

Publiziert in: ZSR 128 (2009), Bd. I, S. 215 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[215]

Ein «regelrechter» Schluss

Abschiedsvorlesung von Peter Gauch*

Sehr verehrte Damen und Herren

1. *«Rasche Abschiede sind unliebevoll, und lange sind unerträglich»*. Der Satz stammt von ROBERT WALSER.¹ Ich werde ihn beherzigen. Denn wie könnte ich lieblos sein oder gar unerträglich: ausgerechnet Ihnen gegenüber, die Sie mir zuliebe gekommen sind?

Ich danke Ihnen für die Zeit, die Sie sich nehmen, um mir zuzuhören, und dies in einer Zeit, in der niemand mehr Zeit hat. Den Autoritäten danke ich, den Kolleginnen und Kollegen, meinen Angehörigen, den Freunden, den Kumpanen meiner Maturaklasse², den derzeitigen und ehemaligen Doktoranden, Assistierenden und Studierenden. Überhaupt allen danke ich, die Sie mir ein so prächtiges Abschiedspublikum bereiten. Ich bin zutiefst gerührt, dass Sie alle da sind.

Manche, die ebenfalls hier wären, fehlen allerdings, weil sie im Bahnhof Zürich oder etwas später in der Eisenbahn stecken blieben. Auch ihnen danke ich, dass sie sich auf den Weg nach Freiburg gemacht haben. Obwohl «der Weg das Ziel» ist, wäre es mir doch lieber gewesen, sie hätten das Ziel erreicht, statt an einem Fahrleitungsbruch zu scheitern. Dann hätten sie auch die freundlichen Begrüßungsworte des Dekans gehört, die mich ermutigen, mit meiner Abschiedsvorlesung zu beginnen. Und genau das will ich jetzt tun; sonst gäbe es nur solche, die zuhören, und keiner, der spricht, gerade umgekehrt wie in vielen andern Vorträgen. [216]

Die Suche nach einem Thema

2. *Natürlich habe ich mich vorbereitet, da ich einen guten Eindruck hinterlassen möchte*. Ob mir das gelingt, hängt auch von Ihrem Wohlwollen ab, das ich zumindest in einem Punkt zu strapazieren gedenke. Ich werde Personenbezeichnungen wie «Richter», «Professor» oder «Kollege» grundsätzlich nur in ihrer maskulinen, aber generisch verstandenen Form verwenden, die vom Sexus her die Frauen einschliesst. Das ist gewiss eine Todsünde. Und Sie können erahnen, wie ungern ich diese Sünde begehe, war ich doch der Doktorvater der Berner Professorin SUSAN EMMENEGGER, die mit ihrer Freiburger Dissertation zur feministischen

* Dr. iur., Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg/Schweiz. Die Abschiedsvorlesung fand am 26. März 2009 in der Aula Magna der Universität Freiburg statt. Für die gedruckte Version wurde der Text leicht bearbeitet, mit Zwischentiteln versehen und da und dort mit Anmerkungen angereichert.

¹ ROBERT WALSER, Jakob von Gunten, Suhrkamp Taschenbuch, Zürich/Frankfurt am Main 1985, S. 133.

² Mit ihnen hatte ich das tägliche Internatsbrot der Klosterschule Engelberg geteilt, weshalb sie meine «Cum-Pane» geworden sind.

Kritik des Vertragsrechts³ eine nachhaltige Bresche in die männlich dominierte Jurisprudenz geschlagen hat. Einmal hat mich SUSAN EMMENEGGER (aus Versehen oder absichtlich) sogar als Doktormutter bezeichnet.

Was Sie, verehrte Damen und Herren, aber kaum erahnen können, das ist die Mühe, die es mir bereitet hat, ein geeignetes Thema für meinen Abschied zu finden. Vielerlei Möglichkeiten gingen mir durch den Kopf, z.B. auch «das lebenslange Werkvertragsrecht», «die Deliktshaftung in den Kleidern der Vertrauenshaftung», «das Verhältnis zwischen den Unter- und Oberverträgen» oder «die Evolution des Verjährungsverzichts in der postmodernen Privatrechtsgesellschaft». Diese und weitere Themen habe ich schon nach kurzem Nachdenken verworfen, weil sie mir für eine Abschiedsvorlesung als unpassend erschienen oder mich überfordert hätten.

Längere Zeit des Nachdenkens verwandte ich dagegen auf ein Thema, das ich unter dem Titel «*Hunde, Esel und Leoparden*» präsentieren wollte. Besorgte Freunde rieten mir aber davon ab, mit «Hunden, Eseln und Leoparden» auf- und abzutreten, da ein solcher Titel leicht den Eindruck erwecken könnte, ich hätte im fortgeschrittenen Alter den Sinn für die Ernsthaftigkeit der Jurisprudenz verloren. Selbst mein Vorschlag, auch noch die MÖWE JONATHAN einzubeziehen, vermochte die Besorgnis der Besorgten nicht zu zerstreuen. Im Gegenteil, die Freunde glaubten, die MÖWE JONATHAN, der das Fliegen wichtiger war als das Futter,⁴ könnte als hintergründige Anspielung auf das Verhältnis zwischen der hochfliegenden Theorie und der erdgebundenen Praxis missverstanden werden. So liess ich auch dieses Thema fallen, wengleich die Tiere ein exzellentes Beispiel für die paradoxe Weisheit des modernen Gesetzgebers abgeben, der im neu eingefügten Art. 641a ZGB erklärt hat, dass Tiere zwar keine Sachen, grundsätzlich aber doch den Vorschriften über die Sachen unterworfen sind. [217]

Hunde, Esel und Leoparden

3. *Obwohl ich also das Thema mit den Tieren fallen liess*, erlaube ich mir, gewissermassen zu meiner Rechtfertigung, in der gebotenen Kürze auszuführen, warum ich überhaupt auf die Hunde, den Esel und die Leoparden gekommen bin.

a. *Vorweg zu den Hunden*. Sie führen mich zurück in die Zeit, da ich als blutjunger Professor versucht habe, das zu werden, was ich gerade geworden war. Damals erhielt ich die Einladung zum ersten Vortrag, der mich über Freiburg hinausbringen sollte, zwar nur nach Bern, aber immerhin. Eingeladen hatten mich die dortigen Fürsprecher. Und so sprach ich denn im Bahnhofbuffet Bern (das es damals noch gab) über die Errichtung eines Bauwerks durch mehrere Unternehmer. Natürlich war ich aufgeregt, namentlich als der geniale Professor MAX KUMMER eine Anschlussfrage stellte, die ich nicht zu beantworten vermochte. MAX KUMMER, ein Mann, der sich nichts mehr zu beweisen hatte, sah über meine Hilflosigkeit hinweg. Nach dem Vortrag nahm er mich jedoch beiseite und sagte zu mir: «Junger Kollege, ich rate Ihnen, es mir gleich zu tun: Verlassen Sie die Jurisprudenz; züchten Sie Windhunde statt Obligationen; das Leben wird es Ihnen danken!»

Den Ratschlag habe ich nicht befolgt, schon weil ich als griechisch ausgebildeter Benediktinerschüler das Bild des armen ARGOS, «dieses auf den Mist geworfenen Hundes des ODYSSEUS»,⁵ vor Augen hatte. Vor allem aber lag es mir daran, mich nicht so früh schon um die akademischen Früchte meiner Habilitationsschrift zu bringen, die mich immerhin drei Jahre meiner sonst unbeschwerten Jugend gekostet hatte. Folglich bin ich bei meinen Obliga-

³ SUSANNE EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Diss. Freiburg 1999, AISUF Band 177.

⁴ Vgl. dazu bereits meinen Geburtstagsbrief («Argumente») für WOLFGANG WIEGAND, *recht* 2000, S. 96 f.

⁵ JORGE LUIS BORGES, *Die Bibliothek von Babel*, Reclam Taschenbuch, Ditzingen 2006, S. 13.

tionen geblieben. Ob dieser Entscheid der richtige war, vermag ich heute nicht zu beurteilen, da ich nicht weiss, was aus mir und den Hunden geworden wäre, wäre ich ein Hundezüchter geworden. Jeder kennt ja nur den eigenen Weg, nicht auch den Weg der andern, mag ihm der Weg der andern auch als der bessere erscheinen.

Seit meine Ehefrau einen Hund (er heisst FINBAR und ist ein Barbet)⁶ in den gemeinsamen Haushalt eingebracht hat, weiss ich allerdings, dass der Umgang mit Hunden eine komplizierte Angelegenheit ist: so kompliziert, dass mir trotz ehelicher Pflichtlektüre eines Lehrbuches über die Hundeerziehung⁷ immer wieder gravierende Erziehungsfehler unterlaufen. Das sind dann die Momente, [218] in denen ich mich gerne in die Jurisprudenz zurückziehe, an deren Kompliziertheit ich mich im Laufe meines Lebens gewöhnt habe. Und das wiederum bringt mich jetzt von den Hunden zum Esel, oder genauer: zur Geschichte um des Esels Schatten.

b. *Die Geschichte um des Esels Schatten* wurde vom antiken Redner DEMOSTHENES den alten Athenern erzählt, dann (im 18. Jahrhundert) von WIELAND nacherzählt und schliesslich (in der Mitte des letzten Jahrhunderts) von DÜRRENMATT zu einem Hörspiel verarbeitet. Ich halte mich an die Version von FRIEDRICH DÜRRENMATT.⁸ Danach trägt sich das Folgende zu:

Ein Zahnarzt (namens Struthion), wohnhaft in der altgriechischen Stadt Abdera, mietet einen Esel für einen Tagesritt zu einem zahnleidenden Patienten. Alles geht gut, bis der Zahnarzt in der Mittagshitze vom Esel steigt, um sich in den Schatten des Esels zu setzen. Kaum sitzt er im Schatten, entsteht ein Forderungsstreit. Der Vermieter und Eseltreiber (namens Anthrax) verlangt eine zusätzliche Vergütung für den Schatten; denn vermietet habe er den Esel, nicht auch den Schatten; das eine sei der Esel, das andere sei sein Schatten. Der Zahnarzt jedoch bestreitet die Mehrforderung: Er habe den Esel samt dem Schatten gemietet; der Schatten gehe mit dem Esel; so dürfe er sich ohne zusätzliche Vergütung in des Esels Schatten setzen. Da Vermieter und Mieter sich nicht einigen können, kehren sie in die Stadt zurück. Dort kommt es zum Prozess; aus dem Prozess wird ein Politikum und aus dem Politikum ein Bürgerkrieg. Schuld daran sind auch die Anwälte, über die DÜRRENMATT den Richter sagen lässt: Solange «keine Advokaten herumschleichen, gibt es einen guten Frieden».

Auch wenn der Ausgang dieser Streitgeschichte dramatisch überhöht wird, so ist doch der Inhalt des Streites nicht ganz untypisch für die Absonderlichkeit der Rechtsfragen, mit denen wir Juristen uns oft herumschlagen. Hätte ich das tierische Thema, das ich nicht gewählt habe, tatsächlich gewählt, so käme ich jetzt auf aktuelle Streitfälle zu sprechen, die dem antiken Streit um des Esels Schatten in nichts nachstehen. Anschliessend würde ich darlegen, wie die antike Eselei nach Massgabe des schweizerischen Vertragsrechts zu lösen wäre, selbstverständlich nicht ohne die Hilfe des geltenden Mietrechts, der gängigen Auslegungsprinzipien, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der einschlägigen Kommentare, die sich oft wie die Beipackzettel zu Medikamenten lesen. Insbesondere unter Beizug des Vertrauensprinzips würde ich beweisen, mich aber nicht dabei behaften lassen, dass der Zahnarzt rechtlich im Rechte ist. Dieser Nachweis bräuchte allerdings sehr viel Zeit; so viel Zeit bräuchte er, dass ich auf die Leoparden verzichten müsste, was jammerschade wäre; denn die

⁶ In einer landläufigen Vorlesung würde hier FINBAR auf einer Leinwand erscheinen. Nachdem ich in der Entwicklung meines Vortragsstils die PowerPoint-Ära übersprungen habe, erscheint FINBAR aber nicht.

⁷ MARK SCHEEBARTH, *Hundeerziehung leicht gemacht*, Verlag Books on Demand, Norderstedt 2007. Der Verfasser scheint ein Rechnungsprüfer zu sein. Im Impressum schreibt er jedenfalls: «Dieses Buch wurde sorgsam erarbeitet. Alle Angaben, Hinweise und Empfehlungen erfolgen jedoch ohne Gewähr. Der Autor kann somit keine Haftung für etwaige Schäden oder Nachteile übernehmen.»

⁸ Veröffentlicht in FRIEDRICH DÜRRENMATT, *Herkules und der Stall des Augias/Der Prozess um des Esels Schatten*, Griechische Stücke, Diogenes Verlag, Zürich 1998.

Leoparden würden es mir gestatten, auch FRANZ KAFKA in den Vortrag einzuführen, [219] der (ähnlich wie NIKLAS LUHMANN) in keinem ernst zu nehmenden Vortrag fehlen darf.

c. «*Leoparden*», so heisst es in einem Fragment von FRANZ KAFKA, «Leoparden brechen in den Tempel ein und saufen die Opferkrüge leer; das wiederholt sich immer wieder; schliesslich kann man es zum Voraus berechnen und es wird Teil der Zeremonie».⁹

Was KAFKA mit dieser Metapher erzählen wollte, ist umstritten. In die Gegenwart übertragen, ergäbe die Leopardengeschichte aber ein treffendes Bild für die Umstände rund um die herrschende Finanzkrise. Damit will ich freilich nicht mit den Fingern auf einzelne Akteure zeigen, die in den Tempel eingebrochen sind. Woran mir liegt, ist lediglich die Feststellung, dass die Vorgänge und Verhaltensweisen, die zur Krise führten, von den jeweiligen Rechtssystemen gefördert oder zumindest geduldet wurden. Insofern waren sie Teil der Zeremonie. Und insofern haben auch die Juristen zur Krise beigetragen. Sie haben die juristische Verkleidung geliefert, in der die Leoparden zu den Opferkrügen vorgedrungen sind, bis das Tempelsystem implodierte. Von den Ökonomen will ich gar nicht erst reden. An ihre Adresse hatte meine leider so früh verstorbene Zürcher Kollegin MARIE THERES FÖGEN bereits im Januar 1998 geschrieben: «Vielleicht wird der nächste Topos lauten, dass nicht alles, was ökonomisch rational ist, deshalb auch richtig ist.»¹⁰ Wie Recht sie doch hatte!

Regelrecht, Gerechtigkeit und Regelsinn

4. *Die unselige Finanzkrise*. Unselig, dass auch ich davon gesprochen habe! Aber es ergab sich notgedrungen aus KAFKAS Leoparden und den leer gesoffenen Krügen. Eine viel grössere Freiheit lässt mir glücklicherweise der Titel, unter dem meine Abschiedsvorlesung zu guter Letzt angekündigt wurde. *Ein «regelrechter» Schluss soll es sein*: ein Schluss, wie er den Regeln der akademischen Gebräuche entspricht; aber auch ein Schluss, der mit dem Regelrecht (den Regeln des Rechts) zu tun hat.

Dass mich dieses Regelrecht bis in den «regelrechten» Schluss hinein verfolgt, ist zu verstehen, habe ich mich doch ein Berufsleben lang mit dem schweizerischen Recht beschäftigt, wie es uns in den Regeln des Gesetzes, des Richterrechts und der Lehre entgegentritt. Ob dies im Zeitalter der Globalisierung nicht eine etwas «kleinkarierte» Beschäftigung gewesen sei, wurde ich unlängst gefragt. Mag schon sein, habe ich geantwortet, aber schlimm wäre es nicht, denn schliesslich sei ja auch die Nanoforschung zu einem der wichtigsten Forschungsgebiete geworden. Auch in einem Kaffeelöffel spiegle sich die [220] Sonne, habe ich unter Berufung auf den Architekturhistoriker SIGFRIED GIEDION noch beigefügt.¹¹

Zugeben musste ich freilich, dass die normativen Regeln des Rechts, die aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen, zwar ein «Ordnungskonstrukt», nicht aber das Leben selbst sind, so wenig wie die schattenhaften Figuren im Höhlengleichnis, welche die rückwärts gewandten Betrachter für lebendige Körper hielten. Auch stimmt es, dass die Regeln der Rechtsordnung einen konkreten Fall nie umfassend beurteilen, sondern immer nur nach Massgabe der ausgewählten Elemente, die sie als relevant anerkennen. Dementsprechend bietet das Regelrecht zum vornherein keine immanente Gewähr für Gerechtigkeit. Vielmehr sind alle Regeln, welche die Probleme mit nur ausgewählten Kriterien angehen, schon ihrer Art nach ungeeig-

⁹ Zitiert nach MICHAEL MAAR, *Leoparden im Tempel*, Berenberg Verlag, Berlin 2007, S. 25.

¹⁰ MARIE THERES FÖGEN, in der Neuen Zürcher Zeitung vom 10. Januar 1998.

¹¹ Zitiert nach HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *Die Elixiere der Wissenschaft*, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main 2004, S. 65.

net, einem Problem in allen Beziehungen gerecht zu werden.¹² Mit den Regeln des Rechts verhält es sich diesbezüglich nicht anders als mit den Regeln der modernen Medizin, die den Menschen auch nicht in ihrer Gesamtheit erfassen. Sie berühren nur einen Teil der Wirklichkeit, und diesen Teil auch nur an der Oberfläche.

5. *All das scheint einzuleuchten.* Und doch könnte das, was ich gesagt habe, zu einer mehrfach falschen Annahme verleiten:

a. Falsch wäre erstens *die Annahme, es stünde für alle Zeiten und für alle Kulturen gleichermaßen fest, was «gerecht» und was «ungerecht» ist.* Dagegen sprechen schon die unterschiedlichen Aussagen der vergangenen und gegenwärtigen Gerechtigkeitstheorien. Aber auch die praktischen Auffassungen von «gerecht» und «ungerecht» sind kulturellen und zeitlichen Variationen unterworfen. Gleichwohl bleiben wir Menschen durchaus in der Lage, für unsere Gegenwart und unser kulturelles Umfeld zu formulieren, was wir als «gerecht» und was wir als «ungerecht» empfinden, wobei das Empfinden für das Ungerechte noch stärker ist als das Empfinden für das Gerechte.¹³ «In der Tat würde nie von Recht geredet worden sein, gäbe es kein Unrecht», hat bereits ARTHUR SCHOPENHAUER festgestellt.¹⁴

Indem ich bewusst von «empfinden» gesprochen habe, wollte ich zum Ausdruck bringen, dass «gerecht» und «ungerecht» keine Kategorien ausserhalb der Menschen sind. Vielmehr sind sie Konstrukte des menschlichen Geistes, dessen Vernunft von den Emotionen ebenso beherrscht wird wie umgekehrt. Obwohl jeder Mensch sein eigenes Gerechtigkeitsempfinden hat, ist es jedoch [221] eine uralte Erfahrungstatsache, dass die Wertungen vieler Menschen in vielen Gerechtigkeitsfragen übereinstimmen,¹⁵ wofür die moderne Gehirnforschung gewiss eine naturwissenschaftliche Erklärung bereithält. Partiiell kann es freilich auch anders sein. Das demonstrieren schon die aktuellen Diskussionen um die Sterbehilfe, die vor dem Hintergrund einer unterschiedlich aufgefassten Menschenwürde geführt werden. Dass die Meinungen hierüber auseinander gehen, ist umso verständlicher, als Leben und Tod die zentralsten Themen sind, welche die Menschen seit jeher beschäftigen. Aber auch Fragen, die während langer Zeit still vor sich hinschlummern (wie Managerlöhne, Boni-Zahlungen oder Bankgeheimnis), können plötzlich zum Gegenstand heftiger Gerechtigkeitsdebatten werden. Und was das Strafrecht betrifft, so erschallt nach schrecklichen Verbrechen immer wieder der Ruf nach strengeren Strafen, die angeblich «gerechter» wären.¹⁶ Demgegenüber weisen besonnene Stimmen darauf hin, dass eine Verschärfung der Strafen kaum etwas zur Vermeidung der Straftaten beitragen würde, ganz abgesehen davon, dass man die einzelnen Taten nicht isoliert von der Gesellschaft betrachten dürfe, in der sie begangen werden.

b. Falsch wäre zweitens auch *die Annahme, die Normen des geltenden Regelrechts böten wenigstens insoweit eine Garantie für Gerechtigkeit, als man nur die geregelten Tatbestände in Betracht zieht,* nicht auch die tatsächlichen Lebenssachverhalte. Wäre eine Gerechtigkeit dieser reduzierten Art garantiert, so wäre Regelrecht, bezogen auf die geregelten Tatbestände,

¹² Vgl. bereits meinen Beitrag (Juristisches Denken. Wie denken Juristen?) in der Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel/Genf/München 2004, S. 177.

¹³ Vgl. auch ERIC HILGENDORF, Recht durch Unrecht? Interkulturelle Perspektiven, JuS (Juristische Schulung, München/Frankfurt am Main) 2008, S. 761 ff.

¹⁴ ARTHUR SCHOPENHAUER, Die Welt als Wille und Vorstellung, Leipzig 1819, S. 488.

¹⁵ Vgl. ERIC HILGENDORF (Fn. 13), S. 766.

¹⁶ «Die Knochenerweichung ist eine Krankheit unserer Zeit. Wir müssen wieder hart werden», schrieb der Jurist ADOLF BAUMBACH schon 1928 in die Deutsche Juristen-Zeitung 1928 (S. 42).

immerzu «gerechtes» (und insofern «richtiges») Recht. Das aber dürfte kaum jemand behaupten, auch nicht für das Regelrecht eines Rechtsstaates. Um von den Beispielen einer «regelrechten» Unausgewogenheit, die mir in den Sinn kommen, nur ein einziges herauszunehmen, will ich bei den Arbeitnehmern des Personalverleihs anknüpfen, weil deren Befindlichkeit sich dem Erfahrungsbereich der juristischen Elite im Allgemeinen entzieht.

Diese Arbeitnehmer der Verleihfirmen werden von den Einsatzbetrieben mit Vorliebe als «arbeitstechnische Manipuliermasse» eingesetzt, worauf das Gesetz Rücksicht nimmt. Bei unbefristeten Einsätzen gestattet es dem Verleiher, den Arbeitsvertrag in den ersten drei Monaten der ununterbrochenen Anstellung mit einer terminlosen Kündigungsfrist von nur zwei Tagen und in den folgenden drei Monaten mit einer Frist von nur sieben Tagen zu kündigen.¹⁷ Nicht auszudenken, welche Bedrohung dies für einen Arbeitnehmer (namentlich einen Arbeitnehmer mit Familie) bedeuten kann, auch wenn er über ein gleiches [222] Kündigungsrecht verfügt! Einem davon, den ich persönlich kenne, wurde auf den übernächsten Tag gekündigt, weil und nachdem er sich für eine eintägige Untersuchung in das Spital begeben musste.

Ein Einzelfall sei diese Geschichte mit dem Spital und der Kündigung, wurde mir in einer Diskussion entgegengehalten. Zutreffend ist, dass es sich um eine Alltagsgeschichte handelt, so alltäglich, dass sie in den dogmatischen Lehrbüchern der Jurisprudenz kaum je erzählt wird. Aber gerade im Alltag, nicht in den Büchern der Rechtsdogmatik, zeigt die Wirklichkeit ihr Gesicht. Und ob das Recht sich bewährt oder nicht, das zeigt sich am Schicksal des Einzelnen.¹⁸ Warum, so frage ich mich, gibt es in der Schweiz noch kein universitäres Forschungsinstitut, das sich ganz und gar mit der Rechtswirklichkeit im Alltag befasst? «Geh auf die Strasse, schau in die Gesichter, siehst du, das ist ein Thema für dich», hat ORHAN PAMUK, den Kolumnisten geraten:¹⁹ Ein Ratschlag, der sich auch auf die rechtswissenschaftliche Forschung übertragen liesse.

c. Falsch wäre drittens *die Annahme, der Sinn des Regelrechts sei in den Regeln selbst enthalten*, sodass die rechtlichen Normen einen von der Auslegung losgelösten (ihr vorgelagerten, präexistierenden) Sinngehalt hätten. Dieser Vorstellung war ich selber über lange Zeit hinweg verhaftet, auch was die Auslegung durch die Gerichte betrifft. Zwar habe ich nie angenommen, Sinn und Zweck der gesetzlichen Normen würden sich den Richtern von selbst eröffnen. Doch war ich der Meinung, der Sinn des Gesetzes werde von den auslegenden Gerichten vorgefunden, ans Licht gezogen und für den jeweiligen Gebrauch entschleiert.²⁰ Erst später kam ich zur Einsicht, dass die richterliche Gesetzesauslegung nichts anderes ist als *Sinngebung*. Nicht Findung ist sie, sondern *Erfindung*, mag man auch von richterlicher «*Rechtsfindung*» sprechen.

Verhält es sich aber so wie beschrieben, so ist das Gesetz, das ein Gericht zur Anwendung bringt, nicht das Gesetz an sich, sondern ein Gesetz, das der richterlichen Sinngebung ausgesetzt war.²¹ Damit will ich keineswegs bestreiten, dass die Gerichte nach Art. 1 Abs. 1

¹⁷ Art. 19 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989.

¹⁸ ROLF LAMPRECHT, *Die Lebenslüge der Juristen*, Spiegel Buchverlag, Hamburg 2008, S. 11.

¹⁹ ORHAN PAMUK, *Das schwarze Buch*, Fischer Taschenbuch, 12. Aufl., Frankfurt am Main 1997, S. 102.

²⁰ Formulierung in Anlehnung an eine Passage bei MICHEL FOUCAULT, *Die Ordnung des Diskurses*, Fischer Taschenbuch, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1991, S. 58.

²¹ Dies ist eine Paraphrase von WERNER HEISENBERGS berühmter Aussage, wonach 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» (WERNER HEISENBERG, *Physik und Philosophie*, Frankfurt

des schweizerischen Zivilgesetzbuches an das Gesetz gebunden sind. Gebunden sind sie jedoch nur an das *ausgelegte* Gesetz. Und Auslegung des Gesetzes bedeutet, wie gesagt, Sinngebung. Wie könnte es auch anders sein? Die geschriebene Sprache, derer sich auch das Gesetz [223] bedient, vermag für sich allein nichts aufzuzeigen als geschriebene Sprache.²² «Verbis igitur nisi verba non discimus»: über Wörter lernen wir nichts als Wörter, hat schon der heilige AUGUSTINUS (354 bis 430) gelehrt,²³ lange bevor FERDINAND DE SAUSSURE geboren wurde. Ähnlich verhält es sich auch mit den Bildern der Malkunst, von denen SAMUEL BECKETT sagt, dass sie so, wie sie zunächst da sind, «sinn-los» sind: eine schiere Komposition von Linien und Farben, die auf die Augen warten, welche sie «mit Leben befrachten».²⁴ Dem bleibt lediglich beizufügen, dass schon die Bilder der Bilder samt ihren Linien und Farben in den Köpfen der Betrachter entstehen, gleich wie die Bilder der Sprachzeichen, die den Wortlaut des Gesetzes vermitteln.

Richter, Gesetz und Rechtswissenschaft

6. *Die Aussage, wonach die Richter, die das Gesetz auslegen, den Sinn des ausgelegten Gesetzes erfinden*, ist eine Deskription, ähnlich der Beschreibung des Biophysikers HEINZ VON FOERSTER, wonach das vermeintlich Gegebene eine Erfindung der Menschen ist.²⁵ Diese Deskription wird zwar viele Juristen beunruhigen. Auch widerspricht sie der Auffassung von MONTESQUIEU, der gemeint hat, der Richter sei nur der Mund des Gesetzes: «la bouche qui prononce les paroles de la loi».²⁶ Trotzdem ist sie richtig.²⁷ Und sie unterstreicht die hervorragende Bedeutung der Gerichte. HANS PETER WALTER hat den Richter geradezu als «König» (als «Richterkönig») bezeichnet,²⁸ allerdings zu einer Zeit, da er selber noch Bundesrichter war. Ob sich an seiner Einschätzung etwas geändert hat, seitdem er in Bern lehrt, statt in Lausanne zu richten, vermag ich nicht zu beurteilen. Tatsache aber ist: [224]

am Main/Berlin/Wien 1981, S. 60 f.).

²² Vgl. DAVID LODGE, *Das Handwerk des Schreibens*, List Taschenbuch, Berlin 2003, S. 62.

²³ AUGUSTINUS, *De Magistro Liber Unus*, XI. 36.

²⁴ SAMUEL BECKETT, *Das Gleiche nochmals anders*, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main 2000, S. 22.

²⁵ Vgl. HEINZ VON FOERSTER/BERNHARD PÖRKEN, *Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners: Gespräche für Skeptiker*, Carl-Auer-Systeme Verlag, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 25 f. Diese Beschreibung hat notabene auch Eingang in die Romanliteratur gefunden. So lässt z.B. IRVIN D. YALOM (*Und Nietzsche weinte*, Taschenbuch Piper Verlag, 7. Aufl., München 2004, S. 306) den Nietzsche sagen: «Wir erfinden das, was wir erleben, und was wir erfinden, können wir auch zerstören.» Und etwas später entgegnet dessen Gesprächspartner Doktor Breuer: «Selbst wenn wir die Wirklichkeit erfinden, ist unser Geist so beschaffen, dass er noch diese Tatsache vor uns verschleiert.»

²⁶ Aus dieser Meinung (MONTESQUIEU, *De L'esprit des Loix*, Genève 1748, Livre Onzième, Chapitre VI) hat sich im Laufe der Geschichte die Vorstellung eines rein logischen Justizsyllogismus entwickelt (UWE WESSEL, *Geschichte des Rechts*, 3. Aufl. München 2006, Nr. 267, S. 418), der seinerseits so etwas wie einen «regelrechten» Schluss darstellt.

²⁷ Genauer: Ich halte sie für richtig, weil ich keine einsichtigen Gegengründe erkenne. Oder soll etwa das Gehirn des Menschen, das «unsere Sicht der Welt auf höchst kreative Weise erschafft» (PASCAL WALLISCH, *Gehirn & Geist* Nr. 5/2009, S. 40), plötzlich anders funktionieren, wenn es um die Auslegung eines Gesetzes geht?

²⁸ Vgl. HANS PETER WALTER, *Der Richterkönig: Eine landläufig verkannte Rechtsfigur*, in: *Rechtsfiguren*, K(I)eine Festschrift für PIERRE TERCIER, Zürich/ Basel/Genf 2003, S. 15 ff.

Der Gesetzgeber beherrscht das Gesetz nicht länger, als bis es in Kraft getreten ist. Dann geht die faktische Herrschaft auf die Gerichte über, die das Gesetz auslegen und durch Lückenfüllung ergänzen.²⁹ Aber nicht nur das! Es sind die Gerichte, die das ausgelegte oder durch Ergänzung gewonnene Regelrecht auf den konkreten Sachverhalt anwenden, der (wie JÖRG PAUL MÜLLER es einmal formuliert hat) «ebenso einem Interpretationsprozess» unterliegt «wie die Norm, deren Anwendung erwogen wird».³⁰

Diese starke Stellung, die den Gerichten auch in unserem «regelrechten» Rechtssystem (nicht nur in den Systemen des Case Law) zukommt, überbürdet den Richtern eine grosse Verantwortung. Und sie verlangt nach einer Rechtsprechung, welche die einzelnen Entscheide nachvollziehbar begründet,³¹ auch wenn die Urteilsprüche unausweichlich vom Vorverständnis der Richtenden, ihren Positionskämpfen, ihren Emotionen und von andern subjektiven (rationalen und prärationalen) Elementen mitbestimmt sind. In der Plausibilität der Begründung, die sich bezüglich der Gesetzesauslegung an die anerkannten Argumente hält, und in der Überzeugungskraft der Ergebnisse liegt der Schlüssel für die gesellschaftliche Akzeptanz der Urteile.³² Zu den Aufgaben der Rechtswissenschaft dagegen gehört es, dogmatische Entscheidungshilfen zu liefern, aber auch, die Begründung und das Ergebnis der jeweiligen Entscheide kritisch zu hinterfragen. Diese Aufgaben vermag die Rechtswissenschaft zwar nicht losgelöst von den Menschen zu erfüllen, die sie betreiben, und deren innere Identität in gleicher Weise in das wissenschaftliche Arbeiten einfließt wie jene der Richter in die Rechtsprechung. *Glaubwürdig* kann die Rechtswissenschaft ihre Aufgaben aber nur so lange erfüllen, als sie sich nicht an ergebnisinteressierte Sponsoren oder sonstige Interessenkreise «verkauft». Das bleibt namentlich auch dann zu beachten, wenn die Universitäten dazu übergehen, die Jurisprudenz vermehrt dem Gebote der Selbstfinanzierung zu unterwerfen.

7. Dass auch ich die Entscheide der Gerichte bisweilen kritisiert habe, war Teil meiner wissenschaftlichen Aufgabe. Sogar einige Entscheide des Bundesgerichts habe ich kritisiert, jene über den angeblich zwingenden Charakter des Art. 404 OR bis hin zur Erschöpfung. Die meisten Entscheide, die ich las, fand ich freilich überzeugend, namentlich solche, die mich zustimmend zitierten. [225]

Besonders mutig und zugleich überzeugend fand ich den neueren Entscheid über den Schadenersatzanspruch für die Unterhaltskosten eines ungeplanten Kindes, die durch eine mit dem Arzt vereinbarte (dann aber vertragswidrig unterlassene) Sterilisation hätten vermieden werden sollen.³³ Dass auch derartige Kosten ein ersatzfähiger Schaden im Rechtssinne sind, wurde von der ersten Zivilkammer mit eindrücklicher Sorgfalt begründet.

Umso mehr erstaunt mich die Leichtigkeit, mit der sich die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung in einem kürzlich publizierten Urteil zu einer äusserst relevanten Frage des Ver-

²⁹ Im gleichen Sinne auch MARIE THERES FÖGEN, *Das Lied vom Gesetz*, München 2007. Auf S. 35 schreibt sie: Die Gewaltenteilung «verwehrt der legislativen Gewalt den postnatalen Zugriff auf ihr Produkt. ... Einmal in die Welt gesetzt, erfreut sich das Gesetz der exklusiven Pflege und Obhut der Justiz. Sie allein sagt, was das Gesetz des Gesetzgebers sagt».

³⁰ JÖRG PAUL MÜLLER, *Jurisprudenz – eine Wissenschaft?*, VSH-Bulletin (Bulletin der Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten) Nr. 4, November 2000, S. 10.

³¹ Nach JÖRG PAUL MÜLLER, a.a.O., S. 9, ist «die Zumutbarkeit oder Konsensfähigkeit von Auslegungsergebnissen ... ein elementares demokratisches Postulat».

³² Vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, a.a.O., S. 9.

³³ BGE 132 III 359 ff.

tragsrechts geäußert hat. In den Erwägungen dieses Entscheides wird ohne überzeugende Gründe und unbekümmert um die fallübergreifenden Konsequenzen erklärt, dass die in einem öffentlichen Submissionsverfahren eingereichten Angebote, auch wenn sie einen Vertrag des Privatrechts betreffen, «technisch» noch keine Offerten zum Vertragsabschluss seien.³⁴ Eine solche Betrachtungsweise widerspricht nicht nur dem Verständnis der beteiligten Parteien, sondern auch einer seit Jahrzehnten gefestigten Lehre und Praxis, auf die das Gericht keinen Bezug nimmt. Damit will ich freilich nicht zum vornherein ausschliessen, dass der konkrete Fall im Ergebnis richtig entschieden wurde. Denn in der Tat ist es so, wie JAMES GORDLEY es ausgedrückt hat: «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.»³⁵ Das wiederum dispensiert die Gerichte aber nicht von einer vorsichtigen Abwägung ihrer Argumente, die namentlich dann, wenn sie von einem höchsten Gericht publiziert werden, ein autoritatives Eigenleben entfalten. Nicht selten mutieren sie sogar zu Textbausteinen, die sich in immer wieder neue Urteilstexte einfügen.

8. *Wenn ich mein berufliches Wirken, wie ich es getan habe, der Wissenschaft zurechne, so mag dies vielleicht überheblich klingen.* Doch bin ich mir einerseits bewusst, dass mein Eifer viel grösser war als das, was ich wissenschaftlich bewirkt habe. Wie könnte es auch anders sein in meinen «Forschungsgebieten», die mir (um nochmals KAFKA zu zitieren) auf weite Strecken hin «schon von tausenden Mäulern vorgekaut» waren?³⁶

Andererseits ist mir bekannt, dass es einen endlosen Streit darüber gibt, ob die Rechtswissenschaft überhaupt eine Wissenschaft ist. Darauf einzutreten aber lohnt sich nicht. Denn wäre die Rechtswissenschaft (ähnlich wie die Parfümerie) nur eine Kunst, dann bliebe immer noch die tröstliche Gewissheit, dass [226] Kunst und Wissenschaft sich auf einer höheren Ebene treffen.³⁷ Vor allem aber bliebe es dabei, dass zumindest unser Gesetzgeber den hohen Wert der Rechtswissenschaft anerkennt, indem er die Gerichte in Art. 1 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches explizit anweist, unter anderem auch der bewährten Lehre zu folgen.

Welche Rechtslehre «bewährt» ist, das entscheiden die Gerichte freilich selber. Liest man die Urteile des Bundesgerichts, so kommt einem bisweilen der Verdacht, dass unser höchstes Gericht zur «bewährten» Lehre schon solche Literaturstellen zählt, die nichts anderes beinhalten als eine echoartige Wiedergabe der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Für derartige Echos besteht jedenfalls eine gute Chance, dass sie in einem späteren Urteil des Bundesgerichts als zustimmende Lehrmeinung figurieren. Auf diese Weise entsteht dann ein Zitatenzirkel. Und es wäscht die eine Hand die andere.

Die Menge des Publizierten

9. *Abschwächend möchte ich nun aber sofort beifügen, dass meine Beobachtung eine äusserst beschränkte ist,* da ich bei Weitem nicht sämtliche Urteile lese, die das Bundesgericht publiziert. Die Menge seiner publizierten Urteile hat sich ohnehin noch um ein Vielfaches vermehrt, seitdem das Bundesgericht praktisch alle seine Entscheide ins Internet stellt. Wollte ich

³⁴ BGE 134 II 297 ff. (insbes. E. 4.2). Ausführlich und kritisch dazu: MARTIN BEYELER, Angebot oder Nichtangebot, *recht* 2009, S. 34 ff.

³⁵ JAMES GORDLEY, The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage, *European Review of Contract Law* 2005, S. 170.

³⁶ FRANZ KAFKA, Brief an den Vater, Vitalis Verlag, Prag 1996, S. 59.

³⁷ Vgl. TOM ROBBINS, Pan Aroma, Rowohlt Taschenbuch, Reinbek bei Hamburg 1985, S. 294, betreffend die Parfümerie.

alle diese Entscheide lesen, so wäre ich Tag und Nacht mit dem Bundesgericht beschäftigt; die Tage gingen verloren, und die Nächte auch, ohne dass ich je zu einem Ende käme. So erginge es auch den Anwälten, die vor lauter Lektüre keine Zeit mehr hätten, verrechenbare Stunden zu produzieren. Dann aber würde der Anwaltsstand und mit ihm eine tragende Säule unseres Rechtssystems aus dem Rechtsleben verschwinden, wie einstmals die Dinosaurier vom Erdboden verschwunden sind. Eine Katastrophe wäre das! Um sie zu vermeiden, hat die erste zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in weiser Einsicht entschieden, dass ein Anwalt für seinen jeweiligen Tätigkeitsbereich nur jene Urteile des höchsten Gerichtes kennen müsse, die zusätzlich zur elektronischen Publikation noch in der Papierform der amtlichen Sammlung erscheinen.³⁸

Seit diesem Entscheid, der vor kurzem ergangen ist, gibt es nun zwei Kategorien veröffentlichter Bundesgerichtsentscheide: einerseits die «kennenswerten» auf Papier, und andererseits die viel grössere Zahl der nur elektronisch publizierten. Wer einen Fall mit einem Urteil der zweiten (papierlosen) Kategorie verliert, kann sich fortan damit trösten, dass das Urteil zwar publiziert wird, aber nicht «kennenswert» ist. Das wird so lange möglich sein, als es überhaupt noch eine amtliche Papiersammlung der Bundesgerichtsentscheide gibt, die eine solche Unterscheidung erlaubt. Für die ältere Generation der Juristen ist [227] ein juristisches Leben ohne diese Sammlung gewiss undenkbar. Die elektronisch aufgewachsene Junggeneration benutzt sie aber schon heute nicht mehr. Ein Vertreter dieser Generation, den ich zum Erwerb einer fast gratis angebotenen Entscheid-Sammlung ermunterte, hat meine Anregung rundweg verworfen, weil er keinen Platz für Altpapier in Buchform habe. Die Art, wie er sich ausdrückte, war äusserst despektierlich.³⁹ Der Kerl hätte ja einfach sagen können, für ihn sei die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide wie eine Sammlung von Schmetterlingen: er schaue sie höchstens an, aber nicht hinein. Das hätte ich anstandslos hingenommen. Denn erstens liebe ich Schmetterlinge, und zweitens weiss ich, dass schon die geringste Änderung der Rechtsprechung die allergrössten Auswirkungen haben kann, was seit der Chaostheorie gemeinhin als «Schmetterlingseffekt» bezeichnet wird.

10. *Noch umfangreicher als die publizierte Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die publizierte Rechtsliteratur.* Sie hat sich buchstäblich zu einem Massenphänomen entwickelt. Zwar bestehen sämtliche Publikationen, «wie verschieden sie auch sein mögen, aus den gleichen Elementen: dem Raum, dem Punkt, dem Komma [und den] Lettern des Alphabets».⁴⁰ Die möglichen Kombinationen dieser Elemente scheinen aber so unbegrenzt zu sein wie das Universum, was dauernd neue Publikationen hervorbringt. Wie viele Leser die vielen Publikationen allerdings haben, ist völlig ungewiss. In einem Altersroman von PHILIP ROTH wird sogar behauptet, dass «genau genommen niemand irgend jemanden» lese.⁴¹

Sollte diese Behauptung tatsächlich stimmen, so widerspräche es einem haushälterischen Umgang mit den öffentlichen Mitteln, dass die staatlich bezahlten Professoren irgendetwas publizieren, weshalb ihnen das Publizieren zu verbieten wäre. Damit würden sie auch vom faktischen Publikationszwang befreit, der die Publikationsmenge zwangsweise erhöht. Nun aber glaube ich fest, dass die Behauptung falsch ist, schon weil ich selber das eine oder andere publiziert habe. Ohne Leser (und wäre es auch nur ein einziger) fiele meine ganze Schriftstel-

³⁸ BGE 134 III 534 ff.

³⁹ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass er den Ausdruck «Altpapier in Buchform» von ADOLF MUSCHG (Sutters Glück, Suhrkamp Taschenbuch, Frankfurt am Main 2003, S 189) übernommen hatte.

⁴⁰ JORGE LUIS BORGES (Fn. 5), S. 51.

⁴¹ So der Romanheld Mr. Zuckerman in PHILIP ROTHs Exit Ghost, Hanser Verlag, München 2008, S. 59.

lerei dem puren Nichts anheim,⁴² weshalb die Unterstellung, dass «niemand irgend jemanden lese», einfach nicht wahr sein kann. [228]

Das Vertragsrecht und die Allgemeinen Vertragsbedingungen

11. *Leicht ist mir das Schreiben übrigens nie gefallen.* Das meiste, was ich mühevoll geschrieben habe, beschlägt das private Vertragsrecht. Dieses Recht beruht auf der Idee der Selbstbestimmung, des Konsenses und der Vertragsfreiheit. So steht es in den Büchern, und so wird es auch gelehrt. Die Wirklichkeit jedoch stellt sich differenzierter dar. Denn:

Für weite Lebensbereiche ist das private Vertragsrecht ein Herrschaftsrecht. Es wird ausgeübt von den Marktmächtigen, deren Allgemeine Vertragsbedingungen unaufhaltsam in die Verträge der Bevölkerung einfließen, wo sie eine veritable Parallelwelt zum gesetzlich geregelten Vertragsrecht bilden. Daran haben wir uns so sehr gewöhnt, dass wir die Allgemeinen Bedingungen vor Abschluss des Vertrages kaum mehr lesen, sondern wie eine vorgesetzte Wundertüte akzeptieren. Im Regelfall würde es geradezu als absonderlich empfunden, käme einer auf die Idee, die vorformulierten Bedingungen zu studieren, bevor er den Vertrag abschliesst. Als ich mich kürzlich an einem Postschalter nach den Allgemeinen Postbedingungen erkundigte, um sie vor der beabsichtigten Aufgabe eines Paketes zu lesen, sah man mich jedenfalls völlig entgeistert an. Und selbst mein Assistent schien an meinem Verstand zu zweifeln, als ich beim Herunterladen eines Computerprogramms die elektronisch vorformulierten Lizenzbedingungen las, bevor ich sie per Tastendruck akzeptierte. Die betreffenden Bedingungen waren, nebenbei gesagt, in «Legal English» und auch sonst unverständlich.

Dass wir die Allgemeinen Vertragsbedingungen gelesen oder sie gar verstanden haben, ist notabene nicht erforderlich, damit sie Geltung erlangen.⁴³ Unsere Zustimmung zu ihrem Inhalt wird nach den Regeln des Rechts einfach fingiert, sobald wir die Bedingungen durch eine Art Unterwerfungsakt in den Vertrag übernehmen. Das aber ruft nach einem Korrektiv, um unbillig-einseitigen Geschäftsbedingungen die Geltung zu versagen, was einem Gebot der materiellen Vertragsgerechtigkeit entspricht. Die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte «Ungewöhnlichkeitsregel» reicht dazu nicht aus, auch wenn sich das Bundesgericht dieser Regel in erfreulich weitherziger Weise bedient. Erforderlich ist vielmehr eine offene Inhaltskontrolle durch die Gerichte, ergänzt durch ein Klagerecht der dazu legitimierten Organisationen⁴⁴, das eine abstrakte Kontrolle (unabhängig vom konkreten Einzelvertrag) ermöglicht. Im Unterschied zu vielen andern Ländern ist die Schweiz aber noch immer ein archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB. Zu einer Verbesserung wird es kommen, wenn die Vorschrift des Art. 8 UWG über die «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» in der vom Bundesrat vorgeschlagenen [229] Weise revidiert wird.⁴⁵ Gegen die Umsetzung

⁴² Vgl. SAMUEL BECKETT (Fn. 24), S. 23, wonach «ein Werk, das als reiner kreativer Akt angesehen wird und dessen Funktion mit seiner Genese endet, dem Nichts anheim fällt».

⁴³ Um dies zu rechtfertigen, hat sich der Begriff der «Globalübernahme» etabliert (vgl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich 2008, Nr. 1130).

⁴⁴ Allenfalls auch des Staates.

⁴⁵ Vgl. den Revisionsvorschlag zu Art. 8 UWG in dem vom EVD zur Vernehmlassung verschickten Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Gesetzesentwurf vom 6. Juni 2008, veröffentlicht im Internet unter <http://www.seco.admin.ch/themen> (Stichwort: Spezialthemen/Unlauterer Wettbewerb). In der bisherigen Fassung hat die am 1. März 1988 in Kraft getretene Bestimmung des Art. 8 UWG leider nur wenig bewirkt, wohl nicht zuletzt auch deswegen, weil sie in der Lehre von Anfang an auf mannigfache (zum Teil unberechtigte) Kritik gestossen ist.

des Vorschlages werden sich zwar die altbekannten Widerstände einflussreicher Wirtschaftskreise melden, die unter der Vertragsfreiheit, auf die sie sich berufen, offenbar nur die Freiheit zur einseitigen Vertragsgestaltung, nicht auch die Freiheit der vertragsunterworfenen Allgemeinheit verstehen. Ich hoffe indes, dass die angestrebte Revision nicht in der Weise endet, dass die einen die Macht liefern und das Parlament das zugehörige Recht.⁴⁶

12. *Das Postulat, die Allgemeinen Vertragsbedingungen einer inhaltlichen Kontrolle zu unterwerfen*, ist weder neu, noch ist es neu, dass ich es ebenfalls vertrete. Das letzte Mal geschah dies im Zusammenhang mit den vorformulierten Haftungsbedingungen der Banken. Auf meine Kritik an diesen Bedingungen⁴⁷ bekam ich die verschiedensten Reaktionen. Einige waren sehr ablehnend, was mich nicht erstaunt, da ja sogar Kantonalkassen, die mit Staatsgarantien operieren,⁴⁸ nichts Unanständiges darin sehen, ihre Kunden vertraglich zu benachteiligen. Die Krux an solchen Kontroversen ist natürlich, dass jeder seine Gründe hat. Unter anderem wurde mir bedeutet, kritische Äusserungen der betreffenden Art seien letztlich politischer Natur; sich in das Politische einzumischen, widerspreche aber der Wissenschaftlichkeit, die von einem Rechtsprofessor zu erwarten sei.

In diesem (letzten) Punkt bin ich nun ganz anderer Meinung. Das Recht und die Rechtswissenschaft mit all ihren Begriffen (wie Verfassung, Grundrecht, Eigentum, Besitz, Persönlichkeit, Familie, Delikt, Vertrag) sind immer auch politisch. Dementsprechend gehört es zu den ureigentlichen Aufgaben eines Rechtsprofessors, dass er sich «einmischt». Überhaupt meine ich, ein Professor des Rechts müsse ein professioneller Bekenner sein, wie es schon seiner Berufsbezeichnung («Professor») entspricht. Dass professorale Bekenntnisse nicht überall geschätzt werden, räume ich zwar gerne ein. Dennoch dient es dem öffentlichen Wohl, wenn es unabhängige Professoren gibt, die sich frei zu ihren Ansichten bekennen. An den Fürstenhöfen des Mittelalters gab es die Hofnarren, die den Herrschenden ihre Wahrheit zu eröffnen hatten. Heute obliegt diese [230] Funktion namentlich auch den Professoren. Wer sich am Vergleich «Hofnarr/Professor» stören möchte, der mag sich an meinen Namen erinnern. Ich heisse «Gauch», und «Gauch» heisst «Gimpel/Narr», was die Walliser unter Ihnen bestätigen werden.

Studierende, Doktoranden und ein mitgehörtes Gespräch

13. *Zur Gesellschaft, in der sich mein Leben abgewickelt hat, zählen auch die Studierenden und die Doktoranden, die ich betreuen durfte*. Sie standen sogar ganz im Vordergrund meiner beruflichen Bemühung, obwohl mir schon bald bewusst wurde, dass sie das Wesen des Rechts erst in der Praxis erkennen würden. Dass ich sie nicht schon früher in meine Abschiedsvorlesung einbezogen habe, hängt mit der Neigung des Menschen zusammen, das Hintergründige zu sagen und darüber das Vordergründige zu vergessen. An dem gleichen Fehler kranken nicht zuletzt auch manche Vorlesungen, in denen das Grundlegende zu kurz kommt, weshalb sie die Studierenden in einem hilflosen Unverständnis zurücklassen, gekoppelt mit einer heimlichen Bewunderung für die Dozierenden, die sich in den innersten Gemächern der Jurisprudenz zu bewegen scheinen.

Der angesehene Professor HENRI DESCHENAUX, der damals in Freiburg lehrte, hatte mir zu Beginn meiner Lehrtätigkeit geraten, im Unterricht eher klar als richtig zu sein. Ich habe

⁴⁶ Formuliert in Anlehnung an einen Satz von ALEXIS DE TOCQUEVILLE, zitiert bei UWE WESEL, *Juristische Weltkunde*, Suhrkamp Taschenbuch, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2000, S. 163.

⁴⁷ Veröffentlicht in *recht* 2006, S. 77 ff., unter dem Titel «Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB».

⁴⁸ So heisst es z.B. in einer Werbung: «Die Kantonalkasse verfügt über eine totale Staatsgarantie. Die Guthaben der KB-Kunden sind vollumfänglich sichergestellt.»

mich nach Kräften bemüht, seinem Ratschlag zu folgen, aber doch auch «richtig» zu sein, soweit mir das «Richtige» klar war. Nun allerdings hat mich das Ende meiner Lehrtätigkeit eingeholt. Denn heute Vormittag habe ich meine letzte ordentliche Vorlesung an dieser Universität gehalten. Dabei ging mir vielerlei durch den Kopf, auch ein Gespräch, das ich vor wenigen Tagen mitgehört hatte:

14. *Es war in der Eisenbahn, irgendwo in der Schweiz.* In Hörweite sassen vier Studierende irgendeiner Rechtsfakultät. Sie sprachen zunächst vom Üblichen: Von den bevorstehenden Examen und wie unberechenbar sie seien; von den Dozierenden und wer von ihnen der «coolste» sei; von den ECTS-Punkten und welche man wo mit welchem Aufwand erhalte; von den Mitstudierenden und von «Wer mit Wem». Als ich schon im Aussteigen begriffen war, nahm das Gespräch jedoch eine unerwartete Wende. Eine Studentin bemerkte, dass ihr das Rechtsstudium recht gut gefalle, doch fehle es ihr an einer moralischen Dimension; der Unterricht komme ihr bisweilen vor wie eine Anleitung zum Monopolspiel, bei dem es nur um «Gewinnen» und «Verlieren» gehe.

Das mit dem «Monopoly» war das Letzte, das ich hörte. Dann blieb ich mir selbst und meiner Verblüffung überlassen. Sie aber, verehrte Damen und Herrn, können sich vorstellen, dass mich die Bemerkung der Studentin bis zu diesem heutigen Abend beschäftigt. Wäre das juristische Studium tatsächlich so, wie die Studentin es erlebt hat, so wäre etwas grundlegend falsch. Zwar sind Recht [231] und Moral nach unserer heutigen Rechtsauffassung zu unterscheiden.⁴⁹ Doch ohne moralische Einbindung lassen sich rechtliche Argumente zu den schlimmsten Ergebnissen verbiegen. Das aufzuzeigen und nach Möglichkeit zu verhindern, gehört zu einer juristischen Ausbildung, wenn sie Bildung sein soll, wie es die Rechtsfakultäten für sich in Anspruch nehmen. Jedenfalls genügt es nicht, das juristische Handwerkszeug zu vermitteln oder die logische Denkweise zu fördern. Denn weder das eine noch das andere sorgt notwendigerweise auch für moralisches Verhalten, was schon unzählige Menschen bitter, tausende bis zur vollständigen Entrechtung, erfahren mussten. Dass selbst hochtalentierete Rechtslehrer nicht davor zurückschreckten, entsetzliche Texte des Unrechts zu schreiben, wenn der Wind danach ging, offenbart die düstere Seite der wissenschaftlichen Brillanz.⁵⁰

Zukunft, Vergangenheit und wie der Vorhang fällt

15. *Das wollte ich hervorheben, bevor ich jetzt zum Schluss meines «regelrechten» Schlusses komme.* Ich scheidet gelöst und ohne Gefühle des Verlustes. Denn für die Zukunft bleibt mir zumindest *eine* ZuhörerIn erhalten. Es ist meine liebe Ehefrau. Ihr werde ich meine Geschichten von den Tieren (den Hunden, dem Esel, den Leoparden) und vom Regelrecht erzählen. Und sie wird mir geduldig zuhören, ohne zu beanstanden, dass ich die gleichen Geschichten immer wieder neu erfinde, wie die Gerichte es mit den Gesetzen tun. Auf diese Weise bleibe ich ein Geschichtenerzähler, aber befreit vom Zwang, eine Rolle zu spielen.

⁴⁹ Zur historischen Entwicklung dieser Trennung vgl. UWE WESEL, *Geschichte des Rechts* (Fn. 26), Nr. 40, S. 59.

⁵⁰ Als Beispiel unter vielen diene ein Text von KARL LARENZ, der im Jahre 1935 schrieb: «Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten ... sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse, ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit. ... Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit «jedes Menschen» aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden» (so in: GEORG DAHM [et al.], *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 241).

Was dagegen die Vergangenheit betrifft, so ist sie zwar vergangen, aber doch nicht verloren. Denn die Gegenwart ist nichts anderes als erinnerte Vergangenheit.⁵¹ Zu meiner Vergangenheit, die sich in meiner Erinnerung stetig verwandelt, gehören auch meine akademischen Lehrer: MAX GUTZWILLER, von dem ich polyglott und mit «grandezza» ins Recht eingeführt wurde; PETER JÄGGI, bei dem ich das OR studiert, dann dissertiert und habilitiert habe; WALTER SCHLUEP, mein Nationalfondspate, der den geringsten meiner Habilitationsfortschritte [232] einer persönlichen Einladung wert fand; FELIX WUBBE, der mich lehrte, den Römischen Digesten einen Sinn zu geben, wie er den Römern noch verborgen war; EUGEN ISELE, in dessen Kirchenrecht ich lernte, dass der erste Zweck der Ehe der Nachwuchs sei;⁵² EMIL FRANZ MÜLLER-BÜCHI, der die männlichen Zuhörer seiner Rechtsgeschichte warnend darauf hinwies, dass schon mancher die Rechte studiert, dann aber doch die Falsche genommen habe; ALFRED VON OVERBECK, der mich sicher durch die Kollisionen des Internationalen Privatrechts führte; VITAL SCHWANDER, der Strafrechtler, von dem ich die Grundkenntnisse der Verbrechenlehre und meinen ersten Lehrstuhl erbe; und auch WILHELM OSWALD, der Öffentlichrechtler, welcher von der Fama begleitet wurde, dass er sich in den Examen nach den Farben der zu studierenden Rechtsbücher erkundige.

Da ich meine ganze Examensvorbereitung im öffentlichen Recht auf die soeben erwähnten Farben konzentrierte, wäre mir der restliche Teil für immer verborgen geblieben, hätte mich das spätere Schicksal nicht mit den Fakultätskollegen des öffentlichen Rechts zusammengebracht. Sie waren es, die mir in den unendlichen Fakultätssitzungen unschätzbaren Nachhilfeunterricht im Staats-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht erteilten. Dafür und für viel Wichtigeres bin ich ihnen dankbar. Überhaupt bin ich all meinen Kollegen und Kolleginnen dankbar, die eine kürzere oder längere Wegstrecke *mit* oder *neben* mir gegangen sind. Ich habe viel von ihnen gelernt, insbesondere auch von BERNHARD SCHNYDER, THOMAS FLEINER und PIERRE TERCIER, die mich über die längste Zeit hinweg begleitet und trotzdem ausgehalten haben. Wie sie das Letztere fertig brachten, ist mir ein Rätsel. Eine Erklärung mag darin liegen, dass sich unsere Stärken und Schwächen perfekt ergänzt haben, was zu unserem gegenseitigen Wohlbefinden beitrug. Aber auch abgesehen davon fühlte ich mich in der Freiburger Fakultät gut aufgehoben, selbst bei den Jüngeren, von denen ich seit meinem sechzigsten Lebensjahr als «Krokodil» bezeichnet werde. Auch sie werden sich rasant der Krokodilsgrenze nähern. «Wie flüchtige Wirbel im Wasser»⁵³ werden die Jahre auch an ihnen vorbeiziehen.

16. *Nach den «flüchtigen Wirbeln im Wasser» kann nun endlich der Vorhang fallen.* Ich weiche von der Bühne. Zurück bleibt die Hoffnung, dass das Recht trotz seiner Unvollkommenheit die Gerechtigkeit bisweilen findet. In dieser Hoffnung, aber auch im Bewusstsein meiner Entbehrlichkeit, verabschiedete ich mich von meiner Freiburger Fakultät. Ich danke dem Kanton Freiburg, für dessen zweisprachige Universität ich in grosser Freiheit arbeiten durfte. Ich danke auch meinem Nachfolger HUBERT STÖCKLI, der im Auftrag der Fakultät meine [233] Abschiedsvorlesung arrangiert und dies zusammen mit seinem Lehrstuhl-Team mit so viel Wohlwollen getan hat, dass ich fast noch etwas bleiben möchte. Und nochmals danke ich Ihnen allen, dass Sie gekommen sind. Sie haben das Kostbarste für mich aufgewendet, das die

⁵¹ Das mag zwar eigenartig erscheinen. Doch ist die Gegenwart bereits vergangen, wenn wir sie wahrnehmen. Sie findet «ohne unsere innere Teilnahme statt», ist doch unser «Bewusstsein rettungslos verspätet» (STEFAN KLEIN, *Zeit*, Frankfurt am Main 2006, S. 96 und S. 97).

⁵² Damals war noch der CODEX IURIS CANONICI (CIC) von 1917 in Kraft, worin es in Can. 1013 § 1 geheissen hat: «Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio proles; secundarius mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae.»

⁵³ Ausdruck von ADOLF MUSCHG, *Sutters Glück* (Fn. 39), S. 14.

Menschen besitzen: Ihre Zeit und Ihre menschliche Verbundenheit.⁵⁴ Wenn ich Sie hier sehe und Ihre Verbundenheit spüre, so erkenne ich, dass mein Beruf ein Berufsleben wert war. Und ich beginne zu begreifen, dass man das Schönste oft erst am Schluss entdeckt.

Peter Gauch (1939) wurde 1973 als Ordinarius an die Freiburger Rechtsfakultät berufen. Zuerst war er Professor für Straf-, Prozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, dann (ab 1975) Professor für Zivil- und Handelsrecht, und schliesslich (2006) übernahm er einen Lehrstuhl für Rechtsgrundlagen und Privatrecht. Im Sommer 2008 liess er sich in Freiburg emeritieren, behielt aber für das akademische Jahr 2008/2009 einen Lehrauftrag für die Allgemeine Einführung. Seit 2001 ist er auch Ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern.

⁵⁴ Vgl. ADOLF MUSCHG, a.a.O., S. 92.