1999, S. 121) auf die moosbewachsenen Wasserspiele der Villa d'Este stiess.

schen Prioritätsordnung zu unterstellen“<sup>124</sup>, womit es einen nicht geringen Teil der wissenschaftlichen Gemeinde erschreckt.<sup>125</sup> Mit „*anything goes*“ hat auch PAUL FEYERABEND<sup>126</sup>, der widerborstige Philosoph, sein wissenschaftliches Umfeld schockiert, obwohl er doch nur sagen wollte, dass die Botschaft der Wissenschaft „nicht in einer Theorie oder in einem Methodensystem zusammengefasst werden könne“<sup>127</sup>.

In Anbetracht der geschilderten „Gerichtstatsache“ stellt sich die wichtige Frage, von welchen Motiven, Überzeugungen, Vorurteilen und gruppenspezifischen Abläufen sich die Richter bei ihrer Meinungsbildung mitbestimmen lassen.<sup>128</sup> Abzuklären wäre unter anderem der Einfluss, den die Herkunft, die politische Richterwahl, die politische Wiederwahl, die Religionszugehörigkeit, das Geschlecht, das Alter oder der Zeitgeist<sup>129</sup> auf die Meinungsbildung der einzelnen Richter haben. Da solche Abklärungen empirischer [31] Natur sind, hat der norm-orientierte Wissenschaftsbetrieb jedoch nur wenig Lust, darauf einzutreten, obwohl sie zum besseren Verständnis der Rechtsprechung beitragen könnten. Gleich verhält es sich auch für die heutige Rechtswissenschaft, die durch eine Hinterfragung ihrer Betreiber ebenfalls „verständlicher“ würde. Denn auch die Rechtswissenschaftler sind Menschen und als solche nur imstande, die Dinge aus ihrer eigenen Lage heraus zu sehen.<sup>130</sup> Die eigene Erfahrung ihres Daseins, die Erfahrung ihrer Umwelt, ihre persönlichen Eigenschaften, Bedürfnisse und (Ab-)Neigungen schlagen sich zwangsläufig in ihren Beschreibungen, Auslegungen und sonstigen Aussagen nieder.<sup>131</sup> Daraus erklärt sich die Vielzahl rechtlicher Lehrmeinungen, die sich trotz „sachlicher Begründung“<sup>132</sup> widersprechen, was für manche ein Ärgernis, bei

124 BGE 123 III 26; neuerdings 124 III 262; 124 II 268; 125 II 208 f.; 125 II 333.

125 Vgl. ERNST KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998, S. 127 ff.; ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, N 221 zu Art. 1 ZGB; PICHONNAZ/VOGENAUER, *AJP* 1999, S. 424 ff. und viele weitere. Dem wissenschaftlichen Unbehagen, das sich in plastischen Ausdrücken („grundsätzliche Grundsatzlosigkeit“; „méthode sans méthode“ und dergleichen) Luft verschafft, hat HANS PETER WALTER in *recht* 1999, S. 157 ff. die Sichtweise des Bundesrichters gegenübergestellt.

126 PAUL FEYERABEND, *Wider den Methodenzwang*, Suhrkamp, 5. Aufl., Frankfurt 1995, S. 21: „Der einzige allgemeine Grundsatz, der den Fortschritt nicht behindert, lautet: *Anything goes*. Die Idee einer Methode, die feste, unveränderliche und verbindliche Grundsätze für das Betreiben von Wissenschaft enthält und die es uns ermöglicht, den Begriff ‚Wissenschaft‘ mit bescheidenem, konkretem Gehalt zu versehen, stösst auf erhebliche Schwierigkeiten“.

127 PAUL FEYERABEND, *Die Torheit*, Fischer, Frankfurt 1998, S. 108 f.

128 Aus der deutschen Literatur vgl. vor allem ROBERT WEIMAR, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Schriften zur Rechtspsychologie, Bd. 2, Bern 1996.

129 Auf diesen Geist berief sich das Bundesgericht z.B. in BGE 123 III 298, wo es ausführte: „Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist“.

130 Deshalb kann es durchaus vorkommen, dass sie Tatsachen, die nicht in ihr Normverständnis passen, „elegant unterdrücken“ (HANS PETER WALTER, *recht* 1999, S. 160). Dass sie dies mit Absicht tun, möchte ich zwar nicht, jedenfalls nicht generell, unterstellen. Was aber bleibt, ist die Frage, ob und in welchem Ausmass sie derartige Tatsachen überhaupt wahrnehmen. Die gleiche Frage stellt sich freilich auch für die Richter, weshalb ich diesbezüglich keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Richtern und Wissenschaftlern sehe.

131 Vgl. dazu HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, *Der Golem der Forschung*, Berlin Verlag, Berlin 1999, S. 191, wonach „in den Geistes- und den Sozialwissenschaften ... Interpretationen offensichtlich vom intellektuellen und sozialen Hintergrund des jeweiligen Interpreten abhängig“ sind.

132 Zumindest die ersten Vertreter einer Lehrmeinung bemühen sich in aller Regel um „sachliche Argumente“, während es die Nachfolger (die dann weiter zitiert werden) häufig beim Autoritätsbeweis des Zitats bewenden lassen. Möglich ist allerdings auch, dass ein Autor sich ohne Umschweife (nur und ausschliesslich) auf sein subjektives Gefühl beruft, indem er ohne Angabe der verwendeten Kriterien behauptet, dass diese oder jene Behauptung „unter Wertungsgesichtspunkten“ richtig oder „wertungsmässig“ falsch sei. Wer in solcher Weise argumentiert, reduziert die wissenschaftliche Auseinandersetzung auf eine reine Kommunikation von Gefühlen.

der inhärenten Subjektivität jeder menschlichen Betrachtung aber verständlich ist. Ähnliches erzählt uns die Quantentheorie, wo die jeweiligen Messgeräte bestimmen, was Wirklichkeit wurde.\*<sup>133</sup>

Nachdem die geschilderten Erkenntnisregeln auch für empirische Abklärungen gelten und wir namentlich um die Interaktion zwischen dem Forscher und seinem Forschungsgegenstand wissen, vermöchten zwar auch solche Abklärungen keine „objektive Wahrheit“, aber immerhin eine andere Sicht der Rechtsprechung und Lehre zu vermitteln. Um eine alternative Sicht bemüht sich schon jetzt der Bundesgerichtskorrespondent der NZZ, indem er auf seiner Homepage ([mypage.bluewin.ch/a-z/fel](http://mypage.bluewin.ch/a-z/fel)) die Kurzporträts der aktuellen Bundesrichter und Bundesrichterinnen samt Angaben über deren Amtsalter und Parteizugehörigkeit veröffentlicht, freilich ohne auf mögliche Zusammenhänge mit der Rechtsprechung hinzuweisen. Dass derartige Zusammenhänge überhaupt bestehen, wird von CLAUDE ROUILLER, dem ehemaligen [32] Bundesgerichtspräsidenten, in Abrede gestellt: Durch den „Einzug“ der Frauen (sic!) habe sich am Bundesgericht nicht viel geändert; Geschlecht und Herkunft der Richter seien nebensächlich; die Parteizugehörigkeit spiele in der Praxis keine Rolle; eine gewisse Gefahr für die Unabhängigkeit bestehe lediglich in der nötigen Wiederwahl.<sup>134</sup> Das ist eine persönliche Erfahrung und als solche „undiskutabel“, nachdem ja jeder Mensch die Welt auf seine eigene Weise erlebt. Dass *andere* Bundesrichter und -richterinnen die Welt der Urteilsfindung differenzierter erfahren, ist in ihren Berichten nachzulesen<sup>135</sup>, worin von einem Richter sogar zugegeben wird, dass „ihre schöpferische Tätigkeit letztlich in der in ihrer Individualität begründeten Willensentscheidung“ besteht und es „eine absolute Objektivität im Recht gar nicht geben kann“.<sup>136</sup> So bestätigt sich das Bild vom Urteil, das den persönlichen Stempel seiner Richter trägt. Selbst der „vernünftige Mensch“, von dem noch die Rede sein wird, schlüpft in die subjektive Gestalt des Richters, wenn dieser in seiner Vertretung entscheidet, was ein solcher Mensch zu tun oder zu unterlassen pflegt, was er will oder versteht, was er gewollt haben würde, was ihm zumutbar ist, was er voraussieht oder nicht.<sup>137</sup> Denn welcher Richter wäre so unvernünftig, seine eigene Vernunft nicht als vernünftig zu erachten?

Mit dieser Feststellung würde ich es bewenden lassen, wäre mir da nicht eine ganz neue Untersuchung zur Romanliteratur<sup>138</sup> in die Hände gefallen, aus der sich etwas zur Bedeutung des Geschlechtes entnehmen lässt. Natürlich liegt es mir fern, die Literatur der Gerichtsentscheide den gewöhnlichen Romanen gleichzustellen, obwohl man im vielbesprochenen BGE 123 III 292 ff., der einem übervorteilten Fussballclub zu Hilfe kam, auch auf eine „eher essayistische Passage“ gestossen ist.<sup>139</sup> Trotz aller Unterschiede, die zu bestreiten ein Sakrileg wäre, glaube ich aber doch, dass sich in der Rechtsprechung wiederholen könnte, was sich in der Romanliteratur ereignet hat: Frauen pflegen eine „weibliche Sichtweise“, konzentrieren ihre Kräfte auf das wirklich Wesentliche, produzieren durchschnittlich kürzere Texte, demonstrieren seltener ihr Allgemeinwissen<sup>140</sup> und haben überhaupt eine Neigung zu grösstmöglicher Direktheit.<sup>141</sup> Dass maskuline Romanautoren dagegen stark an „überlieferten

---

133 \*Vgl. Anm. 9.

134 Plädoyer 6/1996, S. 13.

135 Vgl. HANS PETER WALTER, recht 1999, S. 159 und die dort (in Anm. 28) Zitierten.

136 HANS WIPRÄCHTIGER, recht 1995, S. 148/S. 150.

137 So schon in meinem Aufsatz über den „vernünftigen Menschen“, in: Das Menschenbild im Recht, Freiburg/Schweiz 1990, S. 201.

138 DORIS SCHAFFER SCHERRER, Schreiben Frauen anders?, Freiburg/Schweiz 1998.

139 So: WOLFGANG WIEGAND, ZBJV 1998, S. 687.

140 Beachte den Kontrast auch zum vorliegenden Beitrag!

141 DORIS SCHAFFER SCHERRER (zit. in Anm. 138), S. 300 ff.



Männlichkeitsvorstellungen“ haften und ihnen „alles, was den Eindruck vermittelt, ins ‚typisch weibliche‘ Ressort zu gehören, also zum [33] Beispiel die Mode, ... als anrühlich erscheint“<sup>142</sup>, erinnert an die Geschichte, die Frau URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN auch aus dem Bundesgericht erzählt: „Ja, das Bundesgericht bleibt eine sehr männliche Gesellschaft. Das spürt man im Bundesgerichtscafé, wo gerne über Sport und Militär geredet wird. Es sind dies Themen, für die ich mich nicht erwärmen kann. Hingegen werden Themen wie Mode oder Make-up nur selten angeschnitten“.<sup>143</sup>

c. Da mir die Richterforschung besonders am Herzen liegt, habe ich dieses Anliegen schon früher vorgebracht, letztmals sogar in einem *Service Club*, der mich eingeladen hatte, an einem Dienstagabend im Bahnhofbuffet E. die obligate Nachtschrede zu halten. Die gesättigten Clubmitglieder hörten mir aufmerksam zu, obwohl ich die zugestandene Redezeit um zehn Minuten überschritt. Dann aber ergab sich, dass mein Postulat *von anderen Sorgen verdrängt* wurde. Im Anschluss an meinen letzten Satz, wonach die Erfindung der Gerichte „die erste, vielleicht auch die letzte grosse Erfindung auf dem Gebiete des Rechts“ sei<sup>144</sup>, sprach man nur noch von deren Überlastung. *Man beklagte sich über die lange Dauer der Prozesse*. Die Urteile würden verzögert. Verzögerte Urteile aber zerstörten das Vertrauen in die Rechtspflege und in den Staat überhaupt.

„Delayed law is denied law“, fügte ein Notar bei, dessen jüngster Sohn gerade in Oxford studierte. Und ein anderer, der sich später als Professor der theologischen Fakultät zu erkennen gab, schlug den Bogen zum alten Testament, worin bereits ähnliche Geschichten enthalten sind. Erinnern wir uns nur an die Gerichtsbarkeit von *Moses* oder *David*! Jedesmal wenn *Abschalom* (dieser verdorbene Königssohn) einen Kläger traf, der zu David wollte, hob er an und sprach: „Was du da sagst, ist ja gut und recht, aber beim König gibt es niemand, der dich anhört“ (2 Samuel 15, 1-12). Und als *Jitro* seinen Schwiegersohn Moses besuchte, da sah er, dass die Leute tagelang anstanden, um auf ein Urteil zu warten. Also sprach der Schwiegervater zu Moses: „Es ist nicht richtig, wie du das machst. So richtest du dich selbst zugrunde und auch das Volk, das bei dir ist“ (Exodus 18, 1-27).

Moses hörte auf seinen Schwiegervater und tat alles, was er vorschlug. So stehe es in der Bibel, erklärte der Theologe. Und das wiederum gab dem Gerichtsschreiber aus M. die Gelegenheit, vom alten Testament in die Gegenwart zurückzukehren. „Heute sind *wir* gefordert“, sagte er. „Wir müssen alles daran setzen, damit unsere Gerichte in der Lage sind, gutes und schnelles [34] Recht zu sprechen.“ „Zwar wisse er, dass die Reform der Justiz primär eine Domäne der Politik sei.<sup>145</sup> Aber auch die Rechtslehrer müssten darauf hin wirken, dass die Probleme erkannt, taugliche Reformideen realisiert und die erforderliche Reform nicht dem

---

142 DORIS SCHAFFER SCHERRER, a.a.O., S. 300 f.

143 Bundesrichterin URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, zitiert in plädoyer 3/1999, S. 69; Originaltext französisch in Anwaltsrevue 4/1999, S. 10.

144 Ich zitierte den amerikanischen Rechtshistoriker WILLIAM SEAGLE, der seinerseits bei FRITJOF HAFT (Verhandeln, zit. in Anm. 16, S. 30 f.) zitiert ist.

145 Er dachte wohl auch an die eidgenössische Justizreform, die sich damals noch in der parlamentarischen Beratung befand, und deren erstes Ziel in einer wirksamen Entlastung der eidgenössischen Gerichte bestand. Dieses Ziel wird nun aber kaum erreicht, nachdem die Möglichkeit von Zulassungsbeschränkungen aus der Vorlage gestrichen wurde, über die Volk und Stände am 12. März 2000 abstimmen werden. Das ist bedauerlich, obwohl die Reform, falls sie angenommen wird, in anderer Hinsicht wesentliche Verbesserungen bringt. Unter anderem schafft sie die verfassungsmässige Grundlage, damit der Bund das heute noch kantonale geregelte Zivil- und Strafprozessrecht durch den Erlass von eidgenössischen Prozessordnungen vereinheitlichen kann, womit die anachronistische Zersplitterung des Prozessrechts (endlich) beseitigt würde. Zum Ganzen vgl. *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 12/2000, S. 13.

Diktat der leeren Kassen geopfert werde. Das sei Bestandteil ihrer öffentlichen Aufgabe und zugleich ein menschliches Gebot, da wir ja alle wüssten, wie negativ sich die Prozesse auf die Psyche der Beteiligten auswirkten. Er selber kenne viele Menschen, die ob eines langen Prozesses ihre ganze Lebensfreude verloren hätten. Eine Lehrerin, die in einen Forderungsstreit mit einem Architekten verwickelt sei, habe ihm anvertraut, dass sie ihren Prozess wie eine schwere Krankheit erlebe; plötzlich fühle sie sich schwach, hilflos und verletztlich<sup>146</sup>. Wie elend, dachte ich mir, müssen sich erst jene fühlen, die sich in einem Scheidungs- oder gar in einem Strafverfahren befinden!

### Patriarchalisches

**16.** Eine letzte Schwäche, die ich nennen will, besteht *in der patriarchalischen Grundstruktur*<sup>147</sup> *des Rechts*. Die heutige Rechtsordnung, die herrschende Lehre und die bisherige Rechtsprechung wurden vorwiegend durch Männer geschaffen, deren männliche Werte und Wertvorstellungen sie unter Hintansetzung von weiblichen Werten verwirklichen.

a. Die Sensibilisierung für diese Rechtstatsache, die natürlich auch bestritten wird, verdanken wir der *feministischen Jurisprudenz*, die uns hervorragende Einsichten und Denkanstösse vermittelt.<sup>148</sup> Nicht dass mich sämtliche [35] Richtungen des Feminismus<sup>149</sup> überzeugen würden! Insbesondere glaube ich nicht, dass unsere Sprache einer umfassenden Feminisierung bedarf, um die Gleichberechtigung von Mann und Frau herbeizuführen. Deshalb verzichte ich auch in meinem Beitrag darauf, jeder männlichen Personenbezeichnung die weibliche nachzusetzen, um im Sinne des sprachkritischen Feminismus klarzustellen, was ohnehin klar ist: dass etwa „der Student“, „der Jurist“, „der Anwalt“, „der Professor“, „der Kollege“ oder „der Richter“ auch eine Studentin, Juristin, Anwältin, Professorin, Kollegin oder Richterin sein kann. Ich weiss natürlich, dass andere es anders halten. Dazu gehören nicht nur jene Feministinnen, die alles daran setzen, uns das generische Maskulin<sup>150</sup> auszutreiben. Selbst im ehr-

146 Diese Wendung war offensichtlich von DANIEL GOLEMAN (zit. in Anm. 29, S. 210) übernommen.

147 Mein Doktorvater PETER JÄGGI hatte mir das bequeme Wort „Struktur“ unerbittlich weg gestrichen, weshalb ich es jetzt nur mit dem schlechten Gewissen eines nachhaltig beeinflussten Sünders verwende.

148 Vgl. z.B. PATRICIA SMITH (Herausgeberin), *Feminist Jurisprudence*, New York/Oxford 1993. Zur feministischen Rechtskritik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie vgl. SUSAN EMMENEGGER (zit. in Anm. 32), S. 28 ff.

149 Zur Vielfalt feministischer Strömungen vgl. den Überblick bei SUSAN EMMENEGGER (zit. in Anm. 32), S. 12 ff.

150 Genus ist das grammatikalische Geschlecht eines Substantivs (Maskulinum, Femininum oder Neutrum), das vom Sexus eines Lebewesens zu unterscheiden ist. Zur Bezeichnung von Personen wird häufig ein Maskulin verwendet, das aber hinsichtlich des Sexus auch die Frauen umfasst (vgl. UWE DIEDERICHSEN, *Männlich - Weiblich - Sprachlich - Juristisch*, in: Festschrift für Hans Friedhelm Gaul, 1997, S. 121 ff., passim). „Dieses generische Maskulinum steht im Zentrum der feministischen Sprachkritik“, die sich namentlich dagegen wehrt, „dass in der Gesetzgebung zur Bezeichnung auch der Frauen durchgängig das generische Maskulinum verwendet wird“ (DIEDERICHSEN, S. 125; vgl. z.B. MARIANNE GRABRUCKER, *Vater Staat hat keine Muttersprache*, Fischer, Frankfurt 1993).

Das Pendant zum „generischen Maskulinum“ ist das „generische Femininum“ (z.B. „die wissenschaftliche Hilfskraft“, „die Katze“), das vom Sexus her auch das männliche Geschlecht umfasst, in der Rechtssprache aber bedeutend seltener vorkommt. Mit dem Ausdruck „die Krankenschwester“ dagegen sind eindeutig *Frauen* und *nur* Frauen gemeint, weshalb es ein „lapsus linguae“ war, als ein Bundesrichter im Verlaufe einer Urteilsberatung sagte: „... und nun beschwerten sich die Krankenschwestern und Krankenschwesterinnen“ ([mypage.bluewin.ch/a-z/fel/heitere.htm](http://mypage.bluewin.ch/a-z/fel/heitere.htm) unter der Rubrik „Weisheiten und Einsichten“).

würdigen Zivilgesetzbuch wurden jetzt die Worte „Richter“ oder „richterlich“ durch „Gericht“ oder „gerichtlich“ ersetzt.<sup>151</sup> Und ein Referent, den ich kürzlich über „die Schnittpunkte zwischen Sachen- und Schuldrecht“ sprechen hörte, ging sogar *so* weit, dass er „*mancipatio*“ durch „*fraucipatio*“ komplettierte<sup>152</sup>, was nach seinem unablässigen „er oder sie“, „jedermann oder jedefrau“, „Schuldner oder Schuldnerin“ nur noch den Wenigen auffiel, die in ihrer Jugend durch eine Latein-Matura gegangen waren.

b. Viel wichtiger als die Abschaffung des generischen Maskulins ist meines Erachtens die Frage, wie es um *die materielle Gleichstellung von Mann und Frau* bestellt ist. Zwar haben wir das Frauenstimmrecht eingeführt, die Vergewaltigung in der Ehe pönalisiert, ein liberales Gleichstellungsgesetz kreiert und sonstige Fortschritte in der rechtlichen Gleichstellung von Frau und [36] Mann erzielt. Doch bleibt in allen Rechtsgebieten noch viel zu tun, um eine wirkliche Gleichstellung zu erreichen, die etwa auf die Wertvorstellungen beider Geschlechter angemessen Rücksicht nimmt. Das gilt auch für das Schuldrecht. Anspruchsdenken steht hier gegen Fairness, Streitgewinn steht gegen Konfliktlösung. Die ideale Leitfigur, an der sich der Richter orientiert, wenn er das Vertrauensprinzip anwendet, Verträge auslegt, Vereinbarungen ergänzt oder den Massstab der erforderlichen Sorgfalt bestimmt, ist der „vernünftige Mensch“: die „reasonable person“, nicht die „relational person“. Nur so lässt sich erklären, weshalb das „vernunftgemässe Verhalten“ sich zu einem „allgemeinen Gebot“ entwickeln konnte, dessen Verletzung auch den verängstigten Eltern des todkranken Kindes zum höchst-richterlichen Schuldvorwurf gereichte.<sup>153</sup>

c. Bleiben wir noch einen Moment *beim „vernünftigen Menschen“*, dem wir auch ausserhalb des Schuldrechts begegnen! An ihm misst sich, was die Rechtsordnung vom wirklichen Menschen erwartet. Für den wirklichen Menschen stellt sich daher die kruziale Frage, was den „vernünftigen Menschen“ im Einzelnen auszeichnet. Auch darüber gibt es in der Schweiz noch keine vertiefte Forschung<sup>154</sup>, was erstaunlich ist, wenn wir bedenken, welchen Eifer die Juristen auf die Erklärung anderer Dinge verwenden, die es in Wirklichkeit auch nicht gibt. Völlig ahnungslos sind wir allerdings nicht, da uns die Rechtsprechung weiterhilft. Danach verhält sich der vernünftige Mensch in jeder Situation und allzeit rational; beim Autofahren trägt er stets die Sicherheitsgurte; er missachtet nie ein Rotlicht; er hält sich immer an die höchstzulässige Geschwindigkeit; er fährt nie in einem Fahrzeug, das von einem alkoholisierten Lenker gesteuert wird; er benutzt dauernd den Fussgängerstreifen; er ist im Strassenverkehr stets aufmerksam; er springt nie auf einen anfahrenen Zug; er provoziert nie einen Mitmenschen; kurzum: er verhält sich immer richtig.<sup>155</sup>

Im Spiegel dieser Rechtsprechung wird der „vernünftige Mensch“ zur Horrorfigur. Er erinnert mich an meinen perfekten Cousin Heinrich, der mir, als ich noch ein Kind war, stets als Vorbild hingestellt wurde, obwohl das Einzig-Gemeinsame, das uns verband, die gemeinsamen Grosseltern waren, von denen ich nur die Grossmutter kannte. Ich bin sicher, dass viele von Ihnen ähnliche Cousins hatten. Aber auch jene, die davon verschont blieben, fragen sich

---

151 Vgl. das Bundesgesetz über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998, am Ende der Ziffer I („Ersatz von Ausdrücken“).

152 Die Insider erinnere ich an CRESTET 1997.

153 Vgl. den oben zitierten BGE 116 II 519 ff.

154 Einige Ansatzpunkte finden sich in meinem Aufsatz über den „vernünftigen Menschen“, in: *Das Menschenbild im Recht*, Freiburg/Schweiz 1990.

155 Diese Zusammenstellung mit einschlägigen Hinweisen findet sich bei ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Haftpflicht und Sozialversicherung*, Freiburg/Schweiz 1998, S. 292 f.

zu Recht: Was für ein eigenartiges Menschenbild liegt unserer [37] Rechtsordnung zugrunde, wenn sie von den wirklichen Menschen verlangt, dass sie sich nach einem solchen Vorbild verhalten? Entweder werden wir nicht ernst genommen, oder wir werden schlicht überfordert. Vollkommen ist nur Gott, die Natur ist unvollkommen, und der arme Mensch ist die *bewusste Unvollkommenheit*<sup>156</sup>, was jedoch aus dem Bewusstsein entschwindet, sobald der „vernünftige Mensch“ in Erscheinung tritt.

Aus feministischer Sicht wird zudem bemängelt, dass der „vernünftige Mensch“ ein männlich-konnotierter Begriff sei, der die emotionalen Komponenten der Vernunft ins Abseits stelle.<sup>157</sup> So betrachtet, ist der „vernünftige Mensch“ nichts anderes als ein Produkt der männlichen Phantasie, gleich dem hyperrationalen *Mr. Spock* im Raumschiff Enterprise, der die Idee verkörpert, „dass Emotionen in der Intelligenz nichts zu suchen haben“.<sup>158</sup> Obwohl ich selber die männliche Phantasie etwas freundlicher einschätze, muss auch ich zugeben, dass der „vernünftige Mensch“ ursprünglich ein Mann war: ein „reasonable man“, der wie ein juristischer Adam durch die Rechtslandschaft zog.<sup>159</sup> In der jüngeren Vergangenheit ist es zwar auch ihm gelungen, sich zu einer *Person* (zur „reasonable person“) zu entwickeln. Nach wie vor reflektiert er aber bei vielen eine Weltanschauung, welche die Vernunft über alles erhebt<sup>160</sup>, ohne zu beachten, dass die Rationalität vom Gefühl geleitet wird.<sup>161</sup> Wer in dieser Weltanschauung verhaftet bleibt, der vermag vom wirklichen Menschen kaum etwas zu verstehen.\*<sup>162</sup>

## VI. Der juristische Diskurs

### Überleitung

17. [38] Dass *die genannten drei Schwächen* nur Beispiele sind, habe ich gesagt. Sie liessen sich zwar nicht „beliebig“<sup>163</sup>, aber doch vermehren. Andere Juristen greifen allenfalls tiefer, indem sie z.B. bemängeln, dass es der Lehre noch nicht einmal gelungen sei, das Wesen des Rechts in einer allgemein anerkannten Formel einzufangen. Wieder andere mögen darin gerade einen Vorteil erblicken, weil kein Rechtsbegriff in der Lage sei, alle Ausformungen des Rechts unter Einschluss seiner Weiterentwicklung abzudecken. Gleich verhalte es sich auch mit der Liebe, die in kein Begriffsschema passe.\*<sup>164</sup> Was ist darauf zu sagen? „So sind die

---

156 KEN WILBER (zit. in Anm. 5), S. 127.

157 Vgl. dazu SUSAN EMMENEGGER (zit. in Anm. 32), S. 113 ff.

158 DANIEL GOLEMAN (zit. in Anm. 29), S. 62.

159 Wann und wo er zum ersten Mal aufgetaucht ist, weiss niemand. Vermutlich aber liegt sein Ursprungsland im anglo-amerikanischen Rechtskreis, worauf der zum Gemeingut gewordene Ausdruck „reasonable man“ hinweist. Von dort stammt auch der folgende Bericht: „The stereotypical maleness of the reasonable man reached its zenith with the American formulation of ‚the man who takes the magazines at home, and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves‘, and in England he became popular as ‚the man on the Clapham omnibus‘, an image that brings to mind men out in the world conducting their business affairs“ (WENDY PARKER, *The reasonable person: a gendered concept?*, in: *Victoria University of Wellington Law Review* 1993, Volume 23, S. 105 ff.).

160 Vgl. dazu KEN WILBER (zit. in Anm. 5), S. 124 f.

161 DANIEL GOLEMAN (zit. in Anm. 29), S. 62.

162 \*Vgl. Anm. 9.

163 Dass sich Beispiele „beliebig“ vermehren lassen, ist eine beliebte Wendung, mit der die Juristen den Anschluss an die Unendlichkeit suchen.

164 \* Vgl. Anm. 9.

Dinge eben“, sagt man im Buddhismus über etwas, das sich nicht mehr weiter erklären lässt.<sup>165</sup> Vielleicht gehört auch das Recht zu diesen „Dingen“, und vielleicht auch die Moral, obwohl man sie neuerdings als ein Produkt von genetischer Veranlagung und kultureller Entwicklung zu deuten sucht.<sup>166</sup> Jedenfalls aber steht fest, dass es noch viel zu diskutieren gibt. Und dies wiederum führt mich zu einem weiteren Punkt: Zum *verbissenen Ernst*, mit dem der juristische Diskurs bisweilen geführt wird.

### Kriegserklärungen und Gegenattacken

**18.** Manche Streitfragen werden so heftig diskutiert, als wäre das ganze Universum samt seinen schwarzen Löchern in Gefahr.\*<sup>167</sup> Zwar gibt es durchaus Fachgenossen, die auch im Hin und Her der rechtlichen Argumente ihren Gleichmut bewahren. Andere aber können kaum mehr lächeln, sobald es um juristische Fragen geht. Sie empfinden ihre eigenen Ansichten als Teil ihrer Biographie und erleben den Widerspruch als persönliche Gefährdung. Abweichende Meinungen gelten dann als *Kriegserklärungen, die Gegenattacken auslösen*, bisweilen auch im Kleide von Dissertationen, deren vornehmlichstes Ziel darin besteht, die Lehrmeinung des Doktorvaters literarisch triumphieren zu lassen. Kein Stein bleibt da auf dem anderen.<sup>168</sup> [39] „Unhaltbar“ ist die Gegenmeinung, „irrig“, „unverständlich“ oder „schlechterdings falsch“. Sie ist weder „nachvollziehbar“, noch kann sie „stehengelassen werden“. Wer sie vertritt, „verdient eine tüchtige Tracht Tadel“. Er „liegt daneben“, „geht an der Sache vorbei“, „verfehlt den Sachverhalt schon im Ansatz“ oder „scheint sich mit der grundsätzlichen Problematik nicht auseinandersetzen zu wollen“. Reichen derartige Unwerturteile nicht aus, um den Gegner ins Out zu befördern, so bezichtigt man ihn der „einseitigen Interessenwahrung“ und bedauert, dass der Verlag es unterlassen habe, „dem Autor einen dem Thema gewachsenen Lektor als Gesprächspartner zur Seite zu stellen“.

Am liebsten möchte sich verkriechen, ins juristische Nichts versinken, wer so vernichtend geschlagen wird.<sup>169</sup> Tröstlich für den literarisch Geschlagenen ist nur der Gedanke, dass es sogar dem Bundesgericht nicht besser ergeht. Kaum veröffentlicht es ein neues Urteil, erscheint schon eine Urteilsrezension, worin ihm ein frischgebackener „lic. iur.“ aus H. bescheinigt, dass es „überhaupt nichts begriffen hat“. Und selbst die *Neue Zürcher Zeitung* beschränkt sich in neuerer Zeit nicht mehr auf eine vornehme Wiedergabe ausgewählter Entschiede, sondern hat seit dem letzten Wechsel des zuständigen Korrespondenten da und dort auch etwas auszusetzen, was vor dem Hintergrund der früheren Zurückhaltung besonders zu schmerzen scheint. „Ce n'est pas votre tâche de faire plaisir à cette maison“, tröstete ein Bundesrichter den Korrespondenten, der sich durch seine Reportagen unbeliebt gemacht hatte.<sup>170</sup> Für einmal war es so, dass auch der Kritiker des Trostes bedurfte.

---

165 DALAI LAMA, GEO 1/1999, S. 146.

166 Vgl. z.B. EDWARD O. WILSON, Die Zehn Gebote liegen in den Genen, *Neue Zürcher Zeitung*, Nr. 211/1998, S. 85 f.

167 \*Vgl. Anm. 9.

168 Die nachfolgenden Zitate sind echt, aber eine nur zufällige Auswahl, weshalb ich auf eine Angabe der Fundstellen verzichte.

169 Kritik lässt keinen kalt, und schon gar nicht Kritik der beschriebenen Art. Zum Glück gibt es auch freundlichere Kritik. Buchbesprechungen sind bisweilen so freundlich, dass sie eher an Freundschaftsbriefe als an Rezensionen erinnern.

170 Weltweit nachzulesen auf der Homepage des Korrespondenten ([mypage.bluewin.ch/a-z/fel/heitere.htm](http://mypage.bluewin.ch/a-z/fel/heitere.htm) unter der Rubrik „Weisheiten und Einsichten“).

## Der private Bereich

19. Das alles wäre halb so schlimm, könnte der Streit um dogmatische Fragen nicht auch *den privaten Bereich* kontaminieren. Gerade letzthin war ich Zeuge einer solchen Auseinandersetzung. Eigentlich hatte es ganz gut angefangen: Ein geselliger Abend mit geselligen Leuten, zwar überwiegend Juristen, aber dennoch unterhaltsam, bis es dem Prominentesten unter ihnen, einer geachteten Autorität vor Gelehrten, Richtern und Advokaten, zum siebenten Mal gelang, das Gespräch auf seine Lieblingsidee zu lenken, die er schon in der juristischen Doktorarbeit und seither immer wieder vertreten hatte.

[40] Ich weiss nicht mehr, um welche Idee es ging und ob sie mit den wesentlichen Vertragspunkten zu tun hatte, mit der „obligation de moyens“<sup>171</sup>, dem Irrtum über die Zukunft, der objektivierten Auslegung, dem hypothetischen Parteiwillen oder der Rückabwicklung von Dauerverträgen. Was mir aber in Erinnerung blieb, ist die Unverfrorenheit, mit der die Tochter der Gastgeberin, eine aufgeweckte Studentin aus dem siebten Semester, zu widersprechen wagte. Die Wirkung war gewaltig, die Replik voller Leidenschaft, die Leidenschaft voller Eigenzitate und der schöne Abend fast gar verdorben. Gerettet wurde er nur durch die Gastgeberin, die - ihrerseits eine Autorität, wenn auch auf dem Gebiete der Medizin - die erste Gelegenheit ergriff, um von den Juristen zu den Ärzten überzuleiten. Das war nun ein Thema mit tausend Geschichten, die sich in schönster Eintracht erzählen liessen. Kardinale Fehldiagnosen, tragische Fehlbehandlungen und eklatante Verstösse gegen die Aufklärungspflicht machten die Runde, gewürzt durch verfehlte Kortison-Spritzen, Narkosefehler, Implantat-Vergiftungen und fürchterliche Operationsschäden. Jeder hatte einen Bekannten, dem von Seiten der Ärzte Schreckliches zugestossen war. Und die Juristen, die nebenbei auch von ihren eigenen Leiden erzählten, waren sich wie selten einig, dass vor dem Hintergrund der medizinischen Schrecknisse die Arzthaftung nicht streng genug sein könne, wenn man es nur nicht so weit treibe, wie die Amerikaner es täten, die ja auch in Sachen Produkthaftung jegliches Mass verloren hätten, was mit der geläufigen Anekdote vom nassen Pudel im Mikro-Ofen illustriert wurde, der dort, statt nur zu trocknen, elendiglich zugrunde ging, was den haftpflichtigen Hersteller des Ofens um ein halbes Vermögen brachte. Jedenfalls müsse man sich überlegen, ob die Beweislast nicht umzukehren und dem Arzt der Beweis für genügende Sorgfalt aufzuerlegen sei, da in vielen Fällen ja ohnehin schon eine natürliche Vermutung für die Unvorsorgfalt des Arztes spreche<sup>172</sup>. Nur bei der Frage, ob „unerwünschte Kinder“ einen Ersatzanspruch der Eltern gegenüber dem verantwortlichen Arzt begründen könnten<sup>173</sup>, gab es erneute Dissonanzen, die aber in der allgemeinen Aufbruchsstimmung des spät gewordenen Abends untergingen. So nahm auch niemand mehr Notiz davon, dass die unerschrockene Studentin in ihrer kürzlich geschriebenen Seminararbeit zum Schluss gekommen war, ein krank geborenes Kind habe für die angeborene Krankheit sogar einen *eigenen* Haftpflichtanspruch, wenn es ohne [41] Fehldiagnose des unsorgfältigen Arztes gar nicht geboren, sondern abgetrieben worden wäre.<sup>174</sup>

---

171 Um sie ging es wahrscheinlich nicht, gehört sie doch eher zu den Steckenpferden einer jüngeren Generation, die den Unterschied zwischen der „obligation de moyens“ und der „obligation de résultat“ zwar nicht entdeckt, aber mit einer Fülle dogmatisch-konstruktiver Ableitungen angereichert hat (vgl. z.B. auch Anm. 91).

172 Vgl. z.B. BGE 120 II 250.

173 Diese Grundsatzfrage ist vom Bundesgericht immer noch nicht entschieden.

174 Vgl. dazu THOMAS MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, Diss. Freiburg/Schweiz 2000, Nr. 925 ff.

## VII. Die akademische Lehre

### Die Rahmenbedingungen

**20.** In meinen bisherigen Ausführungen zur heutigen Lehre und Rechtsprechung habe ich *das Wort „Lehre“* vor allem als Synonym zur Rechtswissenschaft verwendet. Nun wäre es aber unverzeihlich, wenn ausgerechnet ein akademischer Lehrer dieses Wort nicht auch *im Sinne von akademischer Lehrtätigkeit* verstehen würde. Deshalb werden Sie es erdulden müssen, dass ich jetzt einige Ausführungen zur universitären Ausbildung der Juristen nachschiebe. Nachdem die meisten Leser dieser Zeitschrift ihre Universitätsjahre schon längere Zeit hinter sich haben, erlaube ich mir vorab, darauf hinzuweisen, dass die schweizerischen Rechtsfakultäten unter einem *unaufhörlichen Andrang von Studierenden* leiden. Die Dämme sind gebrochen. Die Zahlen der Studierenden sind enorm gestiegen, ohne dass die juristischen Fakultäten in personeller und sachlicher Hinsicht angemessen nachgerüstet wurden. Das bedeutet, dass die Qualität der Betreuung nachgelassen hat. Die obrigkeitliche Sparsamkeit, mit der die juristischen Fakultäten behandelt werden, diskriminiert die jungen Juristen<sup>175</sup>, was besonders deutlich wird, wenn man ihre hundertfach gestopften Vorlesungssäle mit den idyllischen Schulzimmern der Fachhochschulen vergleicht. Obwohl ich von Polizeidingen nichts verstehe, frage ich mich ab und zu, wie es denn um die Einhaltung der feuerpolizeilichen Vorschriften steht. Nicht auszudenken, welche Verstopfung es erst gäbe, wenn alle Studierenden, die kommen sollten, tatsächlich auch kämen! Die 68er haben den Lehrbetrieb durch ihr Wegbleiben lahmgelegt, die heutigen Jura-Studis könnten es tun, indem sie vollzählig erschienen.

Da nun aber der universitäre Lehrbetrieb während mehreren Monaten des Jahres ruht, folgt auf eine volle Periode der Lehre immer wieder eine Zeit der völligen Leere. Dann dämmern die Vorlesungssäle still und unbenutzt vor sich hin wie die Kulissen einer abgedrehten Filmproduktion. Fast unheimlich wird einem zumute. Ein Besucher aus Übersee, den ich im letzten Juli oder [42] August (vielleicht war es auch im September oder in den ersten zwanzig Tagen des Oktobers) durch ein leeres Lehrgebäude führte, fragte mich mit jener Verwunderung, die zugleich Bewunderung ist, „wie wir uns so etwas noch leisten könnten; er fühle sich hier wie in einem Spital, das bald geschlossen, bald offen sei.“ „Ein Ganzjahresbetrieb, verteilt auf drei Trimester“, gab ich zur Antwort, „wäre für einen wirtschaftlichen Einsatz der Gebäude zwar erforderlich, bedinge aber ein allgemeines Umdenken, auch was die Personalpolitik betreffe, da der momentane Personalbestand eben nur ausreiche, um die Infrastruktur zeitweise auszunützen“.

### Die Ausbildung der Juristen

**21.** Dies alles zur Orientierung über die Rahmenbedingungen, unter denen der juristische Nachwuchs heutzutage ausgebildet wird! Wie aber verhält es sich mit der *Ausbildung selbst?*<sup>176</sup> Diesbezüglich sind präzise Aussagen schwierig, da jede Schweizer Fakultät über

---

175 Nach dem Budget 1999 beliefen sich die jährlichen Ausbildungskosten pro Student/Studentin an der Freiburger Rechtsfakultät auf nur gerade Fr. 5'211.-, während z.B. bei den Ökonomen Fr. 9'890.- und bei den Theologen Fr. 19'636.- aufgewendet wurden.

176 Mit der Ausbildung der Juristen habe ich mich bereits in der Festgabe für das Luzerner Obergericht, Bern 1991, S. 123 ff., befasst, wo meine Gedanken (wie es für Festschriften üblich ist) ein weitgehend unbeachtetes Dasein fristen. Im Sinne der „Schreibökonomie“ greife ich einige dieser Gedanken heraus, um sie in

ihr eigenes Programm verfügt, was ihrem ausgeprägten Selbstverständnis und der Vielgestaltigkeit der Schweiz entspricht. Dementsprechend muss ich mich auf allgemeine Aussagen beschränken, verbunden mit dem Vorbehalt, dass einiges, das ich erzähle, in einzelnen Fakultäten ganz anders sein kann. Wenn schon die Zustände innerhalb der eigenen Fakultät von den verschiedenen Professoren verschieden wahrgenommen werden, so wäre der Versuch, die Empfindungen *aller* Kollegen *aller* Fakultäten einzufangen, ohnehin verwegen. Das will ich denn auch nicht tun. Vielmehr beschreibe ich die Verhältnisse so, wie ich sie nach vielen Gesprächen und aus eigener Erfahrung selber empfinde.

a. Die universitäre Ausbildung der Juristen ist seit langem in Diskussion und auch neuerdings wieder in Diskussion geraten. Gelegentlichen Reformen zum Trotz hat sich aber nichts Wesentliches geändert. *Nach wie vor wird das gelehrt, was die jeweils vorhandenen Dozenten können*, ohne zielstrebig und kontrolliert auf ein gemeinsames Ausbildungsziel hinzuarbeiten. Dieser Zustand, den wir vor uns selbst als Ausfluss der akademischen Lehrfreiheit verteidigen, äussert sich in einer oft fragwürdigen Auswahl, Rangordnung und Separierung der juristischen Lehrfächer. Die Zersplitterung in einzelne Disziplinen, die heute (in „splendid isolation“) gelehrt und examiniert werden, [43] verschleiert die Sicht für das Ganze. Im Unterricht wird das Haftpflichtrecht vom Versicherungsrecht, das private Versicherungsrecht vom Sozialversicherungsrecht und überhaupt das private Recht vom öffentlichen Recht getrennt. Jedes dieser Gebiete wird so gelehrt, wie wenn es in der Rechtswirklichkeit sein ureigenes Dasein hätte. Auch das Obligationen- und das Sachenrecht sind in vielen Lehrplänen auseinander gerissen, ganz zu schweigen vom Vertrags- und vom Steuerrecht, wovon das Letztere lange Zeit vernachlässigt wurde, was viel dazu beigetragen hat, dass die Banken und Treuhandbüros den Anwälten in die Quere kommen.

b. Da der Lehrerfolg einer Fakultät vom Erfolg der einzelnen Dozenten und deren Erfolg wieder vom Erfolg der ganzen Fakultät abhängt, ist die Frage nach dem gemeinsamen Ausbildungsziel von zentraler Bedeutung. Worin soll das Ziel bestehen? Obwohl dies nicht völlig unbestritten ist<sup>177</sup>, hat das Rechtsstudium, wie ich glaube, die Studierenden vor allem *auf die spätere Berufstätigkeit vorzubereiten*. Dabei muss es der Vielfalt der juristischen Berufe Rechnung tragen, was eine voreilige Spezialisierung verbietet.

Zur Vorbereitung auf das Berufsleben gehört gewiss (aber nicht ausschliesslich!) die Vermittlung fundierter Rechtskenntnisse in den praktisch wichtigsten Gebieten des positiven Rechts.<sup>178</sup> In den Lehrsälen geschieht dies in der Weise, dass wir – ausgehend von abstrakten Konzepten und Begriffen – *das Recht als ein System von Regeln* präsentieren, die in Gesetzen, Büchern und Entscheiden nur darauf warten, auf die Fakten des Lebens zur Anwendung zu kommen. Im Wechselspiel von Tatbestand und Rechtsfolge lernen die Studierenden, was wir als „juristisches Denken“ bezeichnen. Eine Studentin von Realp, die ich darauf ansprach,

---

die nachfolgenden Ausführungen zu integrieren, was ihnen zu neuem Glanz verhelfen mag.

177 Ein Kollege, den ich um seine Meinung fragte, ging sogar *so* weit, den Zweck des Rechtsstudiums im Studium selbst zu sehen. Wie es beim Weg sei, so sei es auch beim Studium, weshalb der Blick auf die spätere Berufsausübung das Ziel nur verfälschen statt erhellen würde.

178 Wer so etwas sagt, ermtet gewöhnlich den Vorwurf, ein purer Rechtspositivist zu sein, der die Abschaffung allgemeinbildender Grundlagenfächer (vom Römischen Recht bis zur Rechtsphilosophie) betreibe. Die Frage aber ist nicht die, *ob* man solche Fächer lehren soll, sondern *welche* Fächer man *wie*, in welchem *Umfang* und *wann* im Ablauf des Studiums doziert. Exakt die gleiche Frage stellt sich auch für die Fächer des positiven Rechts. Welche davon „die praktisch wichtigsten“ sind, will ich hier nicht weiter erörtern, weil die Bedürfnisse der Praxis im Fluss und hierzu die Praktiker zu befragen sind.



empfand das so gelehrte Recht als einen Katalog von Antworten, deren zugrunde liegende Fragen sie oft noch weniger verstehe als die Antwort selbst. Und ein Student aus Escholzmatt verglich die dozierten Regeln mit Trumpfkarten, dazu bestimmt, ein sonst zu langes Spiel beschleunigt zu beenden.<sup>179</sup> Beide (der Student und die Studentin) standen vor [44] dem Lizentiat. Sie hatten schon zahlreiche Dozenten an verschiedenen Fakultäten erlebt, von denen die einen sich ganz auf den mündlichen Vortrag verliessen. Die anderen operierten mit Text- und Schaubildern, die sie per Hellraumprojektor (ältere Technik) oder computergespiesenen Beamer (neuere Technik) an die Vorderwand strahlten, wo das Modellhafte des dozierten Rechts besonders schön und bisweilen sogar mehrfarbig aufschien. Bei einem Professor der älteren Technik seien die Folien im Laufe der Jahre durcheinander geraten, woraus sich nach und nach ein origineller Unterricht entwickelt habe. Ob sich so etwas auch bei der neueren Technik ereignen könnte, wusste ich nicht. Denn ich selber bin bei den Folien stecken geblieben, bewundere aber die Bescheidenheit der computergestützten Referenten, die sich nach dem Start ihrer Maschine ins Halbdunkel zurückziehen, um das ganze Sichtfeld den gebeamteten Bildern zu überlassen. Die einzige Spannung, die dann noch aufzukommen vermag, ist das gespannte Warten auf ein technisches Desaster, das sich bei fortschreitender Computertechnik jedoch immer seltener ereignet. Wechseln wir eines Tages sogar zum On-line-Unterricht, was von den Fortschrittlichsten befürwortet wird, so verlieren Lehrer und Studenten sich völlig aus den Augen, womit alle menschlichen Regungen, die der Anblick lebendiger Menschen hervorrufen könnte, endgültig ausgeschaltet sind.

c. Nachdem wir Juristen, *eingebunden in ein Rechtssystem*, mit diesem System zu arbeiten haben, liegt es zwar nahe, dass auch die Studierenden, wenn sie das Studium abschliessen, *das Rechtssystem beherrschen* müssen.<sup>180</sup> Das zu erreichen, ist eine Aufgabe des Unterrichts. Häufig aber erwecken wir, auf unsere Begriffe und Regeln fixiert, den falschen Eindruck, dass System und Recht, ja sogar System und Wirklichkeit identisch seien. Die rechtlichen Konzepte, die wir vorstellen, grenzen den Blickwinkel der Studierenden wie Scheuklappen ein. Das Letztere brachte P.S. ATIYAH wie folgt zum Ausdruck: „Nobody with any experience of legal teaching can doubt the power which legal concepts exercise over the minds of law students. Once a set of concepts falling into some overall pattern is grasped, the student often becomes incapable of seeing the physical facts themselves except through the conceptual process. Facts and events cease to be seen as physical occurrences and come to be seen as falling naturally into conceptual pigeon-holes“.<sup>181</sup>

Diese Schilderung ist umso eindrücklicher, als sie aus einem Rechtsgebiet stammt, das den Traditionen des Case Law verpflichtet ist. Sie erklärt uns auch, weshalb das Studium der Rechte gar vielen als *blutleere Angelegenheit* [45] erscheint: körperlos und fast ohne Bezug zu den Sinnesobjekten der Welt. Vielleicht liegt *darin* der Grund, weshalb die Studierenden heutzutage immer häufiger mit Coci-Flaschen, Henniez, Red Bull oder Gatorade zum Unterricht kommen. Neu allerdings ist die Situation nicht. Schon FRANZ KAFKA hatte seinem Vater geschrieben: „Ich studierte also Jus. Das bedeutete, dass ich mich in den paar Monaten vor

---

179 Den Vergleich mit den Trumpfkarten habe ich auch bei MARTHA MINOW (zit. in Anm. 111, S. 43) gelesen, weshalb es möglich ist, dass meine Erinnerung die Herkunft verwechselt. Vielleicht hat der Student von „Joker“ gesprochen oder (in Anlehnung an ZBJV 1999, S. 403) von „Pfeilen im Köcher“ der Juristen.

180 So auch FRITJOF HAFT, Einführung (zit. in Anm. 84), S. 146.

181 P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, S. 685.

den Prüfungen unter reichlicher Mitnahme der Nerven geistig förmlich vom Holzmehl nährte, das mir überdies schon von tausend Mäulern vorgekaut war“.<sup>182</sup>

d. Weil ein Kafka-Zitat immer auch die Belesenheit des Zitierenden unterstreicht, gab ich die zitierte Stelle in einer kürzlichen Diskussionsrunde zum Besten. Die Wirkung war aber nur mässig. Ich vergässe, wurde mir entgegnet, *die Fallübungen*, die ein wichtiger Bestandteil der universitären Rechtsausbildung seien. Und in der Tat: Daran hatte ich nicht gedacht, obwohl ich in meiner eigenen Studentenzei die Übungen über alles andere (also noch mehr als die Analyse des Codex iuris canonici) liebte. Sie waren unterhaltsamer als der Rest, was schon viel war, nachdem man in jungen Jahren die Langeweile ja besonders langweilig empfindet. Manchmal verliefen die Übungen sogar echt spannend. So erinnere ich mich bis heute an den strafrechtlichen Übungsfall zum untauglichen Versuch, in dem es jemand vergeblich unternommen hatte, sein Federvieh zum Legen goldener Eier zu bewegen. Lange Zeit zweifelte ich zwar, ob im wirklichen Leben sich so etwas ereignen könne. Die Zweifel sind jedoch verflogen, nachdem ich letztthin die wahre Geschichte von jenem Ehepaar in Zürich las, das einem geheimnisvollen Fremden 100 ersparte Tausendernoten übergab, damit er sie mit Hilfe von Chemikalien verdreifache.<sup>183</sup>

Die Geschichte aus Zürich beweist, dass die Übungsgeschichten der Dozenten, mögen sie noch so bizarr verlaufen, von der Phantasie des Lebens eingeholt, wenn nicht übertroffen werden. Insofern also wäre der Vorwurf, sie seien „unrealistisch“, gewiss verkehrt. Dennoch bleibt ein Unbehagen, das auch eine Studentin empfand, die unter dem Einfluss ihres Vaters einige Semester Medizin studiert hatte, bevor sie sich doch noch für die Rechte entschied. Die Sachverhalte, an denen geübt wird, seien, wie sie nach einer Übungsstunde meinte, präpariert wie die Leichen in den Seziersälen der Mediziner. Und in der Tat: Was sich ereignet hat und wofür es eine juristische Lösung zu finden gilt, steht für die Studierenden in aller Regel fest. Somit beginnen die Probleme erst „jenseits des Sachverhaltes“, während im wirklichen Leben des Juristen die Arbeit *am* Sachverhalt die Hauptaufgabe [46] bildet.<sup>184</sup> Von Ausnahmen abgesehen, wird diese Arbeit kaum je geübt, weshalb die „Praxisnähe“, die man vermitteln möchte, auch in der virtuellen Welt der Übungssäle eine nur entferntere Nähe bleibt. Das gilt umso mehr, als die klassischen Übungsfälle sich ohnehin nur am retrospektiven Muster der Entscheid- und Streitfälle orientieren, während die praktisch wichtige Kunst der prospektiven Rechtsgestaltung (z.B. auch der Vertrags- und Testamentsgestaltung) im ganzen Studium zu kurz kommt.

e. Zum „Praktiker“ wird man zwar erst in der Praxis, nicht an der Universität, so gut wie man das Autofahren erst auf der Strasse, nicht schon im Theorieraum lernt. Das jedoch dispensiert die Fakultäten nicht davon, das Training der Juristen so lebensnah wie möglich zu gestalten. „Lebensnähe“ aber erfordert auch, dass wir *die Fähigkeit zum „abstrakten Denken“*, die wir Juristen an uns selber bewundern, *nicht über alles erheben*. Denn „abstraktes Denken“ ist in Wirklichkeit „nur ein kleiner Teil der menschlichen Kognition und im Allgemeinen nicht die Grundlage für unsere täglichen Entscheidungen und Handlungen“.<sup>185</sup> Und die „Orientierung

---

182 Zitiert aus: FRANZ KAFKA, Brief an den Vater, Vitalis, Prag 1996, S. 59.

183 *Neue Zürcher Zeitung*, Nr. 265/1999, S. 49.

184 Vgl. dazu FRITJOF HAFT, Verhandeln (zit. in Anm. 16), S. 138 f.

185 FRITJOF CAPRA (zit. in Anm. 13), S. 312.

an abstrakten Prinzipien ist eine gefährliche Sache, wenn sie nicht durch starke persönliche Beziehungen kontrolliert wird“.<sup>186</sup>

In den Lehrplänen der juristischen Fakultäten hat diese Erkenntnis einen nur geringen Niederschlag gefunden. Insbesondere wird auf eine gezielte Ausbildung in den verschiedenen Sparten der *emotionalen Intelligenz* fast völlig verzichtet. Obwohl die spätere Berufsausübung ein hohes Mass an emotionalen Fähigkeiten voraussetzt, überlassen wir diesen Teil der Ausbildung den Studierenden selbst, womit die Rechtsfakultäten einen Fehler repetieren, der schon an den unteren Schulen begangen wird.<sup>187</sup> Solange wir aber die Lehrpläne nicht anpassen und so lange wir z.B. nur lehren, wie Konflikte zu gewinnen, nicht aber, wie sie zu verhindern sind, bleibt es beim Vorwurf, dass es den Absolventen unserer Fakultäten an der für die Berufsausübung erforderlichen Gesprächs-, Team- und Verhandlungsfähigkeit fehle.

Der juristische Intellekt unserer Absolventen mag geschliffen sein wie ein Diamant. Das reicht jedoch nicht aus, „um anderen wohlzutun, von der eigenen Person ganz zu schweigen“<sup>188</sup>. Entsprechend häufig sind die Klagen von Klienten, die sich von ihren Anwälten missverstanden fühlen, während manche Anwälte exakt das Gleiche von ihren Klienten erzählen. Gewiss gibt es Juristen, die emotional hochgerüstet sind, obwohl sie diesbezüglich über keine Schulausbildung verfügen. Indem wir aber die emotionale Ausbildung [47] vernachlässigen, tragen wir dazu bei, dass unsere Absolventen den späteren Gesprächspartner als juristisches Problem, nicht als Mensch erleben; dass sie dessen Gefühle nicht wahrnehmen; dass sie die Erwartung auf menschliche Hilfe enttäuschen; dass sie weder zuhören noch antworten können; und dass sie die menschlichen Beziehungsabläufe (gegenseitige Machtausübung, Projektionen und Übertragungen) in gleicher Weise verkennen, wie viele Ärzte dies bei ihrer Berufsausübung tun.<sup>189</sup>

## Das Gedächtnis und die Examen

**22.** Aber auch in anderer Hinsicht ist die heutige Universitätsausbildung eine Fortsetzung des Gehabten. Ich denke an *die riesige Menge an Gedächtnisstoff*, der so lange vermittelt und von den Studierenden so lange gelernt wird, bis sie tausend und einen Lehrsatz auswendig wissen. Man könne, habe ich einmal gehört, zwar „fit ohne Fett“, aber „kein fitter Jurist ohne Gedächtnis“ sein.<sup>190</sup> Das ist gewiss wahr. Denn erstens ist die Erfahrung, über die ein gewiegter Jurist verfügt, „wahrscheinlich nichts anderes als allmählich angehäuften Erinnerung“<sup>191</sup>. Und zweitens gibt es keine Disziplin, die man beherrschen kann, ohne zunächst einen Grundstock an Kenntnissen auswendig zu lernen.<sup>192</sup> Allgemeine Grundsätze reichen jedenfalls nicht aus, um juristische Fragen zu erkennen und zu lösen. Und wer sich ins Allgemeine flüchtet, der

186 PAUL FEYERABEND, *Widerstreit* (zit. in Anm. 116), S. 22.

187 Vgl. DANIEL GOLEMAN (zit. in Anm. 29), S. 14 f. und S. 291 ff.

188 Vgl. STEN NADOLNY (zit. in Anm. 28), S. 181.

189 Vgl. zum Ganzen: THOMAS L. SHAFFER/JAMES R. ELKINS, *Legal Interviewing and Counseling*, Second Edition, St. Paul, Minnesota 1987.

190 Zum Ersteren vgl. KLAUS OBERBEIL, *Fit ohne Fett - Ein Leben lang schlank, vital und glücklich* (ohne Angabe von Erscheinungsort und Erscheinungsjahr). Das Buch wurde mir zum sechzigsten Geburtstag und damit ein klein wenig zu spät geschenkt.

191 HARRY COLLINS/TREVOR PINCH (zit. in Anm. 131), S. 13.

192 Der Glaube an die Möglichkeit einer chemischen Gedächtnisübertragung, welche diese Gedächtnisarbeit beseitigen könnte, ist zurzeit auch den Naturwissenschaftlern abhanden gekommen, obwohl positive Tierversuche in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nicht wirklich widerlegt wurden (so jedenfalls HARRY COLLINS/TREVOR PINCH, a.a.O., S. 38).

versucht häufig nur zu verschleiern, dass es ihm am erforderlichen Einzelwissen fehlt. Oder wie OLIVER W. HOLMES es formulierte: „People are glad to discuss a question on general principles, when they have forgotten the special knowledge necessary for technical reasoning“.

Was mir nun aber auffällt, ist die *Überbetonung des Gedächtniswissens*. Das Rechtsstudium diene „zunehmend der Anhäufung möglichst flächendeckenden Wissens in möglichst vielen examensrelevanten Fächern“, wird für Deutschland beklagt.<sup>193</sup> Und gleich verhält es sich für die Schweiz.<sup>194</sup> Seit [48] meiner eigenen Studienzeit hat sich der Gedächtnisstoff, wie von einer kosmologischen Konstante getrieben, immer weiter ausgedehnt, obwohl der Jurist nicht nur „wissen“, sondern auch „sehen“ muss. Nur schon der Abschluss eines gültigen Vertrages, das Normalste auf der Welt, füllt die Köpfe mit den verschiedensten Theorien, gleich wie die Seeleute „723 verschiedene Versionen lernen, einen Knoten zu schürzen.“<sup>195</sup> Die guten Lehrer, zu denen sich alle zählen, bestreiten freilich, dass ihr Unterricht sich vor allem an das Gedächtnis richte. Von den Studierenden wird dies aber häufig ganz anders empfunden. Und was die Vorlesungen nicht schaffen, das schaffen die Lehrbücher und Skripten, die immer zahl- und umfangreicher werden. Nach meiner Einschätzung bilden sie den Hauptgrund für die heutige Länge der Studienzeiten. Ab und zu stelle ich mir daher die ketzerische Frage, wie hoch wohl der Verzögerungsschaden ist, den die Lehrmittel anrichten. Die Frage erscheint mir umso berechtigter, als sich die meisten Lehrbücher an Studierende *und* Praktiker wenden, was in den Verkaufsprospekten explizit herausgestrichen wird, bei der verschiedenartigen Bedürfnislage der angesprochenen Lesergruppen aber eine durchaus fragwürdige Kombination ist. Dass die beiden Gruppen in *einen* Büchertopf geworfen werden, erweitert zwar den Absatzmarkt, zugleich aber auch den Studienballast.

**23.** Der Ballast wird noch erschwert durch den *Umstand, dass die meisten Examinatoren zu irgendeinem Spezialgebiet Spezielles publiziert haben*, von dem die Studierenden (nicht ganz zu Unrecht) annehmen, es werde im einschlägigen Examen mit besonderer Akribie „abgefragt“. In der Zeit der negativen Gefühle, welche die Examen in ihrem Vorfeld verbreiten, wird das Gedächtnis mit solchen Spezialitäten noch zusätzlich voll gestopft. Es ist erstaunlich, wie genau uns die Studierenden vor den Examen studieren! Einer, der von mir examiniert wurde, liess schon in den ersten Sätzen durchblicken, dass er über die gängigen OR-Bücher und -Skripten hinaus auch mein Buch über den Werkvertrag „gelernt“ habe. Wie konnte ich diese unmenschliche Anstrengung anders belohnen als damit, beim Werkvertragsrecht zu beginnen? Beim „Begriff des Werkvertrages“ gab es keine Schwierigkeiten; und bei der „Abgrenzung zum einfachen Auftrag“ hörte ich das erwartete Kriterium der Erfolgsbezogenheit, wobei ich es zur beidseitigen Beruhigung bewenden liess. Wie gross war dann aber unsere Enttäuschung, als sich der Kandidat im Zusammenhang mit dem Werklohn ausserstande sah, den Tatbestand des Art. 374 OR von seiner Rechtsfolge zu unterscheiden! „Ganze Flotten von Wörtern hatte er auswendig gelernt, und Batterien von Antworten, um [49] sich zu rüsten.“<sup>196</sup> Und jetzt das! Ich versuchte es noch mit dem Verhältnis von Art. 374 OR zu Art. 375 OR, um dann schleunigst zu den Innominatkontrakten zu wechseln. Für einen Moment überkam mich

---

193 Nachzulesen im „*Ladenburger Manifest*“, Beilage zu Heft 2/1999 der Juristischen Schulung.

194 Vgl. etwa THOMAS COTTIER, ZBJV 1997, S. 238 f.

195 WALTER MOERS, Die 13 ½ Leben des Käpt'n Blaubär, Eichborn (ohne Ort und Jahresangabe), S. 21. Das Buch wurde mir von meinen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen übereignet und zur Lektüre empfohlen, damit ich über den engen Horizont der Jurisprudenz hinaussehe.

196 STEN NADOLNY (zit. in Anm. 28), S. 57.

ein schlechtes Gewissen, weil ich es versäumt hatte, wenigstens *eine* der im Werkvertragsrecht umstrittenen Fragen (etwa den Begriff der Abnahme) anzusprechen, um nach der „richtigen“ Meinung zu fragen. Da jedoch das Examen auch ohne dies einen glücklichen Fortgang nahm (wir kamen bis zur Absorptionstheorie!), hatte das Versäumnis keine nachteiligen Folgen, ausser dass mir meine eigene Meinung unbestätigt blieb.

### Die erforderliche Reform

24. Um mich in meiner akademischen Umwelt und bei mir selber nicht völlig unbeliebt zu machen, möchte ich das universitäre Klagelied hier stoppen. Insgesamt aber bin ich der Ansicht, dass unsere Rechtsfakultäten *einer tiefgreifenden Reform bedürfen*, die über das Auswechseln einzelner Fächer hinausgeht und sich auch auf die Stellung der Dekane, der Professoren und der Studierenden erstreckt. Viele Fragen gibt es zu überlegen<sup>197</sup> und manche Einsichten zu gewinnen, z.B. jene, dass jede Reform bei den Professoren zu beginnen hat. Was nützt es etwa, die Zahl der Unterrichtsstunden zu verkürzen, wenn die Inhalte und Methoden unverändert bleiben? Man wird weniger lang dozieren, aber weiterhin betonen, dass der „ganze Stoff“ (was immer das ist) zwar nicht „gelesen“, wohl aber „nachgelesen“ werden könne, wobei die Studierenden reif genug seien, das „Wesentliche“ vom „Unwesentlichen“ zu unterscheiden. Damit leisten wir keine grosse Hilfe, und dies schon gar nicht, wenn die Studierenden uns erleben wie den Kuckuck aus der Kuckucksuhr, der herausspringt, sein Lied singt und wieder verschwindet.

Die Überzeugung, dass eine tiefgreifende Reform erforderlich ist, scheint sich in der letzten Zeit zwar auszubreiten. Bis zur Realisierung aber ist ein weiter Weg, auf dem grosse Würfe nur allzu oft in kleine Reformen münden: Die Böden werden aufpoliert, die Möbel umgestellt und die Fassade neu gestrichen. Ausserdem kündigt sich neues Unheil an. Die geplante Verordnung zum neuen Hochschulförderungsgesetz will die einzelne Universität zu einem [50] nicht geringen Teil nach Massgabe der für ihre Forschung verbrauchten Drittmittel (Nationalfondsgelder usw.) subventionieren. Je höher die verbrauchten Drittmittel, desto höher ihr Anteil an den Subventionen des Bundes! Die Konsequenzen liegen auf der Hand. Die Geisteswissenschaften werden benachteiligt. Und die Professoren zieht es weg von den Studierenden: in eine Forschung, die Geld einbringt. Schon jetzt sehe ich die inneruniversitäre Rangliste, auf der jene nach oben klettern, die möglichst viele Drittmittel einsammeln, verbrauchen oder durch ihre Mitarbeiter verbrauchen lassen, während das Ansehen der Sparsamen und Disponiblen sich verflüchtigt. Ein Staat, der solche Anreize schafft, macht den Professor zum Goldesel und versündigt sich an der auszubildenden Jugend, der Zukunft des Landes.

---

197 Lässt sich z.B. eine effiziente Ausbildung durch eine demokratische Fakultätsversammlung bestimmen und leiten, die dreissig oder mehr Personen umfasst und oft schon ganze Nachmittage braucht, nur um ein feststehendes Programm auf einen Stundenplan zu verteilen? Wie weit soll die Mitbestimmung der Studierenden bei der Festlegung des Curriculums gehen? Soll ein Rechtsprofessor, einmal gewählt, den Rest seiner Tage ununterbrochen an der Universität verbringen? Welche Wege sind einzuschlagen, um die Studierenden, die ja erwachsene Menschen sind, zur aktiven Mitarbeit anzuhalten?

### VIII. Die Faszination des Negativen - Vorwurf und Schluss

25. Von der geplanten Verordnung wieder *zurück zur heutigen Lehre und Rechtsprechung*. Dass sich weder die eine noch die andere zur Perfektion entwickelt hat, ist bekannt und wurde durch die rudimentären Hinweise meines Beitrages nur in Erinnerung gerufen. Zwei Freunde der Jurisprudenz, denen ich mein Manuskript tagträumend zur Vorlektüre gab<sup>198</sup>, meinten allerdings, ich sei der *Faszination des Negativen* erlegen, worauf auch die wiederholten Zitate von FEYERABEND hinwiesen.<sup>199</sup> Die beschriebenen „Mängel“ der Jurisprudenz und auch die Passagen über die juristische Ausbildung seien stark „überzeichnet“. Die Leistungen, welche das Recht und die Jurisprudenz auf allen Gebieten des menschlichen Zusammenlebens erbringen, gingen in der negativen Anlage meines Beitrages und in seiner unwissenschaftlichen Sprache völlig unter. Das wiederholte „Abheben auf feministisches Gedankengut“ verdunkle die Tatsache, dass sich das Verhältnis von Mann und Frau in permanenter Veränderung befinde, weshalb das, was sich heute als „männlich“ oder „weiblich“ erweise, nicht zwingend auch in Zukunft so sei.<sup>200</sup> Einiges sei widersprüchlich, anderes wenig durchdacht: eine pure Projektion meiner Gefühle. Besonders aber störe sie die (wie sie es nannten) „Versubjektivierung des Rechts“, die mehr auf die menschliche Erkenntnisfähigkeit abstelle als auf die Tatsache, dass es objektive Rechtswahrheiten gebe, die [51] unabhängig von der menschlichen Erkenntnis existierten. Da sei ihnen die alte Vorstellung von Objektivität doch noch lieber, möge auch ein Bundesrichter behaupten, dass es „eine absolute Objektivität im Recht gar nicht geben“ könne.<sup>201</sup> Überhaupt rieten sie mir, von der Publikation meines Beitrages abzusehen, um wenigstens einen Rest an wissenschaftlicher Reputation in meine alten Tage zu retten, in denen das wissenschaftliche Ansehen eine wichtige, wenn nicht die einzige Quelle des beruflichen Wohlbehagens sei.

26. Auf die Publikation konnte ich trotz verunsichert schlafloser Nächte nicht verzichten, da ich den Beitrag versprochen und einen passenden Ersatzbeitrag (etwa zur Firma der Zweigniederlassung) nicht zur Hand hatte. Am meisten getroffen hatte mich der Vorwurf, ich sei der Faszination des Negativen erlegen. Ich hoffe, dass der Vorwurf falsch ist. Jedenfalls aber glaube ich (und weiss ich aus der Psychologie des negativen Wissens)<sup>202</sup>, dass *das Wissen um Fehler* ebenso wichtig ist wie die Kenntnis des Richtigen. Denn das negative Wissen hilft uns, das Richtige zu tun, indem wir das Falsche vermeiden. Somit ist das Fehlerwissen nichts Negatives, sondern durchaus positiv, obwohl wir seit unserer Schulzeit darin geübt sind, den Fehler als Ursache tiefster Ängste zu empfinden. Die anerzogene Angst erklärt, warum wir so grosse Mühe haben, über Fehler auch nur zu sprechen. Wohl deswegen hat mir auch die Niederschrift des vorliegenden Beitrages mehr Mühe gekostet als die Abfassung von sieben Aufsätzen über sieben dogmatische Fragen des positiven Rechts. Das Letztere wäre Routine und

---

198 Ausserhalb eines Traumes tun wir so etwas nur höchst selten.

199 Dass PAUL FEYERABEND auch für seine Philosophenkollegen ein rotes Tuch ist, weiss ich schon aus seinen eigenen Schriften. Ich will denn auch nicht behaupten, dass ich alles, was er schrieb, verstanden habe, und allem, was ich verstand, in allen Teilen zustimme. Wen aber könnte man noch zitieren, wenn das Zitat einer Einzelstelle zugleich eine Zustimmung zu all seinen Äusserungen wäre? Selbst das Bundesgericht verleihe jede passive Zitatfähigkeit.

200 Das hatte ich zwei Stunden zuvor bei DORIS SCHAFFER SCHERRER (zit. in Anm. 138, S. 304) gelesen.

201 Vgl. oben bei Anm. 136.

202 Vgl. dazu und zum Folgenden: OSER/HASCHER, Lernen aus Fehlern. Zur Psychologie des negativen Wissens, Freiburg/Schweiz 1997.

mit einiger Klarheit zu leisten gewesen. „Doch wenn die Routine zusammenbricht, verflüchtigt sich die Klarheit, erheben seltsame Ideen, Wahrnehmungen und Gefühle ihr Haupt“.<sup>203</sup>

Korr.: sf 15.6.2007

---

203 PAUL FEYERABEND, *Torheit* (zit. in Anm. 127), S. 149.