

## Ein Vorwort zum „Sozialen Vertragsrecht“

von PETER GAUCH

Publiziert in: MARC AMSTUTZ/ANDREAS ABEGG/VAIOS KARAVAS, Soziales Vertragsrecht: Eine rechtsevolutorische Studie mit einem Vorwort von Peter Gauch, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 44, Basel/Genf/München 2006. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

„Die Juristen geraten ins Taumeln, sobald ein Fall auftaucht,  
der dem Gesetzgeber entgangen ist.“

[1] Diesen Satz habe ich irgendwo gelesen.<sup>1</sup> Er ist mir im Gedächtnis geblieben. Schon seiner Bildhaftigkeit wegen. Aber auch deswegen, weil es entschieden *mehr Fälle gibt, die dem Gesetzgeber entgangen sind, als andere*. Denn die Gesetzgebung ist, wie ERNST A. KRAMER es plastisch ausdrückt, „an allen Ecken und Enden lückenhaft“<sup>2</sup>. Taucht hingegen ein Fall auf, den das Gesetz zu regeln scheint, so bleibt immer noch ungewiss, ob der Gesetzgeber, soweit er überhaupt an Fälle dachte, auch an *diesen* Fall gedacht hat. Die menschlichen Geschichten, die sich nach unserer Wahrnehmung ereignen, sind ja so vielfältig und so unvorstellbar seltsam, dass weder die Fantasie noch das Erfahrungswissen eines Gesetzgebers ausreichen, um sie auch nur annähernd einzufangen. Die Erfahrung ist ohnehin nur ein begrenztes Hilfsmittel, da in der Wirklichkeit „niemals wieder dieselben Ausgangsbedingungen vorkommen“<sup>3</sup>, ein Fall sich also nie in gleicher Weise wiederholt, so wenig, wie ein Mensch den gleichen Laut ein zweites Mal in der gleichen Weise ausspricht. „Tout prévoir, est un but qu’il est impossible d’atteindre“, hat schon JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS in seinem berühmten „Discours préliminaire sur le projet de Code Civil“ festgestellt, und dann hinzugefügt: „Un code, quelque complet qu’il puisse paraître, n’est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennes s’offrir au magistrat“.<sup>4</sup>

Bei alledem müssten wir Juristen, wäre der zitierte Satz richtig, fortwährend ins „Taumeln“ geraten. Nun aber stosse ich häufig auf „suchende“, „zweifelnde“ und „streitende“, selten jedoch auf „taumelnde“ Juristen<sup>5</sup>, die weder ein noch aus wissen, wenn sie einen Fall zu lösen haben. Ein schönes Gegenbeispiel, in dem es kein „Taumeln“ gab, ist *BGE 129 III 35*<sup>6</sup>. Auch ihm liegt eine Geschichte zugrunde, die sich zuvor noch nie ereignet hatte, und so, wie sie [2] sich ereignet hat, von der Fantasie des Gesetzgebers kaum erfasst wurde. Auf zwei Sätze re-

---

<sup>1</sup> Sein Erfinder muss mir verzeihen, dass ich seinen Namen und die Belegstelle vergessen habe.

<sup>2</sup> ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern/München/Wien 2005, S. 159.

<sup>3</sup> IVAR EKELAND, Das Vorhersehbare und das Unvorhersehbare, Frankfurt am Main 1989, S. 86.

<sup>4</sup> Zitiert nach „Naissance du Code Civil“, Edition Flammarion 1989, S. 39 und S. 41.

<sup>5</sup> Der zitierte Satz spricht nur von „Juristen“, verwendet das männliche Wort aber in seinem generischen Sinn, der auch die „Juristinnen“ einschliesst, weshalb ich hier das Gleiche tue.

<sup>6</sup> Das ist ein in amtlicher Papierform veröffentlichter Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts, also des höchsten Gerichts der Schweiz. Dass er so und nicht „nur“ im Internet veröffentlicht wurde, weist auf die Wichtigkeit hin, die das Gericht selber diesem Entscheide zumisst.

duziert, lässt sich die Geschichte kurz erzählen: Der Verein gegen Tierfabriken (VgT) wollte der neuerdings privatisierten Schweizer Post zwei Publikationen in einer Auflage von ca. 700000 Exemplaren zur Verteilung übergeben. Die Post lehnte ab.

Der VgT, der keine adäquaten Ausweichmöglichkeiten sah, wandte sich an die Justiz mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass die Ablehnung des Versandes widerrechtlich gewesen sei. Der Fall durchlief die Instanzen, bis das Bundesgericht in BGE 129 III 35 letztinstanzlich entschied, dass die Post nach Massgabe der guten Sitten verpflichtet gewesen wäre, die Publikationen des VgT zu den allgemein bekannt gegebenen Bedingungen zu befördern, weshalb sie mit ihrer Weigerung, dies zu tun, *eine privatrechtliche Kontrahierungspflicht verletzt* habe, die sich aus dem Verbot des sittenwidrigen Verhaltens ergebe. „Sachliche Gründe“<sup>7</sup>, den Transport abzulehnen, hätten nicht vorgelegen. Der Hinweis der Post, wonach der Versand ihrem Rufe schade und ihre Geschäftstätigkeit beeinträchtige, weil in den Publikationen viele Landwirte kritisch und mit Namen erwähnt würden, sei nicht zu hören. Dementsprechend habe die Post sich unrechtmässig verhalten.

Andere Möglichkeiten (nicht aber jene des Kartellrechts), aus denen sich eine Beförderungspflicht der Post hätte ergeben können, wurden vom Bundesgericht zwar in extenso geprüft, jedoch verworfen. Eine Diskussion über eine allfällige Drittwirkung der Grundrechte, hielt das Gericht mit Rücksicht auf den privatrechtlichen Kontrahierungszwang für entbehrlich.

Der Entscheid des Bundesgerichts ist auf *heftige Kritik* gestossen, was nicht verwundert, nachdem die Kontrahierungspflicht für viele Vertragsrechtler schon an sich ein Schrecksgepenst im Wunschs Schloss der Vertragsfreiheit ist, ganz zu schweigen von der Herleitung einer solchen Pflicht aus dem Verbot des sittenwidrigen Verhaltens.

Sobald nun aber die Kritik über neue Entscheide oder Theorien besonders heftig ausfällt, ist sie nicht selten eine Reaktion auf die Tatsache, dass die bisherige Art und Weise des Denkens durch ein qualitativ verändertes Denkmuster ersetzt wird, was mit dem Verlust lieb gewonnener Vorstellungen einhergeht. Exakt einen solchen *Paradigmenwechsel* erblicken die Autoren der vorliegenden Studie in *BGE 129 III 35*, den sie als mutigen Versuch begrüssen, den entstandenen Konflikt zwischen zwei gesellschaftlichen Teilbereichen, dem *wirtschaftlichen* (repräsentiert durch die Post) und dem *medienpolitischen* (repräsentiert durch den VgT), durch eine Neuausrichtung des Vertragsrechts zu lösen.

\*\*\*

[3] Den Verfassern der Studie vermittelt der Entscheid mit der darin festgestellten Kontrahierungspflicht *das Bild eines „sozialen“ Vertragsrechts*, das sich über den Individualschutz hinaus auf die Gesellschaft als solche (nicht nur auf einzelne Individuen) einlässt, indem es dazu beiträgt, die autonomen Teilbereiche der heutigen „polykontexturalen“<sup>8</sup> Privatrechtsgesellschaft zusammenzuschliessen. Denn nach der Beobachtung der Autoren hat das Bundesgericht den privatrechtlichen Kontrahierungszwang der Post „als Instrument eingesetzt, um eine

---

<sup>7</sup> Der Ausdruck „sachliche Gründe“, den das Bundesgericht verwendet, ist ein beliebter Ausdruck unter Juristen, obwohl alle Gründe *menschlich* und Menschen keine Sachen sind.

<sup>8</sup> Das Wort „polykontextural“, das im „Sozialen Vertragsrecht“ der Autoren ein Standardwort ist, bedarf für die eine Leserin oder den anderen Leser, welche/r mit der Terminologie der theoretischen Soziologie nur selten in Berührung kommt, einer Erklärung. Im Zusammenhang mit der Gesellschaft weist es auf deren Fragmentierung in zahlreiche Funktionssysteme (wie etwa Politik, Recht, Wirtschaft, Wissenschaft, Erziehung, Kunst oder Religion) hin, die sich selbst (autonom) erhalten und erneuern, wobei sie zwar durch die Umwelt irritierbar, nicht aber intervenierbar sind, wofür auch der Ausdruck „Autopoiesis“ verwendet wird.

Blockierung zentraler Funktionsbedingungen des (medien-) politischen Diskurses durch die Wirtschaft zu verhindern“. Damit habe das Gericht diese „Autonomieräume einer in sich stimmigen und konsistenten, auf Schuldvertragsrecht abgestützten Ordnung zugeführt, d.h. miteinander kompatibelisiert und integriert“, was die Aufgabe einer modernen „Zivilverfassung“ sei.

Im Einzelnen heben die Autoren hervor, dass das Bundesgericht „im Gefüge der Gesamtgesellschaft genau an der Stelle interveniert“ habe, „wo die gesellschaftlichen Teilbereiche sich ergänzen und wechselseitig stützen“. Durch diese *nur punktuelle Intervention* habe das Gericht sich „auf einen realistisch-nüchternen Schutz der Evolutionsfähigkeit des medienpolitischen Diskurses beschränkt“, dies im Sinne der evolutorischen Rechtstheorie, wonach die Regeln des Rechts so gestaltet sein müssten, dass sie die Evolution nicht behindern, sondern spielen lassen. Überhaupt müsse „ein zeitgenössisches Privatrecht ... eine seiner Hauptaufgaben im Schutze der vielen Autonomien sehen, nicht nur gegen den repressiven Staat, sondern auch gegen die expansiven Tendenzen der Technologie, der Wissenschaft, der Publikationsmedien und des Marktes“.

\*\*\*

Als ich gebeten wurde, der „rechtsevolutorischen Studie“ meiner um viele Jahre jüngeren (entwicklungsgeschichtlich aber älteren) Kollegen ein Vorwort voranzustellen, habe ich spontan vermutet, dass die mir zuge dachte Aufgabe als *eine Art „Anti-Aging-Programm“* gedacht sei, da ich die wissenschaftlichen Vorlieben der Autoren kannte und daher wusste, dass mich die Lektüre ihres „Sozialen Vertragsrechts“ in eine mir weitgehend unvertraute Gedanken- [4] und Sprachwelt entführen würde. Und in der Tat enthält die Studie, die markante Spuren der Systemtheorie und der sozialen Jurisprudenz mitsamt ihrer Terminologie<sup>9</sup> aufweist, *ein von der üblichen Auffassung abweichendes Konzept des (Vertrags-) Rechts*, das sich im Zusammenspiel mit der komplexen Gesellschaft und ihren vernetzten Systemen fortentwickelt, ohne einem menschlichen Gestaltungsplan zu folgen. Dazu passt schon die im „Prolog“ der Autoren enthaltene Aussage, wonach das Recht nicht durch Gesetze, sondern durch die Gerichte geschaffen werde, deren Urteile den jeweiligen Zeitgeist reflektierten.

Diese Aussage trifft sich zum Teil mit meiner anderswo geäußerten Idee, dass der Gesetzgeber das Gesetz nur so lange beherrscht, bis es in Kraft getreten ist. Alsdann wechselt die Herrschaft zu den Gerichten, die fortan bestimmen, wie es zu verstehen und zu ergänzen ist, indem sie die Sprache des Gesetzes mit ihren eigenen Bedeutungen und dessen Lücken mit ihren Absichten füllen. Auf das Gleiche läuft es hinaus, wenn im „Prolog“ zur Studie steht, dass Gesetze die Gesellschaft „nicht nach Massgabe des Wissens des Gesetzgebers, sondern nach Massgabe des Wissens ihrer Betrachter, vor allem der Gerichte“, gestalten. Das stimmt auch deshalb, weil die Gerichte, selbst wenn sie eine gesetzliche Regel anwenden, das Recht für konkrete Fälle sprechen, an die der Gesetzgeber (wie gesagt) oft gar nicht gedacht hat. Bisweilen begründen sie ihren Entscheid sogar mit einer Regel, die für andere keine Begründung abgibt. So kommt es nicht selten vor, dass wir das, was für den konkreten Fall autoritativ entschieden wurde, als „recht“ empfinden, obwohl wir die Argumente des Gerichts nicht zu teilen vermögen. Oder um es mit den Worten von JAMES GORDLEY auszudrücken: „It is quite true ... that courts are often right and their opinions worthy of respect independently of the judges' reasoning. It is easier to see the right thing to do than it is to explain why it is right.“<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu auch Anm. 16.

<sup>10</sup> JAMES GORDLEY, The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage, European Re-

Präzisierend möchte ich dem Gesagten freilich *ein Dreifaches beifügen*: Dass erstens die rationalen Argumente der Gerichte häufig nur nachträgliche Rationalisierungen prärationaler Vorgänge sind, die nicht ins Bewusstsein der beteiligten Richter und Richterinnen dringen, deren Entscheide aber dennoch, wenn auch „unwissentlich“ leiten<sup>11</sup>, so wie das Denken aller Menschen grösstenteils unbewusst ist<sup>12</sup>. Dass zweitens die Urteile der Gerichte zwar mit dem [5] jeweiligen Zeitgeist übereinstimmen können, nicht aber müssen. Und dass schliesslich das Recht nicht ausschliesslich „Richterrecht“ ist, sondern auch ausserhalb der Gerichte entsteht, geschieht und sich fortentwickelt, wobei die Fortentwicklung sich eher spontan und in Brüchen denn kontinuierlich vollzieht.

Trotz meiner Präzisierungen, denen die Autoren zumindest partiell zustimmen dürften, sind *die Urteile der Gerichte bedeutsame Elemente für die Evolution des Rechts*, namentlich dann, wenn sie als irritierende „Störfaktoren“ neue Gedanken innerhalb des Rechtssystems provozieren. Diese Bedeutsamkeit der Rechtsprechung mag denn auch der Grund gewesen sein, der die Autoren des „Sozialen Vertragsrechts“ dazu bewog, sich mit dem viel kritisierten, von ihnen aber begrüsst BGE 129 III 35 auseinander zu setzen.

Oder war es vielleicht so, dass der Entscheid des Bundesgerichts nur als Auslöser für einen Beitrag gewirkt hat, der von den Verfassern früher oder später ohnehin geschrieben worden wäre? Jedenfalls beschränkt sich ihre Studie keineswegs auf eine schlichte Urteilsbesprechung. Vielmehr greift sie weit über eine gewöhnliche Rezension hinaus. Sie eröffnet uns ein übergreifendes Gesamtbild der Rechtsentwicklung, die unter Anderem auch den besagten Entscheid des Bundesgerichtes samt seiner Interpretation durch die Autoren einschliesst.

\*\*\*

Ob die Richter oder Richterinnen, die den Entscheid gefällt haben, sich in der Interpretation ihres Urteils wieder erkennen, sofern sie die Studie lesen, weiss ich nicht. Zur Sprache kommt in der Studie ja auch gar nicht der Entscheid als solcher, sondern ein Entscheid, welcher der Fragestellung der Autoren und der Art ihrer Fragen ausgesetzt war. Das ist zwar selbstverständlich, aber doch eines Hinweises wert, wie auch WERNER HEISENBERG es für nötig fand, sein naturwissenschaftliches Umfeld darauf aufmerksam zu machen, dass die Naturwissenschaft die Natur nicht einfach so beschreibt und erklärt, „wie sie 'an sich' ist“, sondern „die Natur, die unserer Fragestellung und unseren Methoden ausgesetzt ist“<sup>13</sup>. In eine ähnliche Richtung zielt der Evolutionsbiologe STEPHEN JAY GOULD, wenn er in seinen Essays immer wieder daran erinnert, „wie stark (und häufig unbewusst) Theorien unsere Deutung von Befunden einschränken können“<sup>14</sup>. Was er damit anspricht, ist eine Art von „Blindsight“<sup>15</sup> [6],

---

view of Contract Law 2005, S. 170.

<sup>11</sup> Vgl. dazu JOHN HORGAN, *Der menschliche Geist*, München 2000, S. 306 und S. 342.

<sup>12</sup> Vgl. statt vieler: FRITJOF CAPRA, *Verborgene Zusammenhänge*, Bern/München/Berlin 2002, S. 89.

<sup>13</sup> WERNER HEISENBERG, *Physik und Philosophie*, Frankfurt am Main/Berlin/Wien 1981, S. 60 f.

<sup>14</sup> STEPHEN JAY GOULD, *Ein Dinosaurier im Heuhaufen*, Frankfurt am Main 2002, S. 157.

<sup>15</sup> Der Ausdruck „Blindsight“ (englisch: „blindsight“), der hier in einem übertragenen Sinne verwendet wird, stammt aus der Neurobiologie, wo er bedeutet, „dass Personen in Teilen des Gesichtsfeldes oder ganz generell Dinge nicht wahrnehmen können und sich wie Blinde verhalten“ (GERHARD ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, Frankfurt am Main, 2001, S. 223).

die z.B. auch den Ichthyologen<sup>16</sup> befällt, der auf dem bunten Wochenmarkt mit seinen vielfältigen Angeboten und Gerüchen nur die angebotenen Fische wahrnimmt und riecht.

Den erwähnten Hinweis will ich noch etwas verallgemeinern, indem ich beifüge, dass sämtliche Analysen, welche die Studie enthält, auf *Beobachtungen* beruhen, *die sich nicht von den Personen der Autoren trennen lassen*. Denn entgegen einem bisweilen geäußerten Postulat, der Beobachter müsse sich ausserhalb des beobachteten Gegenstandes stellen, wird jeder, der beobachtet, notgedrungen zu einem Teil dessen, was er beobachtet, so dass er, wenn er vom Beobachteten erzählt, von sich selber erzählt. Das gilt auch für mich, wenn ich über meine Beobachtungen der Beobachtungen der Autoren berichte, was wiederum bedeutet, dass andere Leser oder Leserinnen der Studie andere Beobachtungen machen werden. Dies allein schon hindert mich daran, das von mir Gelesene mit den dualistischen Kategorien von „richtig“ oder „falsch“ einzufangen, ganz abgesehen davon, dass ich nicht zu glauben vermag, dass die erwähnten Kategorien zur Beurteilung komplizierter Modelle taugen. – „Weder richtig noch falsch, wohl aber möglich“, das wäre meine Antwort, wenn ich trotz allem eine Bewertung abzugeben hätte.

Eine solche Antwort dürfte man nicht als galante Ausflucht verstehen, wie sie in einem Vorwort vermutet werden könnte. Noch hätte sie den Zweck, an die mehrwertige Logik von JAN ŁUKASIEWICZ zu erinnern, die neben „wahr“ und „falsch“ auch die dritte Kategorie von „möglich“ („weder bewiesen noch widerlegt“) enthält. Vielmehr wäre sie nichts anderes als ein Ausdruck der schlichten Unsicherheit, die uns alle befällt, wenn es darum geht, komplexe Verhältnisse wie die Gesellschaft oder die Relation zwischen Gesellschaft und Recht (dieses verwickelte Durcheinander) zu begreifen. Denn Wissen und Nicht-Wissen lassen sich im Komplexen nicht mehr trennen, so dass jedes Wissen zugleich unsicherheitsbelastet ist.<sup>17</sup> Dazu kommt, dass menschliches Recht, so wie ich es zu begreifen versuche, nicht losgelöst von den Menschen besteht<sup>18</sup>, und dass sogar gesagt wird, dass alle Phänomene, „die den Forschungsgegenstand der Geistes- und Kulturwissenschaften ausmachen, emergente [7] Eigenschaften von menschlichen Hirnen und deren Interaktion sind“<sup>19</sup>. Wenn das Letztere aber zutrifft, so schlägt das nur geringe Verständnis, das wir von der Arbeitsweise der menschlichen Gehirne und von deren Interaktion haben, in seiner ganzen Unvollkommenheit auch auf die theoretischen Versuche durch, das Recht, seine Entstehung und Entwicklung zu erklären. Die Hirnforschung wird uns in dieser Beziehung ein Stück weiter helfen. Sie hat in den letzten Jahren enorme Fortschritte gemacht, steht indes immer noch am Anfang ihrer Anstrengungen und muss sich ihrerseits den übrigen Zweigen der Wissenschaft öffnen, um ihre Fragen beantworten zu können.

\*\*\*

Einstweilen haben wir mit den Erklärungsversuchen vorlieb zu nehmen, die zurzeit möglich sind. Ein solcher Versuch ist *das Konzept, das die Autoren des „Sozialen Vertragsrechts“*

---

<sup>16</sup> Der Ichthyologe ist ein Fischexperte. Dass ich das Fremdwort gebrauche, ist eine freundschaftliche Revanche an den Autoren, deren soziologische Fremdworte ich bisweilen nur mit Hilfe von Google oder eines papierenen Lexikons verstand.

<sup>17</sup> Vgl. dazu GÜNTER KÜPPERS, Wissen und Nicht-Wissen, in: BERNHARD VON MUTIUS (Hg), Die andere Intelligenz, Stuttgart 2004, S. 52.

<sup>18</sup> Die Vorstellung, dass es menschliches Recht ohne Menschen geben könnte, ist mir fremd.

<sup>19</sup> So: WOLF SINGER, Die Erforschung organisierter Systeme, in: Die andere Intelligenz, a.a.O., S. 116.

*konstruiert und vorgelegt haben.* Es ist durchdrungen vom systemischen Bemühen der Verfasser, in Relationen zu denken. Und es erfüllt in hohem Masse die Anforderungen, die PETER JÄGGI bereits 1964 in seinen „Grundfragen der Privatrechts-Entwicklung“ an die Jurisprudenz gestellt hat<sup>20</sup>. „Die Jurisprudenz“, so schrieb dieser grosse Denker, „darf ... ihren Rechtsbegriff nicht aus sich selbst heraus begründen. Sie hat ihn auf eine Gesamterkenntnis der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu stützen, zu der auch andere Sozialwissenschaften beitragen.“

In der Sache selbst gelangt PETER JÄGGI in mancherlei Hinsicht zu anderen Erkenntnissen als die Verfasser der vorliegenden Studie, was keineswegs ein Nachteil ist, da es mannigfache Arten des Denkens gibt und wissenschaftliche Positionen nur deutlicher werden, sobald man die disparaten Ergebnisse verschiedener Herkunft und Zeitströmungen zusammen betrachtet. Eine solche „Zusammenschau“ ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn wir uns des tief sitzenden Vorurteils erwehren, dass spätere Erkenntnisse notgedrungen „besser“ sind als frühere. Die Evolution, auch die der Wissenschaft oder des Rechts, darf jedenfalls nicht als Vorgang verstanden werden, der sich unablässig zu „Höherem“ hin bewegt, so wenig, wie die Geschichte überhaupt „aus einem einfachen Fortschritt von primitiven zu weniger primitiven Ansichten besteht“<sup>21</sup>.

Wohin das Recht sich weiter entwickeln wird, lässt sich kaum prognostizieren. Selbst die Rechtsdisziplin vermag die Zukunft des Rechts nicht vorauszusagen [8], obwohl sie mit ihren Richtig- und Falschsätzen die Möglichkeit bietet, immer weitere Sätze zu formulieren<sup>22</sup>. Da das Recht in einem Netzwerk menschlicher Kommunikationen entsteht, die sich so wenig planen lassen wie die sozialen und psychologischen Kräfte, die dabei mitwirken, entzieht sich auch seine Evolution der menschlichen Planung, worauf die Autoren der Studie besonders hinweisen. Dieser Hinweis, wonach die Entwicklung des Rechts schlicht *passiert*, mag für viele nur schwer zu akzeptieren sein. Denn sie beleidigt das Selbstwertgefühl des Menschen, der alles kontrollieren möchte und in den Momenten seiner Selbstüberschätzung glaubt, es auch tun zu können, obschon er selber das Produkt einer Evolution ist, die er nicht gesteuert hat, und deren Fortgang zu steuern er ausserstande ist.

\*\*\*

Das „Soziale Vertragsrecht“, zu dem ich das Vorwort schreiben durfte, ist *eine transpersonale Leistung* der drei Autoren, deren Gedanken die „rechtsevolutorische Studie“ in einem gemeinsam geschriebenen Text vereinigt. Dadurch unterscheidet sie sich von gemeinsamen Publikationen anderer Autoren, die sich damit begnügen, individuelle Beiträge aneinander zu reihen. Ausserdem enthält sie *keine Gebrauchsjurisprudenz*. Vielmehr gehört sie – um ein Bild von ADRIEN TUREL<sup>23</sup> zu verwenden – eher zur Gattung der literarischen „Werkzeugmaschinen“, wodurch sie sich gegenüber den Massenprodukten des juristischen Literaturbetriebes abhebt. Mit Rücksicht darauf liegt die Befürchtung nahe, dass sie von einer nur kleinen Diskursgesellschaft innerhalb der juristischen Gemeinde wahrgenommen wird. Die Studie zu lesen, war für mich aber gerade deshalb eine Bereicherung<sup>24</sup>, weil sie vom üblichen Weg,

<sup>20</sup> Der Aufsatz ist abgedruckt in PETER JÄGGI, Privatrecht und Staat, Gesammelte Schriften, Zürich 1976, S. 56 ff. Die nachfolgend zitierte Stelle findet sich auf S. 58 des erwähnten Buches.

<sup>21</sup> PAUL FEYERABEND, Erkenntnis für freie Menschen, Frankfurt am Main 1980, S. 186.

<sup>22</sup> Vgl. dazu MICHEL FOUCAULT, Die Ordnung des Diskurses, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2003, S. 22: „Zur Disziplin gehört die Möglichkeit, endlos neue Sätze zu formulieren.“

<sup>23</sup> Zitiert bei HUGO LOETSCHER, Lesen statt Klettern, Zürich 2003, S. 148.

<sup>24</sup> Das ist ehrlich, also nicht so gemeint wie in den kollegialen Dankeschreiben für zugesandte Separata.

sich mit rechtlichen Dingen auseinanderzusetzen, deutlich abweicht. Einmal mehr wurde mir bewusst, wie wichtig es ist, die Weisheit anderer zur Kenntnis zu nehmen, um aus dem engen Gefängnis der eigenen Vorstellungen auszubrechen, wo es doch so viele Möglichkeiten gibt, die Welt mit ihrer Gesellschaft, ihrem Recht und den Urteilen ihrer Richter zu sehen. Selbst dann, wenn eine fremde Sichtweise nicht übernommen wird, hat sie doch den Nutzen, das eigene Nachdenken anzuregen.

Die Anregungen, die ich der Studie verdanke, sind vielfältig. Unter anderem begann ich über *die privatrechtliche Kontrahierungspflicht der Post* nachzudenken [9], die in BGE 129 III 35 aus dem Verbot des sittenwidrigen Verhaltens hergeleitet wurde. Was mich in Unruhe versetzte, war die Gleichsetzung von Transport- und Kontrahierungspflicht, wie sie das Bundesgericht vorgenommen hat. Denn bald schon kam mir der Gedanke, dass der Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens sicher entfallen wäre, wenn die Post den Abschluss eines Vertrages zwar verweigert, die zum Versand übergebenen Prospekte aber dennoch, aus Gefälligkeit, transportiert hätte. Ist dieser Gedanke zutreffend, so dachte ich dann weiter, war die Post in Wirklichkeit gar nicht zum Kontrahieren, sondern lediglich zum ordentlichen Transport der Prospekte verpflichtet, wobei sie die Erfüllung der Transportpflicht von der Zustimmung der Versenderin zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrages abhängig machen durfte, nicht aber musste. Und das wiederum führte mich zum Schluss, dass die Pflicht, die von der Post verletzt wurde, auf einer Ebene ausserhalb des Kontrahierungszwanges und somit anderswo anzusiedeln wäre, als das Bundesgericht es getan hat, um die Unrechtmässigkeit des postalischen Verhaltens zu begründen.

Sollte mein Gedankengang richtig sein, so könnte auch auf BGE 129 III 35 zutreffen, was JAMES GORDLEY gesagt hat: „That courts are often right and their opinions worthy of respect independently of the judges’ reasoning.“<sup>25</sup> Darauf im Näheren einzutreten, meine Gedanken zu verifizieren oder mich gar mit der allgemeinen Theorie von der Kontrahierungspflicht anzulegen, würde jedoch den Zweck eines Vorwortes sprengen, das zwar dazu bestimmt ist, *vor* dem „Wort“ zu stehen, inhaltlich aber *hinter* das „Wort“ zurück zu treten hat. Gemessen an diesem Zweck, habe ich ohnehin zu viel gesagt, obwohl ich nur wenig zu sagen hatte. Das Letztere zuzugeben fällt mir leicht, da ich mit meiner Denkweise zu verschieden bin von den drei Autoren, um mit ihnen wetteifern zu wollen. „Bei menschlichen Beziehungen ist ja die Ähnlichkeit oft der Punkt, wo Unterschiede am stärksten wirken. Sie ist das, was in vielen Fällen einer Rivalität ihre Schärfe verleiht“.<sup>26</sup> Sollte die Studie auf die Ablehnung ähnlich Denkender stossen, so wäre dies mit zu berücksichtigen.

\*

korr. Furl. 20.2.2007

---

<sup>25</sup> Vgl. oben im Text.

<sup>26</sup> PAUL BROKS, *Ich denke, also bin ich tot. Reisen in die Welt des Wahnsinns*, München 2004, S. 197.