

Juristisches Denken. Wie denken Juristen?

Prof. Dr. iur., Dr. h.c. Peter Gauch

Universität Freiburg/Schweiz,
Ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern

Publiziert in: *Privatrecht und Methode*, Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel 2004, S. 169 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Lesen Sie den Festschriftbeitrag von Prof. Dr. iur., Dr. h.c.¹ Peter Gauch.

- a) Fassen Sie diesen Festschriftbeitrag auf einer Folie zusammen, sodass Sie den Inhalt der Klasse in einem Kurzreferat von maximal 5 Minuten vortragen können.
- b) Vergleichen Sie die verschiedenen Aspekte dieses Festschriftbeitrages mit den Aspekten im Buch. Welche Unterschiede stellen Sie fest?

¹ Die Bezeichnung honoris causa (abgekürzt h.c.) leitet sich aus dem Lateinischen ab und bedeutet „ehrenhalber“ (ursprünglich: „Ehren halber“ bzw. „der Ehre wegen“). Hat eine Person mehrere (mindestens drei) Ehrendokortitel verliehen bekommen, so ist die Abkürzung h.c. mult. üblich, was für honoris causa multiplex steht, also die mehrfache Ehrendoktorwürde.

Die Ehrendoktorwürde wird in der Regel an geeignete Persönlichkeiten für allgemeine oder unmittelbare Verdienste um die Hochschule oder die Fakultät verliehen; häufig erfolgt das auch aus politischen, finanziellen oder anderen Gründen, bei denen es schwerfällt, einen Bezug zu der betreffenden Hochschule zu erkennen.

(<http://de.wikipedia.org/wiki/Ehrendoktor> / 07.03.2008)

Juristisches Denken. Wie denken Juristen?

Prof. Dr. iur., Dr. h.c. Peter Gauch

Universität Freiburg/Schweiz,
Ständiger Gastprofessor an der Universität Luzern

Publiziert in: *Privatrecht und Methode*, Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel 2004, S. 169 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

I. Motivation und Thema

1. [169] Juristisches Denken ist *ein sonderbares Denken*. Von den Festschriftbeiträgen, die ich in den vergangenen Monaten schreiben durfte, ist dieser Beitrag daher der eindeutig schwierigste. Meinem Eifer tut dies jedoch keinen Abbruch. Das mag schon damit zusammenhängen, dass „Schreiben“ für den Schreibenden¹ immer auch ein therapeutischer Vorgang ist. Warum sonst, wenn man vom inneren Übel der Graphomanie² oder von äusseren Zwängen (etwa jenen einer Habilitation) absieht, gäbe es Autoren, die Bücher mit aberhunderterten von Seiten schreiben?

Das Projekt, das ich hier verfolge, ist wesentlich bescheidener. Ich schreibe einen nur kleinen Aufsatz über das Juristische Denken. Dass er ein Geburtstagsgeschenk für ERNST KRAMER sein soll, bildet den Hauptgrund für meinen Eifer. Denn für einen Kollegen zu schreiben, der so viele Verdienste um die Belange der Jurisprudenz hat, wie gerade Du, lieber Ernst, es hast, bereitet mir eitel Freude. Und überdies blieben die Gedanken, die ich mit mir herum trage, in mir verschlossen, böte Dein sechzigster Geburtstag nicht eine willkommene Gelegenheit, sie niederzuschreiben. Einige davon habe ich freilich bereits in anderem Zusammenhang publiziert, weshalb sie das Echo früherer Texte sind. Den Vorwurf, dass ich mich insofern wiederhole, nehme ich gerne in Kauf, da ja kaum einer so viel zu sagen hat, dass er immer nur sagen [170] könnte, was er noch nicht gesagt hat. Und das, was er schon gesagt hat oder was nicht, das haben vor ihm meistens schon andere gesagt. Ich will denn auch gar nicht erst versuchen, nur Ungesagtes zu schreiben. Denn damit unterläge ich der Versuchung zu glauben, ich wüsste, was je gesagt wurde.³

2. Die Gedanken, die ich mitteilen will, befassen sich also mit dem Juristischen Denken. Dieses *Thema* habe ich nicht deshalb gewählt, weil ich es so umfassend-tief behandeln könnte,

Meine Assistenten lic. iur. JUHANI KOSTKA und lic. iur. ALAIN BIEGER haben den Textentwurf korrigierend durchgesehen. Ihnen danke ich herzlich für ihren Beitrag zur Genese meines Beitrages.

¹ Hier wie auch an anderen Stellen meines Beitrages, in denen ich eine Personenbezeichnung (z.B. „Jurist“, „Autor“, „Richter“ oder „Interpret“) in der männlichen Form verwende, ist das „masculinum“ generisch verstanden, was auch die Frauen einschliesst. Derartige Personenbezeichnungen beziehen sich somit auf Personen beider Geschlechter. Natürlich hätte ich dafür auch die weibliche statt der männlichen Form wählen können. Als Mann lag mir diese Form aber näher als jene, was „sie“ mir nachsehen mag.

² Das ist ein Ausdruck aus den 61 Wörtern (seinen „Schlüsselwörtern“), die MILAN KUNDERA in seinem „persönlichen Wörterbuch“ definiert. Vgl. MILAN KUNDERA, *Die Kunst des Romans*, Frankfurt a.M. 1996, S. 136.

³ Vgl. dazu SAMUEL BECKETT, *Das Gleiche nochmals anders: Texte zur Bildenden Kunst*, Frankfurt a.M. 2000, S. 42: „... der unwürdigen Versuchung nachgeben, zu sagen, was noch nicht, soweit einem bekannt, gesagt worden ist, heisst, sich einer grossen Gefahr aussetzen, der, zu denken, was, soweit man weiss, noch nicht gedacht worden ist“ (Zitat aus „Maler der Verhinderung“).

wie es sonstwo getan wurde⁴. Noch möchte ich jemanden belehren, wie er zu denken habe. Die Überheblichkeit, anderen das Denken beizubringen, das mir selber die aller grösste Mühe bereitet, ist mir im Laufe der Jahre abhanden gekommen. Im fortgeschrittenen Alter hat man bescheidenere Ziele.

Mein Ziel ist es, vom Denken der Juristen zu *erzählen*, nach eigenem Gutdünken zu erzählen⁵, mehr nicht. Auf das gewählte Thema verfiel ich, weil es mich seit meiner akademischen Jugend beschäftigt, in der ich die Rechte studierte, hin und her gerissen vom fort dauernden Zweifel, ob ich damit das Richtige tat oder das Falsche. Ausgerüstet mit den vom Unterricht geforderten Siebensachen der Rechtswissenschaft, mit einem Füllfederhalter (Marke Pelikan) und mit gehäuseltem Schreibpapier, besuchte ich damals die zahlenmässig noch bescheidenen Lehrveranstaltungen einer noch kleinen Fakultät. Und dort geschah es:

Immer wieder wurde ich von meinen Lehrern darauf hingewiesen, dass ich das Juristische Denken zu erlernen hätte, und dass die Fähigkeit, juristisch zu denken, das Wichtigste sei, das ein Jurist beherrschen müsse. Gab ich in einem Seminar, durch meine Namensnennung aufgeschreckt, eine unerwartete und damit falsche Antwort, so musste ich vielfach hören, dass ich nicht juristisch denke. Den anderen, die mit mir studierten, erging es nicht viel besser, wenn ich von einer Mitstudentin absehe, die von der studierenden Männerwelt, die sie übermächtig umgab, auch wegen ihrer extremen Tüchtigkeit in juristischen Belangen hoch geschätzt wurde. Sie lag mit ihren [171] Antworten immer richtig. Und als sie einmal, gelegentlich einer Fallübung, bemerkte, ein Irrtum bei Vertragsabschluss sei wesentlich im Sinne des Art. 23 OR, sobald er die Unverbindlichkeit des Vertrages rechtfertige, bekam sie sogar höchstes Lob für diesen Gedanken. Heute noch erinnere ich mich an das gutgelaunte (sonst in der Berufsausübung versachlichte) Gesicht des Professors, als er zu ihr sagte: „Frau Kommilitonin, Sie denken juristisch“. Die Kommilitonin war überglücklich, da es ja für alle Studierenden von Vorteil ist, bei denjenigen, von denen sie später geprüft werden, einen guten Eindruck zu hinterlassen. Wir andern dagegen waren beschämt, da wir nie auf die Idee gekommen wären, den Tatbestand nach der Rechtsfolge zu bestimmen.

II. Sechs Merkmale des Juristischen Denkens

Motiviert durch meine Erlebnisse an der Universität, begann ich mich zu fragen, *was denn das Juristische Denken ausmacht*, das zu erlernen mir aufgetragen und das zu beherrschen so schwierig war. Diese Frage hat mich durch das ganze Studium und darüber hinaus bis in die Gegenwart begleitet. Eine einfache Antwort mit einfacher Definition aber habe ich noch nicht gefunden, obwohl ich anfänglich auch KARL ENGISCHS „Einführung in das juristische Denken“ zur Hilfe nahm⁶. Denn abgesehen davon, dass niemand weiss, wie das menschliche Denken exakt funktioniert, gibt es *verschiedene Merkmale*, die dem Juristischen Denken zugeschrieben werden. Einige dieser Merkmale, die sich zum Teil überschneiden, möchte ich jetzt beschreiben:

1. Im Vordergrund steht *das Merkmal der Gesetzlichkeit*. Gemeint ist das Denken in gesetzlichen Kategorien, das die in Lehre und Rechtsprechung gegliederte Jurisprudenz⁷ spätestens

⁴ Vgl. neuerdings z.B. PHILIPPE MASTRONARDI, Juristisches Denken: Eine Einführung, 2. Aufl., Bern/Wien/Stuttgart 2003.

⁵ Dass ich „nach eigenem Gutdünken“ erzählen will, erklärt, weshalb ich die Spezialliteratur, die es zum Juristischen Denken gibt, nicht bewusst in meine Ausführungen einbaue. Die Nichtzitierten mögen mir verzeihen.

⁶ Als ich diese Einführung las, gab es sie erst in der 3. Auflage, Stuttgart 1964.

⁷ Den Ausdruck „Jurisprudenz“ verstehe ich in einem weiten Sinne, der über die Rechtswissenschaft hinaus auch die Rechtsprechung einschliesst, für die man in der französischen Schweiz das Wort „jurisprudence“

seit dem vorletzten Jahrhundert beherrscht. Damals wurde das Gesetz mit seinen aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehenden Sätzen zum zentralen Thema der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft, was es bis heute geblieben ist.⁸ Soweit nötig, wird es zwar durch die Gerichte [172] und die gelehrten Dogmatiker präzisiert oder ergänzt, die sich aber zur Formulierung ihrer Sätze wiederum der Gesetzmässigkeit von Tatbestand und Rechtsfolge bedienen. Bisweilen geschieht dies offen, bisweilen so, dass Tatbestand und Rechtsfolge erst auf den zweiten Blick zum Vorschein treten. Unter Berufung auf die Lehre formuliert etwa das Bundesgericht in BGE 129 III 184 den nach seiner Meinung allgemein, sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Satz, „dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und Nutzen sie ausgeführt wird“.⁹

a. Im Umgang mit solchen Rechtssätzen, die sich auch in den Lehrbüchern und Kommentaren finden, praktizieren die Juristen unserer Breitengrade das, was man weit herum als Juristisches Denken bezeichnet. Es ist ein logisches Denken in der Ordnung von Tatbestand und Rechtsfolge. Ein Denken ist es, „das aus ‚wenn‘ und ‚dann‘ und ‚da‘ und ‚folglich‘ besteht“, wie es dem Denk-Ideal des Westens entspricht¹⁰. Wenn dieser Tatbestand erfüllt ist, dann tritt jene Rechtsfolge ein. Da der Tatbestand des Art. 41 Abs. 1 OR erfüllt ist, schuldet der Schädiger dem Geschädigten Schadenersatz. Der Vertrag hat einen widerrechtlichen Inhalt im Sinne des Art. 20 Abs. 1 OR; folglich ist er unter Vorbehalt des Art. 20 Abs. 2 OR ganz nichtig.¹¹

b. Oberflächlich betrachtet, handelt es sich bei diesen Denkabläufen um relativ einfache Prozesse, wenngleich ihr Muster von vielen als besonders aussagekräftig für den Intelligenzgrad einer Person angesehen wird¹². Die Prozesse gleichen jenen in HEINZ VON FOERSTERS trivialer Maschine, die auf einen bestimmten Input mit einem bestimmten Output reagiert¹³, weshalb denn auch [173] für MAX WEBER die Richter nichts anderes als „Paragraphen-Automaten“ waren¹⁴. In Wirklichkeit aber sind die Abläufe viel komplizierter, als sie nach aussen hin erscheinen. Denn:

– Erstens bedarf jeder Rechtssatz der *Auslegung*, die sich auf den Tatbestand und die Rechtsfolge bezieht. Das gilt namentlich für die Rechtssätze des Gesetzes. Für deren Auslegung halten die Lehre und die Rechtsprechung mannigfache Hilfsmittel bereit, über die in der juristi-

und in der italienischen Schweiz das Wort „giurisprudenza“ verwendet (vgl. schon Art. 1 Abs. 3 ZGB in seiner französischen und italienischen Fassung). So ist mein Sprachgebrauch ein schweizerischer Sprachenkompromiss.

⁸ Vgl. dazu PETER GAUCH, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung: Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers, ZSR 119, 2000 I, S. 10 f., mit Hinweis auf GERHARD STRUCK, Gesetz und Chaos in Naturwissenschaft und Rechtswissenschaft, Juristische Schulung (Deutschland) 1993, S. 992 ff.

⁹ Auf diesen Satz will ich hier nicht im Einzelnen eintreten. Er scheint mir in seiner Allgemeinheit aber überaus weit zu gehen, auch wenn ich die erläuternde Einschränkung des Bundesgerichts hinzu lese, wonach die darin umschriebene Risikohaftung nur dann eingreift, „wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht“, weshalb „sogenannte Zufallsschäden“ davon ausgenommen seien.

¹⁰ UMBERTO ECO, Über Gott und die Welt, 3. Aufl., München/Wien 1985, S. 245; Auszeichnungen im wörtlichen Zitat von mir.

¹¹ Die Beispiele stammen aus dem privaten Schuldrecht, mit dem ich mich ein Berufsleben lang befasst habe, weshalb es mich und meine Optik erheblich beeinflusst.

¹² Vgl. GERHARD ROTH, Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, Frankfurt a.M. 2001, S. 172.

¹³ HEINZ VON FOERSTER, Sicht und Einsicht: Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie, Heidelberg 1999, S. 12.

¹⁴ MAX WEBER, Gesammelte politische Schriften, 5. Aufl., Tübingen 1988, S. 323.

schen Methodenlehre¹⁵ schon viel und vieles geschrieben wurde. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Auslegung ein mechanischer Vorgang sei. Vielmehr wird sie wesentlich mitbestimmt durch die Person des Auslegenden, auch wenn die vorgebrachten Argumente der Auslegung das Persönliche beiseite schieben. Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik, Normzweck¹⁶ und andere Auslegungselemente¹⁷, die als Mittel der Auslegung anerkannt sind¹⁸, werden zwar zur Begründung des Auslegungsergebnisses angerufen. Aus ihnen ein Ergebnis abzuleiten, ist aber nichts anderes, als sie zu deuten, also nicht, wie eine Maschine auf einen Befehl zu reagieren. Ausserdem dienen die angerufenen Elemente oft nur dazu, ein Resultat nachvollziehbar zu belegen oder zu bestätigen, das der Auslegende intuitiv bereits vorgefunden oder als möglich vorbestimmt hat.¹⁹ Und schliesslich [174] können im Einzelfall verschiedene Auslegungselemente je für einen verschiedenen Normsinn sprechen, was den Begründungsspielraum des Auslegenden erweitert. Das Bundesgericht zumindest lehnt es ab, die einzelnen Elemente der Auslegung „einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen“.²⁰ In der Würdigung dieser Rechtsprechung gehen die Lehrmeinungen freilich auseinander.²¹ Sicher aber sind die anerkannten Auslegungselemente nicht *so* dezisiv, dass sie die Person des Interpreten samt ihren Welt- und Wertvorstellungen und samt dem „kognitiv Unbewussten“, das ihr bewusstes Denken formt²², aus dem Bereich der Interpretation verdrängen. Denn das „Ich“ kann sich nicht ausschalten, auch nicht bei der Auslegung des Gesetzes.²³ Im Gegenteil:

Die Auslegung ist als Denkvorgang „eingebettet in den Gesamtprozess des psychischen Geschehens“, in den „Kontext der Gefühle und Affekte“ und das „Wert- und Motivsystem“ der jeweiligen Person, die einen Rechtssatz interpretiert.²⁴ Wie kompliziert derartige Prozesse sind, das lehrt uns seit längerem die Psychologie und neuerdings in eindrücklicher Weise die moderne Hirnforschung. In den Details sind die Vorgänge noch nicht abschliessend geklärt. Was aber feststeht, ist, dass in jede Auslegung auch die individuellen Eigenschaften des Auslegenden eingehen, die sie beeinflussen, weshalb es keine objektive und damit auch

¹⁵ Mit der Methodenlehre befassen sich zahlreiche Bücher, hervorragend zum Beispiel: ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998.

¹⁶ Auf den Zweck einer Gesetzesnorm (die „ratio legis“) stützt sich die teleologische Auslegung. Die Schwierigkeit ist freilich die, dass das Gesetz keinen immanenten Zweck hat und es überhaupt keinen „Zweck im Recht“ (JHERING) gibt, sondern Zweckvorstellungen immer nur in Menschen existieren. Wer teleologisch auslegt, überträgt entweder seine eigenen Zweckvorstellungen auf das Gesetz oder beruft sich auf jene des historischen Gesetzgebers. Und auch im zweiten Fall bleibt die Auslegung nicht von den Vorstellungen des Interpreten frei, da sich geschichtliche Tatsachen nie von den Vorstellungen des späteren Beobachters trennen lassen.

¹⁷ Auch „Auslegungskriterien“ oder „Interpretationscanones“ genannt (ERNST A. KRAMER, Methodenlehre, zit. in Anm. 15, S. 42).

¹⁸ Vgl. dazu ERNST A. KRAMER, Methodenlehre, zit. in Anm. 15, S. 42 ff.

¹⁹ Solche Denkabläufe (vorgedachtes Ergebnis mit nachfolgender Argumentation) beschränken sich nicht auf den Bereich der Gesetzesauslegung, sondern sind auch sonst zu beobachten, sehr häufig sogar bei naturwissenschaftlichen Entdeckungen (vgl. STEPHEN JAY GOULD, Ein Dinosaurier im Heuhaufen: Streifzüge durch die Naturgeschichte, Frankfurt a.M. 2002, S. 122). Sie aus rechtsstaatlichen oder anderen Überlegungen verbieten zu wollen, wenn es um die richterliche Auslegung des Gesetzes geht (vgl. ERNST A. KRAMER, Methodenlehre, zit. in Anm. 15, S. 93), wäre sinnlos, weil menschliches Denken nicht nach juristischen Regeln abläuft, die Intuition sich nicht ausschalten lässt und die Denkarbeit sich ohnehin überwiegend im Unbewussten vollzieht (FRITJOF CAPRA, Verborgene Zusammenhänge, Bern/München/Wien 2002, S. 93).

²⁰ BGE 121 III 225; 123 III 26; 124 III 262; 124 II 268; 125 II 209; 127 III 416; 128 I 41.

²¹ Kritisch: ERNST A. KRAMER, Methodenlehre, zit. in Anm. 15, S. 93 und 127 ff.; befürwortend: HANS PETER WALTER, Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts, recht 1999, S. 157 ff. (dies nur, um zwei konträre Positionen aus der Fülle der geäusserten Meinungen hervorzuheben).

²² FRITJOF CAPRA, zit. in Anm. 19, S. 89.

²³ Zum „Gemeinsamen“, das in die individuelle Auslegung einfließt, vgl. unten III. Ziff. 1.

²⁴ Vgl. DIETRICH DÖRNER, Die Logik des Misslingens, Hamburg 1989, S. 14.

keine objektiv richtige Auslegung geben kann.²⁵ Zwar lässt sich beurteilen, ob die Auslegung des Einzelnen mit der Interpretation anderer übereinstimmt, ob sie denjenigen überzeugt, der sie zur Kenntnis nimmt oder ob eine bestimmte Auslegung sich bewährt hat. Trotzdem aber bleibt es dabei, dass jede Auslegung auch von der inneren Identität des Interpreten (insbesondere von seinem intellektuellen, emotionalen und sozialen Selbst) abhängt und dementsprechend relativ ist.²⁶

[175] Folglich hat auch keiner, der auslegt, einen absoluten Wahrheitsanspruch für seine Auslegung, obgleich man bisweilen versucht ist, die eigene Auslegung zu verteidigen, „wie man nur Wahrheiten verteidigt, die man unbedingt nötig hat“²⁷. Wenn einer behauptet, er wisse, wie ein Rechtssatz zu verstehen sei, so beschreibt er lediglich den momentanen Zustand seiner subjektiven Gewissheit, allenfalls ergänzt durch die Gründe, die aus seiner Sicht für sein Verständnis sprechen. Bei allen Argumenten, die sich für das Verständnis des Betroffenen vorbringen lassen, heisst dies aber noch nicht, dass es das einzig mögliche ist. Vielmehr stellt sich zu jeder Auslegung die Frage der pluralisierenden Hermeneutik: „Lässt sich dieser Text nicht doch auch noch anders verstehen und – falls das nicht reicht – noch einmal anders und immer wieder anders?“²⁸ Diese Fragestellung stammt aus der literarischen Hermeneutik, die gegenwärtig als *die* Hermeneutik gilt²⁹; sie rechtfertigt sich aber ebenso bei der juristischen Auslegung. Wohl trifft es zu, dass sich die gestellte Frage vor einem „eindeutigen“ Wortlaut erübrigen würde. Nur gibt es keinen Wortlaut, der objektiv „eindeutig“ ist.³⁰ Das ist eine Erkenntnis, der sich auch das Bundesgericht annähert. „Même si la teneur d’une clause contractuelle paraît claire à première vue“, hat das höchste Gericht zur Auslegung eines Vertrages bemerkt, „il peut résulter d’autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d’autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l’accord conclu.“³¹

– Zweitens haben Rechtssätze, die aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen, keinen Selbstzweck, sondern sind *dazu bestimmt, das menschliche Zusammenleben zu regeln*. In der Praxis sind sie auf konkrete Lebenssachverhalte anzuwenden, bei denen sich jeweils fragt, ob sie den Tatbestand eines bestimmten Rechtssatzes (oder mehrerer Rechtssätze) erfüllen. Wer aber diese Frage beantworten [176] will, der muss zunächst feststellen, ob ein möglicher Sachverhalt sich überhaupt verwirklicht hat. Und auch das ist ein komplizierter Vorgang, der durch die subjektiven Eigenschaften der damit befassten Person mitbestimmt wird, „da jeder Mensch aus einer einmaligen Kombination von physiologischen Gegebenheiten, sozialer Identität und persönlichen Werten besteht“³², die zusammen mit seinen Gefühlen³³ in seine Wahrnehmung einfließen. Das gilt schon für die unmittelbare Wahrnehmung eines Vorgangs

²⁵ Wer das Gegenteil behaupten möchte, der müsste unterstellen, dass es eine Auslegung ohne Auslegende oder dass es Menschen gibt, die, sobald sie auslegen, aufhören könnten, wie Menschen zu denken.

²⁶ Zum Vorstehenden vgl. bereits PETER GAUCH, Argumente, recht 2000, S. 90 und 92 f.

²⁷ THOMAS MANN, Erzählungen, Frankfurt a.M. 2003, S. 49 (Zitat aus „Tristan“).

²⁸ ODO MARQUARD, Zukunft braucht Herkunft. Philosophische Essays, Stuttgart 2003, S. 85.

²⁹ ODO MARQUARD, a.a.O., S. 83.

³⁰ Ausführlich habe ich mich dazu in recht 2000, S. 91 f. geäußert. Im Übrigen vgl. z.B. auch PAUL K. FEYERABEND, Die Torheit der Philosophen, Dialoge über die Erkenntnis, Frankfurt a.M. 1998, S. 133: „Auf den ersten Blick scheint ein Text – z.B. eine Annonce, in der Hunde zum Verkauf angeboten werden – wunderbar eindeutig zu sein; aber sobald man sich einige Fragen dazu stellt, löst sich diese Eindeutigkeit in Wohlgefallen auf.“

³¹ BGE 127 III 445; vgl. auch BGE 128 III 215: „Qu’une clause soit textuellement claire n’exclut pas a priori une interprétation (ATF 127 III 444 consid. 1b). Il faut examiner s’il y a des raisons de penser qu’une clause devait être comprise d’une autre manière que son sens littéral.“

³² JACK PRESSMANN, zitiert in JOHN HORGAN, Der menschliche Geist: Wie die Wissenschaften versuchen, die Psyche zu verstehen, München 2000, S. 58.

³³ Vgl. DANIEL GOLEMAN, Emotionale Intelligenz, München/Wien 1996, S. 78.

ges oder Zustandes, die von Mensch zu Mensch variieren kann, weil das menschliche Gehirn in seiner jeweiligen Einzigartigkeit³⁴ die Wirklichkeit nicht nur abbildet, sondern erst erzeugt, also erfindet³⁵, weshalb sich die Welt nie von der Person ihres Beobachters trennen lässt³⁶. Um so mehr gilt das Gesagte für die (in der Regel³⁷) nur mittelbare Wahrnehmung durch die im streitigen Rechtsfall entscheidenden Richter, da sich der Sachverhalt, der dem Prozesse zugrunde liegt, im Laufe des Verfahrens („in dem Fiktionen, Vermutungen, unterschiedliche Kognitionen und formalisierte Beweisregeln eine wesentliche Rolle spielen“) unweigerlich verändert³⁸. Was dann am Ende als gerichtlich festgestellter Sachverhalt übrig bleibt, ist ein Konstrukt des Gerichts³⁹, bei mehreren Richtern, die in der Beurteilung übereinstimmen: eine kollektive Konstruktion.

2. Ein weiteres Merkmal, das dem Juristischen Denken zugeschrieben wird, ist *die Abstraktheit* dieses Denkens. Und in der Tat sind wir Juristen nicht selten [177] stolz darauf, dass wir abstrakt denken. Dass wir es können, betrachten wir gelegentlich sogar als Ausweis einer speziellen Befähigung, ohne uns immer zu fragen, was wir mit dem abstrakten Denken, auf das wir stolz sind, überhaupt meinen. Mindestens drei Bedeutungen bieten sich an:

a. Zunächst heisst „abstraktes Denken“, *dass wir den besonderen Fall, den wir zu beurteilen haben, verallgemeinern*, indem wir die rechtsrelevanten Elemente herausnehmen, von den übrigen Elementen aber abstrahieren. Das ist im Gebiete der Rechtsanwendung ein notwendiger Denkprozess, zeigt zugleich aber auch auf, wie beschränkt der Gerechtigkeitsanspruch des Rechtes ist. Da das Recht einen konkreten Fall nie umfassend beurteilt, sondern immer nur nach Massgabe der Elemente, die es als relevant anerkennt, vermag es von vornherein keine umfassende Gerechtigkeit zu schaffen. Überhaupt und ganz allgemein sind Verfahrensweisen, die Probleme mit nur ausgewählten Kriterien angehen, ihrer Art nach ausserstande, einem Problem in allen Beziehungen gerecht zu werden.

Das Leben ist also anders als das, worüber das Recht mit seinen Auslassungen befindet. Das gilt auch für die menschlichen Beziehungen, die in der Rechtsprechung beurteilt werden. Wenn es schon grundsätzlich schwierig ist, Lösungen für Menschen zu finden, „an deren Leben man nicht teilnimmt und deren Probleme man nicht kennt“⁴⁰, so wird diese Schwierigkeit durch die Beschränkung auf die rechtsrelevanten Elemente noch verstärkt. Die Reduktion auf das Rechtsrelevante hat zur Folge, dass die Betroffenen sich mit den Feinheiten ihrer Beziehungen (und damit ihre eigene, konkrete Welt) in einem Urteil oft nur schwer wie-

³⁴ Vgl. JOHN HORGAN, zit. in Anm. 32, z.B. S. 18, 53 und 57.

³⁵ Vgl. statt vieler HEINZ VON FOERSTER, Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners: Gespräche für Skeptiker, 3. Aufl., Heidelberg 1999, S. 25 f. „Dass wir die Wirklichkeit nicht finden, sondern erfinden, ist für viele Menschen schockierend“ (PAUL WATZLAWICK, Vom Unsinn des Sinns oder vom Sinn des Unsinn, 6. Aufl., München 1999, S. 72). Und doch bildet diese Erkenntnis einen festen Bestandteil des heutigen Bildungsgutes. Denn „fast niemand glaubt heute mehr, der Geist bilde die Welt ab. Praktisch alle seriösen Theorien sind konstruktivistisch: Wir konstruieren unsere Realität“ (DIETRICH SCHWANITZ, Bildung: Alles, was man wissen muss, München 2002, S. 432). Ja, selbst „the mathematician is an inventor, not a discoverer“ (LUDWIG WITTGENSTEIN, Remarks on the Foundations of Mathematics, Oxford 1967, S. 47^c, Nr. I/167).

³⁶ Vgl. FRITJOF CAPRA, zit. in Anm. 19, S. 66.

³⁷ Vorbehalten der Augenschein.

³⁸ JÖRG PAUL MÜLLER, „Jurisprudenz – eine Wissenschaft?“, veröffentlicht im Bulletin der Vereinigung Schweizerischer Hochschuldozenten, November 2000, S. 11. Die Stelle zwischen Klammern ist ein wörtliches Zitat.

³⁹ JÖRG PAUL MÜLLER, a.a.O.

⁴⁰ Vgl. PAUL FEYERABEND, Erkenntnis für freie Menschen, Frankfurt a.M. 1980, S. 237, der es sogar für „kurzsichtig“ hält, „anzunehmen, dass man ‚Lösungen‘ für Menschen hat, an deren Leben man nicht teilnimmt und deren Probleme man nicht kennt“.

der erkennen. Es ergeht ihnen ähnlich wie den Patienten der modernen Medizin, mit der sich die Jurisprudenz in der beschränkten Herangehensweise an den Menschen trifft.

b. Sodann bedeutet „abstraktes Denken“, *dass wir in abstrakten Begriffen denken*, weshalb mich kürzlich ein Kollege der Philosophie (der durchaus auch begrifflich dachte) als „Begriffsverwalter“ bezeichnet hat. Und tatsächlich sind wir Juristen Meister in der Bildung und Verwendung abstrakter Begriffe (Rechtsfähigkeit, Urteilsfähigkeit, Rechtsgeschäft, Verfügung, Besitz, Eigentum und dergleichen), nicht selten der Versuchung ausgesetzt, aus unseren Begriffen Rechtsfolgen abzuleiten. Dementsprechend reden und schreiben wir auch eine [178] Fachsprache, „die an Begriffe glaubt und an die Terminologie, ihre Schritart geht von Argument zu Argument, und es ist die Analyse, die ihr Zusammenhang gibt“⁴¹. Nur wer diese (un-sere) Sprache versteht, hat Zutritt zu den Sphären der Jurisprudenz. Mit Rücksicht darauf gehört es denn auch zum Ausbildungsprogramm der angehenden Juristen, die juristische Sprache zu erlernen, womit sie zugleich in die „Welt“ des Juristischen Denkens vordringen. Insofern ergeht es ihnen ähnlich wie dem Blumenmädchen ELIZA DOOLITTLE in der Komödie „Pygmalion“ von GEORGE BERNHARD SHAW, das sich ein blütenreines Oberklassen-Englisch beibringen lässt, um (wie es DIETRICH SCHWANITZ formuliert⁴²) am Ball des Botschafters als Herzogin durchzugehen.

Dass unsere Fachsprache eine „schöne“ Sprache wäre, will ich so wenig behaupten, wie etwa, dass wir Juristen kraft unserer Ausbildung immer alles verstünden, was wir an juristischen Texten vorfinden. Häufig verstehen wir nicht alles, selten gar nichts. Doch sind wir gewohnt, ein gewisses Mass an Unverständlichkeit hinzunehmen, und neigen sogar dazu, einen juristischen Text (wie ein abstraktes Kunstwerk) als um so tiefer zu empfinden, je weniger wir davon verstehen⁴³. Das trennt uns von den Nichtjuristen, auf deren Unverständnis wir vielfach mit jener überheblichen Nachsicht reagieren, die Eingeweihte den Uneingeweihten entgegenbringen. Viele von ihnen begegnen unserer Sprache mit Ablehnung, ja sogar Verachtung. Anders freilich der Schriftsteller HUGO LOETSCHER! Das „vertrackte Juristendeutsch“ vermag ihn nicht zu irritieren. Es resultiert, wie er schreibt, „nicht einfach aus sprachlichem Ungenügen oder vernachlässigter Ausdruckseleganz, sondern es spiegelt die grundsätzliche Schwierigkeit, Wirklichkeiten, das heisst Vorkommnissen und Fällen, begrifflich beizukommen, um möglichst viel Individuelles unter Allgemeines subsumieren zu können“⁴⁴. Eine solche Rechtfertigung aus sprachgewandtem Mund tröstet über manchen Angriff hinweg, dem unsere Sprache ausgesetzt ist, auch wenn deren „Vertracktheit“ da und dort eben doch auf sprachlichem Ungenügen oder darauf beruht, dass der Schreibende sein eigenes Unverstehen in der Unverständlichkeit seiner Sprache versteckt.

[179] Der uns wohlgesinnte Schriftsteller geht aber noch einen Schritt weiter. Wenn er „nach der juristischen Sprache schießt, tut er dies nicht ohne Neid, weil die Art, wie hier Sprache eingesetzt wird, Konsequenzen hat“⁴⁵. Diese Aussage erinnert daran, dass die Sprache der Juristen (anders als jene der Romane) eine Sprache der Macht ist. Sie schafft z.B. Haftpflichtige, Anspruchsberechtigte, Verbrecher; sie verschliesst Querulanten den Zugang zu den Gerichten, weil es ihnen an der Prozessfähigkeit fehlt⁴⁶; ja sie bestimmt schon, wer Rechte haben kann und wer nicht. Menschen, Stiftungen, Vereine, Aktiengesellschaften usw. sind in der

41 HUGO LOETSCHER, *Vom Erzählen erzählen*, Zürich 1999, S. 31.

42 DIETRICH SCHWANITZ, zit. in Anm. 35, S. 524.

43 Diese Neigung besteht namentlich gegenüber Texten, deren Autoren eine Sondersprache innerhalb der juristischen Sprache verwenden, die nur einem bestimmtem Kreis von Juristen geläufig ist. Das wissenschaftliche Ansehen, das derartige Texte bei den übrigen Juristen geniessen, beruht nicht zuletzt auf deren Vermutung, dass ein Text, der eine solche Sprache spricht, besonders tiefe Gedanken enthalten müsse.

44 HUGO LOETSCHER, zit. in Anm. 41, S. 173.

45 HUGO LOETSCHER, zit. in Anm. 41, S. 174.

46 Vgl. ZR 98, 1999, Nr. 65, S. 311 ff.

Schweiz rechtsfähig, Tiere sind es nicht⁴⁷, und bezüglich der einfachen Gesellschaft gehen die geäußerten Meinungen neuerdings auseinander⁴⁸.

Durch die „Konsequenzen“, die sie hat, hebt sich die juristische Sprache über die Unverbindlichkeit der Alltagssprache hinaus. Ihre Macht lässt sich aber auch missbrauchen, gleich wie etwa die Sprachmacht der Psychologie oder der Medizin. Das liegt auf der Hand und wird durch die Erfahrung mit den „schrecklichen Juristen“ der Unrechtsregime bestätigt. Wenngleich unser Schriftsteller, der „nicht ohne Neid nach der juristischen Sprache schießt“, sich an der zitierten Stelle eines Verweises auf deren dunkle Kehrseite enthält, hat diese Seite vielfältigen Eingang auch in die Romanliteratur gefunden. Aus neuerer Zeit erinnere ich nur an den Roman „Der Fall Steinmann“ von [180] JOSEPH H. H. WEILER. Sein Autor (notabene ein Rechtsprofessor) erzählt darin von den „zahlreichen Aufsätzen“ des nationalsozialistischen Deutschland, „die sich mit Eifer den vom neuen Regime erlassenen Gesetzen zuwandten, auf sie den Begriffsapparat des professionellen Juristen anwendeten, ihre Bedeutung klärten, ihren systematischen Zusammenhang herausarbeiteten und die vom Gesetzgeber gelassenen Lücken ausfüllten. ‚Unterfiel das Eigentum eines Kindes aus der ersten Ehe einer Arierin, die später einen Juden heiratete, der das Kind adoptierte, den neuen Gesetzen über jüdisches Eigentum?‘ – ‚Welche Rechtsstellung hatten Konvertiten? War die Regelung über jüdische Konvertiten zum Christentum entsprechend auf Arier anzuwenden, die zum Judentum konvertiert waren?‘ Diese schwerwiegenden Probleme und viele andere der gleichen Art wurden häufig von den intelligenten und doch gedankenlosen Federn der klügsten Köpfe einer brillanten und höchst subtilen Analyse unterzogen“.⁴⁹

c. Schliesslich heisst „abstraktes Denken“, *dass wir vom Körperlichen, Gegenständlichen absehen*, wenn wir juristisch denken. Das stimmt freilich nur beschränkt, da wir Juristen Menschen sind und Menschen mit Vorliebe in körperlichen Bildern denken. So kommt es, dass wir dazu tendieren, auch abstrakte Ideen und Begriffe zu verkörperlichen (sie mit körperlichen Bildern zu umgeben, die sich uns aufdrängen), was zur Gestaltung unserer juristischen Gedanken und Folgerungen beiträgt. Wie es sich diesbezüglich mit dem Vertrag verhält, habe ich schon früher beschrieben⁵⁰. In unserer Vorstellung, die sich in der verwendeten Sprache niederschlägt, kommt der Vertrag zustande, wird er erfüllt, verletzt, gebrochen, allenfalls rückabgewickelt, um schliesslich unterzugehen und vielleicht wieder aufzuleben.

Dass solche Vorstellungen die Gefahr einer körperweltlichen Argumentation in sich bergen, diese aber für die Jurisprudenz abzulehnen sei, hat THEODOR KIPP anfänglich des letz-

⁴⁷ Sie sind weder Personen noch sonstige Rechtssubjekte, nach der stupenden Vorschrift des kürzlich in das Gesetz eingefügten Art. 641a ZGB aber auch „keine Sachen“, obwohl für Tiere „die auf Sachen anwendbaren Vorschriften“ gelten, soweit für sie „keine besonderen Regelungen bestehen“ (vgl. dazu PAUL-HENRI STEINAUER, *Tertium datur?*, in K(l)eine Festschrift für PIERRE TERCIER, herausgegeben von mir und PASCAL PICHONNAZ, Freiburg/Schweiz 2003, S. 51 ff.). Zur Frage, ob das Tier zu einer Person erklärt werden müsste, äussert sich aus philosophischer Sicht OTTFRIED HÖFFE, *Moral als Preis der Moderne: Ein Versuch über Wissenschaft, Technik und Umwelt*, Frankfurt a. M. 1993, S. 218 ff.

⁴⁸ Das bisherige Schrifttum und die Judikatur sprechen der einfachen Gesellschaft (Art. 530 OR) die Rechtsfähigkeit ab (vgl. KARIN MÜLLER, *Die Übertragung der Mitgliedschaft bei der einfachen Gesellschaft*, Diss. Luzern 2003, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band. 2, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 69, mit zahlreichen Hinweisen). Im Anschluss an die vor Kurzem geänderte deutsche Rechtsprechung zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts schreibt jetzt aber ein Teil der schweizerischen Lehre, dass die einfache Gesellschaft eben doch rechtsfähig sei (vgl. z.B. ANDREA TAORMINA, *Innenansprüche in der einfachen Gesellschaft und deren Durchsetzung*, Diss. Freiburg 2003, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 220, Freiburg 2003, S. 20 und 39 ff.; dagegen KARIN MÜLLER, a.a.O., S. 72 ff.).

⁴⁹ JOSEPH H. H. WEILER, *Der Fall Steinmann*, München 2000, S. 101 f.

⁵⁰ In meinem Festschriftbeitrag für HEINZ REY, zit. in Anm. 71, S. 557. Dort ausführlicher auch zum Phänomen der „Verkörperlichung“ überhaupt.

ten Jahrhunderts in seinem berühmten Aufsatz „Über Doppelwirkungen im Recht“⁵¹ dargestellt. „Wir sind in der Theorie ... wohl davon überzeugt [hat er 1911 geschrieben], dass es Bildersprache ist, wenn wir vom Entstehen, Sichverändern, Untergehen, Erlöschen von Rechten und Rechtsverhältnissen usw. sprechen, wie dies z.B. von WINDSCHEID, SCHLOSSMANN, HÖLDER⁵² u.a. scharf betont worden ist. Aber unsere [181] juristischen Argumentationen sind, wie mir scheint, noch nicht genug von dieser Erkenntnis durchdrungen; es begegnet uns noch zu oft, die körperweltliche Auffassung von Rechten und Rechtswirkungen für mehr als ein Bild, für eine Wahrheit zu nehmen und daraus Schlussfolgerungen zu ziehen, die der inneren Berechtigung entbehren und sich vermeiden lassen, wenn man von jeder körperlichen Auffassung sich lossagt.“

Auch heute noch, fast hundert Jahre später, begegnet uns die körperweltliche Argumentation, sobald wir beginnen, die Lehre und Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt zu durchstreifen. Und vielleicht wird sich eine solche Argumentation gar nie vollständig vermeiden lassen, wenn wir bedenken, wie stark nach den Erkenntnissen der neueren Forschung die abstrakten Begriffe der Menschen und wie stark das menschliche Denken überhaupt mit dem Körperlichen zusammenhängen⁵³. Um so bemerkenswerter ist es, dass das Bundesgericht in BGE 129 III 324 unter expliziter Anrufung von THEODOR KIPPS Aufsatz entschieden hat, „dass Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in alternativer Konkurrenz stehen können“, während eine körperliche Auffassung zu der von KIPP abgelehnten⁵⁴ Annahme führt, Nichtigkeit schliesse die Anfechtbarkeit aus.

3. Ein drittes Merkmal, das wir dem Juristischen Denken zuschreiben, ist seine *Rationalität*. Wer juristisch denkt, der denkt rational, also vernünftig oder mit Verstand. Diese Einschätzung ist weit verbreitet. Mein Problem jedoch besteht darin, dass ich nicht genau weiss, was man unter einem solchen Denken zu verstehen hat. Ist das „rationale Denken“ der Juristen ein schlaues, intelligentes, kluges, weises oder gar soziales Denken? All dies sind unterschiedliche Leistungen von Verstand und Vernunft.⁵⁵ Und es erscheint mir, dass keine dieser Denkweisen für das Juristische Denken so typisch ist, dass das Denken der Juristen sich dadurch vom Denken anderer unterscheidet.

Vielleicht aber meint man mit „*rationalem Denken*“ schlicht und einfach ein vernünftiges Denken, das sich von Gefühlen freihält. „Juristisch denken“ hiesse demnach: „emotionsloses Denken“. Das entspräche einer über Jahrhunderte hinweg gepflegten Auffassung, wonach Verstand und Gefühle sich trennen lassen, die Gefühle zwar zum Verstand hinzukommen, den Verstand aber nicht beeinflussen. Und ausserdem entspräche dies dem Misstrauen, mit dem die abendländische Denkkultur den Gefühlen über lange Zeit hinweg begegnet ist. Viele Philosophen hatten für emotionale Zustände eine nur geringe [182] Wertschätzung.⁵⁶ Und selbst die hirnforschenden Neurowissenschaftler versuchten bis in die jüngere Vergangenheit hinein, die Emotionen bei ihren naturwissenschaftlichen Experimenten auszuschalten, weil sie diese als ärgerlichen Störfaktor betrachteten.⁵⁷ Was wundert's da, dass TONIO KRÖGER in der gleichnamigen Erzählung von THOMAS MANN denjenigen als „Stümper“ bezeichnet, „der glaubt, der Schaffende dürfe empfinden“⁵⁸.

51 THEODOR KIPP, Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift für FERDINAND VON MARTITZ, Berlin 1911, S. 211 ff.

52 Auszeichnungen von mir.

53 Vgl. dazu FRITJOF CAPRA, zit. in Anm. 19, S. 91 ff.

54 THEODOR KIPP, zit. in Anm. 51, S. 212 ff.

55 GERHARD ROTH, zit. in Anm. 12, S. 171.

56 Vgl. GERHARD ROTH, zit. in Anm. 12, S. 259 f.

57 JOHN HORGAN, zit. in Anm. 32, S. 48; vgl. auch GERHARD ROTH, zit. in Anm. 12, S. 261.

58 THOMAS MANN, Erzählungen, zit. in Anm. 27, S. 107 (Zitat aus „Tonio Kröger“).

In den letzten beiden Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts hat jedoch die wissenschaftliche Erforschung der Emotionen einen „beispiellosen Aufschwung“ erlebt.⁵⁹ Gestützt darauf wächst heute die Einsicht, dass die Emotionen nicht nur ein grundlegender Teil der menschlichen Natur, sondern auch für das menschliche Denken von zentraler Bedeutung sind.⁶⁰ „In dem Wechselspiel von Gefühl und Rationalität lenkt das emotionale Vermögen, mit der rationalen Seele Hand in Hand arbeitend, unsere momentanen Entscheidungen“⁶¹, wobei die „Gefühle den Verstand eher beherrschen als der Verstand die Gefühle“⁶². Wer also verlangt, dass Juristisches Denken ein „emotionsloses“ Denken sei, der verlangt von denen, die juristisch denken, etwas Menschenunmögliches, wenn man von psychisch kranken Menschen absieht. Und das wiederum ist bedeutsam auch für das Verständnis der Jurisprudenz: Da sich das Denken nicht von den Gefühlen trennen lässt, sondern „das Gefühl im Denken eine wesentliche Rolle spielt“⁶³, fließen die Gefühle der denkenden Autoren und Richter notwendigerweise in die Lehre und Rechtsprechung ein. In diesem Sinne ist die Jurisprudenz immer und unausweichlich eine „Gefühlsjurisprudenz“. Wollte man die Gefühle aus ihr vertreiben, so müsste man die Menschen vertreiben, die sie betreiben.

4. [183] Ein viertes Merkmal, das man mit dem Juristischen Denken verbindet, ist *das systematische Element*. Da Rechtssätze und Rechtsprobleme in grosser Vielzahl und Verschiedenheit auftreten, „der menschliche Geist (zumindest in seiner erwachsenen Ausgabe)“ aber „nach Ordnung verlangt, versuchen wir uns von dieser Mannigfaltigkeit durch systematische Klassifikation ein Bild zu machen“⁶⁴. Und das ist richtig. Denn ohne systematische Einteilung des juristischen Stoffes verlören wir erstens die Übersicht; und zweitens wären wir ausserstande, Ähnlichkeiten und Zusammenhänge zu erkennen. Es erginge uns ähnlich wie beim Besuch einer Ausstellung *Pop Art und Neuer Realismus*, wo präsentiert wird, was unterschiedslos zusammen getragen wurde: „Puppe mit aufgeschlitztem Bauch, aus dem Köpfe anderer Puppen herausragen, Brille mit aufgemalten Augen, Kreuz mit eingefassten Coca-Cola-Flaschen und einer Glühbirne in der Mitte, Vervielfachtes Marilyn-Monroe-Porträt, Vergrösserung eines Dick-Tracy-Comics, Pingpongisch mit Bällen aus Gips, Komprimierte Autoteile, Verzierter Motorradhelm in Öl“ und derartiges mehr⁶⁵. Kurz: Wir wären verwirrt.

Kritisch wird die Sache freilich dann, wenn der Ordnungsgedanke so stark in den Vordergrund rückt, dass er das Übrige verdrängt. Dass diese Gefahr besteht, zeigt schon die Art und Weise, wie wir normative Sätze, die ein Verhalten gebieten, in unser Rechtssystem eingliedern.⁶⁶ Zwar lässt sich jede Verhaltensnorm nur im Zusammenhang mit den gesellschaftlichen Umständen und Ursachen verstehen, aus denen heraus sie entstand. Exakt dieser Zusammenhang aber geht verloren, wenn sie losgelöst von ihrer Geschichte in unser Rechtssys-

⁵⁹ DANIEL GOLEMAN, zit. in Anm. 33, S. 11.

⁶⁰ Vgl. JOHN HORGAN, zit. in Anm. 32, S. 302; DANIEL GOLEMAN, zit. in Anm. 33, S. 62 f.; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur: MARCEL A. NIGGLI, *Bindung und Norm: Recht, Verhaltenssteuerung und Postmoderne*, Basel/Genf/München 2000, S. 310, 314 f. und 338 ff.

⁶¹ DANIEL GOLEMAN, zit. in Anm. 33, S. 49; grundlegend ANTONIO R. DAMASIO, *Descartes' Error*, New York 1994.

⁶² GERHARD ROTH, zit. in Anm. 12, S. 321. – „Wir drängen unser Denken jederzeit in die Richtung, in die sie von unseren Gefühlen gezogen wird“, hat BERNARD MANDEVILLE schon im 18. Jahrhundert geschrieben (*Die Bienenfabel oder Private Laster, öffentliche Vorteile*, deutsche Übersetzung von *The Fable of the Bees or Private Vices, Public Benefits*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1998, S. 363).

⁶³ DANIEL GOLEMAN, zit. in Anm. 33, S. 62 f.

⁶⁴ Es verhält sich gleich wie mit der Mannigfaltigkeit der Natur, auf die sich das Zitat (STEPHEN JAY GOULD, *Zufall Mensch: Das Wunder des Lebens als Spiel der Natur*, München 1994, S. 105) bezieht.

⁶⁵ Vgl. UMBERTO ECO, zit. in Anm. 10, Fussnote auf S. 30.

⁶⁶ Die nachfolgenden drei Sätze stammen aus Notizen, die ich mir vor längerer Zeit und wahrscheinlich bei der Lektüre eines nichtjuristischen Buches gemacht habe. Als ich jetzt zitierend auf das Vorbild hinweisen wollte, habe ich die Stelle (wenn es sie denn gibt) trotz intensiver Nachforschung nicht mehr gefunden.

tem integriert wird. An die Stelle ihrer gesellschaftlichen Begründetheit tritt alsdann die Rechtfertigung durch das System, in dem die Widerspruchsfreiheit eine entscheidende Rolle spielt. Dies entspricht unserem Glauben, wonach Widersprüche ein Übel und die Widerspruchsfreiheit ein Zeichen von Richtigkeit sind. So sehr glauben wir an diesen Satz, dass wir uns nichts sehnlicher wünschen als eine widerspruchsfreie Jurisprudenz, obwohl schon das Gesetz nicht widerspruchsfrei⁶⁷ und seit KURT GÖDEL [184] bekannt ist, dass selbst „die Mathematik nie logisch vollkommen sein würde“⁶⁸.

In der Rechtsliteratur besteht bisweilen sogar die Tendenz, die Systematisierung so weit zu treiben, dass sie, von aussen betrachtet, geradezu zum Selbstzweck wird. Viele Bücher beginnen mit unzähligen Einteilungen, die für den Fortgang der Abhandlung keine Rolle mehr spielen, insofern also nutzlos sind. Da juristische Bücher nur selten in ihrer Gesamtheit, sondern meist nur eklektisch gelesen werden⁶⁹, fällt dies dem Leser in aller Regel gar nicht auf. Für den Autor des Buches dagegen haben solche Einteilungen den unbestreitbaren Vorteil, dass sie sein Bedürfnis nach Ordnung befriedigen.

Dieses Bedürfnis ist ernst zu nehmen. Denn wie alle Menschen, so brauchen auch die Juristen eine Ordnung, um leben zu können. Einige jedoch sähen die Welt am liebsten „wie ein Zimmer in einem Krankenhaus, nachdem die Schwester aufgeräumt hat“⁷⁰. In ihrem Ordnungswahn erstreben sie die vollkommene Ordnung. Solange sich dies auf den persönlichen Bereich erstreckt, hat jeder damit selber fertig zu werden. Sobald aber einer die Macht hat, sein steriles Krankenzimmer den anderen aufzuzwingen, und er dies tut, erstirbt ringsherum das Leben.

5. Ein fünftes Merkmal des Juristischen Denkens ist das *Denken in Fehlern*. Um das zu verstehen, muss man wissen, dass die Juristen sich eine eigene Welt erschaffen haben, die weitgehend eine Fehlerwelt ist. Dieser Welt, in der „richtig“ und „falsch“ getrennt sind, habe ich kürzlich einen ganzen Festschriftbeitrag gewidmet⁷¹, weshalb ich hier darauf verzichte, auf deren Einzelheiten einzugehen. Nur so viel sei wiederholend gesagt, dass wir Juristen einen grossen Teil unserer Denkkraft darauf verwenden, die Phänomene, die uns begegnen, in „fehlerhafte“ und „fehlerfreie“ zu unterscheiden. Das gilt mit Bezug auf das menschliche Verhalten und auch für die Dinge, mit denen wir zu tun haben.

[185] Das Gesagte ist dem Grundsatz nach nicht erstaunlich. Denn „der Geist des Menschen funktioniert offenbar als Hilfsmittel zur Kategorieneinteilung (oder vielleicht sogar, wie manche französische Strukturalisten behaupten, als Apparat zur Zweiteilung, der die Welt ständig in Dualitäten einteilt - roh und gekocht, Natur und Kultur, männlich und weiblich, materiell und spirituell, und so weiter)“⁷². Exakt so funktioniert aber auch der Geist des Juristen, wenn er zwischen „fehlerhaft“ und „fehlerfrei“ unterscheidet. Was „fehlerhaft“ ist und was nicht, das hängt bei diesem Dualismus von den jeweils anwendbaren (und ausgelegten) Rechtsnormen ab, die für das Fehlerhafte verschiedene Ausdrücke (z.B. auch „Widerrechtlichkeit“ oder „Mangelhaftigkeit“) verwenden. Das allein zeigt schon, wie relativ der

⁶⁷ Zum Beleg verweise ich nur auf das gesetzliche Vertragstypenrecht, das verschiedene Schichten der Gesetzgebung aus verschiedenen Generationen zusammenfügt, ohne sie als Ganzes wertmässig zu harmonisieren.

⁶⁸ SIMON SINGH, Fermats letzter Satz: Die abenteuerliche Geschichte eines mathematischen Rätsels, 6. Aufl., München 2001, S. 172.

⁶⁹ Eine Ausnahme bilden etwa Dissertationen, von denen man annehmen darf, dass wenigstens die Referenzen sie vollständig lesen, was aber auch nicht immer zutrifft.

⁷⁰ Das Bild habe ich dem Roman von ARUNDHATI ROY, Der Gott der kleinen Dinge, München 1997, S. 109, entnommen.

⁷¹ PETER GAUCH, Die Fehlerwelt der Juristen, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für HEINZ REY, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 543 ff.

⁷² STEPHEN JAY GOULD, Dinosaurier, zit. in Anm. 19, S. 54.

juristische Fehlerbegriff ist. Dazu kommt, dass die Zuordnung zur einen oder anderen Kategorie der Ausfluss einer gesellschaftlichen Ansicht ist und sich mit der Veränderung der Rechtsnormen oder ihrer Auslegung verändert.

6. Die bisher erwähnten fünf Merkmale möchte ich komplettieren, indem ich beifüge, dass das Juristische Denken weitgehend auch *ein traditionelles Denken* ist. Wie andere soziale Erscheinungen besitzt die Jurisprudenz, die sich mit Vorliebe an der Vergangenheit orientiert, eine ausgeprägte evolutionäre Trägheit.⁷³ Das erklärt nebst anderem auch, weshalb die patriarchalische Grundstruktur des Rechts bis in die Gegenwart nachwirkt. Die heutige Rechtsordnung, die herrschende Lehre und die bisherige Rechtsprechung wurden vorwiegend durch Männer geschaffen, deren männliche Denkweise und deren Rollenverständnis von „Mann“ und „Frau“ unser Recht nach wie vor in einem starken Mass beeinflussen.⁷⁴

Mit Rücksicht auf das Gebot der Rechtssicherheit ist das traditionelle Denken gewiss von Vorteil, solange die Anknüpfung am Vergangenen und die Bindung an überkommene Paradigmen den jeweils erforderlichen Fortschritt nicht verhindern. Da die Zukunft immer Herkunft braucht⁷⁵, ist das traditionelle Denken aber auch unter diesem Gesichtspunkt unverzichtbar. Das möchte ich so wenig bestreiten wie die Tatsache, dass es unter den Juristen (insbesondere unter den jeweils jüngeren) durchaus kreative Denker gibt, die neue [186] Denkergebnisse hervorbringen, weil sie befähigt sind, auch das, „was ebensogut sein könnte, zu denken“⁷⁶. Solche Denker bilden eine Voraussetzung für die Fortentwicklung des Rechts, wie sie, abgesehen von den Eingriffen des Gesetzgebers, durch einen Teil der Lehre und der Rechtsprechung geschieht. Häufig beschränkt sich deren Kreativität auf die analoge Gesetzesanwendung, auf die gesetzliche Lückenfüllung⁷⁷ oder die schlichte Anwendung anerkannter Rechtssätze auf neue Sachverhalte, wie sie sich heutzutage etwa aus der elektronischen Vernetzung der Gesellschaft ergeben. Dann wieder erfolgt die Rechtsentwicklung unter Aufgabe etablierter Gerichts- oder Lehrsätze, bisweilen durch die Kreation von Ausnahmen, welche die dem Grundsatz nach beibehaltenen Sätze durchbrechen⁷⁸. Auf diese Weise entfernt sich die Jurisprudenz von ihrer eigenen Vergangenheit. Wie das Flugzeug vor seinem Krache

⁷³ Kritisch habe ich mich dazu in meinem Aufsatz zum Stand der Lehre und Rechtsprechung, zit. in Anm. 8, S. 21 ff. geäußert.

⁷⁴ Vgl. bereits meinen Aufsatz zum Stand der Lehre und Rechtsprechung, zit. in Anm. 8, S. 34 ff. Für das Gebiet des Vertragsrechts vgl. SUSAN EMMENEGGER, *Feministische Kritik des Vertragsrechts*, Diss. Freiburg 1999, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 177, Freiburg 1999.

⁷⁵ So der Titel des in Anm. 28 zitierten Buches von ODO MARQUARD.

⁷⁶ ROBERT MUSIL, *Der Mann ohne Eigenschaften I*, Reinbek bei Hamburg 1987, S. 16. Dort schreibt MUSIL: „Wenn es aber Wirklichkeitssinn gibt ..., dann muss es auch etwas geben, das man Möglichkeitssinn nennen kann“. Und diesen Möglichkeitssinn definiert MUSIL als „die Fähigkeit ..., alles, was ebensogut sein könnte, zu denken und das, was ist, nicht wichtiger zu nehmen als das, was nicht ist“.

⁷⁷ Nach heute herrschender Meinung (vgl. z.B. ERNST A. KRAMER, *Methodenlehre*, zit. in Anm. 15, S. 147) gehört auch die analoge Gesetzesanwendung in das Gebiet der gesetzlichen Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB), was aber durchaus diskutabel ist. Eine andere Ansicht zum Analogieschluss vertrat schon EUGEN HUBER. Folgt man seiner Meinung, so liegt eine Gesetzeslücke nur dann vor, „wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte“ (EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2. Aufl., Basel 1925, S. 354). In dieser Sichtweise dient der Analogieschluss nicht zur Füllung einer Gesetzeslücke; vielmehr gehören die analog anwendbaren Rechtssätze zur Kategorie der Gesetzesbestimmungen, die den Richter nach Art. 1 Abs. 1 ZGB binden (so z.B. ANDREAS ABEGG, *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts*, Diss. Freiburg 2004, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg/Schweiz, Band 225, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 247 ff.).

⁷⁸ Ein Beispiel für eine solche Ausnahme ist die Anerkennung eines normativen Haushaltschadens (grundlegend: BGr Pra 1995, Nr. 172, S. 556), obwohl der allgemein geltende Schadensbegriff die Ersatzfähigkeit eines normativen Schadens grundsätzlich ausschliesst.

flieht (MARTIN WALSER⁷⁹), so entflieht sie den früher produzierten Ergebnissen. Bloss geschieht dies nicht kontinuierlich, sondern eher in Brüchen, ab und zu aus Versehen und nicht selten deswegen, weil bisherige „Aussenseiter“ mit ihren zunächst wunderlichen Einfällen die Oberhand gewinnen⁸⁰ oder [187] ausländische Einflüsse sich durchsetzen. Bei der Übernahme ausländischer Rechtsideen besteht die Kreativität der einheimischen Jurisprudenz nur (aber immerhin) in der Übertragung fremder Ideen auf die eigene Rechtsordnung, worin sich die übertragenen Ideen dann oft wie Invasionspflanzen verbreiten.

Nun sind freilich nicht alle Juristen auch kreative Denker.⁸¹ Wem diese Eigenschaft abgeht, der mag zwar – wie die Biene in „The Battle of the Books“ von JONATHAN SWIFT⁸² – ein guter Sammler sein, kann aber bei aller Intelligenz, über die er verfügt, und bei aller Fähigkeit zum systematischen Denken nur mittelbar zur Fortentwicklung des Rechtes beitragen. Diese Einschätzung ist nicht etwa abwertend gemeint; sie stellt lediglich heraus, dass die Begabung auch der Juristen vielfältige Komponenten hat. Die einen sind für dieses begabt, die anderen für jenes, und erst die Summe aller Begabungen bildet die Grundlage der Jurisprudenz⁸³, die sich zwischen Stabilität und Wandel bewegt, so wie die Kunst „zugleich Erfindung und Wiederholung, Neuheit und Erinnerung ist“⁸⁴. Während aber die Kunst, namentlich jene der Malerei, ihrer Zeit vielfach vorausseilt, halten Lehre und Rechtsprechung oft am Überkommenen fest, obwohl neue Probleme oder neue Erkenntnisse nach einer Änderung rufen.

Im soeben Gesagten äussert sich eine Schwäche der Jurisprudenz, die mit ihrer evolutionären Trägheit einher geht. Damit will ich aber nicht behaupten, dass in der Verbindung von Stabilität und Wandel die Veränderung in [188] jedem Fall zum Besseren führt. Wer neuere Ansichten der Jurisprudenz über ältere stellt, nur weil sie neuer sind, bleibt vielmehr im unheilvollen Vorurteil einer Epoche verfangen, in der „man noch annahm, dass die Geschichte aus einem einfachen Fortschritt von primitiven zu weniger primitiven Ansichten besteht“⁸⁵. Wer dagegen das Neue ablehnt, nur weil es neu ist, dem erscheint, was sich eingebürgert hat, schon deshalb als besser, weil es sich eingebürgert hat. Im Innersten freilich sind wir nicht selten hin und her gerissen zwischen dem Bedürfnis nach Neuem und der Anhänglichkeit an

79 Satz aus einem Interview im SPIEGEL.

80 Zu analogen Vorgängen in den Naturwissenschaften vgl. THOMAS S. KUHN, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Sonderausgabe der Reihe „Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft“, Frankfurt a.M. 2003.

81 Es verhält sich wohl gleich wie in der Naturwissenschaft, wo „die Techniker zahlreich, aber die schöpferischen Geister selten“ sind (IVAR EKELAND, Das Vorhersehbare und das Unvorhersehbare, Frankfurt a.M. 1989, S. 38).

82 Die 1704 erschienene Satire (Originaltitel: ‚A Full and True Account of the Battle Fought Last Friday between the Ancient and the Modern Books in Saint James’s Library‘) enthält auch die berühmt gewordene Debatte zwischen der Biene und der Spinne. Darin sagt die Biene zur Spinne: „So that, in short, the question comes all to this: whether is the nobler being of the two, that which, by a lazy contemplation of four inches round, by an overweening pride, feeding, and engendering on itself, turns all into excrement and venom, producing nothing at all but flybane and cobweb; or that which, by an universal range, with long search, much study, true judgement, and distinction of things, brings home honey and wax“ (JONATHAN SWIFT, The Battle of the Books and Other Short Pieces, Published by IndyPublish.com McLean, Virginia USA, S. 8; deutsche Übersetzung in JONATHAN SWIFT, Satiren und Streitschriften, Zürich 1993, S. 25).

83 Seine eigene Begabung als *die* juristische Begabung herauszustellen, wäre so unsinnig wie die Behauptung eines Sängers, seine Begabung zum Singen sei *die* musikalische Begabung.

84 GIORGIO CELLI, Der letzte Alchemist: Betrachtungen über Komik und Wissenschaft, Stuttgart 1986, S. 130.

85 PAUL FEYERABEND, Erkenntnis, zit. in Anm. 40, S. 186. Vgl. auch STEPHEN JAY GOULD, Dinosaurier, zit. in Anm. 19, S. 69: „Wir können die Geschichte nicht verstehen, wenn wir früheren Zeiten abwertende Kriterien aufzwingen, die aus unserer eigenen schlechten Gewohnheit erwachsen, kontinuierliche Übergänge in Abschnitte mit einem in Richtung auf unsere eigene Zeit zunehmenden Wert zu zerlegen.“

das Alte. Denn „der Mensch will immer, dass alles anders wird, und gleichzeitig will er, dass alles beim alten bleibt“⁸⁶.

III. Unvollständigkeit und zwei Einzelpunkte

Neben den aufgezählten Merkmalen des Juristischen Denkens gibt es gewiss noch weitere, die man hinzufügen könnte, namentlich, wenn man die Gesetzgebung, das Vertragswesen, die prospektive Vertragsgestaltung oder die internationalen Dimensionen des Rechts in die Betrachtung einbezieht. Dass das Juristische Denken sogar humoristische Züge aufweisen kann, das beweist die „Kurze Einführung in den Juristenhumor“ von HEINRICH STADER⁸⁷, die durch ihre schiere Existenz unterstreicht, wie bruchstückhaft meine eigene Beobachtung ist. In jüngeren Jahren hätte ich vielleicht gewünscht, möglichst vollständig zu sein, um dann alles in einer übergreifenden „Theorie“ zusammenzufassen. Inzwischen aber habe ich eingesehen, dass Vollständigkeit von vornherein ausgeschlossen ist, da wir die Welt immer nur unvollständig sehen können⁸⁸. Auch glaube ich, dass wir ohne Theorie des Juristischen Denkens zurechtkommen, weshalb ich nicht einmal versuche, meine losen Bemerkungen in ein theoretisches Gesamtbild einzuordnen. Statt dessen will ich, zur Abrundung des gewählten Themas, auf zwei *Einzelpunkte* hinweisen:

1. [189] Der erste Punkt greift zurück auf die Art, wie ich die aufgezählten Merkmale des Juristischen Denkens angegangen bin. Bei deren Behandlung habe ich *den Menschen stärker in den Vordergrund gerückt*, als es namentlich die Systemtheorie oder ein Teil davon in ihren aus der Biologie⁸⁹ übertragenen Modellen der sozialen Systeme (etwa im „autonom operierenden System“ des Rechts nach dem autopoietischen Muster von NIKLAS LUHMAN) zu tun scheinen. Die systemtheoretischen Schriften der Rechtsliteratur gehören freilich zu jenen Texten, die mir erhebliche Verständnisprobleme bereiten. Deshalb wäre es ungebührig, wollte ich den Eindruck erwecken, ich könnte mir darüber ein verständiges Urteil bilden. Vom Juristischen Denken aber glaube ich in jedem Fall, dass es ein Denken der damit befassten Menschen in je ihrer individuellen Eigenart ist.

Diese Menschen sind indes trotz ihrer Individualität keine solitären Inseln, sondern in mannigfache Kommunikationsnetze der Gesellschaft eingebunden, welche die Einzelnen wie Pilzgeflechte verbinden. Derart haben sie Teil an gemeinsamen Wissens-, Wert- und anderen Vorstellungen oder Denkweisen der Kultur- und Rechtsgemeinschaft, wie sie auch im Rahmen der Rechtslehre und Rechtsprechung tradiert, kreiert und kommuniziert werden. Das „Gemeinsame“, das unter anderem in einem bestimmten „Zeitgeist“ zum Ausdruck kommen kann⁹⁰, beeinflusst das Rechtsbewusstsein und das Juristische Denken des je Einzelnen, selbst wenn man annehmen will, dass Menschen sich „nicht steuern, sondern nur stören lassen“⁹¹. Dementsprechend beeinflusst es, was nachzutragen bleibt, auch die individuelle Auslegung des Gesetzes. Und darin liegt zumindest eine der Erklärungen, weshalb verschiedene Interpreten (z.B. verschiedene Richter) bei ihrer Gesetzesauslegung häufig zu gleichen Ergebnissen gelangen. Weichen die Richter eines bestimmten Entscheidungsgremiums trotz gegenseitiger Ein-

⁸⁶ PAULO COELHO, *Der Dämon und Fräulein Prym*, Zürich 2001, S. 41.

⁸⁷ Lengwil/Schweiz 1996.

⁸⁸ EGON FRIEDEL, *Kulturgeschichte der Neuzeit*, München 1989, S. 18.

⁸⁹ HUMBERTO MATURANA, FRANCISCO VARELA und andere.

⁹⁰ Vgl. BGE 123 III 298: „Die Möglichkeit richterlicher Vertragsgestaltung entspricht augenfällig dem Zeitgeist.“

⁹¹ FRITJOF CAPRA, zit. in Anm. 19, S. 203.

flussnahme voneinander ab, so entscheidet schliesslich die Abstimmung, womit die Mehrheit den für das konkrete Urteil massgeblichen (nicht „wahren“) Sinn des Gesetzestextes festlegt.

2. Der zweite Punkt betrifft *die Gedächtnisarbeit*, die oft abwertend dem Juristischen Denken gegenüber gestellt wird. Schon in meiner Studienzeit hörte ich, dass es nicht auf das Gedächtnis, sondern auf das Denken ankomme. Abgesehen davon, dass ein grosser Teil der Ausbildung dann doch im Auswendiglernen bestand, erachte ich eine Abwertung des Gedächtnisses als [190] unangebracht. Denn was wären wir ohne Gedächtnis? „Wir wüssten nicht, wer und wo wir sind, welcher Tag heute ist und in welchem Monat oder Jahr wir uns befinden, wer die anderen um uns herum sind, warum wir gerade hier sind und nicht anderswo, was man von uns erwartet, welche Bedeutung die Dinge und Geschehnisse um uns herum haben“. ⁹² Dementsprechend gibt es auch keine Disziplin, die man beherrschen kann, ohne sich zunächst einen Grundstock an Kenntnissen anzulernen. Selbst wenn die angelernten Kenntnisse nach einiger Zeit wieder in Vergessenheit geraten, so wirken sie doch im unbewussten (impliziten) Gedächtnis ⁹³ fort, als dessen Inhalt sie das Denken beeinflussen ⁹⁴.

IV. Schluss

Für alle, die älter werden und bemerken, dass mit der zunehmenden Abnutzbarkeit der Kräfte die Vergesslichkeit zunimmt ⁹⁵, mag das Auffangbecken des unbewussten Gedächtnisses ein Trost sein. Dass Du, lieber Ernst, eines solchen Trostes schon bedürftest, will ich damit allerdings nicht sagen. Im Gegenteil vermitteln alle Deine Publikationen und alle persönlichen Begegnungen mit Dir den sicheren Eindruck, dass Deine Kräfte noch in keiner Weise abgenutzt sind. Insbesondere bist Du nach wie vor ein grosser Denker, der die Jurisprudenz nachhaltig und kreativ beeinflusst. Über all das freue ich mich, so wie ich mich gefreut habe, für Dich, den Sechzigjährigen, den vorliegenden Festschriftbeitrag zu schreiben. Das Geschriebene trägt meinen persönlichen Stempel, was dem Anlass entspricht, aber auch übereinstimmt mit SAMUEL BECKETTS Feststellung: „Mit Worten erzählt man nur sich selbst, sogar die Lexikographen stellen sich bloss. Und noch im Beichtstuhl verrät man sich.“ ⁹⁶

Ich habe geschrieben, was ich zu schreiben wusste. Es ist wenig, gemessen an dem, was ich anfangs dachte, schreiben zu wissen. Und wenn ich das [191] Ergebnis jetzt betrachte, so erkenne ich darin meine Schrift gewordene Mühe, über das Denken zu denken, das wir Juristen denken. Dennoch bin ich zuversichtlich, dass Du in Deiner grossen Nachsicht, die Du den anderen entgegenbringst, meinen kleinen Aufsatz als Geburtstagsgeschenk akzeptierst. Dass wenigstens Du ihn lesen wirst, beruhigt mich. Denn „ein Werk, das als reiner kreativer Akt angesehen wird und dessen Funktion mit seiner Genese endet, fällt dem Nichts anheim“ ⁹⁷. Ein einziger aber, der es liest, der kann es retten. ⁹⁸

⁹² GERHARD ROTH, zit. in Anm. 12, S. 150.

⁹³ GERHARD ROTH, zit. in Anm. 12, S. 151 f.

⁹⁴ Vgl. JOHN HORGAN, zit. in Anm. 32, S. 37, wonach „das implizite oder unbewusste Gedächtnis, das unterhalb der Bewusstseinschwelle liegt, sich ... auf das Verhalten und die mentale Aktivität auswirkt“.

⁹⁵ MARK TWAIN soll einmal gesagt haben: „Als ich jünger war, konnte ich alles im Kopf behalten, ob es tatsächlich geschehen war oder nicht. Nun bewirken die nachlassenden Fähigkeiten, dass ich mich bald nur noch an jene Dinge erinnere, die gar nicht geschehen sind.“

⁹⁶ SAMUEL BECKETT, *Das Gleiche nochmals anders: Texte zur Bildenden Kunst*, Frankfurt a.M. 2000, S. 22 (Zitat aus „Die Welt und die Hose“).

⁹⁷ SAMUEL BECKETT, a.a.O., S. 23. Der zitierte Satz bezieht sich auf Kunstwerke, was juristische Aufsätze nicht sind, was aber auch nicht hindert, sie in dieser Beziehung den Kunstwerken gleichzusetzen.

⁹⁸ Vgl. sinngemäss SAMUEL BECKETT, a.a.O., S. 23.

Für die Zukunft wünsche ich Dir alles Gute, und mir selber wünsche ich, dass wir über das Juristische Denken hinaus verbunden bleiben. Dass wir weiterhin auch juristisch denken, ist zwar absehbar. Bei der Sonderbarkeit dieses Denkens hoffe ich aber, es möge sich anders auswirken als die Musik, die „unser Hirn massiv verändern“ kann, „namentlich wenn man selber musiziert“⁹⁹.

Korr.: ???

⁹⁹ SONNTAGSZEITUNG, 16. November 2003, S. 79; vgl. auch NEUE ZÜRCHER ZEITUNG, 21. Januar 2004, Nr. 16, S. 11.