

Argumente. Ein Geburtstagsbrief

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

Publiziert in: *recht* 2000, Sondernummer für *Wolfgang Wiegand*, S. 87 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Lieber Herr Wiegand

[87] Seit *Rudolf von Jhering*¹ als Erster, wie er schrieb, „die Form der Briefe auf die Jurisprudenz übertragen hat“², ist auch diese Art der Publikation von der juristischen Gemeinde akzeptiert. Deshalb und weil der Brief sich am besten eignet, um Ihnen zu Ihrem sechzigsten Geburtstag zu gratulieren, will ich meinen Beitrag zum vorliegenden Gratulationsheft in die Briefform kleiden. Auf das vertrauliche „Du“, das uns sonst verbindet, muss ich freilich verzichten, da in einem öffentlichen Brief solche Vertraulichkeiten keinen Platz haben. Auch erlaube ich mir, die einzelnen Gedankenblöcke zu beziffern, was zwar eher zu einem Schreiben unter streitenden Anwälten passt, zusammen mit den ebenfalls eingefügten Titeln und Fussnoten aber die Ernsthaftigkeit meines Bemühens hervorhebt. Ich hoffe, das Resultat meiner Bemühung werde Sie freuen, obwohl Sie ohnehin schon viel zu lesen haben. Dass wir Sie darüber hinaus noch mit *zusätzlichem* Lesestoff versorgen, ist unter dem Gesichtspunkt der Geschenkidee gewiss kurios, gehört jedoch zu den schönen Gewohnheiten der Akademie, Geburtstage zu feiern. Zum gefeierten Geburtstag beglückwünsche ich Sie um so herzlicher, als wir beide schon über ein Vierteljahrhundert, zwar in Distanz (es sind dreissig Kilometer!), aber doch das gleiche Schuldrecht dozieren.

Glückwunsch, Montgolfiere und Thema

1. Mein *Glückwunsch* gilt nicht so sehr Ihrem Alter, als vielmehr Ihrem juristischen Werk. Durch den Reichtum Ihrer Veröffentlichungen haben Sie die schweizerische Rechtswissenschaft in vielfältiger Weise und nachhaltig³ befruchtet. Die Einzelheiten Ihrer Verdienste aufzuzählen, übersteigt meine Zuständigkeit. Lassen Sie mich aber doch anfügen, dass ich unter all Ihren Publikationen nicht zuletzt auch Ihre scharfsinnigen *ZBJV-Besprechungen* der obligationenrechtlichen Bundesgerichtsentscheide schätze. Die jährlichen Rezensionen erleichtern das dogmatische Verständnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung, deren Tragweite, Finessen und gelegentliche Verirrungen Sie so deutlich zum Vorschein bringen, dass es mir jeweils vorkommt, ich stünde vor dem „Jüngsten Gericht“ der „Sistina“, das soeben gereinigt wurde. Ich könnte mir denken, dass bisweilen sogar das Bundesgericht erst erkennt, was es

¹ Es macht sich immer gut, mit *Rudolf von Jhering* zu beginnen.

² *Scherz und Ernst*, 13. Auflage, Leipzig 1924, 4.

³ Das Wort „nachhaltig“ ist zwar ein Modewort, trifft im vorliegenden Zusammenhang den Nagel aber auf den Kopf.

angerichtet hat, wenn es Ihre kritischen Rapporte liest.⁴ Ich jedenfalls verdanke Ihren Besprechungen manche Einsichten, die mir sonst verborgen blieben. Und ausserdem verdanke ich ihnen (und Ihnen), dass ich mit beiden Füssen noch auf dem Boden stehe. Wie ist es dazu gekommen?

Als ich in BGE 120 II 220 als „autorité“ in einem bestimmten Rechtsgebiet zitiert wurde („Gauch, le quel fait autorité dans le domaine du droit de ...“), da habe ich mich über die höchstrichterliche Anerkennung meiner jahrelang mühseligen Schriftstellerei so sehr gefreut, wie ich es mir selber nicht hätte vorstellen können. Das werden Sie gewiss verstehen. Denn ohne feedback kann auch ein Professor nicht leben! Ein *solches* feedback aber war fast zuviel. Aufgeblasen vor Stolz und beinahe schon abgehoben, wäre ich aufgestiegen wie eine Montgolfiere, hätten *Sie* mich nicht am Boden festgehalten mit Ihrer urteilskritischen Bemerkung, dass Richter „*Argumente und nicht Namen wägen*“ sollen (ZBJV 1996, 328). Wir beide übersahen natürlich, dass das Bundesgericht *immer* nur Leute zitiert, denen es eine gewisse Kompetenz („autorité“) zubilligt, in meinem Fall es aber für nötig fand, das Letztere explizit auch zu sagen.

Diese Szene (ich schon fast in der Luft und Sie am Bremsseil) kam mir in den Sinn, als ich mich auf die Suche nach einem *Thema* machte, das ich in meinem Geburtstagsbrief behandeln könnte. Natürlich wäre es mir leicht gefallen, etwas aus der Kammer meiner literarischen Vorräte auszugraben, um es – entstaubt und aufpoliert – erneut zum Besten zu geben. Das aber hätten *Sie* nicht verdient. Im Rückblick auf Ihre Urteilskritik entschied ich mich daher, die gewöhnlichen Themen, [88] an denen ich sonst herumfeile, für einmal ruhen zu lassen, um über die *Argumente* zu schreiben, mit denen *Lehre und Rechtsprechung* ihre rechtlichen Meinungen begründen. Damit mein Brief nicht überquillt, halte ich mich an die grossen Linien, ohne die Besonderheiten zu beachten, wie sie etwa für das Strafrecht gelten oder sich aus dem Völkerrecht ergeben. Auch verzichte ich, auf die unendlichen Argumente einzugehen, die im Gerichtsverfahren den streitigen Sachverhalt betreffen.

2. Da ich selber noch keine Methodenlehre, geschweige denn eine ganze Argumentationslehre veröffentlicht habe, erwecke ich auf dem gewählten Gebiet zwar nicht einmal den *Anschein* einer Autorität, was ich zugegebenermassen als persönliches Manko empfinde. Umgekehrt aber hat meine „publizistische“ Lücke auch ihre Vorteile. Insbesondere fühle ich mich frei von den emotionalen Fesseln, die den Geist eines Buchautors an seine bereits publizierten Weisheiten binden. Diese Eigenbuch-Bindung, die jahrelang (und oft ein ganzes Leben) andauert, kenne ich in anderen Bereichen. Im vorliegenden Zusammenhang bin ich höchstens beeinflusst von einem ZSR-Artikel⁵, den ich kürzlich geschrieben und veröffentlicht habe. Da seine Niederschrift samt den unruhig überlegten Nächten, die sie mich gekostet hat, nur kurze Zeit zurückliegt, werden Sie nachfühlend verstehen, dass die dortigen Gedankengänge mir immer noch durch die Sinne gehen, wofür ich so wenig kann wie der Bergsteiger für die dumpfen Träume, die ihn nach einer gefährlichen Bergtour verfolgen.

In der Tat ist ja auch das Schreiben rechtlicher Beiträge nicht ganz gefahrlos. Abgesehen von den vielen „Fehlern“, die einem juristischen Schriftsteller in den wachsamen Augen sei-

⁴ Ich denke etwa an BGE 124 III 145 ff. Nachdem andere Autoren diesen Entscheid als Änderung der Rechtsprechung (*Thomas Koller*) und so verstanden haben, dass der massgebende Erfüllungszeitpunkt derjenige der Einzahlung am Postschalter sei (*Heinz Rey*), da schrieben Sie: „Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht dies nicht wirklich hat ausdrücken wollen ... (Vielmehr) ist festzuhalten, dass die Einzahlung am Postschalter keine Erfüllungswirkung haben kann. Es wäre zu wünschen, dass das Bundesgericht bald Gelegenheit bekäme, diese notwendigen Klarstellungen zu treffen“ (ZBJV 1999, 565 und 567).

⁵ „Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung. Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers“, ZSR 119, 2000, I, 1 ff.

ner Kollegen immer unterlaufen, unterliegt er der *Gefahr einer widersprüchlichen Empfindung*. Einerseits empfindet er das, was er schreibt (selbst was er *abschreibt*), als Teil seiner Identität, was ihn für jegliche Anerkennung empfänglich und gegenüber Kritik heillos empfindlich macht. Andererseits glaubt er meistens an die objektive Richtigkeit seines Textes, obwohl doch jeder Mensch nur imstande ist, die Dinge aus seiner eigenen Lage heraus zu sehen. Diese subjektive Einbindung aller Erkenntnis beschlägt selbstverständlich auch meinen Brief mitsamt den Argumenten, über die darin geschrieben wird.

Badekur, Römisches Recht und Fortsetzung des Briefes

3. Dass dem juristischen Schriftsteller noch weitere, sogar *physische Gefahren* drohen, hatte ich zwar geahnt, aber aus dem Bewusstsein verdrängt, bis mein schreibend gekrümmter Rücken damit begann, sich für seine rücksichtslose Malträtierung schmerzhaft zu rächen. Als die dolorosen Emissionen bis hinunter in die Beine fuhren, beschied mein Arzt, dass der Zeitpunkt für eine intensive Behandlung gekommen und ein adäquater Kuraufenthalt unausweichlich sei. Dieser Bescheid traf mich vor wenigen Tagen, als ich in meinem Geburtstagsbrief erst zur „subjektiven Einbindung aller Erkenntnis“ vorgedrungen war. Er kam also zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR)⁶, was mich einen Moment lang auf den Gedanken brachte, die anempfohlene Kur hinauszuschieben, um vorerst den angefangenen Brief zu beenden. Durch das Einholen einer „second opinion“ wäre mir dies auf eine Art gelungen, die sich auch rational hätte erklären lassen.

Nun bin ich aber in *medizinischen* Dingen, soweit sie mich selber betreffen, so hilflos-ängstlich wie die Mediziner in den *juristischen*, mit denen Sie die Zunft der Ärzte (etwa im „Handbuch des Arztrechts“) erschrecken.⁷ Also zog ich es vor, die ärztliche Empfehlung sofort („ohne schuldhaftes Zögern“) zu befolgen. Ich packte meine Siebensachen, gab einige Paperbacks dazu und verschwand in das angewiesene Heilbad, wo ich jetzt, zwar ausgerüstet mit einem entliehenen Laptop, aber fernab von jeder juristischen Bibliothek, meine Heilbehandlung absolviere.

Sie können sich nicht vorstellen, *was für eine andere Welt* dies ist! Weg von der körperlosen Jurisprudenz bin ich eingetaucht in eine Welt der totalen Körperlichkeit. Der abstrakte Raum, in dem die Rechtswissenschaft agiert, ist ersetzt durch reale Trainings- und Baderäume, wo es wirkliche Menschen mit wirklichen Leiden gibt, einige davon in überdimensionierten Bade- und Jogginganzügen. Statt juristischer Publikationen überdecken mich Kraut- und Schwefelpackungen, die im Unterschied zu jenen ein durchaus wohliges Gefühl vermitteln. Der ständige Druck, alle Neuerscheinungen zu lesen, löst sich von mir wie der Schlamm unter der Dusche. Und auch die imaginären Rechtsfiguren, die bis vor kurzem noch den Geist strapazierten, sind aus meinem Alltag [89] verschwunden. An ihre Stelle traten die Physiotherapeuten und Masseure, die es auf meine Gelenke und Muskeln abgesehen haben. Ihr Eifer ist erstaunlich. Sie hantieren an meinem Körper herum, wie wenn es ihnen darum ginge, mit den physischen Beschwerden mir zugleich auch den letzten Gedanken an die beschwerliche Jurisprudenz auszutreiben.

⁶ Für einmal lasse ich die Gelegenheit aus, das Bundesgericht für seine Rechtsprechung zu Art. 404 OR zu kritisieren. Allzu häufige Kritik wirkt emotional nur kontraproduktiv.

⁷ In der Schweiz sind Sie, wenn ich mir ein Urteil erlauben darf, *die* Autorität auf dem Gebiete der Ärztehafung, obgleich Sie (z.B. auch „Direktor des Instituts für Bankenrecht an der Universität Bern“) nur einen Teil Ihrer Energie den Ärzten widmen.

Das könnte ihnen sogar gelingen, wären da nicht *die verflixten Parallelen*, die mich immer wieder in meine angestammte Gedankenwelt zurückversetzen. So gibt es auch hier die „richtigen“ und die „falschen“ Methoden, die Lehrmeinungen der Professoren, die abweichende Praxis der Praktiker, den Schulenstreit und den *Modergeruch*, der zwar nur dem Schwefelwasser entsteigt, mich aber doch (Sie mögen es mir verzeihen!)⁸ an *das Römische Recht* erinnert. Warum ausgerechnet *ich*, der ich doch seit jeher das Römische Recht und seinen akademischen Unterricht gegen die frivolen Attacken der kulturlosen Moderne verteidige, - warum also ausgerechnet *ich* dieser schändlichen Geruchsübertragung unterliege, ist mir ein um so grösseres Rätsel, als mein Heilbad weder nach Massgabe seines Prospekts noch überhaupt ein altes Römerbad ist. Der behandelnde Kurarzt, den ich vertrauensvoll auf die Übertragung ansprach⁹, sah einen möglichen Grund in der kalorienarmen Diätkost, die mir als flankierende Massnahme verabreicht wird, da ja auch die Halluzination (wie er meinte) eine bekannte Begleiterscheinung von Hungergefühlen sei, was man in den legendären Lebensgeschichten fastender Heiliger nachlesen könne.

Ich selber bin dieser Erklärung schon deshalb abgeneigt, weil ich mich auch zwischendurch verpfege. Eher vermute ich, dass ich schlicht und einfach verwirrt bin, seitdem mir mein Tischnachbar (ein rheumakranker Germanist vom Bodensee) jeden Abend eine rechtsrelevante Stelle aus *Heinrich Heines* Memoiren vorliest. Vorgestern war es die Stelle von den „drei schönen blühenden Lebensjahren“, die er (*Heinrich Heine*) „durch das Studium der römischen Casuistik vergeudete“.¹⁰ Und gestern ging es um das „fürchterliche Buch“: „die Bibel des Egoismus“, wie *Heine* das *Corpus Juris* bezeichnet. „Wie die Römer selbst“, schreibt *Heine*, „blieb mir immer verhasst ihr Rechtskodex. Diese Räuber wollten ihren Raub sicherstellen und was sie mit dem Schwerte erbeutet, suchen sie durch Gesetze zu schützen ... Wahrhaftig jenen Dieben verdanken wir die Theorie des Eigentums, das vorher nur als Tatsache bestand, und die Ausbildung dieser Lehre in ihren schnödesten Consequenzen ist jenes gepriesene römische Recht, das allen unseren heutigen Legislationen ... zu Grunde liegt.“¹¹

4. Es wird Sie nicht erstaunen, dass ich mich unter den geschilderten Umständen weder auf das Abendessen mit *Heinrich Heines* Vorleser noch auf die jeweiligen Schwefelbäder freue. Tausendfach angenehmer ist mir *das schwefelfreie Sprudelbad*. Dort sprudle ich zweimal täglich in Myriaden von Wasserblasen, die unablässig aufsteigen wie die Argumente in den Köpfen der Juristen. Kein Wunder, dass mir trotz aller Veränderung, der ich ausgesetzt bin, auch der angefangene Geburtstagsbrief nicht aus dem Sinne geht!

Ich will den Brief *hier*, als Kurgast, zu Ende schreiben. Eine wissenschaftlich vollendete Abhandlung dürfen Sie freilich nicht erwarten, weil *dazu* weder die Tiefe meiner eigenen Gedanken noch die wenigen Internet-BGEs ausreichen, die ich vor meiner Abreise eventualvorsätzlich auf eine High-Density-Diskette herunter lud. Auch habe ich nicht den geringsten Ehrgeiz, meine „publizistische Lücke“ ausgerechnet in einer Kuranstalt wettzumachen, die nichts von der Glaubwürdigkeit einer Universität ausstrahlt. Vielmehr möchte ich Ihnen einfach mitteilen, was mir zu den juristischen Argumenten, auf die Sie die Richter verwiesen haben, durch den Kopf geht, während ich im heilenden Wasser bald schwefle, bald sprudle. Die eine oder andere Literaturstelle mit zugehörigem Zitat werde ich nachschieben, sobald

⁸ Zwar sind Sie kein Römischrechtler, nach Ihrer wissenschaftlichen Herkunft aber doch ein Rechtshistoriker, was auch Ihre Homepage (<http://www.cx.unibe.ch/ziv>) mit der darin aufgeführten Habilitationsschrift („Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit“) augenfällig macht.

⁹ Ohne jedoch an die famose Vertrauenshaftung zu denken, die unser Haftungssystem zu überlagern beginnt.

¹⁰ *Heinrich Heine*, Säkularausgabe, Berlin/Paris 1970 ff., XII, 149.

¹¹ *Heinrich Heine*, a. a. O., 149 f.

ich, hier entlassen, wieder daheim im Schatten meiner juristischen Bücher sitze. Über *Kramers Methodenlehre*¹² verfüge ich allerdings schon jetzt, was ich dem glücklichen Zufall verdanke, dass sie - selber ein Paperback - unter meine eingepackten Paperbacks geraten war und so, wie ein blinder Passagier, in meinem Hotelzimmer angekommen ist.¹³ Auch ein „ZGB/OR“ steht mir zur Verfügung, - dank der hiesigen Hausbibliothek, wo ich die vorvorletzte Textausgabe fand, die ein früherer Leidensgenosse (samt eingestempeltem „Ex libris“) zurückliess. Ob er dies absichtlich, in einem Moment der entschiedenen Abkehr, oder aus Versehen tat, mag dahingestellt bleiben. So oder anders erlaubt mir das Relikt, aus dem [90] Schweizerischen Zivilgesetzbuch zu zitieren, was für den Fortgang meines Briefes ganz wesentlich ist. Denn:

Argumentieren mit dem Gesetz und Auslegung

5. Das wichtigste Argument, mit dem wir unsere juristischen Meinungen begründen, ist *das Gesetz*, das „auf alle Rechtsfragen Anwendung“ findet, „für die es ... eine Bestimmung enthält“ (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Durchstreifen wir Lehre und Rechtsprechung, so stossen wir unablässig auf Sätze, die ihren Richtigkeitsanspruch aus dem Gesetze herleiten. Viele davon sind gekoppelt mit ausführlichen Erklärungen, warum das Gesetz dieses oder jenes bestimmt. Andere aber begnügen sich mit einem schlichten Klammerhinweis auf den angerufenen Gesetzesartikel. Unter Schuldrechtlern besonders beliebt ist die Anrufung der Art. 41 Abs. 1 und 97 Abs. 1 OR, wobei Art. 97 Abs. 1 auch für die positive Vertragsverletzung erhalten muss, obwohl er doch nur von Fällen spricht, in denen „die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt“ werden kann. Dagegen spielen die Art. 62 ff. OR eine so bescheidene Rolle im Argumentarium der Juristen, dass der Eindruck entsteht, die Obligation aus ungerechtfertigter Bereicherung erfülle die traurige Funktion eines „left over“. Noch geringer ist die Aufmerksamkeit, die Art. 17 OR zuteil wird, was ich daraus erkläre, dass die Unterscheidung zwischen abstraktem und kausalem Schuldbekenntnis den Verständnishorizont gewöhnlicher Menschen übersteigt.

6. Vordergründig scheint *das gesetzliche Argumentieren* ein leichtes Unterfangen zu sein, nachdem das Gesetz schwarz auf weiss (und neuerdings sogar elektronisch) verkündet, was zu gelten hat. In Wirklichkeit haben wir es jedoch mit dem *Ergebnis eines komplizierten Denkvorgangs* zu tun. Denn bevor wir mit dem Gesetze argumentieren, müssen wir wissen, was das Gesetz überhaupt bestimmt. Und zu diesem Zweck haben wir es *auszulegen* (Art. 1 Abs. 1 ZGB), was den gesunden Menschenverstand eines juristischen Laien nicht sonderlich beschwert, den Juristen aber in *die Küche der juristischen Auslegungslehre* führt, wo man unzählige Schränke öffnen muss, bevor das Salz zum Vorschein kommt.

Diese Lehre, deren Wichtigkeit sich schon aus ihrer griechischen Bezeichnung „*Hermeneutik*“ ergibt¹⁴, befasst sich unter anderem mit der richtigen Auslegung des Gesetzes, was

¹² Ernst Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998.

¹³ Dass sie als Paperback erschien, ist ein klares Understatement, gehört sie doch wegen ihrer Klarheit zum Besten, was es auf diesem Gebiet zu lesen gibt.

¹⁴ Besonders wichtige Dinge tragen griechische Namen, weshalb mir auch philosophische Abhandlungen seit meiner Schulzeit als wichtig erscheinen. Heutzutage wird das Griechische allerdings immer mehr durch das US-Amerikanische verdrängt. Bei der Begegnung mit modernen Wirtschaftsanwälten entnehme ich daher schon der Sprechweise, die sie pflegen (Briefing, Poison Pills, Due Diligence, Green und Black Mailing, Futures, Swaps, Pac-Man Verteidigung, Management Buy-Out), dass alles wichtig ist, was sie sagen. Weitere Wortbeispiele bei *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick,

eine eigentliche Wissenschaft und als solche allein den Eingeweihten zugänglich ist. Für sie (die Eingeweihten) bildet der Gesetzestext nur die Oberfläche, die der wissenschaftlichen Durchdringung bedarf, um zum wirklichen Sinn des Gesetzes vorzustoßen. Dafür hält die Auslegungslehre mannigfache Methoden bereit und umschreibt darin *die verschiedensten Elemente, die der Auslegende zu berücksichtigen hat*. Auf einen kritischen Überblick, der an dieser Stelle angezeigt wäre, muss ich aus Platzgründen verzichten, weil es – wie ein Bundesrichter kürzlich schrieb – „der Auslegungstheorien so viele“ gibt „wie Autoren, die sich dazu geäußert haben“. ¹⁵ Eines aber steht fest und wird auch durch die Methodenlehre von *Ernst Kramer* bestätigt:

Zu den gängigen *Auslegungselementen*, welche die Lehre anbietet, gehören der Wortlaut und die systematische Stellung einer gesetzlichen Vorschrift, deren Entstehungsgeschichte und deren Zweck. Diese und weitere Elemente sind *die geistigen Hilfsmittel*, die uns zuerst beim *Auslegen* des Gesetzes und dann als Argumente dienen, um das *Ergebnis* der Auslegung zu begründen. Damit verbindet sich bisweilen die Vorstellung, bei der Interpretation des Gesetzes handle es sich um einen mechanischen Vorgang, der sich auf die Anwendung bestimmter Regeln beschränke. Eine solche Vorstellung passt zwar in das Weltbild von Juristen, die das Recht als eine Art Maschine¹⁶ und die Logik als deren Mechanik verstehen. In Wirklichkeit aber ist die Auslegung des Gesetzes eine Kunst, die wesentlich durch die *Person des Auslegenden* mitbestimmt wird. So verhält es sich schon bei der inhaltlichen Konkretisierung der einzelnen Auslegungselemente und namentlich auch im Fall, da verschiedene Elemente ein unterschiedliches Auslegungsergebnis indizieren. In dieser komplexen Konstellation, in der mehrere „Möglichkeiten zur Wahl stehen und in eben dieser Qual der Wahl gehandelt werden muss“¹⁷, stellt sich dem Auslegenden die Frage, [91] *wie* er denn wählen soll. Gibt es eine anerkannte Leitlinie, an die er sich halten kann?

Die Rangordnung der Auslegungselemente

7. Anerkannt ist zwar, dass der Wortlaut des Gesetzes einen gewissen Vorrang vor den anderen Auslegungselementen hat¹⁸, was auch Art. 1 Abs. 1 ZGB zum Ausdruck bringt, indem er den „Wortlaut“ hervorhebt und der „Auslegung“ zur Seite stellt. Im Übrigen jedoch herrscht *Ungewissheit über die Rangordnung der Elemente*, – eine Ungewissheit, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung sogar zum Prinzip erhebt. So lehnt das Bundesgericht es grundsätzlich ab, „die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen“ (BGE 121 III 225). Dieser Grundsatz, den das Gericht als „*pragmatischen Methodenpluralismus*“ bezeichnet (BGE 125 II 209; 124 III 262; 121 III 225), passt genau in die heutige Zeit, welche die Flexibilität auch in anderen Dingen über alles erhebt.

Der pragmatische Grundsatz des Bundesgerichts hat zumindest *den* Vorteil, dass er höchstrichterliche Gewissheit über die Ungewissheit schafft. Wie *Sie* dazu stehen, entzieht sich mei-

Bern 1997, 539 ff.

¹⁵ Hans Peter Walter, recht 1999, 159.

¹⁶ James Boyd White, in: Austin Sarat/Thomas R. Kearns, *The Rhetoric of Law*, Michigan 1999, 32.

¹⁷ Diese Formulierung übernahm ich von *Gonsalv K. Mainberger*, Philosophie mit oder ohne Rhetorik, in: *Rhetorik*, Band 18, Niemeyer Verlag, 1999, 26. Der Aufsatz wurde mir in die Kur nachgeschickt, weil ich mir nur „*berufliche*“ Nachsendungen verbeten und offenbar den Eindruck hinterlassen hatte, Philosophie habe nichts mit meinem Beruf zu tun. Die Lektüre des Aufsatzes war für mich Anlass, mit *Gonsalv K. Mainberger* unverzüglich auch in einen privaten Gedankenaustausch zu treten, aus dem ich an drei Stellen des vorliegenden Briefes (Fn. 21, 25 und 27) wörtlich zitiere.

¹⁸ Statt aller: *Ernst Kramer* (Fn. 12), 128.

ner Erinnerung. Dagegen weiss ich, dass viele unserer Kollegen sich skeptisch bis ablehnend äussern¹⁹, was nicht überrascht, nachdem die Juristen - wie alle Menschen - nach Sicherheit streben und sich demzufolge eine Ordnung denken, in der „das Richtige“ und „das Falsche“ klar geschieden sind. Ich selber schwanke hin und her. Bald sträubt sich mein eigenes Bedürfnis nach Sicherheit *gegen* den Methodenpluralismus, der mir in solchen Momenten vor- kommt wie ein Roulettespiel, bei dem nicht voraussehbar ist, in welchem Fach die Kugel landen wird.²⁰ Bald wieder ziehe ich die geistzeittypische Flexibilität des Bundesgerichts einer starren Hierarchie der Auslegungselemente vor, weil diese (erstens) nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern sich durchwurzeln; und weil (zweitens) ein Auslegungsergebnis „sachgerecht“ nicht nur dann sein kann, wenn es auf einem vorbestimmten Weg erreicht wird. Eine gewisse Unruhe, die in dieser Stimmungslage zurückbleibt, überspiele ich mit dem Gedanken, dass Literatur und Rechtsprechung in der angewandten Auslegungstätigkeit ohnehin zur selektiven Kürze neigen, indem sie vielfach nur gerade jene zwei, drei Elemente anrufen, die das intuitiv angestrebte Ergebnis argumentativ stützen, die anderen dagegen stillschweigend übergehen. Das geschieht, wie ich annehme, in aller Regel sogar unbewusst, so wie wir auch im täglichen Leben dazu tendieren, Argumente, die uns nicht bestätigen, von unserem Bewusstsein fernzuhalten oder daraus zu verscheuchen.

Mein Hin und Her zeigt auf, dass ich in Sachen „Methodenpluralismus“ keine feste Meinung habe. Das wiederum dispensiert mich vom Nachweis, dass meine Meinung die „richtige“ und die Gegenmeinung die „falsche“ ist. Da wir gewohnt sind, in einer „Richtig-Falsch-Achse“ zu denken, verwenden wir einen Grossteil unserer Energie darauf, nach solchen Beweisen zu suchen. Für einmal aber bin ich von dieser Anstrengung befreit, was jedoch nicht heissen will, dass mich der ganze Fragenkomplex unberührt lässt. Zum Beispiel frage ich mich, *welches* Auslegungselement denn, wenn es eine hierarchische Prioritätsordnung *gäbe*, an die oberste Stelle käme. Der „wirkliche Wille“ des historischen Gesetzgebers kann es schon deshalb nicht sein, weil es *einen* Willen des Gesetzgebers im demokratischen Gesetzgebungsverfahren realiter gar nicht gibt, ganz unabhängig davon, was in der Botschaft oder den übrigen Materialien steht. Eher schon käme der Zweck der auszulegenden Norm (namentlich der geltungszeitliche Zweck)²¹ in Betracht, von dem seit *Jhering* gelehrt wird, er sei der „Schöpfer des Rechts“. Ihn unbekümmert über alle anderen Elemente zu stellen, ist aber keineswegs unproblematisch, nachdem uns ein Blick in die jüngere Vergangenheit zeigt, wie viel Unheil die teleologische Auslegung schon angerichtet hat. Unverdächtiger ist der Wortlaut des Gesetzes, bei dem man sich zumindest auf die Zuverlässigkeit der Konsonanten und Laute verlassen kann. Von ihm habe ich bereits erwähnt, dass er anerkanntermassen einen „gewissen Vorrang“ vor den anderen Elementen hat. Wie verhält es sich damit? Am besten scheint mir, wiederum beim Bundesgericht anzusetzen:

8. Über den Grundsatz des pragmatischen Methodenpluralismus hinweg anerkennt auch das Bundesgericht, dass „*Ausgangspunkt jeder Auslegung ... der Wortlaut*“ ist (BGE 124 II 245). Deshalb [92] soll das Gesetz „in erster Linie nach seinem Wortlaut“ ausgelegt werden (BGE 121 V 24; 125 III 58). „An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut“ sei „die

¹⁹ Vgl. *Ernst Kramer* (Fn. 12), 127 f. mit Zitaten.

²⁰ Das ist eine neue Umschreibung des Methodenpluralismus, die meines Wissens noch nie verwendet wurde, obwohl die Lehre mit einer phantasievollen Fülle despektierlicher Bezeichnungen aufwartet (vgl. etwa die Sammlung bei *Hans Peter Walter*, recht 1999, 158).

²¹ Mit dem geltungszeitlichen Zweck, den z.B. *Ernst Kramer* (Fn. 12), 111, in den Vordergrund stellt, „geht auch der Zeitfaktor integral in die Auslegung ein. Mit ihm wird das rechtliche Urteilen unter der Vorgabe des Gesetzes a) vorläufig, b) begrenzt (im Geltungsanspruch), c) dem Wandel unterworfen, d) an die Überlieferung zurückgebunden“ (*Gonsalv K. Mainberger*, Privater Gedankenaustausch, Fn. 17).

rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt“ (BGE 125 III 58). Und an einer anderen Stelle heisst es: „Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt“ (BGE 121 V 24).

Wer die zitierten Gerichtssätze liest, nimmt zunächst zur Kenntnis, dass wir an den „klaren und unzweideutigen“ Wortlaut einer anzuwendenden Gesetzesbestimmung gebunden sind. Für alle, die bei der Auslegung nach Sicherheit streben, ist diese Regel ein willkommenes Argument. Die Sicherheit aber trügt. Denn an den genannten Gesetzeswortlaut ist der Rechtsanwendende (wie das Bundesgericht beifügt) einzig dann gebunden, wenn „dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt“. Das aber besagt, dass auch ein „*klarer und unzweideutiger*“ Gesetzeswortlaut nicht massgeblich, sondern massgeblich immer nur der „wirkliche Sinn der Norm“ ist, den es - wie bei einem unklaren Wortlaut (BGE 121 V 24) - unter Beizug aller Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Lediglich *insofern* hat der klare Wortlaut eine Vorrangstellung, als es (nach dem Diktum des Bundesgerichts) „triftige“ Gründe braucht, um anzunehmen, dass der „wahre Sinn“ der ausgelegten Bestimmung davon abweicht. Da jedoch auch im Bereiche der Auslegung *immer* nur „triftige“ (also überzeugende) Gründe zählen, kann diese Vorrangstellung lediglich bedeuten, dass bei einem *unsicheren Auslegungsergebnis* der „klare und unzweideutige“ Wortlaut den übrigen Auslegungselementen vorgeht. Vorausgesetzt ist dabei, dass der Wortlaut in allen drei Amtssprachen dasselbe besagt. Verhält es sich anders, was seinerseits der Auslegung bedarf, so ist der wortgebundenen (grammatikalischen) Auslegung von vorneherein eine nur „untergeordnete Bedeutung“ beizumessen (so: BGE 124 V 379; 121 V 24).

Die vorstehende Analyse zeigt, dass das Bundesgericht selbst bei einer „*klar und unzweideutig*“ formulierten Gesetzesbestimmung nie auf den Wortlaut allein abstellt, sondern dass auch bei einer solchen Bestimmung immer nach dem „wirklichen Sinn“ der Norm zu suchen ist. Mit dieser Feststellung, die den Vorrang des Wortlautes stark relativiert, könnte ich es bewenden lassen, wäre da nicht *eine fundamentale Frage*, die ich schon über längere Zeit in mir herumtrage. Obwohl das Bundesgericht die zitierte Rechtsprechung zum „klaren und eindeutigen“ Wortlaut entwickelt hat, frage ich mich zweifelnd, ob es einen solchen Wortlaut überhaupt gibt. Oder anders formuliert: Gibt es einen Wortlaut, der zwingend und auch unabhängig vom Umfeld, in dem die Worte verwendet werden, nur *einen* möglichen Sinn (nur *eine* mögliche Bedeutung) hat? Diese Fragestellung bringt mir schmerzlich ins Bewusstsein, dass ich - mein halbes Leben lang mit der praktischen Handhabung der juristischen Sprache beschäftigt - es vor lauter Geschäftigkeit versäumt habe, mir das linguistische Rüstzeug anzueignen, um die praktisch gehandhabte Sprache auch theoretisch zu verstehen. Dennoch will ich eine Antwort versuchen:

Schon August Egger hatte zu bedenken gegeben, „dass der Wortlaut keinen selbständigen Bestand hat und der nächstliegende Sinn stets der Überprüfung bedarf“. ²² Dem möchte ich beifügen, dass die Sprache nie für sich selber spricht, da jeder Satz und jedes Wort nur *den* Sinn hat, den ihm der jeweilige Interpret (schon derjenige, der sie spricht oder schreibt) unter Einbezug auch des Kontextes beigibt. Werden Sätze gleichbedeutend verstanden, so liegt dies nicht in der „Natur der Sache“, sondern ist das Resultat der Interaktion zwischen demjenigen, der sie verwendet, und demjenigen, der sie aufnimmt. ²³ Trifft dies aber zu und fliesst der Sinn der Worte und Sätze aus ihren Interpretationen, so kann es einen *objektiv eindeutigen* Wortlaut nicht geben, sondern höchstens einen Wortlaut, der von *mehreren oder vielen* gleich ge-

²² August Egger, Zürcher Kommentar 1930, N 11 zu Art. 1 ZGB.

²³ Gonsalv K. Mainberger, Philosophie (Fn. 17), 43.

braucht wird, was noch lange nicht besagt, dass er die gleiche Bedeutung für *alle* hat. Denken Sie etwa an den einfachen Satz: „Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt“ (Art. 127 OR). Dieser Satz wird, wie ich hoffe, von der überwiegenden Mehrzahl deutschsprachiger Schweizer Juristen im gleichen Sinne verstanden, weil sie übereinstimmend gelernt haben, was er in den einzelnen Wörtern und deren Kombination bedeuten soll. Für viele andere aber hat der Satz einen abweichenden oder überhaupt keinen Sinn. Wer ihn mit Blick auf den angelernten Verständniscode der erwähnten Juristen dennoch als „eindeutig“ bezeichnet, stellt nur auf das Sprachverständnis einer auserwählten Gruppe ab, obwohl das Gesetz sich an alle richtet. Von einer objektiven Eindeutigkeit kann *so* nicht die Rede sein.

Der personale Aspekt der Auslegung

9. Das alles habe ich expliziert, um zu illustrieren, wie kompliziert die Auslegung ist, die der [93] Anrufung einer Gesetzesbestimmung vorausgeht. Die Schilderung wäre noch viel eindrücklicher ausgefallen, hätte ich die ganze Sammlung der *Methodenbücher* im Kopf, über die ich zu Hause verfüge. Die meisten davon habe ich zwar gelesen, ohne dass ich in der Lage wäre, das Gelesene - wie in einem juristischen Examen - aus dem Gedächtnis abzurufen. Was im Gedächtnis jedoch haften blieb, ist die schwere Verständlichkeit vieler Passagen. Sie erinnert mich an die geheimnisvollen Produktbeschreibungen der Gerätefabrikanten, obwohl doch die Auslegung, wie bereits gesagt, kein mechanischer Vorgang, sondern wesentlich auch durch die Person des Auslegenden mitbestimmt ist. Dieser *personale Aspekt der Auslegung* kommt in den einschlägigen Lehrbüchern (wenn ich mich richtig entsinne) nur rudimentär zur Sprache, gehört aber zu meinen derzeitigen Lieblingsideen, weshalb Sie es erdulden müssen, dass ich auch *dazu* etwas schreibe:

Wer das Gesetz auslegt, der denkt und wertet, weshalb jede Auslegung immer auch von der inneren Identität des Interpreten (insbesondere von seinem intellektuellen, emotionalen und sozialen Selbst) abhängt. Das gilt schon für die Wortauslegung, die sich unter anderem nach der Wortbedeutung bestimmt, die wir erlernt haben²⁴; dann für die Auslegung mit den übrigen Elementen und - im Rahmen des „pragmatischen Methodenpluralismus“ - für die zu treffende Wahl, falls verschiedene Auslegungselemente zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen. Wortlaut und andere Auslegungselemente weisen zwar den Weg, sind aber nicht *so* bestimmend, dass sie die Person des Interpreten samt seinen Welt- und Wertvorstellungen aus dem Bereich der Auslegung verdrängen. Mag das Bundesgericht auch betonen, dass die gerichtliche Gesetzesauslegung nicht nach den „eigenen, subjektiven Wertvorstellungen“ des Gerichtes erfolgen darf (BGE 123 III 26), so bleibt es mit Rücksicht auf die inhärente Subjektivität jeder menschlichen Erkenntnis doch unvermeidbar, dass die subjektiven Vorstellungen auch seiner Richter in die Auslegung einfließen, selbst wenn diese sich (in der gebotenen Offenheit auf den Sinn hin)²⁵ bemühen, „nach den Vorgaben des Gesetzgebers“ (BGE 123 III 26) zu entscheiden. Denn das Denken der Richter ist - wie das Denken aller Menschen -

²⁴ Vgl. Ludwig Wittgenstein, *Über Gewissheit*, Frankfurt 1970, 24, Nr. 61: „... Eine Bedeutung eines Wortes ist eine Art seiner Verwendung. Denn sie ist das, was wir erlernen, wenn das Wort zuerst unserer Sprache einverleibt wird.“

²⁵ In dieser Offenheit dient die Auslegung „von allem Anfang an der Geltung von Sinn und nicht der Durchsetzung eines wie immer subjektivistischen Behauptens. Das heisst sehr wohl: die Subjektivität ‚meines‘ Verstehensaktes geht voll ein in die der Geltung zugeordneten und ihr dienenden Aussage. Die Aussage stammt ‚von mir‘, aber sie ist nicht mehr ausschliessliches Willkürprodukt, auch nicht das Ergebnis einer wie immer gearteten Methode“ (Gonsalv K. Mainberger, *Privater Gedankenaustausch*, Fn. 17).

„eingebettet in den Gesamtprozess des psychischen Geschehens“, in den „Kontext der Gefühle und Affekte“ und das „Wert- und Motivsystem“ der jeweiligen Person.²⁶ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Gerichte sich einer neutralen Sprache bedienen, die alles Persönliche beiseite schiebt, damit zum Ausdruck kommt, dass die subjektiv bedingte Applikation nicht willkürlich geschah.²⁷

10. Wenn es demzufolge keine objektive Auslegung gibt, so ist auch das Argument mit dem Gesetz *kein objektives Argument*, sondern durch die vorangegangene Auslegung subjektiv mitgeprägt. Das gilt in noch erhöhtem Masse, sobald das Gesetz unbestimmte Rechtsbegriffe oder andere Ermessensverweise verwendet, die dem Auslegenden eine wertende Komplettierung des Gesetzes (eine „Lückenfüllung intra legem“) abverlangen. Auch Wörter wie „Treu und Glauben“, „Unsittlichkeit“, „Zumutbarkeit“ oder „Missverhältnis“ haben im Verständniscode des jeweiligen Interpretieren eine je personale Bedeutung.

Für die Unsittlichkeit eines Vertrages (Art. 20 Abs. 1 OR) wird man vielleicht einwenden, dass es zu deren Beurteilung in vielen Fällen auf *das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“* ankomme, was eine durchaus objektive Grösse sei. Selbst wenn man aber mit Gewissheit wüsste, welches Denken „billig und gerecht“ ist, so wäre es ein Ding der praktischen Unmöglichkeit, das Anstandsgefühl *aller* zu ermitteln, die in solcher Weise denken. Ich kann mir auch nicht vorstellen, dass ein Gericht oder Autor dies je versucht hätte oder dass die Gefühle aller „billig und gerecht Denkenden“ tatsächlich übereinstimmen. So haben wir es also mit einer Formel zu tun, die nicht geeignet ist, das persönliche Gefühl der Richter oder Autoren wegzudrängen. Wer die Formel als Argument verwendet, um die Sittlichkeit oder Unsittlichkeit eines Vertrages zu begründen, der schiebt sie vor, um sein *eigenes* Anstandsgefühl (und vielleicht das Gefühl seiner nächsten Umgebung) dahinter zu verbergen. Wer [94] dagegen versichert, er *wisse*, dass dieses oder dass jenes dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ entspreche oder nicht, der muss sich fragen lassen, *wie* er das wissen kann. Er kann es höchstens zu wissen glauben oder kann vermuten, dass es so ist, ohne dass andere seinen Glauben oder seine Vermutung teilen müssen.²⁸

Das Argument mit der selbst geschaffenen Regel

11. Enthält das Gesetz *überhaupt keine Regel*, die unmittelbar anwendbar ist und schweigt auch das Gewohnheitsrecht²⁹, so soll das Gericht, wie Art. 1 Abs. 2 ZGB es anweist, „nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde“. An die Stelle einer gesetzlichen Vorschrift tritt alsdann eine „selbst geschaffene Regel“, welche die Antwort auf eine

²⁶ Dietrich Dörner, Die Logik des Misslingens, Rowohlt Verlag, Hamburg 1989, 14.

²⁷ Ursprünglich endete der Satz: „... die alles Persönliche beiseite schiebt, damit der Leser sich (falls er es wünscht) der Illusion hingeben kann, das Urteil enthalte nichts als die objektive Wahrheit.“ Gegen diese Formulierung aber wandte Gonsalv K. Mainberger (Privater Gedankenaustausch, Fn. 17) ein: „Die ‚neutrale Sprache‘ dient ganz und gar nicht der Illusion, das Urteil enthalte nichts als die objektive Wahrheit. Vielmehr ist es so, dass die Fachsprache die subjektive Färbung deshalb tilgt, weil die subjektiv bedingte Applikation selbst nicht willkürlich geschah, sondern allgemein der Geltung von Sinn diene.“ Der Einwand war berechtigt und die Korrektur auch deshalb erforderlich, weil man sonst meinen könnte, ich spreche der Willkür das Wort. Dass dies nicht so ist, ergibt sich auch aus Fn. 25.

²⁸ Bei dieser Formulierung habe ich mich an sprachliche Wendungen von Ludwig Wittgenstein (Fn. 24) angelehnt, obwohl er sie in einem anderen Zusammenhang verwendet.

²⁹ Zum Gewohnheitsrecht, das im schweizerischen Recht, aufs Ganze gesehen, einen nur untergeordneten Platz einnimmt, will ich mich nicht weiter äussern.

sonst unregelte Rechtsfrage gibt. Die betreffende Regel dient als *Argument*, warum die zu lösende Rechtsfrage so oder anders zu entscheiden ist. Und obwohl Art. 1 Abs. 2 ZGB sich nur an die Gerichte wendet, argumentiert auch die Literatur mit solchen Regeln. So wird das Gesetz im Bereiche seiner eigentlichen Lücken³⁰ durch Gerichte und Dogmatik fortgeschrieben, die sich zur Erarbeitung ihrer Regeln wiederum an die Gesetzmässigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge halten.

Die Aufgabe, welche die Rechtsprechung und die Lehre mit der ergänzenden Fortschreibung des Gesetzes erfüllen, stellt hohe Ansprüche an die Richter und die Autoren. Der *Gesetzgeber* benötigt oft Jahre oder Jahrzehnte, um neue Regeln zu kreieren. Wer hingegen das Gesetz nach Art. 1 Abs. 2 ZGB *ergänzt*, der hat weder die Zeit noch den Apparat von Leuten und Kommissionen, deren der Gesetzgeber sich bedient. Eine gewisse Hilfe bietet allerdings die Methodenlehre, die für die Ergänzung des Gesetzes (wie schon für dessen Auslegung) verschiedene Mittel zur Verfügung stellt, wovon das praktisch wichtigste der Analogieschluss ist. Doch wird die richterliche und dogmatische Kreation von Rechtsregeln immer auch durch die innere Identität der daran Beteiligten mitbestimmt, deren subjektive Vorstellungen, Wertungen und Emotionen in die Regeln einfließen. Beim Analogieschluss ist die Regel zwar in der Gestalt einer gesetzlichen Vorschrift vorgegeben, kommt jedoch nur deshalb zur Anwendung, weil der zu beurteilende, gesetzlich unregelte Sachverhalt, den in der fraglichen Vorschrift geregelten Fällen wertungsmässig entspricht.³¹ Hier wirkt sich die Identität der jeweils Beteiligten auf den Entscheid der *Frage* aus, ob die vorausgesetzte Gleichartigkeit der Wertungslagen erfüllt ist.

Nachdem das Gesetz „an allen Ecken und Enden lückenhaft ist“³², müsste man erwarten, dass Lehre und Rechtsprechung sich an allen Enden und Ecken auf Art. 1 Abs. 2 ZGB berufen. In Tat und Wahrheit aber ist ein offenes Bekenntnis zur Lückenfüllung relativ selten. Eher tut man so, als ob die *aussergesetzliche* Regel sich aus dem *Gesetz* ergebe, oder verschweigt einfach, wie sie sich zum Gesetz verhält. In dogmatischen Erläuterungen zu einzelnen Gesetzesbestimmungen lässt sich oft nur mit Mühe erkennen, wo der Autor mit der Lückenfüllung beginnt und wo er damit endet. Warum auch geschulte Dogmatiker sich so verhalten, wenn sie schreiben, wäre zu untersuchen. Ein Grund könnte darin liegen, dass sie der argumentativen Überzeugungskraft einer aussergesetzlichen Regel misstrauen, während sich der Richtigkeitsanspruch ihrer Meinung mit einer gesetzlichen Regel viel leichter untermauern lässt. Zudem gibt es dogmatische Figuren, die zwar theoretische Konstrukte, aber (wie die hybride Figur der „culpa in contrahendo“) so „eingebürgert“ sind, dass man ihr Verhältnis zum Gesetz kaum mehr hinterfragt. Zu ihnen zählt eines Tages vielleicht auch das „einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis“, das Sie neuerlich (in recht 1997, S. 86 ff.) aufgegriffen, mit allen Merkmalen einer wahrhaftigen Rechtsfigur ausgestattet und so auf die Reise durch die schweizerische Dogmatik geschickt haben.

³⁰ „Die Lückentheorie unterscheidet eine Fülle von Lückenkategorien“, wobei „der Überblick durch vielerlei Terminologiedivergenzen zusätzlich erschwert“ wird. Dieser Satz von *Ernst Kramer* (Fn. 12, 139) bestätigt die Erfahrung, dass Einteilung und Terminologie häufig schon die Hälfte der ganzen Wissenschaft sind. Um den Rest meines Briefes für andere Gedanken freizuhalten, verzichte ich darauf, mich in den „Streit um die Lücken“ einzumischen.

³¹ Vgl. *Ernst Kramer* (Fn. 12), 148.

³² *Ernst Kramer* (Fn. 12), 134.

Das Subjektive

12. In meinen bisherigen Ausführungen habe ich „*das Subjektive*“ stark hervorgehoben, was *Sie*, wie ich glaube, nicht erschreckt. Andere Leser des Briefes sind vielleicht schockiert, weil sie das rechtliche Denken mit dem Denken in mathematischen Gleichungen verwechseln, wovon auch die Esser'sche Lehre vom „Vorverständnis“ sie nicht abzubringen vermag. Zwar ist zuzugeben, dass der Rekurs auf das „Subjektive“ das Bild vom [95] Absoluten zerstört, das sich zutiefst in unserem Innern mit dem Recht verbindet. Doch verlöre die heutige Jurisprudenz jegliche Glaubwürdigkeit, würden wir uns weigern, der „essentiellen Relativität der menschlichen Dinge“³³, wozu auch das Recht gehört, ins Auge zu sehen.³⁴ Sogar „das Vernünftige“, mit dem wir gerne argumentieren, um die „Richtigkeit“ einer rechtlichen Aussage zu untermauern, ist relativ. Denn das, was die einen als „vernünftig“ erachten, erscheint den anderen als „unvernünftig“. Und was den Einzelnen „vernünftig oder unvernünftig“ erscheint, ändert sich“.³⁵ Die menschliche Vernunft kann also nicht dazu dienen, absolute Maßstäbe zu schaffen. Wer sie als objektive Instanz dem Subjektiven gegenüberstellt, verkennt ausserdem, dass auch die Rationalität des Menschen vom Gefühl geleitet ist.³⁶

Das alles heisst nun aber nicht, dass Rechtswissenschaftler und Richter ihre Meinungen unbeeinflusst von der Gesellschaft bilden. Vielmehr sind sie eingebunden in eine durch Geschichte und Gegenwart geprägte *Kultur- und Wertegemeinschaft*, in der sie erzogen wurden und leben, was sich auf ihr Fühlen, ihr Denken, ihr Weltbild und ihre Wertvorstellungen auswirkt. Somit ist nicht verwunderlich, dass sich auch der „Zeitgeist“, den das Bundesgericht in BGE 123 III 298 (nach Ihrer Ansicht unnötigerweise)³⁷ beschwor, in einem Urteil niederschlagen kann. Ebensovienig verwundert, dass die juristische Ausbildung, durch die wir gegangen sind, in unseren Meinungen fortwirkt. „Der Schüler glaubt seinen Lehrern und den Schulbüchern“, hat *Ludwig Wittgenstein*³⁸ festgestellt. Und obwohl dieser Glaube im Laufe des Lebens durch weitere Erfahrungen überlagert wird, bleibt immer ein Rest des ursprünglich Gelernten zurück. „Die Richter“, habe ich anderswo geschrieben, „erinnern sich mit Vorliebe und bis ins hohe Alter hinein an das, was sie damals an der Universität gelernt haben.“³⁹ Gleich verhält es sich mit den Rechtswissenschaftlern, mag auch ihr Schaffen, falls sie kreativ sind, über verschiedene Phasen verlaufen, so wie es bei Künstlern eine „blaue“, „rote“ und „gelbe“ Periode gibt.

Trotz aller Verschiedenheit der einzelnen Auffassungen herrscht also doch unter vielen Juristen in vielen Belangen ein „gemeinsamer Geist“, den man in gebildeter Sprache als „*sensus communis*“ bezeichnet. Dafür sorgt auch ihr ausgeprägtes Bedürfnis, die eigene Meinung auf die Meinungen anderer abzustützen, was wiederum zu einer ausgeprägten Retroversion der Lehre und Rechtsprechung führt, die sich, wenn immer möglich, durch bereits bekannte

³³ *Milan Kundera*, Die Kunst des Romans, Carl Hansel Verlag, München/Wien 1986, 15.

³⁴ Das gilt um so mehr, als heutzutage sogar der Objektivitätsanspruch der Naturwissenschaften erschüttert ist, an die sich die Jurisprudenz im 19. Jahrhundert angeklammert hat (ZSR 119, 2000, I, 10 f.). Im „Golem der Forschung“ (*Harry Collins/Trevor Pinch*, Berlin 1999, 174) las ich gestern den Satz: „Man kann von Naturwissenschaftlern ... nicht verlangen, dass sie aufhören, Mensch zu sein; nur sagenhafte Automatenwesen könnten ... die Art von Gewissheit bieten, die von den Wissenschaftlern zu erwarten diese uns allerdings selbst gelehrt haben.“

³⁵ *Ludwig Wittgenstein* (Fn. 24), 87, Nr. 336.

³⁶ *Daniel Goleman*, Emotionale Intelligenz, Hanser Verlag, München und Wien 1996, 62.

³⁷ ZBJV 1998, 689.

³⁸ *Ludwig Wittgenstein* (Fn. 24), 71, Nr. 263.

³⁹ ZSR 119, 2000, I, 24.

Gerichts- und Lehrsätze legitimieren.⁴⁰ Somit läuft das gelehrte und gesprochene Recht keine Gefahr, sich in so viele Teile aufzulösen, wie es Autoren und Richter gibt, obwohl die Vorstellung einer „*allgemeinen*“ Rechtsauffassung, die *allen* Menschen (oder *allen* Menschen eines Rechtskreises) gemeinsam ist, in den Bereich der juristischen Wunschbilder gehört.

Die Berufung auf Lehre und Rechtsprechung

13. Die Retroversion wird durch das Gesetz noch gefördert. So weist Art. 1 Abs. 3 ZGB die Gerichte an, sich bei der Auslegung des Gesetzes (Art. 1 Abs. 1 ZGB) und bei seiner ergänzenden Fortentwicklung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) an die „*bewährte Lehre und Überlieferung*“ zu halten, oder - was wohl gemeint ist - sich davon „inspirieren“ zu lassen (französische Fassung). Obwohl diese Bestimmung sich ihrerseits nur an die Gerichte wendet, folgt ihr auch die Rechtswissenschaft. Urteile und Publikationen sind voll von Zitaten. Man argumentiert, indem man die „Richtigkeit“ der eigenen Aussage durch die Autorität anderer belegt. Oft ist der Beleg sogar das *einzig*e Argument, das alsdann an die Stelle einer selbst begründeten Auslegung oder Rechtsfortbildung tritt. Wer die Meinung anderer aber unreflektiert übernimmt, leistet keine eigene Auslegungs- oder Ergänzungsarbeit, mag er uns auch den Gefallen tun, bereits Gesagtes abzusegnen.

Besonders beliebt ist die Berufung auf die *Rechtsprechung* und hier wiederum auf jene des Bundesgerichts. Wenngleich seine wichtigste Differenz in einer anderen Besetzung liegt, genießt *das Bundesgericht* unter allen Gerichten der Schweiz die stärkste Autorität. Der Umstand, dass es das höchste Gericht ist, verleiht seinen Entscheiden einen qualifizierten Anschein der „Richtigkeit“, was aber nicht besagen will, dass es in der Sache unfehlbar ist. „We are not final [96] because we are infallible, but we are infallible only because we are final“, schrieb Justice *Jackson* in einem Urteil des amerikanischen Supreme Court; und: „Reversal by a higher court is not proof that justice is thereby better done“.⁴¹

In der Sache unfehlbar „*richtig*“ zu entscheiden, würde im Übrigen voraussetzen, dass es für *eine* Rechtsfrage immer nur *eine* richtige Antwort gäbe. Vielfach aber gibt es verschiedene Antworten, die jede auf ihre Art richtig ist, weshalb auch innerhalb der entscheidenden Instanz oft verschiedene Meinungen vertreten werden, was in den Urteilstexten leider nur selten zu Tage tritt. So pflegt das Bundesgericht und pflegen die meisten der anderen Gerichte bloss die Mehrheitsmeinung zu publizieren, während die Minderheitsmeinung im Verborgenen bleibt. Diese Praxis, die ich wiederholt kritisiert habe⁴², ist um so bedauerlicher, als die Publikation auch der Minderheitsmeinung schon unter dem Gesichtpunkt der rechtlichen Transparenz überaus wünschbar wäre. Jedenfalls brächte sie zum Ausdruck, dass der gefällte Entscheid das Ergebnis eines gemeinsamen Bemühens und seine Relativität den beteiligten Richtern bewusst ist. Richter, die an die absolute Richtigkeit der kollektiv gefällten Urteile glauben, dürfte es ohnehin nicht geben. Vielleicht aber glauben einige, dass publizierte Meinungsverschiedenheiten den Anschein eines „schlechten“ Urteils erwecken, wo es doch gerade umgekehrt ist.

14. Nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch die „*bewährte Lehre*“ wird in Literatur und Judikatur häufig zitiert, wobei die Autoren und Richter selber entscheiden, welche Lehrmeinung sie als „bewährt“ (d.h. „richtig“) erachten und welche sie verwerfen. Für diesen Ent-

⁴⁰ Vgl. dazu ZSR 119, 2000, I, 21 ff.

⁴¹ Zitiert nach *Lawrence Douglas*, in: *Austin Sarat/Thomas R. Kearns* (Fn. 16), 227 f.

⁴² Letztmals in ZSR 119, 2000, I, 24.

scheid spielen verschiedene Faktoren eine Rolle, wie übrigens auch für den Entscheid, ob einer bestimmten Rechtsprechung zu folgen ist oder nicht. Zu den massgebenden Faktoren gehört wiederum auch *die innere Identität* (das Selbst) der jeweiligen Autoren oder Richter, welche die Auswahl treffen. Wie die ersten Momente einer menschlichen Begegnung (sie sollen knapp 30 Sekunden dauern,) über Sympathie und Antipathie entscheiden, so entscheiden wir uns oft in Echtzeit und spontan *für* oder *gegen* eine Lehrmeinung. Wer ein Buch (etwa ein imposantes Lehrbuch) über ein ganzes Rechtsgebiet schreibt, käme mit seiner Arbeit gar nie zu Ende, würde er jede Lehrmeinung, die er übernimmt oder ablehnt, bis auf die Wurzeln überprüfen.

Auch ein Spontanentscheid hindert uns nicht, „rationale“ Gründe nachzuschieben. Häufig aber argumentieren wir, dass diese oder jene Meinung „richtig“, weil „überzeugend“ sei, was nichts anderes besagt, als dass wir sie für „richtig“ halten, weil sie uns überzeugt. Verzichten wir darauf, die Gründe anzugeben, *warum* sie uns überzeugt, so liegt die einzige Begründung in unserer persönlichen Überzeugung. Sagen wir dagegen zur Begründung, dass die Meinung uns *deshalb* überzeugt, weil sie „richtig“ ist, so bewegen wir uns im argumentativen Zirkel. So oder anders deckt der offene Rückgriff auf die eigene Überzeugung (z.B. „nach meiner Ansicht“, „nach meinem Dafürhalten“, „nach meinem Empfinden“) immer auch auf, wie wenig sich die Rechtswissenschaft von den übrigen Bereichen des Lebens unterscheidet.⁴³

Hat eine Lehrmeinung sich als „herrschend“ durchgesetzt oder stammt sie von einem etablierten Wissenschaftler, so vermag sie im Allgemeinen eher zu überzeugen als die beunruhigende Idee eines Aussenseiters. So halten sich „herrschende“ Meinungen oft Jahre und Jahrzehnte lang, was sie nebst unserem Bedürfnis nach Sicherheit vielleicht auch der Faszination des „mainstream“ verdanken. Einige dieser Meinungen sind schon so verwelkt, dass ich bei ihrem Anblick nicht anders kann, als an *Villemort*, die „Leiche mit lebhaftem Blick“ aus dem Grafen von Monte Christo, zu denken⁴⁴ Und doch! Wer gegen sie aufkommen will, der muss es zunächst einmal schaffen, dass seine „abweichende“ Ansicht überhaupt wahrgenommen wird.⁴⁵ Da die Hörsäle mit seinem examenspflichtigen Publikum nur dem Hochadel der Gelehrten⁴⁶ und seinen Hilfskräften zur Verfügung stehen, kann dies für andere ein schwieriges Unterfangen sein. Das hat schon mancher erfahren, der den etablierten Wahrheiten davonflog wie die *Möwe Jonathan*, deren Lebensgeschichte im gleichnamigen Buch (auch in der hiesigen Hausbibliothek!) nachzulesen ist. „Die meisten Möwen“, steht darin, „begnügen sich mit den einfachsten Grundbegriffen [97] des Fliegens Ihnen geht es nicht um die Kunst des Fliegens, sondern um das Futter. *Jonathan* aber war das Fressen unwichtig, er wollte fliegen, liebte es mehr als alles andere auf der Welt. Und diese Neigung machte ihn bei den übrigen Vögeln nicht gerade beliebt.“⁴⁷

⁴³ So auch für die Naturwissenschaften: *Harry Collins/Trevor Pinch* (Fn. 34), 144.

⁴⁴ Die Idee zu diesem Vergleich kam mir bei der Lektüre von *Jean-Dominique Bauby*, Schmetterling und Taucherglocke, Paul Zsolnay Verlag, Wien 1997, 49.

⁴⁵ Dass es sich in den Naturwissenschaften gleich verhält, ist bei *Harry Collins/Trevor Pinch* (Fn. 34), 121 ff., nachzulesen.

⁴⁶ Ich meine damit die Professoren. Dass ich sie als „Gelehrte“ bezeichne, könnte mit Rücksicht auf meine eigene Zugehörigkeit den Eindruck erwecken, ich sei unbescheiden. Das aber ist zumindest hier nicht der Fall. Denn „im Wort Gelehrter steckt nur der Begriff, dass man ihn vieles gelehrt, aber nicht dass er auch etwas gelernt hat“ (*Georg Christoph Lichtenberg*, Sudelbücher I, Carl Hanser Verlag 1968, 637, Nr. 1212).

⁴⁷ *Richard Bach/Russell Munson*, Die Möwe Jonathan, Ullstein Verlag, 12. Auflage, Frankfurt 1976, 14. Spätere „verbesserte und nachgeführte“ Auflagen sind vermutlich erschienen, hier aber nicht vorhanden.

Die Gottesanbeterin, die Brillenschlange und der Hamster
(kleiner Exkurs zur juristischen Literatur)

15. Die juristische Publikation eines Autors widerspiegelt immer auch seine Vorstellung, was eine solche ist. Und die Vorstellungen der Autoren gehen so weit auseinander, dass ich mich wundere, weshalb im Zeitalter der Fremdfinanzierung noch kein Professor auf die Idee gekommen ist, eine Nationalfonds-unterstützte Untersuchung über die „*Phänomenologie der rechtswissenschaftlichen Literatur*“ in die Wege zu leiten. Ganz abgesehen davon, dass eine solche Untersuchung, die sich über mehrere Jahre erstrecken könnte, ein willkommenes Mittel zur längerfristigen Anstellung zusätzlicher Assistenten wäre, brächte sie (woran es bis anhin fehlt) endlich auch *die reiche Artenvielfalt* der juristischen Publikation ans wissenschaftliche Tageslicht. Ausserdem käme sie dem unzählbaren Verlangen der Juristen, alle Phänomene einzuteilen, in geradezu idealer Weise entgegen. So liessen sich die Publikationen nach Haupt- und Nebenformen unterscheiden, und innerhalb dieser Formen: nach Gebiet, Umfang, körperlichem Gewicht, Stil, Publikationsweise, Verkaufszahlen, Geschlecht der Autoren usw. Im Vorwort der fertiggestellten und broschierten Untersuchung wäre dann (nebst dem Dankeswort an Nationalfonds und Assistenten) nachzulesen, dass sie unternommen wurde, um eine „bedauernswerte Lücke“ in der schweizerischen Rechtsliteratur zu schliessen.

Da eine solche Untersuchung, wie gesagt, noch fehlt, ist es verwegen, wenn ich mich, trotz fehlender Zitiermöglichkeit, zu den Formen der juristischen Publikation auch materiell äussere. Verleitet durch den Übermut, der sich infolge einer allmählichen Verbesserung meines Rückenleidens einstellt, will ich aber doch auf *drei Sonderformen* hinweisen, denen ich zur Bereicherung der juristischen Terminologie je einen Tiernamen beigebe. Es sind dies: a. *Die Gottesanbeterin* („mantis religiosa“). Sie folgt der Spur einer Vorgängerin, deren Gedanken sie übernimmt oder ablehnt, aber immer so, dass sie den vorgespurten Gedankenweg kaum je verlässt.⁴⁸ Soweit sie die Vorgängerin bestätigt, besteht ihre Nützlichkeit darin, dass sie deren Meinung revitalisiert. Soweit sie die Vorgängerin ablehnt, liegt das Motiv ihres Autors nicht selten auch in einem menschlichen Bedürfnis nach Abgrenzung, wie es sich schon beim Erwachsenwerden und später vielleicht gegenüber dem Doktorvater⁴⁹ einstellt.⁵⁰ b. *Die Brillenschlange* („naja naja naja“). Diese Publikation trägt das Signum der Wissenschaftlichkeit, womit sie imponiert, gleich wie die leibhaftige „naja naja naja“ es mit ihrer rückwärtigen Brillenzeichnung tut. In Wirklichkeit aber verbreitet sie dirigiertes Wissen oder benutzt das Zeichen der Wissenschaft, um andere Ziele zu erreichen. Zum Beispiel ist der Autor an die Meinung eines Verbandes, einer Firma, eines Amtes, eines Vorgesetzten oder Auftraggebers gebunden, was die Wissenschaft durch Unfreiheit zerstört. Oder der Autor verfolgt das einzi-

⁴⁸ Dass dieses spurgetreue Nachlaufen *nicht* dem Verhalten der *wirklichen* Gottesanbeterin entspricht, wurde mir nach meiner Heimkehr bewusst, als ich das alte Zoologiebuch meiner Gymnasialzeit konsultierte. Dennoch (und obwohl ich keine Hoffnung hege, dass die Natur sich an meine juristische Phantasie angleicht) will ich es bei der gewählten Terminologie bewenden lassen, da zur Bezeichnung der gemeinten Publikationsart zumindest der *Name* „Gottesanbeterin“ ausgezeichnet passt. Eine Alternative, die ich jedoch mit Rücksicht auf das feinfühlig empfinden des juristischen Publikums verwerfe, wären die „*nervösen Würmer*“, von denen berichtet wird, dass sie „mit Vorliebe“ jene „Bereiche frequentieren, in denen vor ihnen andere Würmer geschwommen sind“ (*Harry Collins/Trevor Pinch*, Fn. 34, 19).

⁴⁹ Heutzutage gibt es natürlich auch *Doktomütter*, die jedoch im generischen Maskulinum des „Doktorvaters“ eingeschlossen sind. Hier wie auch an anderen Stellen meines Briefes ist das „masculinum“ (z.B. „Autor“, „Professor“, „Richter“) generisch verstanden, soweit sich aus dem Zusammenhang nicht etwas anderes ergibt.

⁵⁰ Dass der Doktorvater geradezu *vernichtet* wird, wie es die wirkliche Gottesanbeterin mit ihrem Partner tut, dürfte nur „in extremis“ vorkommen. Ein konkreter Fall ist mir nicht bekannt. Weiterführende Literatur: *Peter von Matt*, *Verkommene Söhne, missratene Töchter*, Carl Hanser Verlag, München/Wien 1995.

ge Ziel, ein bevorstehendes oder laufendes Verfahren, an dessen Ausgang er (z.B. auch als Parteivertreter) persönlich interessiert ist, in seinem Sinne zu beeinflussen, womit er das Instrument der Wissenschaft missbraucht. In beiden Unterformen gehört die Brillenschlange nicht zur Lehre, die eine Berücksichtigung verdient. c. *Der Hamster* („cricetus cricetus“). Er zählt zu den Publikationen der Rechtswissenschaft, weil bereits das schiere Sammeln von Gerichts- und Lehrsätzen als wissenschaftliche Leistung gilt. Auch wem nichts Neues einfällt, kann sich auf diese Weise einen wissenschaftlichen Namen erschreiben, wobei es ihm zusätzlich erspart bleibt, in unabsehbare Kontroversen verwickelt zu werden. So gibt es ganze Abhandlungen und Bücher, die kaum eine originale Idee enthalten, als „Nachschlagewerke“ aber durchaus nützlich sind. Wer sie zitiert, statt auf die Originale zurückzugreifen, verhält sich ähnlich [98] einem Kunstkritiker, der sich an den Kunst Katalog statt an die Bilder hält. „Ceci n’est pas une pipe“, hatte *René Magritte* auf sein Pfeifen-Bild geschrieben. „Ceci n’est pas de la doctrine“, könnte man auf den Hamster schreiben.

Die „Hamster-Form“, habe ich kürzlich gelesen⁵¹, sei vom Aussterben bedroht, weshalb die heutigen Publikationen *dieser* Art zu den „Letzten ihrer Art“⁵² gehörten. Der Tod drohe aus dem Internet, welche die herkömmliche Sammelarbeit bald schon überflüssig mache oder sie zumindest um ihr wissenschaftliches Ansehen bringe. In der Tat wächst die Menge an rechtlichem Material, das im Netze greifbar ist, von Tag zu Tag. Was sich anbahnt, ist eine elektronische Informationsflut, welche die Flut der juristischen Printmedien bei weitem übersteigt. Dazu kommt, dass das globalisierte Netz den Zugriff auch auf ausländische Entscheide und Literatur in einer Weise erleichtert, dass demnächst das Amtsgericht Entlebuch sich schon beim geringsten Fall nicht nur mit den üblichen Argumenten aus der deutschen Rechtsprechung und Lehre konfrontiert sieht, sondern aus den Vorträgen der Anwälte⁵³ auch erfährt, was ein Richter in Alabama, Honolulu oder Helsinki Bemerkenswertes entschieden oder ein Professor in Miami oder Stockholm berichtet hat. Die Frage aber, ob das Internet die „Hamster-Form“ tatsächlich zum Aussterben bringt, wage ich trotz allem zu verneinen. Im Gegenteil glaube ich, diese Form gehe einer neuen Hochform entgegen, da die zeitknappen Praktiker durch den gewaltigen Output der Meta-Suchmaschinen hoffnungslos überfordert sind. Ob dann das jeweilige „Hamster-Werk“ gedruckt oder seinerseits ins Internet gespiesen wird, ist eine Differenz, die in der noch zu schreibenden „Phänomenologie der rechtswissenschaftlichen Literatur“ einen Einteilungsgrund für die „Publikationsweise“ abgibt.

Selbstzitate

16. Häufig zitieren die Autoren auch *ihre eigenen Publikationen*, was dazu dienen kann, die Autorität ihrer Behauptungen durch den Nachweis der eigenen Leistungsfähigkeit zu belegen. Damit reagieren sie auf die bekannte Tatsache, dass der Wert einer wissenschaftlichen Meinung auch am wissenschaftlichen Stellenwert ihres Vertreters (an seinem „Namen“) und dieser wiederum an seinen früheren Leistungen gemessen wird. Meistens aber verkörpert *das Selbstzitat* eines Autors nichts anderes als ein Bekenntnis zur Wiederholung, den Hinweis auf weiterführende Erklärungen oder den schlichten Ausdruck eines menschlichen Verlangens

⁵¹ Die Fundstelle habe ich vergessen.

⁵² Zur Tierwelt, aus welcher der Ausdruck stammt, siehe den Erlebnisbericht von *Douglas Adams/Mark Cardwardine*, *Die Letzten ihrer Art*, Wilhelm Heyne Verlag, 14. Auflage, München 1999. Diesem Paperback verdanke ich auch das Bild vom „Schlamm und der Dusche“ (Ziff. 3).

⁵³ Soweit diese über Netz-gewohnte Praktikanten verfügen.

nach Selbstdarstellung. Gegen all das möchte ich schon deshalb nichts einwenden, weil ich selber zu den Selbstzitiern gehöre, was sich auch in den ZSR-Zitaten dieses Briefes zeigt.

Etwas heikler erscheint mir die Sache, wenn *Gerichte* sich auf die publizierten Lehrmeinungen eines beteiligten Richters berufen, da mit der „bewährten Lehre“, der sie nach Art. 1 Abs. 3 ZGB folgen sollen, kaum die eigene Lehre der urteilenden Richter gemeint ist. Eine Anweisung an die Richter, sich am eigenen Lehrzopf aus dem Sumpf zu ziehen, macht keinen Sinn, während es sinnvoll ist, sie zur inspirativen Konsultation fremder Lehrmeinungen aufzufordern, was sie in reichem Umfang auch tun. Auf dem Wege der „teleologischen Reduktion“ (BGE 121 III 225) gelange ich daher zum Schluss, die Eigenlehre der urteilenden Richter sei vom Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen.

Als ich diese Auslegung des Art. 1 Abs. 3 ZGB aber zwei altbefreundeten Richtern, die mich beim Baden besuchten, mit dem missionarischen Eifer eines Erfinders vortrug, da wurde mir unisono entgegnet, aus meiner Meinung spreche der pure „Richterneid“ (offenbar ein Analogum zum „Physikerneid“, den man mir auch schon vorgeworfen hat, nur weil ich mich unterstand, die Physiker auf Erkenntnisse ausserhalb ihrer eigenen Formeln hinzuweisen). Was nützte es mir da, das Gegenteil zu versichern! Das Wort „Richterneid“ stand im Badezimmer und war nicht mehr wegzubringen, weshalb ich lange zögerte, meine Auslegungs-idee, da sie ja neu ist, auch in den vorliegenden Brief einzubringen. Nachdem ich es nun doch getan habe, hoffe ich, zumindest Sie, Herr Wiegand, werden mir glauben, dass ich weder die Richter an sich noch diese um ihre überschüssende Arbeitslast beneide, obwohl oft schon ein einziges Urteil zunichte macht, was wir an spekulativen Ideen entwickelt haben. Neidlos mag ich es jedem Richter auch gönnen, wenn es ihm ab und zu gelingt, die Anonymität seiner Urteilsbeiträge⁵⁴ wenigstens über ein Eigenzitat zu lüften. Im Allgemeinen geschieht dies ja in einem bescheidenen Ausmass, das man problemlos hinnehmen kann, selbst wenn meine diesbezügliche [99] Auslegung des Art. 1 Abs. 3 ZGB überzeugen sollte.⁵⁵ Das Problem überhaupt aufzuwerfen, würde sich somit erübrigen, gäbe es nicht eine Eidgenössische Rekurskommission, die sich förmlich darauf kapriziert, vor allem die Publikationen *ihrer Mitglieder* zu zitieren. Die Dissertation eines Mitgliedes wurde in *zwölf* durchgesehenen Entscheiden, an denen es in den letzten zwei Jahren mitgewirkt hat, *fünfundzwanzigmal* und jedesmal *zustimmend* zitiert, was für die schweizerische Rechtsprechung rekordverdächtig ist. Wer gemeint hat, Dissertationen würden still vor sich hinstauben, wird durch dieses Recycling eines Besseren belehrt. Und wer nach Sonderformen juristischer Publikationen sucht, dem präsent-

⁵⁴ Während von den Professoren dringend erwartet wird, dass sie schon im Hinblick auf die spätere Publikation ihrer gesammelten Werke möglichst viel unter ihrem eigenen Namen veröffentlichen, bleibt der Name des Richters ganz im Hintergrund, obwohl die Gesamtheit seiner Urteilsbeiträge nicht minder wichtig ist als das literarische Lebenswerk eines Professors.

⁵⁵ Meinen Assistenten *Patrick Middendorf* hat meine teleologisch reduzierende Auslegung des Art. 1 Abs. 3 ZGB *nicht* überzeugt. Nach der Lektüre meines heimgebrachten Manuskripts, das er zusammen mit seiner Kollegin *Gabriella Fehr* korrigierend durchsah (wofür ich beiden herzlich danke), erhob er mehrere Einwendungen. Insbesondere wandte er ein, Art. 1 Abs. 3 ZGB verweise nicht nur auf die *Lehre*, sondern auch auf *die Rechtsprechung*, wobei niemand (auch ich selber nicht) auf die abwegige Idee komme, die eigene Rechtsprechung der Richter vom Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 3 ZGB auszuschliessen. Nachdem aber ein relevanter Unterschied zwischen der Eigenlehre und der eigenen Rechtsprechung der Richter für den vorliegenden Zusammenhang nicht auszumachen sei, führe meine teleologische Reduktion zum Ergebnis, dass Gleiches ungleich behandelt werde.

Dass mir dieses Gegenargument erhebliche Mühe bereitet, kann ich nicht bestreiten. Was sollte ich entgegenen? Ein relevanter Unterschied, gab ich zur Antwort, liege darin, dass der Richter zwei verschiedene Funktionen (die des Lehrers und die des Richters) durcheinanderbringe, wenn er sich urteilend an der eigenen Lehre orientiere, was bei der Berufung auf die eigene Rechtsprechung nicht der Fall sei. An der Reaktion meines Assistenten konnte ich ablesen, dass ihn auch dieses (nachgeschobene) Argument nicht zu überzeugen vermochte.

tiert sich hier die „Dissertation mit faktischer Rechtskraft“, für die es, weil sie die einzige dieser Art ist, noch keinen Tiernamen gibt.

Ende der Kur, Rhetorik und Schluss

17. Meine Kur geht ihrem *Ende* entgegen. Die Fragen nach einer spürbaren Besserung, die sich jetzt häufen, beantworte ich positiv, was erwartet und mit einem zufriedenen Lächeln quittiert wird, wie die richtige Antwort eines Examenskandidaten. Was meine derart bestätigten Therapeuten und Masseure allerdings nicht erraten können, ist der mich bedrückende Umstand, dass es mir auf der ganz anderen Ebene meines Briefes nicht gelungen ist, ähnlich erfolgreich zu sein. Obwohl ich das Mass meiner derzeitigen Möglichkeiten weitgehend ausgeschöpft habe, wurden vom Thema, über das ich schreiben wollte, viele Aspekte nur angesprochen, andere (z.B. das Argumentieren mit Verträgen) überhaupt nicht behandelt. Einiges wiederum liest sich, wie wenn ich es darauf abgesehen hätte, gegen Windmühlen zu kämpfen. Kurzum, ich habe mich schrecklich übernommen.

Auch den wichtigen *Aspekt der Rhetorik* habe ich nur implizite aufgeworfen, was eine Todsünde in den Augen jener ist, für welche die juristische Methode sich in Rhetorik erschöpft⁵⁶. Lassen Sie mich daher zum Schluss *ausdrücklich* hervorheben, dass die rechtlichen Argumente der Lehre und Rechtsprechung, die über die Sprache fließen, immer (auch) *dazu* dienen, andere durch ihre Plausibilität zu überzeugen, also deren innere Zustimmung zu erlangen, was man gemeinhin als Rhetorik bezeichnet. Demnach ist, um die Rechtsprechung hervorzuheben, schon der dialogische Prozess der mündlichen oder schriftlichen Urteilsberatung ein rhetorischer Prozess. Aber auch die rechtlichen Argumente, die ausserhalb der Lehre und Rechtsprechung (z.B. durch Anwälte) vorgetragen werden, in meinem Briefe jedoch vernachlässigt wurden, beschlagen den Bereich der Rhetorik. Und überall, wo argumentiert wird, gehört der verfolgte „Überzeugungszweck“ zur Motivationslage des Argumentierenden, weshalb sich auch dieser Zweck (bewusst oder unbewusst) auf die Wahl und Formulierung der Argumente auswirkt.⁵⁷

Somit ist die Rhetorik aus unserem Rechtsleben, in dem fortwährend um „Überzeugung“ gerungen wird, so wenig wegzudenken wie die Sprache vom Recht. Überhaupt sind Recht und Rhetorik nicht unabhängige Grössen. Vielmehr wird das Recht im zwischenmenschlichen Überzeugungsprozess, was rechtlich gilt oder gelten soll, durch die Rhetorik ergänzt, die dementsprechend eine wichtige Aufgabe in unserer Rechtsgemeinschaft erfüllt. Dass sie - wie jede menschliche Technik - missbraucht werden kann, ist offenkundig, liegt aber nicht an ihr, sondern an den Menschen, die sie gebrauchen. Dass sie auch die „verborgenen oder offenkundigen Emotionsschübe aufnimmt“, die jede noch so rational-logische Aussage oder Ableitung „vehikuliert“⁵⁸, vermag hingegen nur jene zu stören, die sich vorstellen, dass Rechtsüberzeugungen in einem emotionsfreien Raum entstehen und bestehen, vergleichbar einem imaginären Menschenwesen, das im luftleeren Raum zu atmen beliebt.

Wie sehr die Emotionen auch in diesem Briefe mitschwingen, ist unverkennbar. Wie könnte es anders sein in einem Geburtstagsbrief an einen Kollegen, mit dem ich seit Jahren verbun-

⁵⁶ Vgl. dazu Austin Sarat/Thomas R. Kearns (Fn. 16), 1 ff.

⁵⁷ Vgl. auch Austin Sarat/Thomas R. Kearns (Fn. 16), 9: „Lawyers and judges do not just use available cultural resources, they use them for a purpose and, in so doing, modify or rearrange them so as to do the work of persuasion.“

⁵⁸ Gonsalv K. Mainberger, Philosophie (Fn. 17), 39.

den bin! Ich hoffe, dass die Verbindung noch lange [100] andauert. An Diskussionsstoff wird es gewiss nicht fehlen. Das lehrt schon die Erfahrung, wonach bisher ignorierte Einzelfragen (denken Sie etwa an den Kostenvoranschlag des Architekten!) plötzlich aus dem Boden schießen und dogmatisch umstritten sind wie damals der „Name der Rose“⁵⁹. So bleibe ich denn in der Erwartung immer neuer Kontroversen und exakt bei der sechzigsten Fussnote⁶⁰

Ihr diskussionsbereiter

Peter Gauch

Korr.: MD, 18.01.2005

⁵⁹ Der „Name der Rose“ steht für die fröhscholastische Streitfrage, „ob die Universalien an eine der Benennung zugrundeliegende Sache gebunden sind oder infolge ihrer Bedeutung auch noch existieren können, wenn die benannten Dinge nicht mehr vorhanden sind“ (dtv-Atlas zur Philosophie, 3. Auflage, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1993, 75). *Peter Abaelard* (1079-1142) benutzte den Satz „Nulla rosa est“ als Beispiel, „um zu zeigen, wie die Sprache sowohl von vergangenen Dingen als auch von inexistenten sprechen kann“ (*Umberto Eco*, Nachschrift zum „Namen der Rose“, Hanser Verlag, 7. Auflage, Hanser Verlag, München/Wien 1986, 9).

Den Hinweis auf die zitierten Fundstellen verdanke ich meinem Assistenten *Patrick Middendorf*, der mich überhaupt erst auf den Gedanken brachte, den „Namen der Rose“ als Beispiel für eine historische Kontroverse zu verwenden. Ich selber hatte an bekanntere Streitfragen gedacht, etwa an die Frage, wie viele Engel auf einer Nadelspitze Platz haben.

⁶⁰ Ihr habe ich das „Selbstzitat“ zum Kostenvoranschlag geopfert.