

Die Fehlerwelt der Juristen

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

Publiziert in: *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts*, Festschrift für HEINZ REY, Zürich 2003, S. 543 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Statistik und Thema

1. [543] In einer Statistik, die mir unlängst unter die Augen kam, stand geschrieben, dass wissenschaftliche Bücher von nur gerade *1,4 Personen* je Veröffentlichung gelesen werden. Den Fundort habe ich vergessen, weshalb ich ihn auch nicht zitieren kann, was für einen wissenschaftlichen Festschriftbeitrag zwar ungehörig, aber bei allem, was wir tagein-tagaus zu lesen haben, vielleicht doch verständlich ist.

Dass mich die Statistik erschreckt hat, will ich nicht verschweigen. Obwohl ich nie davon ausgegangen bin, wissenschaftliche Bücher würden so intensiv gelesen wie etwa HARRY POTTER oder die Sonntagszeitung, hatte ich mir die wissenschaftliche Lesergemeinde doch etwas grösser vorgestellt. In dieser Vorstellung verhangen und in der Furcht, mein schriftstellerndes Leben verschwendet zu haben, kam mir der spontane Wunschgedanke, dass die Statistik, falls sie nicht lügt, die rechtswissenschaftlichen Bücher nicht zu den „wissenschaftlichen“ zähle. Sonst bliebe nur der Trost, dass die 1,4 Leser ein blosser Durchschnittswert sind. Für *Ihre* wissenschaftlichen Werke, lieber Herr REY, liegt der individuelle Wert jedenfalls haushoch über den mageren 1,4 Personen. Alles, was *Sie* publizieren, wird weit herum gelesen und zitiert, was bei der Qualität Ihrer Publikationen nicht erstaunt. So gehöre auch ich zu den vielen Lesern, die Ihnen dankbar sind für Ihr bisheriges Lebenswerk, das sich durch weite Strecken des Privatrechts hindurch zieht, ohne je auszuufern. Und ausserdem danke ich Ihnen dafür, dass Sie zusammen mit JÖRG SCHMID das von WALTER SCHLUEP und mir begonnene Lehrbuch zum OR weiterführen¹. Meine Dankbarkeit möchte ich mit meinem vorliegenden Beitrag zum Ausdruck bringen.

2. Als ich die Einladung erhielt, einige Seiten zu Ihrer Festschrift beizusteuern, habe ich mich gefreut. Mit der *Fehlerwelt der Juristen*² wusste ich sofort auch ein *Thema*, das in eine juristische Festgabe passen könnte. Die Gründe, warum ich es gewählt habe, liegen, wie alle Motive des menschlichen Handelns³, weitgehend im Unbewussten. Zwei davon aber sind mir doch bewusst:

Erstens ist offensichtlich, dass auch wir Juristen Freude an Fehlern haben, so lange wir nicht an die eigenen denken. Schauen wir nur in die Rechtsschriften der Anwälte! Sie sind

¹ Jetzt GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1998. Mit Rücksicht auf die geschilderten Umstände werde ich das Buch im vorliegenden Beitrag sehr häufig zitieren.

² Hier wie auch an anderen Stellen meines Beitrages, in denen ich eine Personenbezeichnung (z.B. „Jurist“, „Autor“, „Professor“, „Richter“ oder „Referent“) verwende, ist das „masculinum“ generisch verstanden, was auch die Frauen einschliesst.

³ Vgl. dazu JOHN HORGAN, Der menschliche Geist, München 2000, S. 51; GERHARD ROTH, Fühlen, Denken, Handeln, Frankfurt a.M. 2001, S. 368 ff.

voll von Fehlern, die andere begangen haben. In der Tat sind ja die Fehler der andern die vernünftigsten. Sie erfüllen dich mit der Genugtuung, „dass die anderen nicht [544] besser sind als du, die deine Fehler vermeiden und dafür aber andere begehn, die du vermieden hast“⁴.

Und zweitens trage ich das Thema von der Fehlerwelt schon lange in mir herum, spätestens aber, seit ich aus der „Psychologie des negativen Wissens“ weiss, dass das Wissen um Fehler ebenso wichtig ist wie die Kenntnis des Richtigen.⁵ Einen ersten Versuch, das Thema anzugehen, habe ich schon vor zwei Jahren in einem Vortrag in Basel gewagt. Von damals sind mir einige Notizen übriggeblieben, die ich jetzt verwerten kann, aber eben nicht, ohne die Überbleibsel mit neuen Gedanken anzureichern und in eine Form zu bringen, die sich lesen lässt. Diese „Information“ leiste ich gerne, da mir mindestens zwei Leser gewiss sind: mein Assistent MARTIN BEYELER⁶ und Sie, Herr REY.

Die Einteilung des Stoffes

3. Was mir Sorge bereitet, ist freilich der Umfang des Fehlerstoffes, der sich vor mir aufbaut. Er ist so gewaltig, dass ich nur einige Ausschnitte behandeln kann. Um dies kunstgerecht zu tun, beginne ich mit einer *Einteilung*, was Sie, den erfahrenen Rechtslehrer, gewiss nicht überrascht. Denn wir alle, die wir die Rechtslehre betreiben, sind ja von einem unbändigen Verlangen getrieben, den Stoff, mit dem wir uns beschäftigen, zunächst einmal einzuteilen, um ihn dann, wie wir glauben, auch zu beherrschen. So gibt es ganze Sparten der Jurisprudenz, die sich zur Hauptsache in Einteilungen erschöpfen. Ich denke etwa an die Lehre von den gesetzlichen Lücken, die (wie ERNST A. KRAMER in seiner luziden Methodenlehre⁷ schreibt) eine Fülle von Lückenkategorien unterscheidet, wobei „der Überblick durch vielerlei Terminologiedivergenzen noch zusätzlich erschwert“ wird.

4. Diesen Satz von ERNST A. KRAMER habe ich in KRAMERS Methodenbuch (auf S. 139) *mit gelbem Filzstift* angestrichen. Denn mir, der ich mich in den Lückentheorien seit jeher wie in einem Labyrinth verliere, liefert er endlich den Nachweis, dass der Fehler nicht bei mir, sondern in der Theorie liegt. Zugleich aber ermahnt er mich, meine eigenen Kategorien auf ein Minimum zu beschränken.

Deshalb unterscheide ich zum Zwecke meines Beitrages nur *zwei* Arten von Fehlern: die *Fremd- und die Eigenfehler*, die beide mit der Jurisprudenz zu tun haben. Die Jurisprudenz verstehe ich dabei unter Einschluss der Rechtsprechung (der „jurisprudence“), welche die rechtswissenschaftliche Theorie um die praktische Klugheit bereichert. Bei den Fremdfehlern handelt es sich um Fehler „ausserhalb“ der Jurisprudenz (um „exogene“ Fehler), mit denen die Jurisprudenz sich befasst. Bei den Eigenfehlern dagegen handelt es sich um „endogene“ Fehler, die der Jurisprudenz immanent sind.

[545] Mit den erwähnten beiden Fehlern, auf die ich mich beschränke, hat sich der zu behandelnde Fehlerstoff ganz erheblich reduziert. Unberücksichtigt bleiben z.B. die Fehler der juristischen Ausbildung. Ich ziehe sie schon deshalb nicht in meine Einteilung ein, weil es einer *Dreiteilung* in Fremd-, Eigen- und Ausbildungsfehler an der Einheit des Einteilungs-

⁴ Vgl. GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, *Schriften und Briefe I*, 6. Aufl., München 1998, S. 257, Nr. 176.

⁵ Vgl. dazu OSER/HASCHER, *Lernen aus Fehlern, Zur Psychologie des negativen Wissens*, Freiburg/Schweiz 1997.

⁶ Herr lic. iur. MARTIN BEYELER hat meine Fehlerwelt samt ihren Anmerkungen nicht nur auf Fehler korrigiert, sondern auch mit den in Ziff. 13 lit. a erwähnten Angaben zur Rechtsprechung komplettiert. Ihm danke ich für seine Mitarbeit.

⁷ ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern 1998.

grundes fehlen würde, was ein Einteilungsfehler wäre, wie er z.B. auch der disparaten Unterscheidung zwischen Schadens- und Personenversicherung im VVG zu Grunde liegt. Ausserdem würden die Ausbildungsfehler schon für sich allein einen ganzen Artikel füllen, auch wenn die Dozierenden sich ebenso viel Mühe geben wie Professor LUIS aus dem *Zufälligen Krieg des Don Emmanuel*, der alles lehrte, „was er wusste, und noch einiges mehr, wovon er keine Ahnung hatte, dass er es wusste, bis er es unterrichtete“.⁸

Die Fremdfehler

5. Nach der gegebenen Einteilung komme ich nun zu den *Fremdfehlern*, den exogenen Fehlern der Jurisprudenz. Ich habe sie an erster Stelle aufgeführt, weil ohne sie die Jurisprudenz nicht denkbar wäre. Um das zu verstehen, muss man freilich wissen, dass die Juristen sich eine eigene Welt erschaffen haben, die auf einem Konglomerat von Tatbeständen und Rechtsfolgen beruht. Zusammen mit den Gerichten, die das Ganze zusammenhalten, ist sie die grösste Erfindung, die wir uns selber verdanken. Und ich möchte beifügen:

Sie ist eine grossartige Erfindung. Myriaden von Juristen (darunter schon die Verfasser des Sumerischen Kodex von Urnammu) haben an ihr gearbeitet. Aber auch heute noch sind wir emsig damit beschäftigt, unsere Erfindung auszubauen. So sehr sind wir beschäftigt, dass noch selten einer die Zeit fand, die spezifischen Merkmale der Juristenwelt auch wissenschaftlich zu erforschen. Das ist bedauerlich, nachdem andere Welten (etwa jene der Delfine, der Bienen oder Manager) es schon lange geschafft haben, in den Rang von anerkannten Forschungsobjekten aufzusteigen.

Seit nun aber die Beschaffung von Fremdmitteln zur Existenzfrage für unsere Fakultäten geworden ist, besteht die Aussicht, dass der eine oder andere Lehrstuhl ein einschlägiges Nationalfondsprojekt einreicht. Eine fremdfinanzierte Untersuchung der Juristenwelt hätte jedenfalls den angenehmen Nebeneffekt, dass sie eine Professur samt mehrfach besetzter Assistenz über längere Zeit hin ernähren würde. Vor allem aber brächte sie an das wissenschaftliche Tageslicht, in welcher Welt wir Juristen leben. Das veröffentlichte Ergebnis (ich denke an eine broschiierte Publikation von fünf- bis sechshundert Seiten, mit Hinweisen auch auf amerikanische Quellen) wäre wie ein Spiegel, in dem wir unsere Welt betrachten könnten.

Was würden wir sehen? Sicher eines: dass unsere Juristenwelt weitgehend eine Fehlerwelt ist. Das entspricht der Ordnung, die unsere Gedanken in die Wirklichkeit hinein tragen. Denn als Juristen denken wir uns eine geordnete Welt, in der „richtig“ und „falsch“ getrennt sind, weshalb wir einen grossen Teil unserer Energie darauf verwenden, die Phänomene, die uns begegnen, in „fehlerhafte“ und „fehlerfreie“ zu unterscheiden. [546] Das gilt sowohl für das menschliche Verhalten als auch für die Dinge, mit denen wir zu tun haben.

Das Fehlverhalten von Menschen

6. Mit den Fehlern des menschlichen Verhaltens befasst sich vorab *das Strafrecht*, das mehr als zweihundert Straftatbestände allein schon im klassischen StGB enthält. Neueren Datums sind die Gewaltdarstellung (Art. 135 StGB) und das Insiderdelikt (Art. 161 StGB), für die es eine überreiche Literatur, bis anhin aber noch kaum verurteilte Täter gibt. Diese Erfahrung scheint die These zu untermauern, wonach das Strafrecht sich primär an die rechtskonforme

⁸ LOUIS DE BERNIÈRES, *Der zufällige Krieg des Don Emmanuel*, Frankfurt a.M. 2000, S. 13.

Mehrheit und nicht an die Rechtsbrecher wendet.⁹ Weil das Strafrecht einen symbolischen Prozess darstelle, schreibt MARCEL A. NIGGLI, ziele es vorwiegend darauf ab, die vorherrschenden Wertvorstellungen zu bestätigen.¹⁰ Und BRUNO SIMMA, der neue deutsche Richter am Internationalen Gerichtshof in Den Haag zog unlängst auch die abschreckende Wirkung des Weltstrafgerichts in Zweifel, da ja schon zweifelhaft sei, ob das Konzept der Abschreckung bei gewöhnlichen Verbrechern funktioniere.¹¹ Das alles ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass der Ansatzpunkt des Strafrechts das fehlerhafte Verhalten der Menschen ist.

Aber auch die anderen Rechtsgebiete sind auf weite Strecken hin ein Fehlerrecht, worin das Fehlverhalten der Menschen definiert und sanktioniert wird. Um dies zu illustrieren, könnte ich viele Rechtsgebiete herausgreifen. Illustrativ ist sogar das neue Scheidungsrecht. Es hat das Fehlerprinzip zwar durch die Vordertüre hinaus befördert, über den Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) aber wieder hereingelassen¹². Darüber möchte ich jedoch nicht schreiben. Denn erstens gehört das neue Scheidungsrecht zu jenen Schöpfungen, die kaum in Kraft, schon der Verbesserung bedürfen. Und zweitens bin ich ein schlichter Schuldrechtler, weshalb ich mich vor allem auf das Schuldrecht konzentriere, um nicht darüber hinaus noch weitere Fehler zu begehen.

7. Im *Schuldrecht* tritt uns das fehlerhafte Verhalten in zwei *Hauptformen* entgegen: als „widerrechtliches“ und als „vertragswidriges“ Verhalten, die beide (bald mit, bald ohne Verschulden) durch Schadenersatzpflichten oder andere Nachteile sanktioniert sind. Für den Laien schafft diese Regelung keine Probleme, da sein natürliches Rechtsbewusstsein die beiden Fehlverhalten zwanglos einzuordnen weiss. Wie könnte er auch erraten, was wir Juristen aus der ganzen Angelegenheit gemacht haben?

a. Denken wir nur an *die deliktische „Widerrechtlichkeit“*, die in Art. 41 Abs. 1 OR auftaucht! Der Laie glaubt spontan, und eine Minderheit von Juristen¹³ glaubt es auch, dass „widerrechtlich“ jede Schädigung sei, für die es keine Rechtfertigung gibt. Die [547] herrschende Lehre und die Rechtsprechung sehen dies aber anders. Danach ist „widerrechtlich“ ein schädigendes Verhalten nur dann, wenn es ohne Rechtfertigungsgrund ein absolut geschütztes Rechtsgut (wie Leib, Leben oder Eigentum) eines anderen beeinträchtigt oder gegen eine der objektiven Normen verstösst, die – über die ganze Rechtsordnung verteilt – dem Schutze des Vermögens dienen.¹⁴ Im ersten Fall spricht man von Erfolgsunrecht, im zweiten Fall von Verhaltensunrecht. Das lernen die Studierenden in der fünften Lektion des Haftpflichtrechts, nachdem sie in der vierten Stunde gelernt haben, dass auch der Schaden etwas anderes ist, als was sie sich vorgestellt hatten.

Die gebildeten Juristen wissen also, dass die Schädigung eines andern nicht widerrechtlich, sondern unter dem Gesichtspunkt des Deliktsrechts grundsätzlich erlaubt ist, wenn weder ein absolut geschütztes Rechtsgut noch eine anwendbare Schutznorm verletzt wird.

⁹ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Zürich 1996, S. 11 f.

¹⁰ MARCEL ALEXANDER NIGGLI, zit. in Anm. 9, S. 11.

¹¹ DER SPIEGEL, Nr. 48/25.11.02, S. 58.

¹² DANIEL STECK, Scheidungsklagen, in: Stiftung für juristische Weiterbildung (Hrsg.), Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 33 f.; RUTH REUSSER, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: HEINZ HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 35 f.

¹³ Repräsentativ: BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Diss. Freiburg 1987, S. 84/260 f.

¹⁴ Statt vieler: BGE 126 III 522; 123 III 312; 123 II 581; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, N 33 zu Art. 41 OR; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1998, Nr. 670 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1995, S. 174 ff.

Das „Vermögen an sich“, sagen wir, sei nicht geschützt¹⁵, um eine Ausuferung des Deliktsrechts zu vermeiden. Diese Ausuferung fürchten wir wie das Wasser des Nozon, der in BGE 122 III 229 über die Ufer trat. Im Ergebnis führt dies zwar zu den merkwürdigsten Differenzierungen, was aber auch das Bundesgericht nicht daran hindert, an der eingebürgerten Definition der Widerrechtlichkeit festzuhalten. Das mussten z.B. jene Hauseigentümer erfahren, die es unternommen hatten, ihr Haus und dessen Bewohner gegen die Gefahr eines Hangrutsches zu sichern. Als sie den für die Gefahr verantwortlichen Unternehmer auf deliktischen Schadenersatz für ihre Aufwendungen belangten, wurden sie vom Bundesgericht (BGE 117 II 269 f.) belehrt, dass es für den geltend gemachten Anspruch an der erforderlichen Widerrechtlichkeit der Schädigung fehle. Weder liege ein Verhaltensunrecht vor. Noch sei ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt. Denn absolut geschützte Güter würden höchstens verletzt, wenn der Hang tatsächlich rutsche. Dies aber hätten die Kläger mit der vorgenommenen Sanierung des Hanges gerade verhindert.

Die so belehrten Kläger werden sich bei der Lektüre des Urteils gedacht haben, dass es rechtlich ein Fehler war, den instabilen Hang zu sichern. Hätten sie aber die Sicherung unterlassen, so wäre auch dies ein Fehler gewesen, da Art. 44 Abs. 1 OR verlangt, dass der von einem Schaden Bedrohte die zumutbaren Massnahmen zur Verhinderung oder Minderung des Schadens ergreife.¹⁶ Waren die Kläger also in eine Fehlerfalle geraten? Ich glaube nicht. Denn nach gängiger Auffassung sind die Kosten, die aus der Abwehr eines Schadens entstehen, vom Haftpflichtigen zu ersetzen.¹⁷ War die Abwehr so erfolgreich, dass keine Haftpflicht entstand, so kann es nicht anders sein, als dass der potentiell Haftpflichtige für die Abwehrkosten aufkommen muss, was das Bundesgericht wohl übersehen hat.

b. Ganz anders als mit dem deliktischen Fehlverhalten, auf dessen Einschränkung der geschilderte Begriff der Widerrechtlichkeit abzielt, verhält es sich mit dem „*vertragswidrigen*“ Verhalten. Diesbezüglich scheuen wir keine Mühe, den Bereich des menschlichen Fehlverhaltens immer weiter auszudehnen. Die Methode ist so einfach wie [548] wirksam. Gestützt auf den polyvalenten Grundsatz von Treu und Glauben und andere Prinzipien füllen wir den Vertrag mit mannigfachen Sorgfalts- und sonstigen Nebenpflichten, an die weder die Parteien noch der Gesetzgeber gedacht haben. Das Ergebnis ist bekannt: Der Schuldvertrag eröffnet ein weites Feld von Fehlverhalten, das über die Nicht- oder nicht richtige Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten hinaus reicht. Dazu gehören, wenn ich beispielhaft auf den Werkunternehmer (Art. 363 OR) verweise, auch die unkritische Einschätzung der eigenen Kräfte, die Nichtaufklärung des aufklärungsbedürftigen Bestellers über den sachgemässen Gebrauch des Werkes, die unsorgfältige Behandlung des vom Besteller gelieferten Stoffes oder die Lagerung ungeeigneten Baustoffes auf dem Bauplatz.¹⁸

Damit aber nicht genug! Sogar „vor- und nachvertragliche“ Pflichten haben wir erfunden, womit das vertragliche Fehlverhalten einerseits schon vor Vertragsabschluss beginnt und sich andererseits über die Auflösung des Vertrages hinaus fortsetzt. Die vorvertraglichen Pflichten sind zwar nur „quasivertraglich“, was aber immerhin bedeutet, dass sich die Voraussetzungen und die Modalitäten der Haftung, je nach Betrachtungsweise¹⁹, überhaupt oder weitgehend nach den Regeln des Vertragsrechts bestimmen. Die nachvertraglichen Pflichten hin-

¹⁵ Anders aber z.B. BRUNO GABRIEL, zit. in Anm. 13, S. 81/261.

¹⁶ Statt vieler: HEINZ REY, zit. in Anm. 14, Nr. 402; OFTINGER/STARK, zit. in Anm. 14, S. 261 ff. und S. 386.

¹⁷ Statt vieler: OFTINGER/STARK, zit. in Anm. 14, S. 387; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I, Zürich 1974, S. 113 f.

¹⁸ PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 834 ff. mit weiteren Beispielen.

¹⁹ Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 963 ff.

gegen sind echte Vertragspflichten, mit denen der Vertrag seine eigene Auflösung überdauert, weshalb sie zutreffend auch als „nachwirkende“ Vertragspflichten bezeichnet werden²⁰. Abgesehen von einer dahingehenden Vereinbarung, beruhen sie auf gesetzlicher Anordnung oder auf richterlicher Vertragsergänzung.²¹ Nach Massgabe ihres Zweckes handelt es sich um nachwirkende Schutzpflichten, um Pflichten zur Förderung des Gebrauchszwecks oder um Fortkommenspflichten.²² Und jeder Verstoß gegen eine solche Pflicht ist ein Fehlverhalten.

c. Das gezeichnete Bild wäre unvollständig, würde ich *die Obliegenheiten* vergessen. Auch sie enthalten Verhaltensanforderungen, obwohl sie nur „Pflichten minderen Grades“ sind, deren Verletzung andere Nachteile als eine Haftung auslöst²³. Bekannte Beispiele sind etwa die bereits erwähnte Pflicht des Geschädigten zur Schadenminderung (Art. 44 Abs. 1 OR), die Obliegenheit des Gläubigers, die gehörig angebotene Leistung des Schuldners anzunehmen (Art. 91 OR), oder die Pflicht des Käufers zur Mängelrüge (Art. 201 OR). Die Beispiele liessen sich ohne Anstrengung vermehren. Aus BGE 109 II 64 f. (einem Entscheid der zweiten Zivilabteilung) ergibt sich sogar eine *vorvertragliche Pflicht zum angestregten Nachdenken*. Sie trifft den Antragsteller einer Versicherung, der dem Versicherer nach Art. 4 VVG nicht nur solche Gefahrstatsachen mitzuteilen hat, die ihm bekannt sind, sondern auch jene, die ihm bekannt sein müssen. Will er die horrenden Konsequenzen einer Anzeigepflichtverletzung²⁴ vermeiden, so hat er ernsthaft nachzudenken, ob ihm eine erhebliche Tatsache in den Sinn kommt. Da im konkreten Fall feststand, dass die unrichtigen Antworten des Antragstellers „bei ernsthaftem Nachdenken“ hätten vermieden werden können, wurden die Verletzung der Anzeigepflicht [549] und das hieraus fliessende Rücktrittsrecht des Versicherers (Art. 6 VVG) bejaht. Auf diese Weise und auch sonst²⁵ schützt das von der zweiten Zivilabteilung ausgelegte VVG die starken Versicherer gegen die schwachen Versicherungsnehmer, was ganz und gar nicht zur zeitgemässen Maxime eines sozialen Privatrechts passt, auf die sich die erste Zivilabteilung des Bundesgerichts in BGE 123 III 298 beruft. Der Zeitgeist weht, wie er will. Und in der einen Abteilung des Bundesgerichts weht er offensichtlich anders als in der anderen.

8. Natürlich habe ich mit meinen Bemerkungen zum schuldrechtlichen Fehlverhalten lange nicht alles gesagt, was darüber gesagt werden könnte. Einen Aspekt, der über das Schuldrecht hinaus greift, möchte ich aber doch noch hervorheben. Er betrifft die Vernunft.

Ob ein Mensch sich fehlerfrei oder fehlerhaft benimmt, beurteilt sich häufig nach dem *Kriterium des „vernünftigen Menschen“*. Wer sich wie ein vernünftiger Mensch benimmt, der verhält sich „richtig“; wer sich unvernünftig verhält, der benimmt sich „fehlerhaft“. Dass diese rationale Formel ernst gemeint ist, zeigt die Rechtsprechung, die das Verhalten des vernünftigen Menschen in vielfältiger Weise konkretisiert und in BGE 116 II 519 ff. das „vernunftgemässe Handeln“ sogar zu einem „allgemeinen Gebot“ erhoben hat (S. 524), dessen Verletzung ein Fehlverhalten darstellt.²⁶ Fast erscheint es mir, als würde die Vernunft bis in

²⁰ Neuerdings: PATRICK MIDDENDORF, *Nachwirkende Vertragspflichten*, Diss. Freiburg 2002.

²¹ Vgl. PATRICK MIDDENDORF, zit. in Anm. 20, S. 6 ff.

²² Vgl. PATRICK MIDDENDORF, zit. in Anm. 20, S. 194 ff.

²³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 101 ff.

²⁴ Kritisch dazu neuerdings auch ANDREA KIEFER, in: „nur, aber immerhin“, Festgabe für ANTON K. SCHNYDER, Zürich 2002, S. 131 ff.

²⁵ Besonders stossend: BGE 127 III 21 ff.

²⁶ Zu diesem Entscheid vgl. bereits meine kritischen Bemerkungen in ZSR 2000, S. 8 ff.

die erhabene Gesetzmässigkeit der Himmel hinaufprojiziert, damit sie daran teilhabe²⁷. Was ist davon zu halten?

Zwar überrascht es mich nicht, dass die Juristen, als sie ihre Welt erfanden, dafür auch einen theoretischen Menschen erfunden haben. Mit dieser Kreation habe ich mich schon wiederholt auseinandergesetzt.²⁸ Nach wie vor aber bereitet sie mir erhebliche Mühe. Das beginnt schon mit der Frage, was einen „vernünftigen Menschen“ überhaupt auszeichnet. Denn wie der Verhaltensphysiologe GERHARD ROTH in seinem Buch über *Fühlen, Denken, Handeln* bemerkt, können Menschen „schlau, intelligent, klug und weise sein, und all dies meint unterschiedliche Leistungen von Verstand und Vernunft. Ein schneller Denker und Problemlöser muss nicht unbedingt weise sein. Ebenso gibt es deutliche Unterschiede zwischen einem eher ‚akademischen‘ und praktischen Verstand. Ein grosser Denker ist nicht notwendig auch ein kluger Praktiker. Nehmen wir noch dasjenige hinzu, was man ... soziale Vernunft genannt hat, d.h. die Fähigkeit, zwischenmenschliche Probleme zu lösen, dann ist die Verwirrung komplett.“²⁹ Und zurück bleibt für uns die Frage, ob das Verhalten des vernünftigen Menschen ein schlaues, intelligentes, kluges, weises oder soziales Verhalten ist. Die Antwort darauf geben im Prozess die Richter, die mit dem Entscheid, ob das Verhalten eines konkreten Menschen „vernünftig“ war, zugleich auch den anwendbaren Massstab der Vernünftigkeit produzieren, wie Reisende, die eine Reise nach Kriterien beurteilen, die ihnen erst im Verlaufe der Reise einfallen³⁰. Nach dem bereits zitierten BGE 116 II 524 war es z.B. unvernünftig von den [550] Eltern, „ein schwer krankes Kind um 07.15 Uhr in die Praxis des Kinderarztes zu bringen, von der nicht angenommen werden durfte, sie sei zu diesem Zeitpunkt bereits geöffnet, und dort ¾ Stunden auf das Eintreffen des Arztes zu warten“.

9. Dazu kommt ein Weiteres, das mich beunruhigt. Es ist die Tatsache, dass vor lauter Vernunft, die der „vernünftige Mensch“ repräsentiert, nur zu leicht vergessen wird, wie wichtig *die Gefühle* für das Verhalten der Menschen sind. Über eine lange Zeit hinweg hat man denn auch geglaubt, dass Verstand und Gefühle sich trennen lassen, die Gefühle zwar zum Verstand hinzukommen, diesen aber überhaupt nicht oder höchstens als Störfaktor beeinflussen. Jedenfalls genossen die Gefühle auch unter den Philosophen eine ungemein geringere Wertschätzung als der Verstand.³¹

Unterstützt durch die jüngere Erforschung des menschlichen Geistes, wächst heute jedoch die Erkenntnis, dass Emotionen nicht nur ein grundlegender Teil der menschlichen Natur, sondern auch für das menschliche Denken von ausschlaggebender Bedeutung sind³², indem die „Gefühle den Verstand eher beherrschen als der Verstand die Gefühle“.³³ Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis ist aber eine juristische Fehlerwelt, die das Verhalten der Menschen ohne Rücksicht auf ihre Gefühle beurteilt, eine geradezu „unmenschliche“ Welt. Und die Figur des „vernünftigen Menschen“ hat als Vorbild für die wirklichen Menschen ausgedient, wenn man die Vernunft losgelöst von den Gefühlen begreift, die mit dem Verstand zusammen spielen.

27 Vgl. GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA, *Der Leopard*, 16. Aufl., München/Zürich 2001, S. 49.

28 Erstmals in der Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg („Das Menschenbild im Recht“), Freiburg 1990, S. 177 ff.; dann z.B. auch ZSR 2000 I, S. 36 f.

29 GERHARD ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, zit. in Anm. 3, S. 171.

30 PAUL FEYERABEND, *Erkenntnis für freie Menschen*, Frankfurt a.M. 1980, S. 45.

31 GERHARD ROTH, zit. in Anm. 3, S. 259 ff.

32 Vgl. JOHN HORGAN, zit. in Anm. 3, S. 302.

33 GERHARD ROTH, zit. in Anm. 3, S. 321.

Die fehlerhaften Dinge

10. Verlassen wir nun das Fehlverhalten der Menschen und befassen wir uns kurz auch mit den Fehlern der Dinge! Auch sie haben *einen prominenten Platz in der Fehlerwelt der Juristen*. Ich erinnere an die Mängel einer Kaufsache, einer Mietsache, eines abgelieferten Werkes oder an die fehlerhaften Produkte des Produkthaftpflichtrechts. Diese und weitere Sachen können fehlerhaft sein. Ob sie es im rechtlichen Sinne sind, beurteilt sich nach rechtlichen Vorgaben. So kann eine Sache technisch zwar fehlerfrei, rechtlich aber mangelhaft, oder technisch fehlerhaft, rechtlich aber mangelfrei sein.

Diesen feinen Unterschied verkennen selbst Richter, wenn sie im Prozess um die Mängelhaftung den technischen Sachverstand eines Gutachters befragen, ob ein abgeliefertes Werk mangelhaft sei oder mangelfrei. Alsdann beauftragen sie den Gutachter, eine rechtliche Frage nach technischen Kriterien zu beurteilen, was ein kategorialer Fehler ist, gleich wie wenn man theologische Fragen nach den Regeln der Logik beantwortet.

11. Da der Fehlerbegriff, den wir Juristen verwenden, ein rechtlicher Begriff ist, leuchtet ohne weiteres ein, dass er *relativ* ist. Er ist relativ in der Gegenwart, da er vom Inhalt der jeweils anwendbaren Vertrags- oder Gesetzesbestimmung und dieser wiederum von der subjektiv mitbestimmten Auslegung der jeweiligen Interpreten abhängt.

[551] Relativ ist er aber auch auf der Zeitachse, da die Auffassung, was fehlerhaft ist, sich mit dem Fortgang der Zeit verändert. Das Letztere demonstriert etwa die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), die sich im Laufe der letzten Jahre so sehr verschärft hat, dass sie höchstens noch durch die Haftung der Bergbahnen für die winterlichen Pistenunfälle³⁴ übertroffen wird. Man mag eine solche Entwicklung begrüssen oder bedauern, immer hängt die Beurteilung auch von der eigenen Umwelterfahrung des Beurteilenden ab. HANS PETER WALTER, der vormalige Bundesgerichtspräsident, hat dies wie folgt formuliert:

„Wer beispielsweise in einer ländlichen Gegend aufgewachsen ist, erlaubte und verbotene Spiele in unzähligen Winkeln landwirtschaftlicher Gebäude trieb, dabei den Gefahren offener Heubühnen, ungenügend gesicherter Jauchegruben, verschlammter Feuerweiher oder brüchiger Leitern ausgesetzt war und auszuweichen lernte, wird auch als ausgebildeter Jurist Mühe bekunden, in einer zwar beleuchteten, aber nicht zusätzlich gekennzeichneten Stufe im Vorraum einer Hoteltoilette³⁵, in einem durch einen Pflanzentrog abgegrenzten Nichtschwimmer-Becken³⁶ oder gar in einem natürlich gewachsenen Baum am Rande einer Skipiste³⁷ haftungsbegründende Gefahrenquellen zu erkennen, weil er dazu erzogen worden ist, vorerst selbst auf sich aufzupassen. Wer dagegen in einer behüteten Jugend solchen Gefahren nicht ausgesetzt war, neigt eher zur Entwicklung eines zeitgemäss ‚wattierten‘ Rechtsverständnisses und wird sich an das Tucholsky-Wort halten, dass wer hinfällt, nicht mehr aufsteht, sondern sich umsieht, wer ihm ersatzpflichtig sei.“³⁸

³⁴ Z.B. BGE 126 III 113 ff.; 121 III 358 ff.

³⁵ BGE 117 II 399 ff.

³⁶ BGE 116 II 422 ff.

³⁷ BGE 121 III 358 ff.

³⁸ HANS PETER WALTER, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: Psychologie und Recht (herausgegeben von JÖRG SCHMID und PIERRE TERCIER), Zürich 2000, S. 47 f.

12. Die fehlerhaften Dinge, von denen ich bis jetzt gesprochen habe, waren körperliche Sachen. Nun können aber auch *geistige Dinge* fehlerhaft sein. Zum Beispiel kann der Vertrag an multiplen Fehlern leiden. In der Praxis spielen diese Fehler zwar eine untergeordnete Rolle; in der Vertragsvorlesung füllen sie jedoch ein halbes Semester.

Normalerweise beginnen die Dozierenden mit dem Willensdissens, der darin besteht, dass die Parteien in dem einen oder anderen Punkte nicht tatsächlich das Gleiche gewollt haben. Ist dieses Schreckgespenst mit Hilfe des normativen Konsenses vertrieben und der Vertrag zustande gekommen, tauchen weitere Mängel auf, die zwar nicht den Bestand des Vertrages, wohl aber dessen Geltung bedrohen. Dazu gehören die Handlungsunfähigkeit, die Formmängel, die Inhaltsmängel, die Übervorteilung, der Erklärungsirrtum, der Grundlagenirrtum, die absichtliche Täuschung und die fürchterliche Furchterregung.

Wenn ich im Unterricht alle diese Vertragsfehler bis hinaus in ihre äussersten Verästelungen expliziert habe, frage ich mich jeweils erschöpft, wie es denn überhaupt zu einem gültigen Verträge noch kommen kann. Und das erschöpfte Publikum fragt sich das Gleiche, insbesondere dann, wenn es von mir erfährt, dass nach der „richtigen“ (und vom Bundesgericht anerkannten³⁹⁾ Meinung auch der einseitig unverbindliche Vertrag ein ungültiger Vertrag sei, auf dessen Ungültigkeit sich freilich nur eine (z.B. die irrende, getäuschte oder übervorteilte) Partei berufen könne. Nach der Lehre anderer Dozenten ist der erwähnte Vertrag zwar gültig, aber durch Anfechtung aufhebbar, was sich einfacher [552] erklären lässt und den Zuhörern schon deshalb als plausibel erscheint. Nach dieser zweiten Lehre gibt es also nicht nur Vertragsfehler, sondern auch ein fehlerhaftes Verständnis der einseitigen Unverbindlichkeit, was nach der ersten Lehre ebenfalls zutrifft, bloss umgekehrt.⁴⁰ Einig sind sich die Lehrenden aber darin, dass sie glauben, die jeweils abweichende Lehrmeinung befinde sich auf dem Holzweg.

Die Eigenfehler

13. Die zweite Kategorie der Fehler, die ich nun behandeln will, sind *die Eigenfehler der Jurisprudenz*, die ich, wie gesagt, unter Einschluss der Rechtsprechung verstehe. Zu welch grauenvollen Fehlleistungen die Juristen fähig sind, lehrt uns die pervertierte Jurisprudenz der Gewaltregime. Da diese Jurisprudenz das Recht in sein Gegenteil verkehrt, bleibt sie in meinem Beitrag ausgeklammert. Dementsprechend befasse ich mich nur mit der Jurisprudenz, die diesen Namen verdient. Dass auch sie fehlerhaft sein kann, wird, abgesehen vom blossen Annäherungswert der gerichtlichen Sachverhaltsfeststellung, durch zwei Tatsachen belegt, die mir bei der Vorbereitung meines Beitrages aufgefallen sind:

a. Die erste Tatsache ist eine *Gerichtstatsache*. Sie betrifft die Judikatur des Bundesgerichts. Via Internet hat MARTIN BEYELER⁴¹ festgestellt, dass unser höchstes Gericht in den letzten fünf Jahren 46 mal die eigene Rechtsprechung geändert hat. Das bedeutet, dass in dieser kurzen Zeitspanne zumindest das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung 46 mal für fehlerhaft hielt. Unberücksichtigt sind dabei die Fälle, in denen das Gericht eine Änderung nicht explizit angezeigt oder es eine wirkliche Änderung als blosses „Präzisierung“ oder „Weiter-

³⁹ BGE 114 II 143.

⁴⁰ Zu den beiden Lehren („Ungültigkeitstheorie“ und „Anfechtungstheorie“) und deren Vertreter vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 890 ff. und Nr. 896 ff. Die Theorie der „geteilten Ungültigkeit“ (a.a.O., Nr. 899 f.), eine dritte Lehre, wird kaum mehr vertreten.

⁴¹ Vgl. Anm. 6.

entwicklung“ bezeichnet hat, wie etwa bei der Frage, ob es für die Berechnung der Genugtuung auf die Lebenskosten am Wohnsitz des Berechtigten (BGE 123 III 10) oder am Gerichtsort (BGE 121 III 252) ankommt.

Ausser Betracht blieben aber auch die Entscheide, die nicht im Internet veröffentlicht wurden. Während das Bundesgericht noch bis zum 1. Januar 2000 nur die amtlich publizierten Entscheide ins Internet gestellt hat, erscheinen ab diesem Datum praktisch alle seine Entscheide im Internet. Das ist ein Fortschritt, den ich herbeigewünscht hatte⁴², der jetzt aber, da er da ist, eine derart grosse Fülle von gerichtlichem Lesestoff produziert, dass ich meinen früheren Wunsch verwünsche. Ob es den Anwälten anders ergeht, weiss ich nicht. Einige halten sich vielleicht an GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, der in seine Sudelbücher schrieb, dass „mancher unser sehr mittelmässigen Gelehrten hätte ein grösserer Mann⁴³ werden können, wenn er nur nicht so viel gelesen hätte“⁴⁴. Viele aber sind [553] von der Sorge geplagt, dass sie einen Kunstfehler begehen, falls sie über die amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheide hinaus nicht auch noch die übrigen Entscheide des Bundesgerichts studieren. Das höchste Gericht wird eines Tages zu entscheiden haben, ob der Anwalt sich fehlerhaft benimmt, wenn er nur jene Entscheide berücksichtigt, die das Gericht selbst für wichtig genug hielt, um sie amtlich zu publizieren.

b. Die zweite Tatsache betrifft *die Literatur*. Sie ist voll von Kontroversen, wobei die Meinungen der jeweiligen Gegner oft als „unrichtig“, „unhaltbar“ oder „falsch“ bezeichnet werden, wie wenn es sich dabei um eine objektive Tatsache, nicht um eine subjektive Bewertung handeln würde.⁴⁵ Nachdem es nun praktisch zu jeder Meinung Gegenmeinungen gibt, ist unvermeidbar, dass uns auf diese Weise schon aus einem einzigen Buch ein immenses Fehlerbild entgentritt.

Eine Dissertation, die ich für die Fakultät beurteilen musste, enthielt 222 Stellen, an denen der Autor die Meinung eines andern oder gar eines Gerichts für unrichtig befand. Nur *meine* Meinungen (ich war ja der Doktorvater) wurden stets als richtig zitiert, abgesehen von zwei Passagen, in denen ich meine Ansicht unklar ausgedrückt hatte. Diese Unklarheit war natürlich mein Fehler; und er soll mir eine Warnung sein, künftig alles daran zu setzen, um klar zu schreiben. Das schulde ich schon meinen Dissertanden, die durch meine Korrekturen erleben, wie empfindlich ein Professor auf Kritik reagiert.

14. Diese *Empfindlichkeit gegenüber Kritik* ist eine fehlerhafte Schwäche, die ich mit anderen teile, da wir seit unserer Kindheit darin geübt sind, die eigenen Fehler als Grund tiefer Verunsicherung zu empfinden. Dass dies auch für berufliche Fehler gilt, mag mit der „Lebenswichtigkeit“ zusammenhängen, die unser Empfinden dem Berufe zuspricht. „Die meisten Menschen“, schreibt PAUL FEYERABEND, „darunter Wissenschaftler, professionelle Killer, Künstler, Friseure, Anwälte, Politiker, machen keinen Unterschied zwischen ihrem Beruf und ihrem Leben. Sind sie erfolgreich, dann bedeutet das, dass ihre Existenz von Grund auf bestätigt

⁴² Vgl. etwa Baurecht 1989, S. 43, wo ich vorwurfsvoll die Frage stellte, „weshalb in einem demokratischen Rechtsstaat Schweiz die Entscheide der obersten Gerichtsbehörde nicht samt und sonders (ausnahmslos, vollständig und für jedermann) zugänglich sind.“

⁴³ Dass LICHTENBERG nur von Männern spricht, ist aus dem 18. Jahrhundert heraus zu verstehen. Zum generischen Sinn der maskulinen Personenbezeichnungen, die ich im vorliegenden Beitrag verwende, vgl. Anm. 2.

⁴⁴ GEORG CHRISTOPH LICHTENBERG, *Schriften und Briefe II*, München 1998, S. 429, Nr. 168.

⁴⁵ Die sprachliche Verobjektivierung subjektiver Standpunkte ist ein verbreitetes Mittel, um dem eigenen Standpunkt vermehrte Autorität zu verschaffen. Es wird z.B. auch dann verwendet, wenn geschrieben wird, dass diese oder jene Meinung abzulehnen (unvertretbar, nicht überzeugend) *ist* oder dass *man* ihr nicht folgen könne.

wurde. Versagen sie in ihrem Beruf, dann bedeutet das, dass sie auch als Menschen versagt haben, ganz gleich, welche Rolle sie im Leben ihrer Freunde, Kinder, Frauen, Liebhaber, Hunde spielen“.⁴⁶

a. Wie dem auch immer sei, – jedenfalls ist die Empfindlichkeit unter den Rechtschaffenden in einem Mass verbreitet, dass *der juristische Wissenschaftsbetrieb* darunter leidet. Gepaart mit der allgemeinmenschlichen Unlust, „die eingefahrenen Gleise der eigenen Ansichten zu verlassen“⁴⁷, fördert sie die Unduldsamkeit gegenüber anderen Traditionen und Meinungen. Ein jüngerer Kollege, mit dem ich kürzlich sprach⁴⁸, verglich daher die juristische Szene mit dem Theaterstück *The Ruling Class*, worin zwei Irre aufeinander treffen, die beide behaupten, Gott zu sein, worauf das Theater mit Donner und Blitz anstelle eines Dialoges reagiert.

[554] Dass der Vergleich hinkt, ist offensichtlich. Denn erstens gibt es niemanden auf der juristischen Bühne, der offen von sich behauptet, Gott zu sein, und wäre es auch nur ein Gott der kleinen Dinge⁴⁹, mit denen er sich beschäftigt. Und zweitens gibt es auf unserer Bühne weder Donner noch Blitz, sondern höchstens den Nebel dogmatischer Redeweisen, die nicht zu verstehen keiner einräumt. Was aber zutrifft, ist die Sache mit dem Dialog. Obwohl die Rechtswissenschaft (wie jede Wissenschaft) ein gemeinschaftlicher Prozess der Korrektur ist, kommt es auf der juristischen Szene nur selten zu einer echten Diskussion, in der jeder mit der Möglichkeit rechnet, dass der andere Recht haben könnte. Eine dialogische Auseinandersetzung, die zu einer Änderung vorgefasster Meinungen führt, findet also kaum je statt, schon gar nicht an Tagungen oder Konferenzen, wo die Redner (schön der Reihe nach) sich zumeist damit begnügen, ihre mitgebrachte Hausmannskost aufzutragen. Besonders wichtige Referenten erscheinen exakt auf ihr Referat, halten ihren Vortrag, und sind schon wieder verschwunden. Bestenfalls beantworten sie zunächst noch einige Fragen, mit denen die Fragesteller (vorwiegend Männer⁵⁰) dem Publikum kommunizieren, dass sie anwesend sind.

b. Selbst *rechtsvergleichende Veranstaltungen*, die ich wegen der Popularität der Rechtsvergleichung besonders erwähne, wickeln sich häufig in *der* Weise ab, dass jeder dem andern erzählt, wie es sich bei ihm zu Hause verhält, was zu einer Auslegeordnung verschiedener Lösungen führt, von denen jede die beste ist. Zwar muss ich zugeben, dass ich zufolge meiner nachgelassenen Reiselust nur noch wenige dieser Veranstaltungen besuche. Alle aber hinterlassen sie bei mir den Eindruck einer Versammlung von Leuten, die es darauf abgesehen haben, die andern von der Richtigkeit ihrer nationalen Lösung zu überzeugen. Das gilt sogar mit Bezug auf das durch Staatsvertrag oder sonstwie vereinheitlichte Recht. Auch *es* weist die nationalen Charakterzüge der jeweiligen Betrachter auf. So gesehen, gibt es kein „einheitliches“ Recht, so wenig, wie es ein „einheitliches“ Tier gibt, was BERTRAND RUSSELL unter Bezugnahme auf die Tierpsychologie mit folgenden Sätzen beschrieben hat: „Die von den Amerikanern untersuchten Tiere laufen rastlos umher, machen sich zu schaffen und mobilisieren dabei eine unglaubliche Menge Energie, um schliesslich das gewünschte Resultat rein

⁴⁶ PAUL FEYERABEND, *Irrwege der Vernunft*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1990, S. 454.

⁴⁷ ITALO CALVINO, *Herr Palomar*, 4. Aufl., München 2000, S. 122.

⁴⁸ Er kehrte gerade aus den Vereinigten Staaten zurück, wo er (wie die meisten jüngeren Kollegen) „nachstudiert“ hatte.

⁴⁹ Vgl. dazu ARUNDHATI ROY, *Der Gott der kleinen Dinge*, München 1997.

⁵⁰ Vgl. auch DEBORAH TANNEN, *You Just Don't Understand*, New York 1991, die das Ergebnis einer einschlägigen Untersuchung wie folgt zusammenfasst: „When it came to volunteering and being called on to ask questions, women contributed only 27.4 percent. Furthermore, the women's questions, on the average, took less than half as much time as the men's“.

zufällig zu erreichen. Die von den Deutschen beobachteten Tiere sitzen ruhig da und denken nach, um dann die Lösung der Probleme aus ihrer innersten Tiefe hervorzubringen“.⁵¹

15. Weitere Fehler der Jurisprudenz, die ich nennen möchte, ergeben sich aus einer ausgeprägten *Retroversion der Lehre und der Rechtsprechung*⁵². Sie legitimieren sich mit Vorliebe durch bereits bekannte Gerichts- und Lehrsätze, selbst wenn deren historische Ursachen und Motive vergessen sind, so dass es den Juristen ähnlich ergeht wie den Paläontologen, die von den meisten fossilen Säugetieren nur noch aufgrund ihrer Zähne wissen⁵³.

[555] Dieser Vergangenheitsbezug der Lehre und Rechtsprechung macht die Jurisprudenz zu einer weitgehend konservativen Disziplin, die einem antizipierenden Denken ausserhalb bereits existierender Massstäbe einen bloss geringen Raum lässt⁵⁴ und sich dementsprechend nur langsam fortentwickelt. Retardierend wirken bisweilen aber auch die „praktischen Gründe“, auf die sich Literatur⁵⁵ und Judikatur⁵⁶ berufen, um ihre Positionen zu rechtfertigen. Einerseits können „Überlegungen der Praktikabilität“ zwar durchaus dazu dienen, lebensfremd gewordene Vorstellungen zu überwinden. Nicht selten tragen sie aber auch den Sieg davon, wenn sie mit neueren Einsichten konkurrieren.

Die geschilderte Situation schafft nicht nur Rechtssicherheit, sondern begründet zugleich die Gefahr, dass Lehre und Rechtsprechung an überkommenen Lösungen und Modellen festhalten, obwohl neue Probleme oder neue Erkenntnisse nach einem Paradigmenwechsel rufen. Und so kommt es, dass dozierte und praktizierte Irrlehren – getreu dem Sprichwort, wonach ein schon bekanntes Übel einem noch nicht erprobten Guten vorzuziehen sei – sich oft über ganze Generationen hinweg fortpflanzen, bis eines Tages ihre letzten Vertreter ausgestorben sind. Wie lange dies dauern kann, demonstriert auf einem ganz anderen Gebiet die von HIPPOKRATES begründete Vier-Säfte-Theorie⁵⁷, mit der die Medizin noch im 19. Jahrhundert gearbeitet hat.⁵⁸ Das Bundesgericht brauchte dagegen nur, aber immerhin⁵⁹ ein paar Jahrzehnte, um in Korrektur seiner langjährigen Rechtsprechung anzuerkennen, dass eine Personenversicherung als Schadensversicherung ausgestaltet und Art. 72 VVG unterstellt sein kann⁶⁰ oder dass Genugtuungsansprüche allenfalls auch den Angehörigen eines Verletzten zustehen⁶¹. Wie viele Jahre noch vergehen müssen, bis es Art. 404 OR vom zwingenden

51 Zitiert nach GIORGIO CELLI, *Der letzte Alchemist*, Stuttgart 1986, S. 82.

52 Damit habe ich mich schon in ZSR 2000, S. 21 ff. befasst.

53 STEPHEN JAY GOULD, *Zufall Mensch*, München 1991, S. 61.

54 Zur Unterscheidung zwischen konservativer und antizipierender Kritik (Beschreibung, Anregung, etc.) vgl. PAUL FEYERABEND, *Erkenntnis*, zit. in Anm. 30, S. 47.

55 Z.B. ROBERT HAAB, *Zürcher Kommentar*, N 37 zu Art. 641 ZGB: „Nach schweizerischem Recht muss ... die Vindikationszession als zulässig angesehen werden. Nicht nur steht ihr keine positive Vorschrift entgegen, sondern es sprechen auch praktische Gründe für deren Anerkennung“; HAROLD GRÜNINGER, SZW 1998, S. 43: „Gegen die Kapitalgewinnsteuer sprechen namentlich praktische Gründe“; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, SZW 1997, S. 6: „Neben diesen dogmatischen Erwägungen lassen sich auch praktische Gründe für die Unzulässigkeit der echten Rückwirkung anführen“.

56 Z.B. BGE 126 III 459; 122 V 366; 118 Ia 3; 113 II 226; 110 II 343; 105 Ia 26; 105 Ib 270.

57 Der Mensch besteht aus gelber Galle, Blut, Schleim und schwarzer Galle.

58 KLAUS WALLER, *Lexikon der klassischen Irrtümer*, Frankfurt a.M. 1999, S. 242 f.

59 Der Ausdruck *nur, aber immerhin* war ein Lieblingsausdruck meines verehrten Lehrers Prof. PETER JÄGGI, von dem ich ihn, wie so manches andere, in mein Repertoire übernommen habe. Seit er kürzlich (in der Festgabe für ANTON K. SCHNYDER) zu einem Buchtitel aufgestiegen ist (vgl. Anm. 24), ist er aus der juristischen Terminologie kaum mehr wegzudenken.

60 BGE 104 II 44 ff.

61 BGE 112 II 220 ff.

Charakter⁶² befreien wird, den es ihm spätestens ab BGE 59 II 261⁶³ aufgezwungen hat, ist ungewiss.

16. Die Erfahrung, wonach die Jurisprudenz sich bei allen Kontroversen nur langsam fortentwickelt, kontrastiert mit den rasanten Entwicklungen, die andere Wissensbereiche in der neueren Zeit durchlaufen. Ein Professor der Anatomie, der mir nicht wohlgesinnt ist (wahrscheinlich, weil ich noch lebe), verwies mich sogar auf die Todesstarre, die nach [556] seiner Wahrnehmung über dem juristischen Fachgebiet liege. Durch seinen Beruf konditioniert und mit dem Recht nur aus seinem früheren Nebenstudium vertraut, vermochte er freilich nicht zu erkennen, *dass die Jurisprudenz trotz allem lebt*, wofür nicht nur der eifrige Gesetzgeber und die sich gelegentlich ändernde Rechtsprechung, sondern auch der dogmatische Erfindergeist sorgen. Prachtvolle Beispiele für das Letztere sind die schuldrechtlichen Figuren der Culpa in contrahendo, der vertraglichen Drittschutzwirkung und der Vertrauenshaftung, die sich wie in einem Fortsetzungsroman entwickelt haben, bis schliesslich das „Einheitliche Gesetzliche Schutzverhältnis“ (eine Art „Überfigur“) zum Vorschein kam.

Alle diese Figuren, die das Vakuum zwischen Vertrags- und Deliktshaftung bevölkern, sind dazu bestimmt, fehlerhafte oder falsch ausgelegte Dispositionen des Gesetzgebers von der Konsequenz her zu überwinden.⁶⁴ Ausgedacht wurden sie samt und sonders in Deutschland. Da aber die deutsche Rechtslehre in unser Land hineinsickert, wie der Tee aus einem Teebeutel, haben sie Eingang auch in unsere Lehre gefunden. Sogar das „Einheitliche Gesetzliche Schutzverhältnis“ ist hierzulande eingetroffen.⁶⁵ Eines Tages kam einer, bemerkte es in Deutschland: und schon war es da in der Schweiz! Aus meiner Sicht allerdings handelt es sich bei dieser Figur um eine Konstruktion, deren die schweizerische Rechtsordnung nicht bedarf.⁶⁶ Eine ähnliche Abneigung empfindet ein Teil der schweizerischen Lehre auch gegenüber der eigenständigen Figur einer Vertrauenshaftung, wenngleich sie sich dank höchstrichterlicher Promotion⁶⁷ einen prominenten Platz im schweizerischen Rechtsleben gesichert hat. Dogmatische Gegner dieser Haftungsfigur finden sich (soweit ich sehe) vor allem in der französischen Schweiz⁶⁸, während in der deutschen Schweiz die Akzeptanz eher zu überwiegen scheint⁶⁹. Die Gegner betrachten die Vertrauenshaftung als Fehlkonstruktion, die Befürworter betrachten sie als brauchbaren Aufhänger für gerechtere Lösungen.

⁶² Vgl. BGE 115 II 465 ff. mit Hinweisen auf die seit BGE 59 II 161 konstante Rechtsprechung.

⁶³ In *recht* 1992, S. 22 habe ich BGE 59 II 161 (statt 261) zitiert, was ein Zitatfehler und mir um so peinlicher ist, als ich dem Bundesgericht ausgerechnet an dieser Stelle vorwerfe, dass es sich zu Unrecht auf BECKER beruft.

⁶⁴ Sie widerlegen den Satz, dass aus einem Vakuum nichts entstehen könne.

⁶⁵ Vgl. z.B. WOLFGANG WIEGAND, *recht* 1997, S. 86 ff., der von „Schuld-“ statt „Schutzverhältnis“ spricht.

⁶⁶ Vgl. die ausführliche Kritik bei PATRICK MIDDENDORF, zit. in Anm. 20, S. 110 ff.

⁶⁷ BGE 128 III 324 ff.; 124 III 303 f.; 124 III 369; 121 III 355 f.; 120 II 335 ff.

⁶⁸ ARIANE MORIN, La responsabilité fondée sur la confiance, Diss. Genf 2002, S. 54 und S. 162; GILLES PETITPIERRE, Enfoncer une porte ouverte?, in: La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, S. 183 ff.; FRANZ WERRO, La responsabilité fondée sur la confiance: quelques variations sur un thème commun ou les leçons de droit comparé, ibidem, S. 110 ff.; PIERRE WESSNER, La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile, ibidem, S. 129 ff.

⁶⁹ Vgl. z.B. MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 150 zu Art. 2 ZGB; EUGEN BUCHER, Basler Kurzkommentar, N 90 f. zu Art. 1 OR; HANS PETER WALTER, Die Vertrauenshaftung: Blume oder Unkraut im Garten des Rechts, ZSR 2001 I, S. 79 ff.; DERSELBE, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996, S. 273 ff.

17. Beide Betrachtungsweisen sind mir auch deshalb bekannt, weil sie auf einschlägigen Veranstaltungen mit jenem gegensätzlichen Eifer propagiert werden, den neue oder als neu erlebte Rechtsideen auszulösen pflegen. In einem Vortrag zum *Swissair-Fall*⁷⁰ gelang es dem deutschsprachigen Referenten, die Vertrauenshaftung so plastisch zu schildern, dass ich jeden Moment erwartete, sie würde leibhaftig im Auditorium erscheinen. Diese Erwartung hat mich einen Moment lang amüsiert. Dann aber wurde mir bewusst, dass unsere Köpfe auch andere Ideen verkörperlichen. Das ist vielleicht eine *Fehlleistung der juristischen Phantasie*, hängt aber auch damit zusammen, dass der Mensch in erster Linie [557] ein Hersteller mechanischer Hilfsmittel ist, die seinen Körper erweitern.⁷¹ So stellt sich eben der Jurist auch seine geistigen Werkzeuge vor, wie wenn es sinnlich wahrnehmbare Gegenstände wären.

Ein solches Werkzeug ist unter anderem der Vertrag, von dem wir sprechen, als ob es ihn als körperliches Wesen gäbe. „Der Vertrag“, so sagen wir, „entsteht und geht unter. Zwischen seinem Zustandekommen und seinem Ende wird er erfüllt, verletzt, gebrochen, ja antizipiert gebrochen. Erlischt er durch Rücktritt, so wird er rückabgewickelt wie ein Handschuh, den man umkehrt. Wird er gekündigt, so bleibt sein bisheriger Bestand unberührt. Wird er erneuert, so lebt er wieder auf, nachdem er sich im Stadium der Liquidation befunden hat.“

Diese Sprechweise verrät, wie sinnlich wir den Vertrag begreifen.⁷² Fast möchte man sich freuen, wenn er entsteht, und Mitleid haben, wenn er gebrochen wird. Das rein Begriffliche erlebt somit auch hier sein Ungenügen und ruft nach einem Bild.⁷³ Dagegen ist nichts einzuwenden, solange das körperliche Bild vom Vertrag nicht die rechtliche Fragestellung verschleiert, „so wie der Vollmond eine Landschaft aufhebt“⁷⁴. Insbesondere darf uns die Bildersprache nicht zu falschen Schlüssen, etwa zur Annahme verleiten, dass ein nach Art. 20 OR nichtiger Vertrag nicht zugleich auch einseitig unverbindlich sein könne.⁷⁵ Theoretisch sind die Juristen sich zwar seit Langem darin einig, dass eine körperweltliche Argumentation für die Jurisprudenz abzulehnen sei.⁷⁶ Wer indes BGE 127 III 85 f. liest, worin das Bundesgericht aus der blossen Geltendmachung kaufvertraglicher Mängelrechte eine Genehmigung des an einem Willensmangel leidenden Vertrages ableitet⁷⁷, könnte den Eindruck gewinnen, dass diese fehlerhafte Methode doch nicht gänzlich überwunden ist.

18. Die Affinität, die wir zum Vertrag empfinden, ist vielleicht ein Grund, weshalb sich die Vertragsdogmatik zu einer Königsdisziplin der Jurisprudenz entwickeln konnte. Der Ausdruck „Königsdisziplin“ gefällt mir, da ja jeder Professor dazu neigt, seine eigene Wichtigkeit an der Wichtigkeit seines Faches zu messen. Mit dem Stolz vermischt sich nun aber die wehmütige *Einsicht, dass auch die Vertragsdogmatik an überholten Vorstellungen und Bildern festhält*. Sie durchziehen die Dogmatik wie die Traumpfade der australischen Aborigines. Beispiele hierfür gibt es zuhauf. Zwei davon möchte ich herausgreifen. Das erste betrifft die Parteiautonomie, das zweite den Konsensualismus.

⁷⁰ BGE 120 II 331 ff.

⁷¹ GIORGIO CELLI, zit. in Anm. 51, S. 89 f.

⁷² So schon REGELSBERGER, Pandekten, Erster Band, Leipzig 1893, S. 601, der das konkrete Rechtsgeschäft als „Naturgeschöpf“ verstand.

⁷³ Vgl. HUGO LOETSCHER, Vom Erzählen erzählen, Zürich 1999, S. 176.

⁷⁴ GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA, zit. in Anm. 27, S. 27.

⁷⁵ Vgl. dagegen THEODOR KIPP, Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift für FERDINAND VON MARTITZ, Berlin 1911, S. 211 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 717.

⁷⁶ Vgl. schon THEODOR KIPP, zit. in Anm. 75, S. 211 f., unter Bezugnahme auf noch frühere Autoren, namentlich auch auf WINDSCHEID und SCHLOSSMANN.

⁷⁷ Damit habe ich mich in *recht* 2001, S. 184 ff. (namentlich auf S. 186 ff.) auseinandergesetzt, was erklärt, weshalb ich den Entscheid auch hier zitiere.

a. Am Anfang der Vertragslehre steht das *Prinzip der Privatautonomie*, wonach Verträge *gelten* und *so* gelten, *weil* und *wie* die Parteien es gewollt haben. Dieses Prinzip und damit die Gestaltung der Vertragsverhältnisse nach dem Willen der Parteien wird nach [558] wie vor als das Grundprinzip des Vertragsrechts begriffen.⁷⁸ Aber selbst dann, wenn man von den Schranken des zwingenden Gesetzesrechts absieht, hat sich das Prinzip zu einem Ansatz gewandelt, dessen Bedeutung weit geringer ist, als wir annehmen. Denn im Vordergrund der praktischen Entscheidungsfindung steht *das Prinzip des Vertrauens*, das den Vertrag und den vereinbarten Vertragsinhalt über den normativen Konsens und die objektive Auslegung beherrscht, soweit für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kein tatsächlich übereinstimmender Vertragswille der Parteien nachgewiesen ist oder sonstwie feststeht⁷⁹.

Somit ist es nicht der Wille, der primär zählt, sondern das, was Vertrauensschutz verdient. Und was Vertrauensschutz verdient, entscheidet im Streitfall das Gericht, weshalb der Vertrag nicht eigen-, sondern fremdbestimmt ist. Ist er lückenhaft, was praktisch immer zutrifft, so wird das Vertragsverhältnis durch Fremdnormen angereichert, die das dispositive Gesetzesrecht oder das Gewohnheitsrecht⁸⁰ bereithalten oder die das Gericht bereitstellt.⁸¹ Sie ergänzen den Vertrag mit einer Fülle von Normen, die das Vertragsverhältnis unabhängig vom Willen der Parteien ausgestalten, so dass der Vertrag auch von daher fremdbestimmt ist.

Die geschilderte Rechts- und Sachlage habe ich ausführlicher schon in einem anderen Aufsatz⁸² dargestellt und gestützt darauf gefordert, dass eine junge Generation von Vertragsrechtlern sich erneut mit den Grundlagen und den Regelungsgrundsätzen ihres Rechtsgebietes auseinander setze. Das gilt namentlich auch mit Bezug auf die Frage, ob Basis des Vertragsrechts der Wille der Parteien oder das Vertrauen ist, dessen Schutzwürdigkeit unter anderem erklärt, warum vertragliche Versprechen überhaupt zu halten sind.

b. Der *Konsensualismus*, der ebenfalls genannt wurde, hat mit dem Austausch der übereinstimmenden Willenserklärungen zu tun, durch den der Vertrag abgeschlossen wird. Dieser konsensuale Abschluss des Vertrages (Art. 1 Abs. 1 OR) beendet die Vorphase der Vertragsverhandlungen und markiert bei gültig zustande gekommenem Vertrag den Beginn des Vertragsverhältnisses. Das ist zweifellos richtig. Umgekehrt aber glaube ich und bezeichne ich mit dem Wort „Konsensualismus“, dass die Vertragslehre zu stark auf den Konsens fixiert ist.

⁷⁸ Vgl. z.B. EUGEN BUCHER, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Bern 1988, S. 87; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 314 und 612; ERNST A. KRAMER, *Berner Kommentar*, N 122 zu Art. 1 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *Zürcher Kommentar*, N 112 f. zu Art. 1 OR; HANS MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2. Aufl., Freiburg 1992, S. 48 und 58; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs*, Diss. Freiburg 1988, S. 7 f.

⁷⁹ Vgl. z.B. BGE 128 III 267; 126 III 379; 126 III 120; 126 III 67; 125 III 308; 121 III 123; EUGEN BUCHER, *Obligationenrecht*, zit. in Anm. 78, S. 122 und 182; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 324 und Nr. 1201; ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I*, Bern 1996, Nr. 281 ff.; ERNST A. KRAMER, *Berner Kommentar*, N 121 ff. zu Art. 1 und N 67 zu Art. 18 OR; WOLFGANG WIEGAND, *Basler Kommentar* (2. Aufl.), N 42 zu Art. 18 OR.

⁸⁰ Gewohnheitsrechtliche Normen, die anwendbar wären, gibt es freilich höchst selten, was im Bereiche der vertraglichen Lückenfüllung das dispositive Gesetzesrecht und das Richterrecht ganz in den Vordergrund rückt.

⁸¹ Vorbehalten bleibt eine Ergänzungsabrede, durch welche die Parteien die Lücke selber füllen. Aber auch sie bedarf im Streitfall der richterlichen Auslegung, die dann häufig wiederum eine objektive Auslegung ist.

⁸² Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert* (herausgegeben von PETER GAUCH und JÖRG SCHMID), Zürich 2001, S. 209 ff.

Diese Fixierung äussert sich vorab *in zeitlicher Hinsicht*, indem etwa die objektive Wesentlichkeit von Vertragspunkten oder die Wirkung eines Formmangels nach dem [559] Zeitpunkt des konsensualen Vertragsabschlusses beurteilt werden, ohne dass berücksichtigt wird, was nachher geschehen ist. Die Frage, ob ein Vertragspunkt (z.B. die Höhe des Mietzinses) objektiv wesentlich oder ob er bei fehlender Einigung durch den Richter ergänzbar ist, beantworten die herrschende Lehre und die Rechtsprechung ohne Rücksicht darauf, ob mit der Vertragserfüllung bereits begonnen wurde oder nicht.⁸³ Und bei den Formmängeln beharren die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre immer noch auf dem Standpunkt, dass eine Heilung durch Erfüllung (unter Vorbehalt des schenkungsrechtlichen Art. 243 Abs. 3 OR) ausgeschlossen sei.⁸⁴ Beides aber widerspricht dem Erfordernis, vertragliche Streitfragen unter Einbezug der ganzen Vertragswirklichkeit zu lösen und partiell oder ganz erfüllte Schuldverträge (schon wegen der Unumkehrbarkeit des tatsächlichen Geschehensablaufs) anders zu behandeln als Verträge, mit deren Erfüllung noch nicht begonnen wurde.⁸⁵ Hinsichtlich der Beendigung von Dauerverträgen wird diesem Erfordernis insofern Genüge getan, als man überwiegend annimmt, dass sich mit ihrem Eintritt in das Erfüllungsstadium ein all-fälliges Rücktrittsrecht grundsätzlich in ein blosses Kündigungsrecht umwandelt.⁸⁶ Bei den wesentlichen Vertragspunkten und bei den Formmängeln behilft sich das Bundesgericht mit Kompromissen. Nach seiner heutigen Rechtsprechung zum Mietvertrag kann der Richter die von den Parteien offen gelassene Höhe des Mietzinses zwar nicht für die Zukunft, wohl aber für die „bereits verflossene Gebrauchsdauer“ festlegen.⁸⁷ Und was die Berufung auf die Formungültigkeit angeht, so operiert das Bundesgericht bei erfüllten Verträgen mit dem Rechtsmissbrauchsverbot, wozu es eine ausgeklügelt-komplizierte Rechtsprechung entwickelt hat.⁸⁸ Daran scheint es vorderhand festzuhalten⁸⁹, obwohl es in BGE 112 II 334 f. selbstkritisch kundtat, es erscheine „wenig sinnvoll, die Formungültigkeit stets von Amtes wegen als absolute [und damit unheilbare] Nichtigkeit zu behandeln, dann aber diese Folge über Art. 2 Abs. 2 ZGB wieder zu korrigieren“. Auch der nicht amtlich publizierte Entscheid vom 7.1.1999⁹⁰, worin das Bundesgericht versucht hat, das fehlerhafte Dogma von der unheilbaren Formnichtigkeit über den Gedanken der Vertrauenshaftung auszugleichen, ist, weil er ein Ausreisser war, ohne Fortsetzung geblieben. Er brachte wunderschön zum Ausdruck, wie erfindungsreich der juristische Geist ist, wenn es darum geht, die Symptome zu bekämpfen, statt die Fehler an der Wurzel zu packen.

Ein weiteres Beispiel für den erwähnten Konsensualismus ist die *gekünstelte Einbindung von Vertragswirkungen in einen behaupteten oder vorausgesetzten Vertragskonsens*. Auch dafür gibt es verschiedene Exempel, etwa die folgenden: Die konstitutive Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens wird von renommierten Autoren [560] aus einem

83 Eine andere Meinung vertrete ich z.B. in *recht* 1991, S. 49.

84 Nachweis bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 547 ff.

85 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 562 lit. b und Nr. 1277.

86 Statt vieler: BGE 97 II 65 f.; ALFRED KOLLER, zit. in Anm. 79, FN 373; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 565 zu Art. 1 OR a.E; WOLFGANG WIEGANG Basler Kommentar (2. Aufl.), N 10 zu Art. 109 OR; im Ansatz anders: FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs, Diss. Freiburg 1988, S. 307. INGEBORD SCHWENZER, Basler Kommentar (2. Aufl.), Vorbem. zu Art. 23 - 31 OR, N 7, will auch die Unverbindlichkeit von Dauerverträgen, die sich im Vollzug befinden, wirkungsmässig auf die Zukunft beschränken.

87 Vgl. BGE 119 II 347 f.; 108 II 112 ff.

88 Übersicht bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 552 ff.

89 Neuerdings BGr. vom 16. November 2001 [4C.225/2001], E. 2a und b.

90 ZBJV 1999, S. 173 ff.; voller Wortlaut: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1999, Nr. 62, S. 387 ff.

konstruierten Konsens abgeleitet, obwohl es hierfür eine andere Begründung gibt, die tragfähig ist.⁹¹ Die Gerichte neigen dazu, erforderliche Vertragsregeln aus einer stillschweigenden Vereinbarung herzuleiten, statt den Vertrag, weil er in Tat und Wahrheit lückenhaft ist, offen zu ergänzen.⁹² Dass der Vertrag trotz Nichteinigung der Parteien über einen subjektiv wesentlichen Punkt vor Gericht Bestand hat, wenn keine Partei sich auf den Nichtbestand beruft⁹³, erklärt ein Teil der Lehre mit dem Konstrukt eines nachträglichen Vertragsabschlusses, der in der beidseitigen Beschränkung des Streitgegenstandes liege.⁹⁴ Und schliesslich wird auch die Geltungskraft Allgemeiner Vertragsbedingungen aus dem Konsens hergeleitet, selbst wenn die Bedingungen von keiner Partei gelesen oder einer Partei von der anderen praktisch aufgezwungen wurden. Auf diese Weise dient der Konsens als Geltungssymbol, das dem Diktat der Vertragsstarken und den unbedachten Inhalten Wirksamkeit verleiht, mögen auch die Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel geeignet sein, eine gewisse Korrektur zu schaffen.

19. Zu den bereits genannten Fehlern der Jurisprudenz liessen sich gewiss weitere hinzuzählen, was ich aber schon aus Platzgründen vermeiden muss. Nur *einen* Fehler möchte ich noch nennen. Er besteht in der *Isolation der Jurisprudenz*, die ihre eigenen Kreise zieht, ohne sich in genügendem Masse um die Fortschritte der anderen Wissenschaften zu kümmern. Das ist bedauerlich. Denn eine Jurisprudenz, die *so* verfährt, begeht Fehler auch auf Gebieten, die sich dem Zentrum ihrer Zuständigkeit entziehen. Schon deshalb ist es erforderlich, dass sie die viel gepriesene Interdisziplinarität über den Radius des eigenen Gedankengebietes hinaus erstreckt. Sonst benehmen sich die Rechtswissenschaftler wie jene „Kliniker, die, in ihren Kuren höchst geschickt, sich jedoch auf völlig verkehrte Blut- und Urinalysen gestützt haben und zu träge gewesen sind, sie zu korrigieren“⁹⁵. Sie pflegen eine Rechtswissenschaft, die sich selbst genügt, während diese doch nur genügen kann, sofern sie auch anderes Wissen mit einbezieht. So wäre es z.B. nichts als naheliegend, wenn die Juristen, die so viel auf das Vertrauen setzen, sich intensiv auch mit den Ergebnissen der modernen Vertrauensforschung⁹⁶ befassen würden. Aber auch andere Wissenschaftsgebiete warten darauf, in die Jurisprudenz einbezogen zu werden. Ich denke etwa an die moderne Hirnforschung mit ihren Aussagen zur Willensbildung und zur Willensfreiheit des Menschen⁹⁷, mit denen sich die gängigen Vorstellungsbilder der Jurisprudenz kaum mehr vereinbaren lassen.

20. Mein Ruf nach Interdisziplinarität hat nichts zu tun mit einer primitiven Hoffnung, dass andere Wissenschaften all unsere eigenen Fehler beseitigen oder gar alle Rätsel lösen würden, nach deren Lösung wir suchen. So verhält es sich auch mit Bezug auf *das natürliche Rechtsbewusstsein*, von dem wir zwar annehmen, dass jeder Mensch darüber [561] verfügt, das zu erklären wir aber nicht vermögen. Dieses Unvermögen wird so lange andauern, als es nicht gelingt, eine Erklärung für das menschliche Bewusstsein überhaupt zu finden. Zwar haben wir Menschen genügend Bewusstsein, um über unser Bewusstsein nachzudenken. Ob der Mensch aber auch genügend Erkenntnisfähigkeit hat, um das Bewusstsein des Menschen je zu erklä-

91 Zur Kontroverse vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, zit. in Anm. 1, Nr. 1162 ff.

92 Vgl. schon JÄGGI/GAUCH, Zürcher Kommentar, N 341 zu Art. 18 OR.

93 BGE 29 II 125.

94 Vgl. GAUDENZ ZINDEL, SJZ 78, 1982, S. 359; ähnlich ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, N 250 zu Art. 18 OR.

95 GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA, zit. in Anm. 27, S. 124.

96 Neuerdings: EARLE/SIEGRIST/GUTSCHER, Trust and confidence: A Dual-mode Model Of Cooperation, Manuscript submitted for publication, 2002.

97 Vgl. GERHARD ROTH, zit. in Anm. 3, S. 427 ff., insbesondere S. 435 ff.

ren, wird neuerdings bezweifelt.⁹⁸ Heute jedenfalls gehören das Bewusstsein und folglich auch das Rechtsbewusstsein zu den noch ungelösten Rätseln der Menschheit. Und damit müssen wir leben; so, wie wir auch mit der Tatsache leben müssen, dass die Jurisprudenz nie fehlerfrei sein wird. Wer sie durchstreift, auf den fallen Licht und Schatten, wie auf einen, der an einem Zugfenster sitzt.

Schluss

21. Zusammen mit den Fremdfehlern ergaben die Eigenfehler der Jurisprudenz den Fehlerstoff, über den ich geschrieben habe. Blicke ich *zum Schluss* auf das Geschriebene zurück, so wird mir bewusst, wie wenig ich von dem zu sagen vermochte, was zu sagen wäre. Das hängt nicht nur mit dem bereits erwähnten Platzproblem zusammen, sondern auch damit, dass wir Juristen die Fehlerforschung bis heute der Linguistik, der Psychologie, der Kriminologie oder der Technik überlassen. Selber haben wir sie vernachlässigt, obwohl wir uns gewohnt sind, auf einer „Richtig-Falsch-Achse“ zu denken. Nicht selten nehmen wir sogar an, es gäbe für ein Rechtsproblem immer nur *eine* richtige Lösung, obwohl es sogar innerhalb der gleichen Rechtstradition verschiedene Lösungen geben kann, die jede in ihrer Art „richtig“, wenn auch „anders“ ist. So ist denn auch eine geänderte Rechtsprechung nicht notwendigerweise „richtig“, die frühere aber „falsch“, wie es den späteren Richtern erscheinen mag. Überhaupt müssen wir uns vor der Annahme hüten, dass „richtig“ und „falsch“ in irgendeinem Zeitpunkt für immer feststehen wie die Begriffe „oben“ und „unten“, die sich notabene auch relativiert haben, seitdem man die Erde als Kugel begreift.

Alles fließt, auch unser Leben! Und so wünsche ich Ihnen, lieber Herr REY, für Ihr weiter fließendes Leben alles Gute. Ich denke dabei an Ihre private Zukunft, aber auch an jene, die Sie schreibend und lehrend in der Fehlerwelt der Juristen verbringen werden. Zwar sind Sie älter geworden. Das aber wird der Qualität Ihrer Arbeit keinen Abbruch tun. Denn anders als in der Mathematik⁹⁹ hat die mit dem Alter zunehmende Erfahrung in der Jurisprudenz ebenso viel Gewicht wie die jugendliche Intuition und Kühnheit. Deshalb bin ich auch froh, dass Sie kein Mathematiker sind, umso mehr, als ich andernfalls nicht dazu gekommen wäre, diesen Beitrag zu schreiben.

Korr.: sf 15.6.2007

⁹⁸ Vgl. dazu JOHN HORGAN, zit. in Anm. 3, S. 343 ff.

⁹⁹ Vgl. SIMON SINGH, Fermats letzter Satz, 6. Aufl., München 2001, S. 27.