

Recht und Gerechtigkeit am Beispiel Morbus Parkinson

Wie bedenkenlos kann man ein Medikament gegen Parkinson¹ nutzen, wenn es durch verbrauchende Embryonenforschung entwickelt wurde?

(http://www.bioethik-diskurs.de/genethix_d/genethix.html/24.02.08)

Das neue Medikament ist mit Hilfe von Stammzellenforschung in Embryonen entwickelt worden und in einer holländischen Internetapotheke erhältlich; in Deutschland und der Schweiz ist das Medikament nicht zugelassen. Weitere Informationen zur Sache erhalten Sie unter http://www.bioethik-diskurs.de/genethix_d/genethix.html.

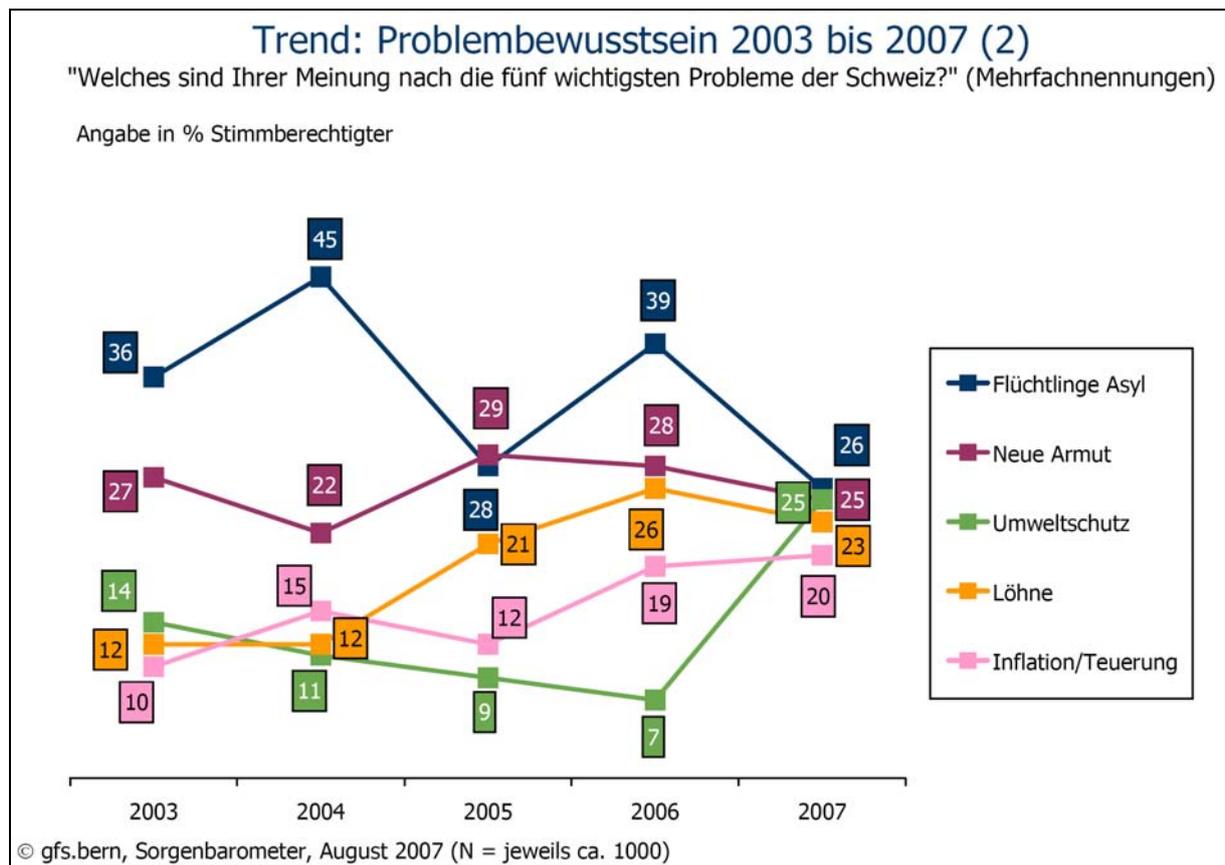
Wie würden Sie entscheiden und wie begründen Sie ihr Verhalten?

¹ Die Parkinson-Krankheit bzw. Morbus Parkinson ist eine langsam fortschreitende neurologische Erkrankung. Die Hauptsymptome sind Muskelzittern und Muskelstarre. Ausgelöst wird sie durch das Absterben von Zellen im Mittelhirn.

Sorgenbarometer 2007

Das Sorgenbarometer zeigt auf, wo der Schuh aus Bevölkerungssicht drückt, was sich dabei seit dem letzten Jahr verändert hat und welche Ursachen dafür genannt werden können.

Die grossen Zyklen der Thematisierung wirtschaftlicher und sozialer Probleme haben parallel zur positiven Konjunkturentwicklung eine Wende genommen. Das öffnet Spielräume für Optimismus, es stärkt das Staatsvertrauen und es fördert gleichzeitig die nationale Skepsis gegenüber der ökonomisch bedingten Modernisierung.



Grundgesamtheit: Stimmberechtigte in der ganzen Schweiz.

Erhebungsmethode: Face-to-Face.

Befragungszeitraum: 13.08.2007 bis 01.09.2007.

Stichprobengrösse: 1030, Zufallsauswahl der Ortschaften (grössenneutralisiert),

Quotenauswahl der Personen.

Statistischer Stichprobenfehler (bei einer Verteilung von 50/50): + / - 3.1 %

(<http://www.soziotrends.ch/leben/sorgenbarometer.php/> 24.02.08)

a) Warum kommt es in den verschiedenen Jahren zu solch unterschiedlichen Werten?

b) Was hat dies mit der Rechtsordnung der Schweiz zu tun?

Wie würden Sie entscheiden?

Für die folgenden Entscheidungssituationen werden jeweils vier Vorschläge gemacht, wie ein Entscheid herbeigeführt werden kann.

- Wählen Sie jeweils jenen Vorschlag aus, den Sie als angemessen betrachten.
- Begründen Sie Ihren Entscheid.
- Erkennen Sie ein Muster in den Vorschlägen 1, 2, 3 und 4?

Entscheidungssituation 1			
Der Landwirt und Hausmann Hans Müller bereitet das Mittagessen für sich, seine Frau und die drei Kinder zu. Um 11 Uhr weiss er noch nicht, was er kochen soll.			
Vorschlag 1	Vorschlag 2	Vorschlag 3	Vorschlag 4
Hans Müller kocht Nüdeli mit Gehacktem, weil es ihm von allen denkbaren Gerichten am meisten Lob eintragen wird.	Er ruft die Familie zusammen und lässt zwischen zwei Vorschlägen abstimmen: Die Kinder setzen sich mit dem Wunsch nach Bratwurst mit Rösti durch.	Hans Müller schaut im Ernährungsplan nach, den ihm seine Diätberaterin aufgestellt hat: Ein Teller klare Suppe, Blattsalat, etwas Reis und Hühnerbrust. Zum Dessert eine Orange.	Hans Müller liefert seine Milch in die Molkerei und muss einen Teil des Entgelts in Form von Milchprodukten beziehen. Er kocht daher ein Käsesoufflé, um Käseresten zu verwerten.

Entscheidungssituation 2			
Petra Stoller ist jetzt bald 25-jährig und denkt ans Heiraten. Sie weiss noch nicht, mit welchem Mann sie den Bund der Ehe schliessen soll: mit ihrem langjährigen Freund Roland, ihrem Arbeitskollegen Sven, mit dem sie regelmässig ausgeht, oder einem anderen.			
Vorschlag 1	Vorschlag 2	Vorschlag 3	Vorschlag 4
Petra Stoller entscheidet sich für Roland, weil sie sich lieben und am besten zueinander passen.	Sie lädt alle potenziellen Hochzeitsgäste zu einem Glas Wein ein und führt eine Abstimmung durch. Sven gewinnt.	Sie teilt ihrem persönlichen Seelsorger den Heiratswunsch mit. Dieser teilt ihr den Namen des Mannes mit, den er als Bräutigam auserwählt hat.	Die Familie Stoller hat schon vor etlichen Jahren mit der Familie Bruggmann ein Abkommen getroffen, dass Petra Stoller Hans Bruggmann heiraten solle und die beiden Familienunternehmungen damit zusammengeführt würden.

Entscheidungssituation 3			
Die Regionalbank stellt Elvira Waibel als neue kaufmännische Angestellte ein. Der Lohn ist noch nicht festgesetzt.			
Vorschlag 1	Vorschlag 2	Vorschlag 3	Vorschlag 4
Die Bankpräsidentin und Elvira Waibel setzen den Lohn nach einem Gespräch gemeinsam fest. Weil Elvira keine Erfahrung mit solchen Verhandlungen hat, willigt sie in einen sehr tiefen Lohn ein.	Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Regionalbank stimmen über den Lohn von Elvira Waibel ab.	Die Regionalbank hat ein Lohnreglement, das den Lohn für alle Funktionen festlegt.	Der Bankpersonalverband hat mit den Schweizer Banken einen Gesamtarbeitsvertrag ausgearbeitet, der auch Lohnempfehlungen enthält.

Entscheidungssituation 4			
Die gemischtwirtschaftliche Metall-AG hat bisher Faustfeuerwaffen für die Armee hergestellt. Nun soll das Sortiment überprüft und die Produktion allenfalls umgestellt werden. Welche Güter in Zukunft produziert werden sollen, ist noch offen.			
Vorschlag 1	Vorschlag 2	Vorschlag 3	Vorschlag 4
Sowohl die Unterwelt als auch private Sicherheitsfirmen haben einen grossen Bedarf an Faustfeuerwaffen und bezahlen dafür gute Preise. Die Metall-AG passt ihr Sortiment, den veränderten Bedürfnissen entsprechend, leicht an.	Die privaten Miteigentümerinnen der Metall-AG entscheiden sich an der Generalversammlung mehrheitlich für die vollständige Liquidation der Unternehmung. Die Verwertung der grossen Landreserven sorgt für genügend finanzielle Mittel, um sowohl die verbleibenden Mitarbeiter als auch die Eigentümer finanziell zufriedenzustellen.	Der Staat, als Miteigentümer der Metall-AG, setzt eine Umstellung der Produktion auf preisgünstige Metallbetten durch. Diese werden für die Katastrophenhilfe benötigt, sind auf dem freien Markt aber bisher nicht erhältlich.	Im Rahmen eines gesamteuropäischen Abrüstungsabkommens wird die Produktion von Faustfeuerwaffen eingestellt. Die Metall-AG muss sich gemäss diesem Abkommen in Zukunft der Verschrottung von Waffen widmen.

Originaltexte zur Rolle des Staates in der Wirtschaft

Lesen Sie die folgenden Texte, und umschreiben Sie mit je einem Satz die darin geschilderten Aufgaben des Staates.

❶ Da nun jedermann nach Kräften sucht, sein Kapital in der heimischen Erwerbstätigkeit und diese Erwerbstätigkeit selbst so zu leiten, dass ihr Erzeugnis den grössten Wert erhält, so arbeitet auch jeder notwendig dahin, das jährliche Einkommen der Gesellschaft so gross zu machen, als er kann. Allerdings strebt er in der Regel nicht danach, das allgemeine Wohl zu fördern, und weiss auch nicht, um wieviel er es fördert. Indem er die einheimische Erwerbstätigkeit der fremden vorzieht, hat er nur seine eigene Sicherheit im Auge, und indem er diese Erwerbstätigkeit so leitet, dass ihr Produkt den grössten Wert erhalte, verfolgt er lediglich seinen eigenen Gewinn und wird in diesen wie in vielen anderen Fällen von einer

unsichtbaren Hand geleitet, einen Zweck zu fördern, den er in keiner Weise beabsichtigt hatte. Auch ist es nicht eben ein Unglück für die Gesellschaft, dass dies nicht der Fall war. Verfolgt er sein eigenes Interesse, so fördert er das der Gesellschaft weit wirksamer, als wenn er dieses wirklich zu fördern beabsichtigt. Ich habe niemals gesehen, dass diejenigen viel Gutes bewirkt hätten, die sich den Anschein gaben, um des Gemeinwohls willen Handel zu treiben. Es ist dies tatsächlich nur eine Pose, unter Kaufleuten auch nicht sehr häufig, und es bedarf nicht vieler Worte, um sie davon abzubringen ...
(Ausschnitt aus: Adam Smith: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776)

❷ Der Staat nimmt durch seine Wirtschaftspolitik soziale Umschichtungen, soziale Interventionen vor, die aber – und das ist, auf einen einfachen Nenner gebracht, der Grundgedanke – dadurch auf das System der Marktwirtschaft umgestellt werden, dass sie dem Grundsatz der Marktkonformität unterworfen werden, das heisst, dass hinter

den Eingriffen der staatlichen Wirtschaftspolitik die Funktionsweise des Marktes ... nicht gestört und, wenn möglich, gar noch verbessert wird.
(Ausschnitt aus: Müller-Armack: Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft, Bern/Stuttgart 1974)

③ Der Staat des 21. Jahrhunderts besinnt sich wieder auf das eigentliche Wesen des Staates. Der moderne Staat beschränkt sich auf seine Kernaufgabe. [...] Kernaufgabe des Staates ist es, die Freiheit des Individuums zu schützen und Recht und Ordnung gegen aussen und innen durchzusetzen. [...] Die Politik ist auch in unserem Land viel zu wichtig, viel zu teuer und viel zu schädlich geworden. Wir müssen sie im 21. Jahr-

hundert auf ein vernünftiges, die Freiheit des Einzelnen förderndes Mass zurückführen. Alles andere ist unmoralisch und asozial [...] Der Staat soll im nächsten Jahrhundert kein Monopol auf irgendeine Dienstleistung mehr besitzen, die Private ebensogut anbieten könnten.

(Ausschnitt aus: Christoph Blocher: Albisgüetlitagung am 15. Januar 1999 in Zürich)

④ Allein schon damit überhaupt die Möglichkeit der gesellschaftlichen Gestaltung der Wirtschaft besteht, kann die grundsätzliche normative Orientierung aller Orientierungsethik nur dahin gehen, den unverzichtbaren Primat der Politik vor der Logik des Marktes zu beanspruchen. Das schliesst nicht aus, sondern vielmehr ein, dass der Marktsteuerung eine begrenzte und kontrollierte Lenkungs- und Anreizfunktion eingeräumt wird, soweit das im Hinblick auf die übergeordneten ethisch-politischen Gesichtspunkte zweckdienlich und verantwortbar ist. Wie weit aber konkret die funktionale Systemlogik des Marktes institutionell entfesselt werden soll, wo und

in welchem Rahmen Markt herrschen soll, das zu bestimmen ist in einer modernen Gesellschaft letztlich Sache der Politik unter mündigen Staats- und Wirtschaftsbürgern. Ohne den Primat ethischer Politik vor der Logik des Marktes wäre es von vornherein unmöglich, die institutionelle Einbettung der Marktwirtschaft in die Grundsätze einer wohlgeordneten Gesellschaft freier und gleichberechtigter Bürger überhaupt zum Thema des öffentlichen Vernunftgebrauchs zu machen.

([Vereinfachter] Ausschnitt aus: Peter Ulrich: Integrative Wirtschaftsethik, Bern/Stuttgart/Wien 1997)

Einordnung von Rechtssätzen

Entscheiden Sie bei den folgenden Rechtssätzen, wie sie einzuordnen sind:

1. Kommt der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nach, so hat er den Schaden, der dem Käufer hieraus entsteht, zu ersetzen.

Rechtsgebiet: Privatrecht – öffentliches Recht

Funktion: Legaldefinition – materieller / formeller Rechtssatz – konditionaler Rechtssatz
zwingend – (dispositiv) ergänzend

Rangordnung: Bund – Kanton – Gemeinde
Verfassung – Gesetz – Verordnung

2. Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.

Rechtsgebiet: Privatrecht – öffentliches Recht

Funktion: Legaldefinition – materieller / formeller Rechtssatz – konditionaler Rechtssatz
zwingend – (dispositiv) ergänzend

Rangordnung: Bund – Kanton – Gemeinde
Verfassung – Gesetz – Verordnung

3. Der Mieter muss den Mietzins und allenfalls die Nebenkosten am Ende jeden Monats, spätestens aber am Ende der Mietzeit bezahlen, wenn kein anderer Zeitpunkt vereinbart oder ortsüblich ist.

Rechtsgebiet: Privatrecht – öffentliches Recht

Funktion: Legaldefinition – materieller / formeller Rechtssatz – konditionaler Rechtssatz
zwingend – (dispositiv) ergänzend

Rangordnung: Bund – Kanton – Gemeinde
Verfassung – Gesetz – Verordnung

4. Er (d.h. der Regierungsrat) handelt als Kollegialbehörde. Seine Beschlüsse bedürfen der Mitwirkung von mindestens drei Mitgliedern.

Rechtsgebiet: Privatrecht – öffentliches Recht

Funktion: Legaldefinition – materieller / formeller Rechtssatz – konditionaler Rechtssatz
zwingend – (dispositiv) ergänzend

Rangordnung: Bund – Kanton – Gemeinde
Verfassung – Gesetz – Verordnung

5. Selbstanzeige liegt vor, wenn der Steuerpflichtige seine steuerlichen Verfehlungen der Steuerbehörde zur Kenntnis bringt.

Rechtsgebiet: Privatrecht – öffentliches Recht

Funktion: Legaldefinition – materieller / formeller Rechtssatz – konditionaler Rechtssatz
zwingend – (dispositiv) ergänzend

Rangordnung: Bund – Kanton – Gemeinde
Verfassung – Gesetz – Verordnung

6. Der Schuldner ist an seinem Wohnsitz zu betreiben.

Rechtsgebiet: Privatrecht – öffentliches Recht

Funktion: Legaldefinition – materieller / formeller Rechtssatz – konditionaler Rechtssatz
zwingend – (dispositiv) ergänzend

Rangordnung: Bund – Kanton – Gemeinde
Verfassung – Gesetz – Verordnung

Chicolino – wer hat Recht?

Sachverhalt 1:

Brigitte, 16 Jahre, hat ein grosses Hobby: Pferde. Seit 8 Jahren verbringt sie die meiste Freizeit im Reitstall. Seit langem hat sie sich ein eigenes Pferd gewünscht. Auch nachdem Brigitte die Aufnahmeprüfung in die Kantonsschule bestanden hatte, liessen sich ihre Eltern nicht erweichen.

Auf ihre Konfirmation hat sich Brigitte Geld gewünscht. Ihre Paten zeigen sich recht grosszügig: Sie erhält von Gotte und Götti je Fr. 3'000.- so dass ihr Sparkonto mittlerweile einen Saldo von Fr. 8'500.- aufweist.



Mit diesem Geld entschliesst sie sich, ihr Lieblingsspferd Chicolino zu kaufen. Sie hebt das Geld von ihrem Konto ab und bezahlt den Kaufpreis bar. Als Brigitte am Mittagstisch ihre Eltern über die getätigte Neuanschaffung orientiert, kommt es zu intensivsten Meinungsverschiedenheiten: Die Eltern verlangen die Annullation des Kaufvertrages mit der üblichen Begründung, ein Pferd sei viel zu teuer, speziell die Unterhaltskosten wie Futter und Stallmiete, und Brigitte könne für diese nicht aufkommen. Brigitte vertritt jedoch die Meinung, dass sie mit ihrem Geld machen könne, was sie wolle.

Der Vater interveniert beim Verkäufer und verlangt die Annullation des Vertrags. Der Verkäufer ist jedoch ebenfalls der Meinung, dass die Tochter mit dem geschenkten Geld doch machen dürfe, was sie wolle.

Wie beurteilen Sie die Rechtslage?

Sachverhalt 2:

Die Gotte entschliesst sich, Brigitte ihren Wunsch zu erfüllen. Sie kauft Chicolino und schenkt ihn Brigitte. Auf die Frage der Eltern, warum sie Ihnen in den Rücken falle, antwortet die Gotte: Ich war in den letzten 10 Jahren im Ausland und konnte mich so wenig um Brigitte kümmern, ich wollte ihr ihren Wunsch erfüllen und sie wird ja in 1 ½ Jahren volljährig.

- a) Sollte dies nach Ihrem Rechtsempfinden erlaubt sein? Begründen Sie Ihre Meinung.
- b) Formulieren Sie einen Rechtssatz, der solche Geschenke nicht erlauben würde.

Sachverhalt 3:

Beschreiben Sie in vollständigen, sorgfältig formulierten Sätzen einen Sachverhalt, in welchem Brigitte, im Alter von 16 Jahren, Chicolino rechtmässig erwerben dürfte.

Art. 10
 III. Beweisvorschriften
 Wo das Bundesrecht für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes keine besondere Form vorsieht, darf das kantonale Recht auch für die Beweisbarkeit des Rechtsgeschäftes eine solche nicht vorschreiben.

Erster Teil: Das Personenrecht

Erster Titel: Die natürlichen Personen

Erster Abschnitt: Das Recht der Persönlichkeit

Art. 11
 A. Persönlichkeit im Allgemeinen
 I. Rechtsfähigkeit
 1 Rechtsfähig ist jedermann.
 2 Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

Art. 12
 II. Handlungsfähigkeit
 1. Inhalt
 Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

Art. 13
 2. Voraussetzungen
 a. Im Allgemeinen
 Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig und urteilsfähig ist.

Art. 14⁷
 b. Mündigkeit
 Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

c. ...
Art. 15⁸

Art. 16
 d. Urteilsfähigkeit
 Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

⁷ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 7. Okt. 1994, in Kraft seit 1. Jan. 1996 (AS 1995 1126 1131; BBl 1993 I 1169).

⁸ Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 7. Okt. 1994 (AS 1995 1126; BBl 1993 I 1169).

Art. 17
 III. Handlungsunfähigkeit
 1. Im Allgemeinen
 Handlungsunfähig sind die Personen, die nicht urteilsfähig, oder die unmündig oder entmündigt sind.

Art. 18
 2. Fehlen der Urteilsfähigkeit
 Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen.

Art. 19
 3. Urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte
 1 Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten.
 2 Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen.
 3 Sie werden aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig.

Art. 20
 IV.9 Verwandtschaft und Schwägerschaft
 1. Verwandtschaft
 1 Der Grad der Verwandtschaft¹⁰ bestimmt sich nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.
 2 In gerader Linie sind zwei Personen miteinander verwandt, wenn die eine von der andern abstammt, und in der Seitenlinie, wenn sie von einer dritten Person abstammen und unter sich nicht in gerader Linie verwandt sind.

Art. 21¹¹
 2. Schwägerschaft
 1 Wer mit einer Person verwandt ist, ist mit deren Ehegatten, deren eingetragener Partnerin oder deren eingetragener Partner in der gleichen Linie und in dem gleichen Grade verschwägert.
 2 Die Schwägerschaft wird durch die Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft, die sie begründet hat, nicht aufgehoben.

⁹ Fassung des Randtit. gemäss Ziff. I 3 des BG vom 30. Juni 1972, in Kraft seit 1. April 1973 (AS 1972 2819 2829, 1973 92; BBl 1971 I 1200).

¹⁰ Fassung dieses Wortes gemäss Ziff. I 3 des BG vom 30. Juni 1972, in Kraft seit 1. April 1973 (AS 1972 2819 2829; BBl 1971 I 1200).

¹¹ Fassung gemäss Anhang Ziff. 8 des Partnerschaftsgesetzes vom 18. Juni 2004, in Kraft seit 1. Jan. 2007 (SR 211.231).

² In den übrigen Fällen sind die vormundschaftlichen Behörden zuständig.

Art. 316²⁴⁴

VIII. Pflegekinderaufsicht

¹ Wer Pflegekinder aufnimmt, bedarf einer Bewilligung der Vormundschaftsbehörde oder einer andern vom kantonalen Recht bezeichneten Stelle seines Wohnsitzes und steht unter deren Aufsicht.

^{1bis} Wird ein Pflegekind zum Zweck der späteren Adoption aufgenommen, so ist eine einzige kantonale Behörde zuständig.²⁴⁵

² Der Bundesrat erlässt Ausführungsvorschriften.

Art. 317²⁴⁶

IX. Zusammenarbeit in der Jugendhilfe

Die Kantone sichern durch geeignete Vorschriften die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kindesschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe.

Vierter Abschnitt: Das Kindesvermögen²⁴⁷

Art. 318²⁴⁸

A. Verwaltung

¹ Die Eltern haben, solange ihnen die elterliche Sorge zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten.

² Steht die elterliche Sorge nur einem Elternteil zu, so hat dieser der Vormundschaftsbehörde ein Inventar über das Kindesvermögen einzureichen.

³ Erachtet es die Vormundschaftsbehörde nach Art und Grösse des Kindesvermögens und nach den persönlichen Verhältnissen der Eltern für angezeigt, so ordnet sie die periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung an.

²⁴⁴ Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

²⁴⁵ Eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des BG vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen, in Kraft seit 1. Jan. 2003 (SR 211.221.31).

²⁴⁶ Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

²⁴⁷ Eingefügt durch Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

²⁴⁸ Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

Art. 319²⁴⁹

B. Verwendung der Erträge

¹ Die Eltern dürfen die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden.

² Ein Überschuss fällt ins Kindesvermögen.

Art. 320²⁵⁰

C. Anzehung des Kindesvermögens

¹ Abfindungen, Schadenersatz und ähnliche Leistungen dürfen in Teilbeträgen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verbraucht werden.

² Erweist es sich für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung als notwendig, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern gestatten, auch das übrige Kindesvermögen in bestimmten Beträgen anzugreifen.

Art. 321²⁵¹

D. Freies Kindesvermögen
I. Zuwendungen

¹ Die Eltern dürfen Erträge des Kindesvermögens nicht verbrauchen, wenn es dem Kind mit dieser ausdrücklichen Auflage oder unter der Bestimmung zintragender Anlage oder als Spargeld zugewendet worden ist.

² Die Verwaltung durch die Eltern ist nur dann ausgeschlossen, wenn dies bei der Zuwendung ausdrücklich bestimmt wird.

Art. 322²⁵²

II. Pflichtteil

¹ Durch Verfügung von Todes wegen kann auch der Pflichtteil des Kindes von der elterlichen Verwaltung ausgenommen werden.

² Überträgt der Erblasser die Verwaltung einem Dritten, so kann die Vormundschaftsbehörde diesen zur periodischen Rechnungsstellung und Berichterstattung anhalten.

²⁴⁹ Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

²⁵⁰ Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

²⁵¹ Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

²⁵² Fassung gemäss Ziff. I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Jan. 1978 (AS 1977 237 264; BBl 1974 II 1).

Was sagt das Strafgesetzbuch?



Sachverhalt:

Herr Fink reinigt die Fenster seiner Wohnung im 18. Stock. Dabei rutscht ihm der volle Wassereimer vom Fenstersims und tötet ein Kind auf dem darunterliegenden Spielplatz.

Nehmen wir an, Sie müssten als Richter bzw. Richterin diesen Sachverhalt entscheiden:

- a) Wie sähe Ihr Urteil aus, wenn Sie die geltenden Rechtsvorschriften nicht berücksichtigen müssten?
- b) Formulieren Sie einen Rechtssatz, der aus Ihrer Sicht für diesen Sachverhalt gerecht wäre.
- c) Im Strafgesetzbuch sind verschiedene strafbare Handlungen gegen Leib und Leben aufgeführt. Lesen Sie dazu die Art. 111, 112, 113 und 117 StGB, und entscheiden Sie, welcher Artikel für diesen Sachverhalt angewandt werden muss. Wie hoch wäre die maximale Strafe für diesen Sachverhalt?
- d) Vergleichen Sie Ihren Rechtssatz mit den Formulierungen im Strafgesetzbuch. Inwiefern unterscheiden sich die Formulierungen voneinander?

Welche Strafe halten Sie für angebracht?**Sachverhalt 1a:**

«Ich ahnte, dass jetzt etwas Schlimmes passiert», erinnert sich die 32-jährige Katja F. vor dem Bezirksgericht. Ihr Ex-Ehemann Matthias F. (die beiden wurden nach fünfjähriger Ehe vor 1 1/2 Jahren geschieden) konnte es nicht verkraften, dass die Frau ein Verhältnis mit seinem Arbeitskollegen hatte. Als der Geschiedene zwischen den Lamellenstoren der Wohnung seiner früheren Frau seinen Kollegen erblickte, wollte er ihn – laut Verteidigung – zur Rede stellen und ihm höchstens zwei Faustschläge verabreichen. Der Angeklagte, ein kräftiger Bauarbeiter, drosch jedoch derart mit Fäusten und Füßen auf sein Opfer ein, selbst als dieses schon regungslos am Boden lag, dass der Arbeitskollege mit schwersten Verletzungen ins Spital eingeliefert werden musste. Der Freund der geschiedenen Frau ist heute aufgrund der erlittenen Verletzungen an Kopf und Rücken nur noch zu 50% arbeitsfähig.

- a) Wie beurteilen Sie die Tat des Ex-Ehemannes?
- b) Welche Strafe würden Sie für angebracht halten? Suchen Sie nach Kriterien, die für die Bestrafung massgebend sein könnten.
- c) Welcher StGB-Artikel kommt zur Anwendung, und mit welcher Strafe muss der Täter rechnen?
- d) Unter welchen Voraussetzungen könnte die Strafe bedingt ausgesprochen werden?

Sachverhalt 1b:

Als der Ex-Ehemann, Matthias F., die Wohnung seiner geschiedenen Frau betritt, flüchtet ihr Freund, Beda K., ins Schlafzimmer. Matthias F. schlägt die Schlafzimmertüre ein und bedroht seinen vermeintlichen Widersacher nicht mit blossen Fäusten, sondern mit einem Stelmesser. Als sich der Angreifer auf Beda K. stürzen will, zieht dieser unvermittelt eine Gaspistole und gibt aus nächster Nähe einen Schuss in das Gesicht von Matthias F. ab. Dieser bricht mit einem Schrei zusammen, worauf Beda K. nochmals zwei Schüsse in Richtung Gesicht des Angreifers abgibt. Matthias F. muss aufgrund ernsthafter Verletzungen im Gesicht für zwei Wochen ins Spital eingeliefert werden.

Damit eine Tötlichkeit zu einer strafbaren Handlung wird, müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- ↳ Tatbestandsmässigkeit? Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 StGB:
Strafbar ist nur, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht.
- ↳ Rechtswidrigkeit?
Handlung weder aus Notwehr noch aus einem Notstand heraus.
- ↳ Verschulden?
Liegt Vorsatz oder Fahrlässigkeit vor? Ist der Täter, die Täterin schuldfähig?
- ↳ Strafverfolgung?
Geschieht dies von Amtes wegen oder auf Antrag des Geschädigten?
- ↳ Verjährung?
Wir geben vor, die Tat sei in diesem Fall nicht verjährt, überprüfen Sie aber eine allfällige Verjährungsfrist für das vorliegende Delikt.
- ↳
Überprüfen Sie mit Hilfe der StGB-Artikel, ob für den hier beschriebenen Fall die Voraussetzungen für die Strafbarkeit gegeben sind.

Was ist das richtige Strafmass?

Sachverhalt:

Ein angetrunkenener, zu schnell fahrender Automobilist kommt auf einer Autostrasse zwischen zwei Dörfern ins Schleudern und fährt in eine fünfköpfige Familie hinein, die sich auf einer Velotour befindet. Eines der Kinder stirbt, der Vater wird lebensgefährlich verletzt und ist seither querschnittgelähmt.

Das Bezirksgericht findet den Autofahrer der fahrlässigen Tötung sowie der fahrlässigen schweren Körperverletzung für schuldig und verurteilt ihn zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zehn Monaten und einer Busse von 1000 Franken (zuzüglich der amtlichen Kosten).

Ergebnis dieses Urteils sind emotionale Reaktionen in den Leserbriefspalten der Regionalpresse mit Überschriften wie «Skandalurteil» oder «Lächerliches Strafmass».

Die Justiz (Bezirksgerichtspräsident Christoph Keller und der zuständige Staatsanwalt André Zürcher) reagiert in einem Gespräch mit der regionalen Presse wie folgt:

Das Urteil ist aus Sicht von André Zürcher durchaus schuldangemessen. Der Staatsanwalt sieht deshalb keinen Grund, das Urteil des Bezirksgerichts an das Kantonsgericht weiterzuziehen – ein Recht übrigens, das gemäss kantonaler Strafprozessordnung der betroffenen Familie nicht zustehen würde.

Der Bezirksgerichtspräsident ist überrascht von den Reaktionen Unbeteiligter. Im Interview führt Keller aus: «Die schwierigste Frage für uns Richter ist doch jene nach der Angemessenheit der Strafe: Was können wir dem Angeklagten konkret vorwerfen? In unserem Fall fuhr der Mann angetrunken mit 0,89 Promille und einer Geschwindigkeit von 110 km/h, gerät ins Schleudern und rast in eine Velofahrergruppe. Das Gericht muss jetzt das Fehlverhalten einer Person beurteilen, einen Vorfall, der nur wenige Sekunden gedauert hat. Auf die Folgen des Fehlverhaltens stellt sowohl das Gesetz als auch ein Gericht als Anwender dieses Gesetzes nur beschränkt ab.» Dies sei ein Ausfluss des Wechsels vom Erfolgsstrafrecht zum Schuldstrafrecht, sagt Keller. Danach wird nicht primär auf das Opfer, sondern auf den Täter geschaut. Christoph Keller glaubt übrigens nicht, dass hohe Strafen generalpräventiv wirken, d.h. geeignet sind, Übertretungen zu verhindern. «Einem Delinquenten geht es in erster Linie darum, nicht erwischt zu werden.» Ein Urteil von zehn Monaten Gefängnis ist zudem, gemäss den Ausführungen von Keller, kein mildes Urteil, auch wenn es bedingt ausgesprochen worden ist. Eine bedingte Strafe sei nämlich die herausragendste Möglichkeit, spezialpräventiv zu wirken, d.h. einen bestimmten Delinquenten hinsichtlich seines künftigen Verhaltens zu beeinflussen. Abschliessend nimmt der Bezirksgerichtspräsident zu dem in vielen Leserbriefen geforderten Führerscheinentzug Stellung: «Der Führerscheinentzug ist nicht Sache des Gerichtes», stellt er klar. «Ein ‹Billett-Entzug› wird zwar von den Betroffenen durchaus als Strafe empfunden, aus rechtlicher Sicht handelt es sich dabei in unserem Kanton jedoch um eine Administrativmassnahme, für die das kantonale Strassenverkehrsamt und nicht das Bezirksgericht zuständig ist.»

Lösen Sie die nachstehenden Fragen zu diesen Ausführungen.

- a) Wie beurteilen Sie das Strafmass gemäss Ihrem persönlichen Empfinden?
- b) Wie ist das Strafmass aufgrund der massgebenden StGB-Artikel zu beurteilen?
- c) Wie wäre der Täter unter einem Erfolgsstrafrecht bestraft worden?
- d) Suchen Sie nach Gründen, weshalb eine Bestrafung nach den Grundsätzen des Schuldstrafrechts als gerechter angesehen wird.
- e) Welches ist gemäss den Ausführungen des Bezirksgerichtspräsidenten der Unterschied zwischen der general- und der spezialpräventiven Wirkung einer Strafe?
- f) Wie beurteilen Sie persönlich die beiden unter e) genannten Wirkungen einer Strafe?

Denkmalschutz und Eigentumsgarantie – kein Jugendtreff in Hemishofen?

Das hat sich Peter, 18 Jahre alt, Mittelschüler, auch in den kühnsten Träumen nicht vorstellen können: Sein Onkel hat ihm den «Löwen» in Hemishofen vererbt; irgendwie war der ja schon immer ein komischer Kauz. Nach einer Schlosserlehre wanderte sein Onkel nach Afrika aus und gründete dort eine Unternehmung, die er im Laufe der Zeit erfolgreich weiter ausbaute. Immer zu Weihnachten kam er in die Schweiz und diskutierte mit Peter über Gott und die Welt. Peter hat sich in diesen Diskussionen öfters über das fehlende Angebot für die Jungen in Hemishofen beklagt – und jetzt dies: Sein Onkel vermacht ihm laut Testament ein altes Gebäude im Dorfkern von Hemishofen. Als einzige Auflage verlangt er, dass Peter das Gebäude einer Nutzung für die Jungen zuführt. In der Erbschaft inbegriffen ist ein Geldbetrag von 500 000 Franken.

Nach eingehenden Diskussionen mit einem Architekten will Peter den Löwen als Jugendtreff umbauen. Das eingereichte Baugesuch wird von der Gemeindebehörde jedoch mit folgender Begründung abgelehnt: «Der Löwen wird aufgrund des kantonalen Bau- und Planungsgesetzes unter Denkmalschutz gestellt. Sämtliche baulichen Veränderungen werden untersagt, weil das Gebäude von kulturhistorischer Bedeutung ist.»

Beurteilen Sie diesen Entscheid der Gemeindebehörde. Welche Argumente sprechen für diesen Entscheid, welche sprechen dagegen? Unter welchen Bedingungen dürfte Ihrer Meinung nach der Staat das Eigentum von Privatpersonen beschränken?

Jeder Galöri wirtet – und wir leben immer noch

In der Schweiz kann sich gemäss Art. 27 BV jede Person privatwirtschaftlich betätigen, ohne dass ihr der Staat dies grundsätzlich verbieten kann: «Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.»

Bund und Kantone haben aber einige Einschränkungen dieser Wirtschaftsfreiheit vorgenommen. So haben beispielsweise viele Kantone in Gastwirtschaftsgesetzen Vorschriften über die Führung von Restaurants erlassen (z. B. Öffnungs- und Schliessungszeiten, insbesondere die Polizeistunde; Fähigkeitsausweis zur Führung eines Betriebes; Bedürfnisklausel für die Zahl gleichartiger Betriebe).

In den meisten Kantonen wird über die Lockerung dieser Vorschriften diskutiert. Hans-Rudolf Weinmann hat das neue zürcherische Gastgewerbegesetz wie folgt kommentiert (Tages-Anzeiger vom 4.8.1997):

Seit einem halben Jahr stehen im Kanton Zürich liberale Vorschriften für das Gastgewerbe in Kraft: Die Bedürfnisklausel, welche während Jahrzehnten die Gaststätten-Dichte beschränkte, ist abgeschafft; eine Wirteprüfung wird nicht mehr verlangt; bald ist auch die Polizeistunde, dieses Kulturgut zwinglianischer Lebenshaltung, Geschichte.

Und nichts ist passiert. Nichts! Weder hat sich die Salmonelle epidemisch ausgebreitet, noch serviert ein dilettantischer Wirtstand von ungeprüften Banausen das Bier in Mostgläsern und den Espresso im Ovo-Becher. Nicht einmal der Sauglattismus von wild gewordenen Erlebnis-Gastronomen ist geschmackloser als zuvor. Es gibt weiterhin gute, seriöse, reelle Gaststätten und andere, so wie es immer war. Die einzige Veränderung ist eine Belebung der Szene, an der wirklich überhaupt nichts auszusetzen ist.

Haben wir noch im Kurzzeit-Gedächtnis, wie uns die Gegner der Liberalisierung vor Gefahren für Leib und Leben warnten, wie sie den Niedergang eines ehrenwerten Berufsstandes voraussagten, wenn «jeder Galöri» (Originalton) wirtet kann? Wenn nicht, könnte man auf das Eisenbahn-Jubiläum zurückgreifen und auf die Warnungen, die unsere Vorfahren vor 150 Jahren zu hören bekamen: Jedes Tempo, das die Geschwindigkeit eines galoppierenden Pferdes

überschreite, sei für den Menschen fatal; das blosse Ansehen eines vorüberfahrenden Zuges könne eine gefährliche Krankheit namens «Delirium furiosum» auslösen (aus dem Bericht einer bayrischen Arztekommision).

Abgesehen von Übelkeit im Pendolino haben fast alle von uns Fahrten in Hochgeschwindigkeitszügen schadlos überstanden. Vielleicht haben wir sogar schon bei ungeprüften Wirten gegessen, ohne davon etwas zu wissen, und das Essen war gut.

Dass demnächst wieder so etwas Geniales wie die Eisenbahn erfunden werde, wäre eine vermessene Hoffnung. Intakt sind hingegen die Chancen, dass unsere Gesellschaft in kleinerem Rahmen – Grössenordnung zürcherisches Gastgewerbegesetz – die Angst vor «Delirium furiosum» etc. abbaut und ein minimales Vertrauen in Freiheit und Fortschritt zurückgewinnt. Die Schweiz als Weltmeisterin im Reglementieren und erst noch im Durchsetzen ihrer Reglemente wäre ein dankbares Übungsfeld.

Wetten, dass sich kein einziger Stromunfall mehr ereignen würde, wenn auch nicht eidg. diplomierte Elektroinstallateure eine Leitung verlegen dürften? Und wetten, dass kein einziges Badezimmer mehr überschwemmt würde, wenn «jeder Galöri» ein Klo installieren dürfte?

- Der Kommentator setzt voll auf die Selbstregulierung des Marktes: Was geschieht auf dem Gastgewerbemarkt, wenn «jeder Galöri» ein Restaurant eröffnen darf?
- Ähnlich wie bei den Restaurants könnte man auch im Taxiwesen die Bewilligungspflicht aufgeben. Welche Vorteile sehen Sie, wenn jeder ein Taxi führen dürfte? Welche Nachteile hätte eine solche Regelung? Überwiegen aus Ihrer Sicht die Vorteile oder die Nachteile eines liberalen Taxiwesens?
- Nehmen wir an, dass in einer Stadt die Taxihalter eine Bewilligungspflicht fordern mit der Auflage, dass nur noch eine bestimmte Anzahl von Taxis auf dem Stadtgebiet erlaubt sei. Unter welchen Bedingungen würden Sie einer Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit (Wirtschaftsfreiheit) durch eine Taxiordnung zustimmen?

Offerten, Bestellungen und unbestellte Sendungen

Seit Jahren wünschen sich Herr und Frau Frei, ihre Ferien mit einem eigenen Wohnmobil zu verbringen. Nächsten Sommer soll es soweit sein. Die Reiseroute ist bereits gemeinsam festgelegt worden: über Genf, Lyon, Nîmes nach Perpignan und anschliessend über Andorra nach Spanien.

Herr Frei kennt sich auf dem Wohnmobilmarkt bestens aus. Seit Jahren beobachtet er die aktuellen Angebote. Vor zwei Wochen hat ihm Herr Keller, Inhaber der Garage Keller, telefonisch ein ausserordentlich günstiges Angebot unterbreitet: Ein Deluxe-Modell für 6 Personen mit 45 000 Kilometern zu einem sagenhaften Preis von 25 000 Franken. Herr Frei bezeugte sein Interesse, sagte aber, dass er die Sache nochmals mit seiner Frau bereden wolle. Herr Keller faxte ihm anschliessend die konkrete Offerte noch zu.

Nach zwei Tagen wollte Herr Frei das Wohnmobil bei Herrn Keller bestellen. Zu seinem Erstaunen teilte ihm Herr Keller mit, dass er das Wohnmobil gerade verkauft habe. Als Herr Frei auf den Kauf bestand, entgegnete Herr Keller, dass auf dem Fax keine Frist gesetzt worden sei und er deshalb nicht weiter an sein Angebot gebunden gewesen sei.

Frau Frei hatte in der Zwischenzeit auch schlechte Erfahrungen gemacht: Im Katalog eines Versandhauses hatte sie eine komplette Campingausrüstung mit Tischgrill zum Aktionspreis von 179 Franken gesehen. Sie bestellte die Ausrüstung und war sehr überrascht, als sie einen Tag später im Schaufenster des Sportgeschäftes die genau gleiche Campingausrüstung mit Tischgrill zum Preis von 79 Franken sah. Sie ging sofort nach Hause und annullierte telefonisch ihre Bestellung beim Versandhaus. Die Telefonistin nahm ihre Annullation zwar entgegen, wollte ihr aber nicht garantieren, dass die Annullation rechtlich gültig sei. Als Frau Frei anschliessend ins Sportgeschäft zurückkehrte und die Campingausrüstung zum Preis von 79 Franken kaufen wollte, stellte die Verkäuferin fest, dass das Preisschild versehentlich falsch angeschrieben war: Die Campingausrüstung kostet 179 Franken, nicht 79 Franken. Frau Frei ging enttäuscht nach Hause. Am folgenden Tag lieferte das Versandhaus die bestellte Campingausrüstung zu einem Preis von 199 Franken mit der Begründung, die Aktion sei leider bereits ausverkauft.

Der Sohn Peter, 22 Jahre alt, der in Zürich Maschineningenieur studiert und noch zuhause wohnt, beschwichtigt seine Eltern beim Abendessen auf seine Art: «Zum Glück habe ich heute von der Blindenwerkstätte Hohberg eine Wanderkarte zugeschickt erhalten. Statt nach Spanien zu fahren, könnt Ihr nun nächsten Sommer Wanderferien in der Schweiz machen – und müsst nicht einmal eine Wanderkarte kaufen.» Herr Frei findet diese Bemerkung erstens nicht lustig, und zweitens meint er, dass die unbestellte Wanderkarte wieder zurückgeschickt werden müsse.

- a) Welche rechtlich relevanten Fragen sind in diesem Sachverhalt zu beantworten?
- b) Welche Rechtssätze würden Sie als Gesetzgeber für diesen Sachverhalt aufstellen?
- c) Wie werden die rechtlich relevanten Fragen für diesen Sachverhalt gemäss geltendem Recht beantwortet?

Notebook und Natel auf Abzahlung

Claudia Frei, 17, besucht die Mittelschule und möchte schon lange einen eigenen Computer. Im Hinblick auf die Ferien in Spanien interessiert sie sich für folgendes Angebot eines PC-Geschäftes: Notebook mit Handy und integrierter Internetverbindung. Damit wäre sie auch während den Ferien immer online mit ihrem Freund Patrik verbunden.

Der Preis von 4999 Franken übersteigt die Ersparnisse von Claudia, und die Eltern sind mit einer solchen Investition nicht einverstanden. Claudia arbeitet aber jeweils während den Frühlingsferien eine Woche, in den Sommerferien drei Wochen und in den Herbstferien nochmals eine Woche. Dabei verdient sie insgesamt rund 3000 Franken pro Jahr. Der Verkäufer macht ihr deshalb folgendes Angebot: Sie kann das Notebook auf Abzahlung kaufen und nach einer Anzahlung von 500 Franken jeden Monat 250 Franken bezahlen; nach 20 Monaten gehört ihr das Notebook. Claudia unterzeichnet den Vertrag und begleicht sofort die Anzahlung sowie die erste Monatsrate.

Nach drei Monaten möchte Claudia vom Vertrag zurücktreten. Erstens will sie nach der anfänglichen Internet-Euphorie dieses Medium nur noch ganz gezielt einsetzen und zweitens will Patrik die Sommerferien mit ihr zusammen in Spanien verbringen – dies sei halt doch besser als chatten.

Der Verkäufer will den Rücktritt vom Vertrag nicht annehmen und beharrt auf der Zahlung der restlichen Monatsraten.

- a) Welche rechtlich relevanten Fragen sind in diesem Sachverhalt zu beantworten?
- b) Welche Rechtssätze würden Sie als Gesetzgeber für diesen Sachverhalt aufstellen?
- c) Wie werden die rechtlich relevanten Fragen für diesen Sachverhalt gemäss geltendem Recht beantwortet?

Das Traum-Wohnmobil und der Tischgrill

Herr Frei hat es gefunden: Sein Traum-Wohnmobil hat er bei der Garage Keller im neuen Katalog gesehen. Herr Keller hat gleich auch noch einen ausgesprochen tiefen Preis vorgeschlagen. Als Liefertermin wird Ende Mai abgemacht.

Anfang Juni ist das Wohnmobil immer noch nicht ausgeliefert worden. Herr Frei wird langsam nervös. Jetzt möchte er am liebsten bei einer anderen Garage den Wagen kaufen – obwohl er dort teurer ist. Herr Keller will jedoch den Vertrag weiter erfüllen.

- a) Welche allgemeinen Regeln (in Form von Rechtssätzen) würden Sie als Gesetzgeber für den Tatbestand des Lieferungsverzugs aufstellen?
- b) Wie wird dieser Sachverhalt gemäss geltenden Bestimmungen entschieden?

Frau Frei hat die Campingausrüstung mit Tischgrill nun doch noch erhalten. Nachdem sie die dreiseitige Gebrauchsanleitung mehrmals überflogen hat, breitet Frau Frei alle Einzelteile sorgfältig aus und macht sich an die Montage. Nach drei Stunden ist sie fast am Ziel: Einzig beim Tischgrill klemmt eine Verbindungsklammer. Trotz aller Versuche – auch mit Hilfe des Ehemannes – bringt sie den Tischgrill nicht zum Einsatz.

Am Abend beschäftigt sich Sohn Peter auch noch mit dem verklemmten Tischgrill. Nach einigen Versuchen funktioniert wenigstens die linke Seite.

Die Familie Frei fährt am darauf folgenden Morgen los. Der Tischgrill leistet während den zwei Wochen, was er kann: Zwei Wochen nach Ferienende bringt Frau Frei den Tischgrill zum Sportgeschäft zurück. Der Verkäufer verweigert die Rücknahme mit der Begründung: «Geöffnete Packungen nehmen wir nicht mehr zurück.» Frau Frei besteht auf der Rücknahme.

- c) Welche allgemeinen Regeln (in Form von Rechtssätzen) würden Sie als Gesetzgeber für den Tatbestand der mangelhaften Lieferung aufstellen?
- d) Wie wird dieser Sachverhalt gemäss geltenden Bestimmungen entschieden?

Fallbeispiel «Delta Security» – Entscheidungen zu verschiedenen Rechtsformen



Aus dem folgenden Fallbeispiel «Delta Security» ergeben sich verschiedene Fragen im Zusammenhang mit den verschiedenen Rechtsformen.

Lesen Sie zuerst das Fallbeispiel einmal vollständig durch, schauen Sie sich anschliessend die dazu formulierten Fragen an. Suchen Sie die Antworten dazu in den entsprechenden Textabschnitten und begründen Sie bitte Ihre Antworten in kurzen Sätzen; studieren Sie wo verlangt auch die entsprechenden Gesetzesartikel und führen Sie diese gegebenenfalls in Ihrer Antwort auf.

Gemeinsam etwas anpacken: Vom Nebenjob zur AG

Markus Biedermann und Urs Alig versahen während ihrer Studienzeit Ende der 80er-Jahre an der Fachhochschule (FHS) für Wirtschaft, teils aus Spass, hauptsächlich aber als Nebenerwerb zur Finanzierung des Studiums, verschiedene Ordnungshüter- und Türsteher-Aufgaben in Dancings und Discos. Aufgrund privater Kontakte wurden die beiden Studenten von den Organisatoren des damaligen European-Indoors- Tennisturniers angefragt, auf privater Basis den Sicherheitsdienst des Turniers zu organisieren. Markus und Urs vereinbarten mündlich die gemeinsame Zusammenarbeit und übernahmen gerne diesen lukrativen Nebenjob; sie traten dabei als Sicherheitsdienst «bidag» (abgeleitet aus Biedermann und Alig) auf.

Ein Jahr später wurden die beiden Studenten wiederum angefragt, den Sicherheitsdienst der European-Indoors zu übernehmen. Markus Biedermann und Urs Alig willigten gerne ein und entschlossen sich, bei dieser Gelegenheit eine eigene Sicherheitsunternehmung zu gründen.

Dazu Urs Alig: «Wir wollten uns mit einem <offiziellen Geschäft> im undurchsichtigen Markt von vielen kleinen Sicherheitsdiensten ganz bewusst als ein seriöses Unternehmen im Bereich Veranstaltungsschutz profilieren. Von der rechtlichen Ausgestaltung der Unternehmung her kam eigentlich nur eine Rechtsform in Frage, weil wir beide das Geschäft gemeinsam leiten wollten. Die neue Unternehmung konnten wir mit dem Namen Delta Security Service ins Handelsregister eintragen lassen.»

Markus Biedermann: «Über die Haftungsfrage haben wir uns damals keine allzu grossen Gedanken gemacht. Den Namen <Delta Security Service Biedermann & Alig> – Juristen bezeichnen dies als Firma – haben wir aus der Bezeichnung einer amerikanischen Spezialeinheit abgeleitet. Ein befreundeter Grafiker hat uns dazu ein Signet entworfen, damit wir uns von Anfang an deutlich von <Amateur-Sicherheitsdiensten> abheben konnten. Im Vordergrund stand für uns eindeutig, mit einer offiziellen Firma auftreten zu können. Zudem konnten wir uns damals rein finanziell kein aufwändiges Gründungsverfahren leisten, wie dies etwa bei einer AG nötig gewesen wäre.»

Das «European Indoors 1991» war nicht nur für Steffi Graf sondern auch für das «Delta-Team» ein voller Erfolg. Es ergaben sich anlässlich dieses Turniers Kontakte zu anderen Veranstaltern von Sport-Grossanlässen und Rockkonzerten. Dies führte zu weiteren Aufträgen wie z.B. zur Übernahme des Veranstaltungsschutzes von Super-League-Fussballmatches in Zürich.

Urs Alig: «Nun konnten wir unsere BWL-Kenntnisse aus dem Studium voll einsetzen. Wir erarbeiteten eine Unternehmungsstrategie und leiteten daraus das Unternehmungskonzept ab. Dieses sah bezüglich der Rechtsform die Umwandlung der bisherigen Unternehmung in eine Aktiengesellschaft vor. Eine solche Umwandlung drängte sich aus drei Gründen auf: Einmal wollten Markus Biedermann und ich unser persönliches Risiko begrenzen. Dann konnten wir in der AG auch Personen als Aktionäre «einbinden», die uns wertvolle Beziehungen zu möglichen Kunden knüpfen konnten. Schliesslich benötigten wir für die geplante Expansion unserer Geschäftstätigkeit weiteres Kapital. Einen psychologischen Grund kann man auch noch anführen: Die Bezeichnung 'AG' vermittelt bei vielen Leuten ein seriöses Image für eine Unternehmung.»

Etwas später benötigte die neue Unternehmung «Delta Security AG» zur Finanzierung einer Funkausrüstung sowie weiterer Ausrüstungen einen Bankkredit von Fr. 50'000. –. Die Bank verband allerdings eine «Aktiengesellschaft» nicht zwingend mit einem seriöseren Image, sie verlangte von den Hauptaktionären eine Solidarbürgschaft zur Absicherung des Kredites.

Markus Biedermann: «Bereits nach zwei Jahren gründeten wir eine weitere Firma, die «Basic Security GmbH». Immer mehr Kunden verlangten nämlich von uns die Erbringung von einfachen Sicherheitsdienstleistungen, beispielsweise Billett- und Eintrittskontrollen oder nächtliche Gebäuderundgänge. Wir wollten aber auf keinen Fall unser mittlerweile gutes Image im Segment der qualitativ hochstehenden Sicherheits-Dienstleistungen verwässern. Mit der Basic Security GmbH erreichten wir gegen aussen eine klare Trennung zur Delta Security AG, dies dokumentierten wir auch visuell durch ein neues Logo. Die Rechtsform der GmbH bot sich wegen des etwas einfacheren Gründungsverfahrens an. Wir mussten zudem nicht so viel Kapital aufbringen und auch in einer GmbH konnten wir als Gesellschafter unser Risiko begrenzen.»

Fragen:

- a) Unter welcher Rechtsform ist der Sicherheitsdienst «bidag» von Markus Biedermann und Urs Alig beim ersten Turnier aufgetreten?
- b) Hätten die beiden Bodyguards die «bidag» in das HR eintragen lassen können, um diesen Firmennamen zu schützen?
- c) Angenommen, aus dem Engagement bei den European-Indoors resultierte ein schöner Gewinn, den sich die beiden aufteilen konnten. Darüber hatten sie allerdings bisher nie gesprochen und auch nichts vereinbart (auch nicht mündlich). Markus beanspruchte aufgrund seines Kapitalbeitrages von zwei Dritteln auch zwei Drittel des Gewinns, Urs vertrat dagegen die Meinung, sie hätten beide etwa gleich viel Arbeit in das gemeinsame Projekt gesteckt und deshalb sei der Gewinn auch zu halbieren. Wie ist die Rechtslage? (Konsultieren Sie dazu die Artikel 560 bis 533 OR)

- d) Welche Rechtsformen kamen für die neu gegründete Sicherheitsdienstunternehmung (anlässlich des zweiten Einsatzes an den European Indoors) grundsätzlich in Frage?
- e) Welche Rechtsform spricht Urs Alig mit der Formulierung «kam eigentlich nur eine Rechtsform in Frage» an? Suchen Sie nach Gründen dafür.
- f) Markus Biedermann und Urs Alig hatten sich für ihre erste offizielle Unternehmung für eine Kollektivgesellschaft entschieden. Machen Sie vier Vorschläge, wie die Unternehmung gemäss den einschlägigen OR-Vorschriften heissen könnte.
- g) Die Artikel 558 f. OR enthalten Vorschriften über die Ansprüche auf Gewinn, Zinsen und Honorare für die Arbeit (= Gehälter der Gesellschafter). Fassen Sie die beiden Artikel kurz zusammen.
- h) Nehmen wir an, die «Alig, Biedermann & Co.» sei in einen ernsthaften Liquiditätsnotstand geraten und konnte deswegen laufende Rechnungen nicht mehr bezahlen. Die VW-Garage versuchte daraufhin, mit einer Betreibung den ausstehenden Betrag aus der Lieferung eines VW-Transporters einzutreiben, für den Urs Alig den Kaufvertrag unterzeichnet hatte.
Wen muss die VW-Garage betreiben und wie sehen die Haftungsverhältnisse bei der «Alig, Biedermann & Co.» aus? Vergleichen Sie dazu die Artikel 562 und 568 OR.
- i) Überprüfen Sie mithilfe des Gesetzes, ob die Argumente von Urs Alig bezüglich der Umwandlung der Kollektivgesellschaft in eine AG stichhaltig sind. Klären Sie gleichzeitig, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit Urs Alig und Markus Biedermann eine AG gründen können.
- j) Suchen Sie nach Gründen, weshalb die Bank zur Kreditgewährung im Falle einer Aktiengesellschaft zusätzlich eine Solidarbürgschaft verlangt; dies wäre in der früheren Kollektivgesellschaft sehr wahrscheinlich nicht nötig gewesen.
- k) Bestimmen Sie mithilfe des OR die Organe einer Aktiengesellschaft und notieren Sie, welche Aufgaben dem Verwaltungsrat obliegen und wie der Verwaltungsrat gemäss Gesetz ausgestaltet werden kann.
- l) Fassen Sie die Vorteile einer GmbH aus den Ausführungen von Markus Biedermann in Stichworten zusammen.
- m) Ermitteln Sie die zentralen Merkmale einer GmbH mithilfe des Gesetzes. Überprüfen Sie dabei erstens, ob die Vorteile gemäss Aufzählung von Markus Biedermann stimmen und zweitens, ob die «Delta Security Service AG» Gesellschafterin der «Basic GmbH» werden könnte?
- n) Bezüglich der Anonymität der Gesellschafter weist die AG gegenüber der GmbH Vorteile auf. Weshalb ist die Anonymität in einer GmbH nicht gegeben?
- o) Suchen Sie im Internet den Handelsregistereintrag der Delta Security AG und beantworten Sie die folgenden Fragen:
– Welche Informationen enthält ein solcher Auszug?
– In welchen Punkten weicht der Auszug von der Fallbeschreibung ab?

Das Bauprojekt der Farb & Lack AG

Die Farb & Lack AG ist eine Farbenfabrik. Sie stellt Baufarben, Putze, Industrienasslacke und Pulverlacke her und vertreibt diese Produkte über ein Netz von Aussendienstmitarbeitern sowie regionalen Verkaufsstellen und Depots in der gesamten Schweiz. Seit langem hat die Farb & Lack AG ökologische Anliegen in ihr Leitbild aufgenommen. Bei der letzten Aktualisierung vor 8 Jahren wurde die Kernaussage «Wir meinen es ernst mit der Umweltverträglichkeit» in das Leitbild aufgenommen und seither in den verschiedensten Bereichen des Unternehmungskonzeptes schrittweise konsequent umgesetzt. An ihrem Produktionsstandort führt die Farb & Lack AG deshalb auch eine «Regionale Sammelstelle für Stoffe und Abfälle aus dem Malergewerbe». Hier werden verschmutzte Verdüner, flüssige wasser- oder lösungsmittelhaltige Farbreste und sonstige Malerabfälle sowie leere Kunststoff- und Blechgebinde entgegengenommen. Die Sortierung der Abfälle ist die Grundlage für ein sinnvolles Recycling der darin enthaltenen Werkstoffe. Nicht mehr rezyklierfähige Stoffe werden in der Farb & Lack AG aufbereitet und zur Entsorgung weitergeleitet.

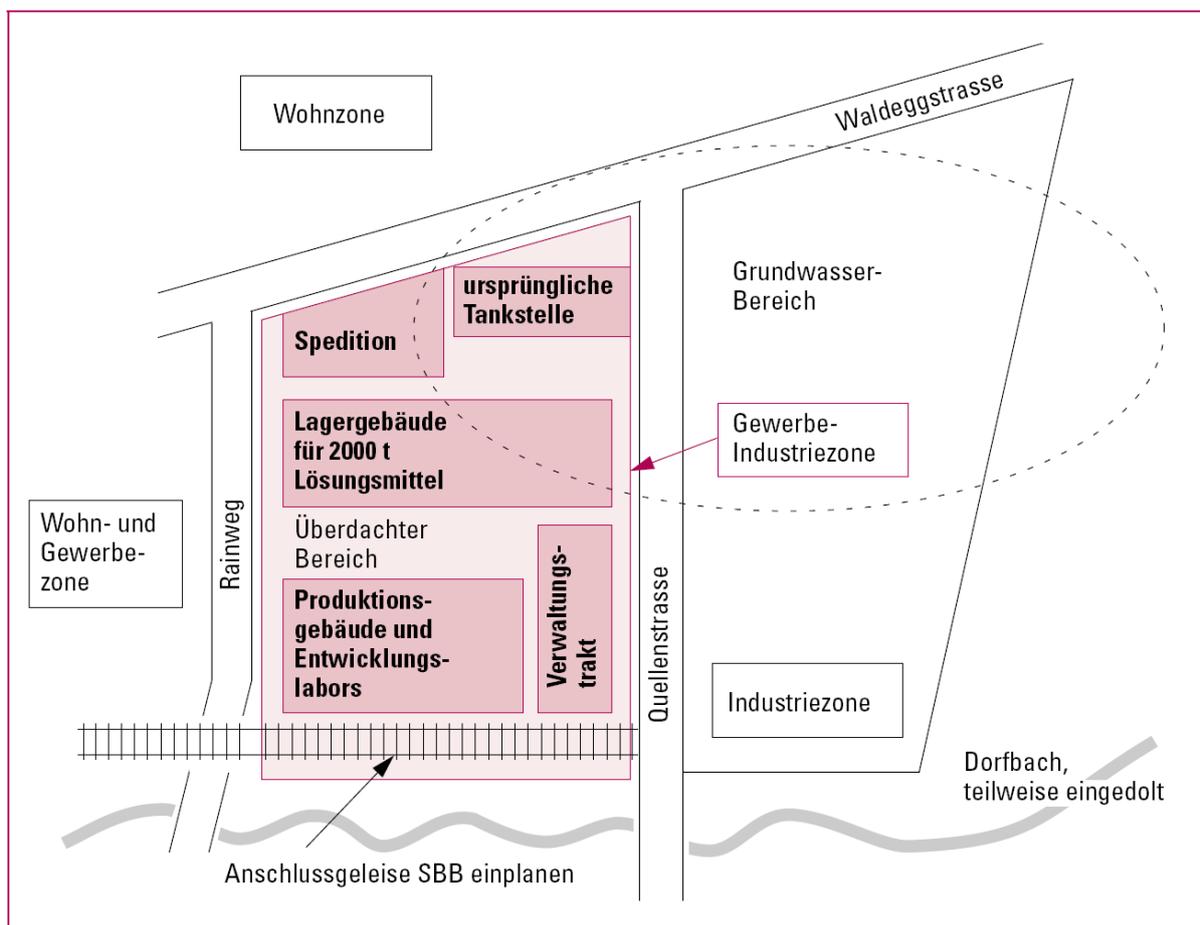


Abb. Situation Bauprojekt der Farb & Lack AG

Die Farb & Lack AG hat nun ein grösseres Grundstück in der Gewerbe-Industriezone gekauft. Die Unternehmung plant darauf eine wesentliche Erweiterung ihrer Produktions- und Lagerkapazitäten, was am bisherigen Standort in der Stadt nicht möglich ist. Das Projekt umfasst eine neue Produktionshalle, ein modernes Fertigwarenlager (Hochregallager) mit dazugehöriger Spedition, Räumlichkeiten für die Anwendungstechnik, die Entwicklungslabors und die Verwaltung.

Der Projektleiter des Architektur- und Ingenieurbüros erklärt der Geschäftsleitung in einer der ersten Sitzungen das Baubewilligungsverfahren gemäss der kantonalen Baugesetzgebung. Ein Baugesuch für ein industriell-gewerbliches Gebäude muss beim kommunalen Bauamt eingereicht werden und wird anschliessend von den verschiedensten kantonalen Ämtern (beispielsweise dem Arbeitsinspektorat, dem Amt für Feuerschutz oder dem Amt für Umweltschutz) auf seine Übereinstimmung mit den Bauvorschriften geprüft. Sind alle Vorschriften erfüllt, werden die Entscheide und Stellungnahmen der betroffenen kantonalen Ämter der Gemeinde mitgeteilt. Das kommunale Bauamt eröffnet dann dem Bauherrn die kantonalen Verfügungen zusammen mit der Baubewilligung. Dieses gesamte Verfahren sollte in der Regel nicht mehr als etwa drei Monate in Anspruch nehmen.

Der Ingenieur weist allerdings darauf hin, dass für das vorliegende Bauprojekt der Farb & Lack AG, mit einem Chemikalienlager von mehr als 1000 Tonnen, zusätzlich zum ordentlichen Baubewilligungsverfahren, eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist. Diese Prüfung muss in einem Umweltverträglichkeitsbericht zuhanden der kantonalen Umweltschutzfachstelle dokumentiert werden. Der Bericht muss gemäss kantonalen Vorschriften zusammen mit dem Baugesuch öffentlich aufgelegt werden. Für das vorliegende Bauprojekt der Farb & Lack AG muss deshalb mit einer Verfahrenszeit von zirka 5 bis 6 Monaten gerechnet werden.

Fragen:

- a) Was für Unfälle könnten bei der Farb & Lack AG passieren?
- b) Welche Umweltbereiche würden durch solche Unfälle betroffen?
- c) Gibt es weitere Umweltbereiche, die nicht «nur» durch Unfälle, sondern durch das Bauprojekt generell betroffen sind?
- d) Mit was für Massnahmen könnten diese Umweltbereiche durch den Gesetzgeber geschützt werden?
Rechtsvorschriften werden hierarchisch gegliedert. Machen Sie Vorschläge, was auf welcher Stufe reglementiert werden könnte.
- e) Wer wird sich mit welchen Argumenten gegen die von Ihnen unter d) vorgeschlagenen Massnahmen wehren, und wer wird sich für griffige Umweltschutzvorschriften einsetzen?

Referat zum Tierschutzgesetz

Lesen Sie das folgende Referat von Stephan Häsler, stv. Direktor des Bundesamtes für Veterinärwesen und beantworten Sie die folgenden Fragen in vollständigen, sorgfältig formulierten Sätzen.

1. Fragen zur Lesekompetenz

- 1a) Was war der Anstoss für die heute geltende Bestimmung in der Bundesverfassung zur Gentechnologie im Ausserhumanbereich?
- 1b) Warum hat die Würde der Kreatur keinen Absolutheitsanspruch?
- 1c) Zeigen Sie am Beispiel der Güterabwägung, inwiefern das Tierschutzgesetz die entsprechenden Verfassungsbestimmungen genauer erläutert.
- 1d) Wer hat die Missbrauchformel in der Verfassung kritisiert? Wie lautete der Vorwurf und wie wurde er begründet?
- 1e) Wo finden sich gemäss Stephan Häsler gute Ansätze für die Umsetzung des Begriffs der Würde des Tieres?

2. Fragen zur Interpretationskompetenz

- 2a) Stephan Häsler meint, der Bundesrat stehe vor einer schwierigen Aufgabe, den Auftrag des Tierschutzgesetzes zum Schutz der Würde in der neuen Tierschutzverordnung umzusetzen. Teilen Sie diese Meinung? Begründen Sie Ihre Antwort mit einem konkreten Beispiel aus Ihrem Erfahrungsbereich.
- 2b) Der neue Auftrag zum Schutz der Würde der Kreatur bedeute, dass der anthropozentrische und der pathozentrische Blickwinkel sukzessive um einen biozentrischen Blickwinkel ergänzt werde.
Erläutern Sie diese verschiedenen Blickwinkel an konkreten Beispielen.
Wie beurteilen Sie diesen neuen Auftrag?
Zusätzliche Erläuterungen zu diesen Begriffen finden Sie unter <http://www.treffpunkt-umweltethik.de/modelle.htm>
- 2c) Die Umsetzung der Würde der Kreatur in die konkrete Tierschutzgesetzgebung d.h. das Ergebnis der einzelnen Güterabwägungen, ist aber auch in Zukunft ein Abbild des jeweiligen aktuellen Denkens der Gesellschaft. Wie lässt sich dieser Gedanke im Gesamtmodell Wirtschaft und Recht abbilden?



Tierschutzgesetz und Würde der Kreatur

Referat von Stephan Häsler, stv. Direktor des Bundesamtes für Veterinärwesen am 8. Juni 2007 an einer Veranstaltung der Ethik-Kommission der Universität Zürich

Einleitung

Die Tierschutzgesetzgebung gibt das Verständnis unserer Gesellschaft zum Tier wieder, manchmal mit etwas Zeitverzögerung, zum Teil auch auf Druck der Öffentlichkeit. Das neue Tierschutzgesetz beginnt dagegen mit einer progressiven Formulierung, nämlich der Forderung nach dem Schutz der Würde des Tieres. Nachfolgend soll diese neue Zweckbestimmung näher angeschaut werden, zuerst durch eine Analyse der entsprechenden Bestimmung in der Bundesverfassung und dann im Zusammenhang der daraus abgeleiteten Gesetzgebung.

Als Grundlage dienen die Materialien zur Verfassungsänderung und den dazu gehörenden Gesetzesbestimmungen. Zum Thema der Würde der Kreatur steht eine reichhaltige Literatur zur Verfügung.

Die Würde der Kreatur in der Bundesverfassung

Art. 120 Gentechnologie im Aussenhumanbereich

¹Der Mensch und seine Umwelt sind vor Missbräuchen der Gentechnologie geschützt.

²Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit Keim- und Erbgut von Tieren, Pflanzen und anderen Organismen. Er trägt dabei der Würde der Kreatur sowie der Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt Rechnung und schützt die genetische Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten.

Dieser Artikel hat eine längere Vorgeschichte: 1987 reichte ein Komitee aus den Kreisen der Zeitschrift "Der Beobachter" eine Volksinitiative „gegen Missbräuche der Fortpflanzung- und Gentechnologie beim Menschen“ ein. Der Bundesrat hat dem Parlament dazu einen Gegenvorschlag unterbreitet; der Schutz solle nicht nur den Menschen, sondern auch seine natürliche Umwelt umfassen. Der Ständerat präziserte den Begriff der natürlichen Umwelt und nannte die Tiere, die Pflanzen und andere Organismen als Schutzobjekt. In der nationalrätlichen Kommission wurde dazu der absolut formulierte Wortlaut eingebracht: "Die Würde der Kreatur ist zu gewährleisten; Tiere und Pflanzen haben Anspruch auf Unversehrtheit ihrer Art". Dieser Satz wurde aus Eingaben aus Tierschutzkreisen und aus einer Publikation aus dem Bundesamt für Justiz abgeleitet. In der Publikation wird festgestellt, dass es keinen verfassungsrechtlichen Schutz der Würde der Natur und der Schöpfung gebe. In der Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 wurde der Gegenvorschlag des Bundesrates als Artikel 24novies (heute Artikel 120) in die Bundesverfassung aufgenommen. Zum damaligen Zeitpunkt kam der Begriff der Würde der Kreatur in der Gesetzgebung der Schweiz und der anderen europäischen Staaten nirgends vor. Einzig in der Verfassung des Kantons Aargau ist er seit 1981 erwähnt.

Es gibt keine Botschaft des Bundesrates, die den Begriff der Würde der Kreatur näher erläutert, weil er erst nachträglich vorgeschlagen worden ist. Es stehen nur die Protokolle der Verhandlungen der Eidgenössischen Räte und ihrer Kommissionen zur Verfügung. Daraus ergibt sich, dass mit dem Begriff der Würde der Eigenwert des nicht humanen Individuums anerkannt wird. Auch etymologisch steht er in Verbindung zum Begriff "Wert". Die Würde ist ein zentrales Element der Menschenrechte; bei den nicht humanen Organismen kann indessen die Würde nicht wie beim Mensch unteilbar sein. Das Wort *creatura* wird in der Vulgata (lateinische Übersetzung der Bibel) als Schöpfung verwendet und umfasst die gesamte belebte Natur. Albert Schweizer weist in seinen Überlegungen zur "Ehrfurcht vor dem Leben" auf den Römerbrief, Kapitel 8, Vers 22: "Scimus enim quod omnis creatura ingemiscit et parturit usque adhuc". Der Apostel Paulus legt dar, dass die gesamte Schöpfung leidet. Übrigens kommt bereits 1947 Karl Barth in seiner Lehre von der Schöpfung zum Schluss, dass aller Kreatur Würde zukommt. Schwierig wird die Interpretation der Bundesverfassung auf französisch, wo "Würde

der Kreatur" mit "intégrité des organismes vivants" übersetzt ist. Noch schwieriger ist der Umstand, dass im Gentechnikgesetz Würde mit "intégrité", im neuen Tierschutzgesetz mit "dignité" übersetzt ist.

Würde der Kreatur im Gentechnikgesetz

Der genannte Artikel 120 BV wurde erstmals im Gentechnikgesetz vom 21. März 2003 umgesetzt. Die Würde der Kreatur wird nach Artikel 8 des Gesetzes "missachtet, wenn artspezifische Eigenschaften, Funktionen und Lebensweisen erheblich beeinträchtigt werden und dies nicht durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt ist." Die Beurteilung muss im Einzelfall in einer Güterabwägung erfolgen, was auch im Wort „überwiegend“ enthalten ist. Grundlage für die Güterabwägung liefert der Wortlaut von Artikel 120 der Bundesverfassung, wonach der Würde der Kreatur Rechnung zu tragen sei. Die Würde der Kreatur hat also keinen Absolutheitsanspruch. Schutzwürdige Interessen sind insbesondere (Abs. 2):

- a. die Gesundheit von Mensch und Tier;
- b. die Sicherung einer ausreichenden Ernährung;
- c. die Verminderung ökologischer Beeinträchtigungen;
- d. die Erhaltung und Verbesserung ökologischer Lebensbedingungen;
- e. ein wesentlicher Nutzen für die Gesellschaft auf wirtschaftlicher, sozialer oder ökologischer Ebene;
- f. die Wissensvermehrung.

Im Wissen um die Komplexität des Begriffs der Würde der Kreatur hat Ständerat Peter Bieri in der Debatte im Ständerat eine umfassende Darstellung der Überlegungen der ständerätlichen Kommission abgegeben. Er hob hervor, dass mit der Würde der Kreatur der Eigenwert der Tiere und Pflanzen genannt ist; und zwar der Würde um ihrer selbst willen, nicht bloss wegen irgendwelcher menschlicher Interessen und rechtlichen Regelungen. Die ständerätliche Kommission ist zum Schluss gekommen, dass die Würde der Kreatur einen allgemeinen Verfassungsgrundsatz darstellt, der nicht nur für die Gentechnologie, sondern auch in anderen Gesetzesbereichen, so im Umweltschutzgesetz oder im Tierschutzgesetz ihre Wirkung haben muss. Zu erwähnen ist auch das Gesetzespaket "Tier keine Sache", wo im dazugehörenden Bericht die Würde der Kreatur ebenfalls erwähnt ist.

Würde der Kreatur in der Tierschutzgesetzgebung

Die Würde der Kreatur wird ohne weitere Umschreibung in der Änderung des Tierschutzgesetzes vom 21. März 2003 erwähnt. Diese Änderung wurde jedoch in Erwartung der Totalrevision des Gesetzes nur teilweise in Kraft gesetzt. Im Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005, das 2008 in Kraft treten wird, wird die Würde der Kreatur wie folgt definiert (Art. 3 Bst. a):

Würde: Eigenwert des Tieres, der im Umgang mit ihm geachtet werden muss. Die Würde des Tieres wird missachtet, wenn eine Belastung des Tieres nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann. Eine Belastung liegt vor, wenn dem Tier insbesondere Schmerz, Leiden oder Schäden zugefügt werden, es in Angst versetzt oder erniedrigt wird, wenn tief greifend in sein Erscheinungsbild oder seine Fähigkeiten eingegriffen oder es übermässig instrumentalisiert wird.

Diese Definition des neuen Tierschutzgesetzes entspricht den Erwägungen, die zum Verfassungsartikel führten, indem die Würde der Kreatur als Eigenwert des Organismus verstanden wird. Die Einschränkung der Würde durch Belastungen muss durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden. Das Wort "überwiegend" impliziert die Güterabwägung bei der Anwendung des Gesetzes. Als Belastungen, also Negativpunkte bei der Güterabwägung, gelten:

- Schmerzen, Leiden, Schäden, Angst (d.h. klassische Tierschutzelemente);
- Erniedrigung;
- tiefgreifende Eingriffe in Erscheinungsbild und Fähigkeiten;
- übermässige Instrumentalisierung.

Positivpunkte, also Begründungen die Einschränkung der Würde der Kreatur, fehlen im Tierschutzgesetz. Professor Cyrill Hegnauer hat im Hearing der ständerätlichen Kommission bei der Behandlung des Verfassungsartikels die Missbrauchformel als unbestimmte, magere ethische Schranke bezeich-

net. Seine Kritik wird durch die Strafbestimmung von Artikel 26 des neuen Tierschutzgesetzes nicht entkräftet, welcher ohne weitere Präzisierung die Missachtung der Würde als Straftatbestand aufführt. Dieser Artikel war im Parlament und in der Beurteilung durch den Bundesamt für Justiz wegen seiner Unbestimmtheit umstritten.

Gute Ansätze für die Umsetzung des Begriffs der Würde des Tieres liefert indessen eine gemeinsam von der Eidgenössischen Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich und der Eidgenössischen Kommission für Tierversuche erarbeitete Stellungnahme.

Der Bundesrat steht vor der schwierigen Aufgabe, den Auftrag des Tierschutzgesetzes zum Schutz der Würde in der neuen Tierschutzverordnung umzusetzen. Er ist dabei auch auf die Kriterien des Gentechnikgesetzes angewiesen. Die Kriterien sind in beiden Gesetzen zwar unterschiedlich (im Gentechnikgesetz: schutzwürdige Interessen, im Tierschutzgesetz: Belastungen) aber konsistent vorgegeben. In der Tierschutzverordnung geht es um eine Güterabwägung in fast allen Regelungsbereichen, erwähnt seien die Tierversuche, die Eingriffe wie z.B. die Kastration, die Extremzuchten und die Werbung mit Tieren, zum Beispiel in Form einer Vermenschlichung. Diese Güterabwägungen wurden in der Vorbereitung des Entwurfs für die neue Tierschutzverordnung vorgenommen, das Ergebnis der Vernehmlassung liegt vor; zur Zeit laufen die Entscheidungsmechanismen für den Erlass der Verordnung durch den Bundesrat. Die Interpretation des Auftrags des Schutzes der Würde der Kreatur ist grundsätzlich Aufgabe des Bundesrates. Wo jedoch Bewilligungsverfahren vorgeschrieben sind, regelt zwar der Bundesrat die Kriterien für die Erteilung einer Bewilligung; die Bewilligungsbehörde wird sich in ihren Überlegungen indessen auch eingehend mit dem Zweck des Tierschutzgesetzes und damit der Würde der Kreatur auseinander zu setzen haben.

Der Tierschutz hat in den letzten 50 Jahren eine deutliche Stellenwertänderung erfahren. Zu Beginn setzte lediglich Artikel 264 des Strafgesetzbuches den Massstab; der Tierschutz wurde aus der Sicht des Menschen, also anthropozentrisch beurteilt. Es folgte 1973 der Tierschutzartikel in der Bundesverfassung. Bereits in der Botschaft dazu wurde die Forderung nach einem "tierwürdigen" Dasein der dem Menschen anvertrauten Tiere laut. Mit dem Tierschutzgesetz von 9. März 1978 wurde die ethische Verantwortung zum Programm und in der Folge mehrerer Volksinitiativen bei der Revision von 1991 für die Tierversuche weiter konkretisiert. Schmerz, Leiden, Angst zu verhindern, blieb aber im Vordergrund. Die Betrachtungsweise war demnach pathozentrisch.

Abschliessend sei festgehalten, dass der neue Auftrag zum Schutz der Würde der Kreatur hohe Anforderungen an den Gesetzgeber stellt. Der Auftrag bedeutet, dass der anthropo-zentrische und pathozentrische Blickwinkel sukzessive vom biozentrischen ergänzt wird. Die Tiere, ungeachtet ihrer Stellung in der zoologischen Systematik, haben eine Würde um ihrer selbst willen. Die Umsetzung der Würde der Kreatur in die konkrete Tierschutzgesetzgebung d.h. das Ergebnis der einzelnen Güterabwägungen, ist aber auch in Zukunft ein Abbild des jeweiligen aktuellen Denkens der Gesellschaft.

Anmerkungen

¹ Auswahl aus der Literatur:

- Prätorius Ina, Saladin Peter, Die Würde der Kreatur (Art. 24^{novies} Abs. 3 BV), in der Schriftenreihe Umwelt Nr. 260 (Hrsg. BUWAL, neu: BAFU), Bern 1996
- Balzer Philipp, Rippe Klaus Peter, Schaber Peter, Was heisst Würde der Kreatur?, in der Schriftenreihe Umwelt Nr. 294 (Hrsg. BUWAL, neu: BAFU), Bern 1997
- Krepper Peter, Zur Würde der Kreatur in Gentechnik und Recht, Bern 1998
- Arz de Falco Andrea, Müller Denis, Wert und Würde von „niederen“ Tieren und Pflanzen, Freiburg/Schweiz 2001
- Liechti Martin (Hrsg.), Die Würde des Tieres, Erlangen 2002
- Teutsch Gotthard M., Die „Würde der Kreatur“ Erläuterungen zu einem neuen Verfassungsbegriff am Beispiel des Tieres, Bern / Stuttgart / Wien 1995

¹ BBI 1987 II 1208, BBI 1991 III 1226

¹ BBI 1989 III 989

¹ AB Ständerat, Sommersession 1990 (20.6.), S. 477-493; Bundesrat Koller wies darauf hin, dass die neue Bestimmung sich mit dem christlichen Weltbild vereinbaren lasse und erinnerte an die Studien von Teilhard de Chardin

- ¹ Protokoll vom 13.11.1990
- ¹ Goetschel Antoine F., Tierschutz und Grundrechte, Bern 1989
- ¹ Trösch Andreas, Die Gentechnologie im öffentlichen Recht des Bundes, Schweizerisches Zentralblatt für Staat- und Verwaltungsrecht 9/1989, S. 377-397
- ¹ BBI 1991 II 1475, BBI 1992 V 456
- ¹ Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980
- ¹ Schweitzer Albert, Die Lehre von der Ehrfurcht vor dem Leben, München 1966, S. 95
- ¹ Barth Karl, Kirchliche Dogmatik, Bd. 3: Die Lehre von der Schöpfung, zitiert nach Teutsch (s. Fn. 1)
- ¹ Beat Sitter-Liver, Verfassung ohne „dignité de la créature“, Unkorrekte Änderung im Nachführungsprozess, NZZ 26. Juli 1999; Luzius Mader, Keine „dignité de la créature“ in der Verfassung, Redaktionelle Änderung im Französischen gerechtfertigt, NZZ 7. Januar 2000
- ¹ BBI 2006 327
- ¹ SR 814.91
- ¹ AB Ständerat, Sommersession 2001 (13.6.), S. 300-327
- ¹ BBI 2002 4164
- ¹ BBI 2003 2778, Anhang Ziffer 3
- ¹ BBI 2006 327
- ¹ Protokoll vom 27.8.1990
- ¹ AB Nationalrat Wintersession 2005, S. 1599-1608
- ¹ Schreiben vom 18. November 2005
- ¹ Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich und Eidgenössische Kommission für Tierversuche, Die Würde des Tieres, BUWAL (BAFU) 2001
- ¹ Vernehmlassung vom 12. Juli 2006, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1337/Vorlage.pdf>
- ¹ Ergebnis der Vernehmlassung vom 19. März 2007, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1337/Ergebnisbericht.pdf>
- ¹ BS 3 203
- ¹ BBI 1972 II 1478, 1973 I 1685
- ¹ SR 455, BBI 1977 I 1075

Die Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich (EKAH) und die Eidgenössische Kommission für Tierversuche (EKTV) haben sich im Vorfeld der Revision des Tierschutzgesetzes auf Anfrage des Bundesamtes für Veterinärwesen mit dem Begriff der Würde der Kreatur beim Tier auseinandergesetzt.

Im Zentrum der Auseinandersetzung stand dabei der Umgang mit gentechnisch veränderten Tieren. Das Ziel der beiden Kommissionen ist, sowohl aus ethischer als auch aus praxisorientierter Sicht einen Beitrag zu leisten zur öffentlichen Diskussion über das Verhältnis zwischen Mensch und Tier im Allgemeinen sowie über einen ethisch vertretbaren Umgang mit Tieren im Besonderen.



Lesen Sie diese Vorschläge, wie der Umgang des Menschen mit Tieren unter dem Aspekt der Würde der Kreatur im Tierschutzgesetz konkretisiert werden soll, und **beantworten Sie die folgenden Fragen in vollständigen, sorgfältig formulierten Sätzen.**

1. Fragen zur Lesekompetenz

- 1a) Welche Positionen lassen sich in der Tierethik unterscheiden?
- 1b) Was ist eine Güterabwägung und welche Aspekte sind bei einer sorgfältigen Güterabwägung zu berücksichtigen?
- 1c) Welche Probleme harren noch einer Lösung?

2. Fragen zur Interpretationskompetenz

- 2a) Beschreiben Sie ein konkretes Beispiel einer Güterabwägung.
- 2b) Würden Sie den aktuellen Art. 58 der Tierschutzverordnung ändern? Begründen Sie Ihre Meinung.

Tierschutzverordnung	455.1
<p>7. Kapitel: Tierversuche</p> <p>1. Abschnitt:⁷⁴ Versuchstiere⁷⁵</p> <p>Art. 58 Geltungsbereich und Begriff</p> <p>¹ Die Vorschriften über Tierversuche erfassen neben den Wirbeltieren auch die Zehnfusskrebse (<i>Decapoda</i>) und Kopffüssler (<i>Cephalopoda</i>).</p> <p>² Als Versuchstiere gelten alle Tiere nach Absatz 1, die in Tierversuchen eingesetzt werden oder die zur Verwendung in Tierversuchen vorgesehen sind.</p>	

Die Würde des Tieres

**Eine gemeinsame Stellungnahme
der Eidgenössischen Ethikkommission für die Gentechnik im
ausserhumanen Bereich (EKAH)
und der Eidgenössischen
Kommission für Tierversuche
(EKTV) zur Konkretisierung der
Würde der Kreatur beim Tier**



Die Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich (EKAH) und die Eidgenössische Kommission für Tierversuche (EKTV) haben sich im Vorfeld der Revision des Tierschutzgesetzes auf Anfrage des Bundesamtes für Veterinärwesen mit dem Begriff der Würde der Kreatur beim Tier auseinandergesetzt. Im Zentrum der Auseinandersetzung stand dabei der Umgang mit gentechnisch veränderten Tieren.

Das Ziel der beiden Kommissionen ist, sowohl aus ethischer als auch aus praxisorientierter Sicht einen Beitrag zu leisten zur öffentlichen Diskussion über das Verhältnis zwischen Mensch und Tier im allgemeinen sowie eines ethisch vertretbaren Umgangs mit Tieren im besonderen. Es werden Vorschläge unterbreitet, wie der Umgang des Menschen mit Tieren unter dem Aspekt der Würde der Kreatur im Tierschutzgesetz konkretisiert werden soll.

Die Würde der Kreatur in der Schweizerischen Bundesverfassung

Der Begriff der *Würde der Kreatur* steht seit 1992 in der Schweizerischen Bundesverfassung (BV). Artikel 120 BV (Artikel 24novies der alten Verfassung) schützt vor Missbräuchen der Gentechnologie im ausserhumanen Bereich.

Wird vor Missbräuchen geschützt, so sind mit anderen Worten gentechnische Eingriffe an Lebewesen grundsätzlich erlaubt. Es gilt jedoch, der Würde der Kreatur Rechnung zu tragen, da der Umgang mit dem Keim- und Erbgut von Tieren, Pflanzen und anderen Organismen einen besonders sensiblen und anspruchsvollen Bereich des menschlichen Umgangs mit Lebewesen betrifft. Die EKAH und die EKTv gehen davon aus, dass die gentechnische Veränderung eines Tieres und der Eingriff in das Erbgut eines Tieres nicht zwingend eine Missachtung seiner Würde darstellen. Für die beiden Kommissionen steht die Beeinträchtigung der Würde im Zusammenhang mit dem Eigenwert des Tieres.

Wir missachten die Würde eines Tieres, wenn wir seine allfällige Beeinträchtigung nicht zum Gegenstand einer Güterabwägung machen, ihr also nicht Rechnung tragen, sondern selbstverständlich von einem Vorrang der Interessen des Menschen ausgehen.

*Eine Schwierigkeit der schweizerischen Diskussion besteht darin, dass in der französischsprachigen Übersetzung der Verfassung der Begriff *l'intégrité des organismes vivants* gewählt wurde. Es ist vom ethischen Standpunkt her unklar, was der Ausdruck *Integrität* bedeuten soll. Er ist jedoch auf keinen Fall identisch mit dem Begriff der Würde der Kreatur.*

Die Würde der Kreatur bezieht sich, im Einklang mit der internationalen Diskussion, auf den Eigenwert des Tieres.

Artikel 120 der Bundesverfassung:
Gentechnologie im Ausserhumanbereich

- 1 Der Mensch und seine Umwelt sind vor Missbräuchen der Gentechnologie geschützt.
- 2 Der Bund erlässt Vorschriften über den Umgang mit Keim- und Erbgut von Tieren, Pflanzen und anderen Organismen. Er trägt dabei der Würde der Kreatur sowie der Sicherheit von Mensch, Tier und Umwelt Rechnung und schützt die genetische Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten.



*Widerspruch zwischen dem Interesse des Menschen an Unterhaltung und dem Interesse des Tieres an seiner artgerechten Haltung. Wellensittiche sind sehr soziale Schwarmvögel. Werden sie ohne Artgenossen gehalten, sind sie leichter zum Sprechen zu bringen.
Bild: A. Steiger*

Das Verhältnis zwischen Mensch und Tier

Schutz des Tieres und seiner Würde sind in Europa heute gesellschaftlich anerkannte Zielsetzungen. Das war nicht immer so. Bis in das 20. Jahrhundert hinein war das nicht-menschliche Lebewesen sowohl in der europäischen Philosophie als auch Theologie (Christentum) bis auf seltene Ausnahmen kein Thema der Ethik. Erst in den letzten Jahrzehnten ist eine zunehmende Sensibilisierung und ein wachsendes Interesse an Fragen des Tier-, Arten- und Umweltschutzes festzustellen. Immer deutlicher wird die Kritik an der Ausrottung von Tierarten, an der Massentierhaltung, an gewerblichen Tiertransporten, gewissen Formenzüchtungen und nicht zuletzt an der Herstellung gentechnisch veränderter Tiere.

Die Probleme im Umgang des Menschen mit Tier und Natur sind breiten Bevölkerungskreisen bewusst. Die Frage, ob wir eigentlich so mit Tieren umgehen *dürfen*, wird deshalb immer eindringlicher gestellt.

Gegenüber dem Selbstverständnis, dass der Mensch im Zentrum steht und allein Würde und Schutz beanspruchen kann, stellt die Rede von der Würde der Kreatur der Masslosigkeit und Willkür des Menschen im Umgang mit der übrigen Natur ein Korrektiv zur Seite. Der Mensch wird zu Respekt und Zurückhaltung gegenüber der Natur aufgefordert, sowohl in seinem eigenen Interesse an ihrer nachhaltigen Nutzung, als auch aufgrund eines den Mitlebewesen zugeschriebenen Eigenwertes. Lebewesen sollen um ihrer selbst willen geachtet und geschont werden.

Lebewesen sollen um ihrer selbst willen geachtet und geschont werden.



Die Menschenwürde und die Würde der Kreatur: vergleichbar, aber nicht gleich

Die in der Tierethik eingenommenen Positionen lassen sich im wesentlichen einteilen aufgrund des moralischen Status, den wir Tieren zubilligen. Hauptsächlich unterscheiden lassen sich dabei folgende Grundpositionen, wobei jede dieser Positionen wiederum Differenzierungsgrade erfährt:

- a) Ein moralischer Wert wird *nur dem Menschen* zugesprochen. Der moralische Status des Tieres ist danach abhängig von der Wertschätzung, die der Mensch aus eigenem Interesse dem Tier entgegenbringt.
- b) Die moralische Berücksichtigung des Wohlbefindens bezieht sich *auf alle empfindungsfähigen Tiere*. Empfindungsfähigen Tieren wird damit ebenfalls ein moralischer Wert zugesprochen.
- c) *Allen Lebewesen* wird ein moralischer Status zuerkannt.
- d) Der moralische Respekt und ein entsprechender Schutz erstreckt sich nicht nur auf alle Lebewesen, sondern auch auf Arten, Biotope, ja *die gesamte belebte Natur* im Sinne von Albert Schweitzers Argument der «Ehrfurcht vor dem Leben».
- e) Nicht nur der belebten Natur, sondern *allem, was ist*, wird ein moralischer Wert zuerkannt.

Der Begriff der Würde diente lange dazu, den besonderen Status des Menschen gegenüber anderen Lebewesen zu unterstreichen. Er ist Ausdruck der herausragenden Stellung, die der Mensch aus philosophischer Sicht aufgrund seiner Vernunft- und Moralfähigkeit, aus theologischer Sicht aufgrund seiner Ebenbildlichkeit mit Gott hat. Der Begriff der Menschenwürde blickt auf eine lange Geschichte zurück, in der er vielfach neu interpretiert, abgeschliffen und präzisiert wurde.

Der Begriff der Würde der Kreatur ist sowohl in der ethischen als auch in der rechtlichen Diskussion neu. Weltweit ist er bis heute nur in der Aargauer Kantonsverfassung und seit 1992 in der Schweizerischen Bundesverfassung als Rechtsbegriff vertreten. So wie der Begriff in der Verfassung verwendet wird, schliesst er den Menschen aus und umfasst Tiere, Pflanzen und andere Organismen.

Truthennen leiden an massiver Beinschwäche bis hin zur Gehunfähigkeit, weil Skelett und Gelenke dem angezüchteten Gewicht, insbesondere der Brustmuskeln, nicht Stand zu halten vermögen. Bild: P. Schlup

Konkretisierung der Würde der Kreatur bei (Wirbel-)Tieren

Individuum-Population-Art:
Was schützt das Tierschutzgesetz?

Das geltende Tierschutzgesetz zielt auf den Schutz des *einzelnen Tieres* ab und nicht auf den Schutz von Tierpopulationen oder Tierarten. Das Tierschutzgesetz schränkt zudem den Begriff der Tiere auf Wirbeltiere ein. Die EKAH argumentiert, dass der Schutzanspruch, der dem Tier aufgrund seiner Würde zugesprochen wird, ihm aufgrund seines *Eigenwertes* zukommt. Die Anerkennung des Eigenwertes verlangt, dass das Tier um seiner selbst willen in seinen artspezifischen Eigenschaften, Bedürfnissen und Verhaltensweisen respektiert wird. Da die Würde der Kreatur nach der Verfassung nicht nur einzelnen Wirbeltieren, sondern allen Tieren und darüber hinaus auch Pflanzen und aus ethischer Sicht möglicherweise allen Lebewesen zukommt, sollte das Tierschutzgesetz ohne Einschränkung auf alle Tiere im zoologischen Sinne angewendet werden. Weil es jedoch schwierig ist, der Individualität bei Wirbellosen (z.B. Würmern und Insekten) Rechnung zu tragen und weil das Tierschutzgesetz auf den Individualschutz von Tieren ausgerichtet ist, plädiert die EKTU dagegen für die Beibehaltung des Geltungsbereiches des Tierschutzgesetzes im wesentlichen für Wirbeltiere. Die mehr auf Populationen ausgerichteten Würdeaspekte wirbelloser Tiere sollen in anderen Gesetzgebungen, z.B. dem Natur- und Heimatschutz- oder dem Umweltschutzgesetz geregelt werden.

Das geltende Tierschutzgesetz schützt Tiere vor ungerechtfertigtem Zufügen von Leiden, Schmerzen oder Schäden, und sie dürfen nicht ungerechtfertigt in Angst versetzt werden. Die Diskussion im Hinblick auf die anstehende Gesamtrevision des Tierschutzgesetzes dreht sich nun um die Frage nach der Konkretisierung des Verfassungsbegriffes der Würde der Kreatur auf Gesetzesebene und seiner Wirkungen, die über die bisherigen Schutzaspekte des Tierschutzes hinausgehen.

Die EKAH und die EKTU gehen davon aus, dass mit dem Schutz des einzelnen Tieres vor ungerechtfertigten *Leiden, Schmerzen, Schäden* sowie vor ungerechtfertigtem *In-Angst-versetzen* bereits wesentliche Aspekte der Würde der Kreatur berücksichtigt sind. Die EKTU hat sich der Auffassung der EKAH angeschlossen, dass jedoch die in der Verfassung verlangte Achtung der Würde der Kreatur das Tier noch *umfassender* schützt. Im Sinne eines Anstosses zum Weiterdenken wurde deshalb ein Systematisierungsvorschlag zur Bestimmung der weiteren Aspekte der Beeinträchtigung der Würde erarbeitet:

- **Eingriff ins Erscheinungsbild**
- **Erniedrigung**
- **übermäßige Instrumentalisierung**



Lustig oder entwürdigend?

Güterabwägung

Die von der EKAH vorgeschlagenen drei Kategorien wurden von der EKTU aus praxisorientierter Sicht kritisch diskutiert. Die EKTU schlägt vor, den Eingriff ins Erscheinungsbild nicht nur im Hinblick auf die äussere Erscheinung zu verstehen, sondern auch im Hinblick auf die *Fähigkeiten des Tieres*.

Beide Kommission stimmen überein, dass die Kategorie «Erniedrigung» sehr vom Menschen her gedacht ist. In der praktischen Umsetzung kommt hier vor allem ein erzieherischer Aspekt zum Ausdruck, der sich ganz allgemein in einem Respekt vor dem Eigenwert des Tieres zeigt.

Die Grundfrage, die sich für die *praktische Anwendung* des Kriteriums der Würde der Kreatur stellt, ist die nach dem Gewicht bzw. nach dem Wert dieser Würde im Vergleich zu anderen Gütern und Interessen beim Umgang mit Tieren. Wie lässt sich sicherstellen, dass die Würde der Kreatur geachtet bleibt? Dies wird grundsätzlich nur möglich, wenn vor jedem Bewilligungsentscheid eine Güterabwägung durchgeführt wird. Es kann sich dabei herausstellen, dass für eine bestimmte Art von Umgang mit Tieren

eine generelle, d.h. auf alle vergleichbaren Fälle geltende Güterabwägung genügt.

Eine *Güterabwägung* vorzunehmen bedeutet zunächst einmal, sich den Interessenkonflikt zu vergegenwärtigen, die involvierten Interessen, Güter und Zielsetzungen aller Betroffenen festzustellen, sie zu bewerten und zu gewichten und schliesslich gegeneinander abzuwägen. Das Resultat einer solchen Güterabwägung ist ein begründetes Urteil darüber, ob im Einzel-



Ein besonderes Gen bewirkt beim Belgischen Doppellender (Blanc Bleu Belge) eine doppelt angelegte Muskulatur von Hüfte und Hinterbein. Damit erhöht sich die Fleischausbeute, aber auch der Anteil an Schweregeburten. Meist sind Kaiserschnittgeburten nötig.
Bild: R. Thun

Beispiele von unterschiedlichen Interessen des Menschen, deren unterschiedliche Gewichtung zu gegenteiligem Resultat bei der Güterabwägung führt.

Nacktkatzen werden als Heimtiere gezüchtet. Ihr Wärmehaushalt ist gestört, und sie leiden oft unter Sonnenbrand und an anderen Verletzungen. Komfortverhalten wie Lecken sowie Tast- und Orientierungsvermögen sind eingeschränkt. Als Argument für das Züchten und Halten von Nacktkatzen wird vorgebracht, dass die Haarlosigkeit es auch Allergikerinnen und Allergikern ermögliche, eine Katze zu halten. Dieses Argument wiegt wenig, da es andere Heimtiere gibt, die keine Allergien auslösen. Zudem sind die Beeinträchtigungen und Verletzungen der Tierinteressen gross.

Nacktmäuse werden nicht wegen ihrer Haarlosigkeit gezüchtet, sondern weil sie ein unvollständiges Immunsystem haben. Sie werden ausschliesslich im Labor unter keimarmen Bedingungen gehalten und bleiben grundsätzlich gesund. Nacktmäuse sind Versuchstiere in der biomedizinischen Forschung und werden als solche für Untersuchungen der Funktionsweise des menschlichen Immunsystems eingesetzt. Ein besseres Verständnis solcher Prozesse könnte dazu führen, neue Therapien zum Beispiel für Immunschwächeerkrankungen zu erarbeiten. Im Vergleich zur Nacktkatze wiegen hier die Interessen des Menschen schwerer, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Tiere dagegen erscheinen geringer. Bild Nacktmaus: E. Isenbügel

Gentechnisch veränderte Tiere

fall oder möglicherweise für eine bestimmte Kategorie von Fällen ein Eingriff gerechtfertigt werden kann oder nicht. Dabei stellt sich die Frage, ob einzig Unvermeidbarkeit oder Existenznotwendigkeit für den Menschen Rechtfertigungsgründe für Eingriffe darstellen oder ob auch andere Kriterien für eine Rechtfertigung genügen.

Auf jeden Fall muss bei einer Güterabwägung von folgender Überlegung ausgegangen werden:

Ein Eingriff in die Würde von Tieren ist umso strenger zu beurteilen, je gravierender er für die betroffenen Tiere ist und je belangloser – oder doch verzichtbarer – für den Menschen. Umgekehrt muss aber auch gelten, dass ein Eingriff umso eher zu tolerieren ist, je geringfügiger er für die betroffenen Tiere und je notwendiger er im Interesse anderer Lebewesen ist.

Die Frage nach der Achtung der Würde der Kreatur hat sich insbesondere im Zusammenhang mit der Herstellung, Weiterzucht und Verwendung von gentechnisch veränderten Tieren entzündet. Hier wird ein Terrain betreten, das die Möglichkeit einer Würdeverletzung in besonderer Weise nahelegt. Die Herstellung gentechnisch veränderter Tiere fällt heute unter die Definition der Tierversuche und ist somit bewilligungspflichtig. Das besondere an der Gentechnologie ist

- **der mit ihr verbundene hohe Tierverbrauch**
- **die Unvorhersehbarkeit der konkreten Auswirkungen eines Eingriffs auf Befinden, Verhalten und Erscheinungsbild des Tieres**
- **die Möglichkeit, die Artengrenzen zu überschreiten.**

Die herkömmliche Zucht findet in der Unmöglichkeit der Kreuzung der Arten ihre Grenzen. Wo diesbezüglich die Grenzen der Gentechnologie sind, ist noch unbekannt.

Zur Prüfung, ob die Würde des Tieres trotz gentechnischem Eingriff geachtet wird und der Eingriff damit zulässig ist, ist eine Güterabwägung zwischen den *Schutzinteressen des Tieres* und den *Nutzungsinteressen des Menschen* notwendig. Dazu müssen die Nutzungsinteressen des Menschen aber erst ermittelt und gewichtet werden. Nicht nur die Nutzungsinteressen unterscheiden sich je nach Zuchtziel, auch deren *Gewichtung* fällt unterschiedlich aus. Die EKAH und die EKTV erachten deshalb eine Unterscheidung von Herstellungszielen für gentechnisch veränderte Tiere für die Güterabwägung als notwendig. Eine Kategorisierung ermöglicht, die unterschiedlichen Interessen des Menschen



Kaninchen werden zur Produktion von Antikörpern gehalten. Diese Stoffe werden für Diagnosesets benötigt, z.B. zum Erkennen von Infektionskrankheiten beim Menschen. Die Kaninchen werden wiederholt geimpft. Später wird ihnen in kleinen Mengen Blut abgenommen. Sofern die Haltung tiergerecht ist und der Umgang mit den Tieren schonend erfolgt, ist ihre Belastung klein.

Bild: M. Stauffacher



Englische Bulldogge. Die extreme Kurzköpfigkeit geht mit Schweratmigkeit, Gebissanomalien, häufigen Lid- und Hauterkrankungen, aber auch Hüftgelenkproblemen und Schweregeburten einher. Bild: E. Isenbügel

an gentechnisch veränderten Tieren zu verdeutlichen und zu gewichten. Im Sinne einer zu diskutierenden Kategorisierung wird folgende Unterteilung vorgeschlagen:

Heim- und Hobbytiere/Sporttiere

Arbeits- und Nutztiere

- zur reinen Leistungssteigerung
- für therapeutische und humanitäre Zwecke
- zur Produktion von Luxusgütern
- zur Produktion von Lebensmitteln und anderen Gütern
- für medizinische Zwecke

Versuchstiere

- für die Grundlagenforschung
- für die anwendungsorientierte Forschung

Als Interessen des Menschen sind in einer Güterabwägung z.B. folgende Aspekte zu berücksichtigen: Gesundheit, Sicherheit, Lebensqualität, Erkenntnisgewinn, wirtschaftliche und Umweltschutzinteressen, Ästhetik, Bequemlichkeit. Auf Seiten des Tieres werden für alle Nutzungsbereiche dieselben Interessen in die Waagschale gelegt: keine Belastungen (Leiden, Schmerzen, Angst und Schäden) oder andere Würdeverletzungen (Eingriff ins Erscheinungsbild – dazu gehören nach Auffassung der EKTV auch die «Fähigkeiten des Tieres» –, Erniedrigung, übermässige Instrumentalisierung). Die EKAH ist mit der EKTV einig, dass unter dem Aspekt der Instrumentalisierung der Tierverbrauch so gering wie möglich zu halten ist. Unter demselben Aspekt ist auch das Interesse des einzelnen Tieres an einer eigenen, wenn vielleicht auch «unbewussten» Existenz im Sinne der erfolgreichen Auseinandersetzung mit der Umwelt (Selbstaufbau, Selbsterhalt und Fortpflanzung) zu berücksichtigen.

Die Würde des Tieres wird geachtet, wenn die Verletzung seiner Würde im Rahmen einer sorgfältigen Güterabwägung gerechtfertigt werden kann. Sie wird hingegen bei einem Eingriff missachtet, wenn eine Güterabwägung ergibt, dass die Interessen des Tieres jene Interessen, die ihnen entgegenstehen, überwiegen.

Die Beeinträchtigung von Tieren nach bestimmten Kriterien (Schmerzen, Leiden, Angst, Schäden, Eingriffe ins Erscheinungsbild, Erniedrigung und überschrittenes Ausmass der Instrumentalisierung) stellen nach mehrheitlicher Auffassung in den Kommissionen grundsätzlich eine Verletzung der Würde dar. Eine Güterabwägung kann allenfalls aufzeigen, dass eine Würdeverletzung gerechtfertigt werden kann, weil die Interessen des Menschen als gewichtiger bewertet werden als die Interessen des Tieres. Die Würde des Tieres wird geachtet, wenn die Verletzung seiner Würde im Rahmen einer sorgfältigen Güterabwägung gerechtfertigt werden kann. Sie wird hingegen bei einem Eingriff missachtet, wenn eine Güterabwägung ergibt, dass die Interessen des Tieres jene Interessen, die ihnen entgegenstehen, überwiegen.

In den wenigsten Fällen liegt eine einheitliche Interessengewichtung und damit ein zwingend sich ergebendes Resultat der Güterabwägung vor. **In beiden Kommissionen besteht jedoch Einstimmigkeit hinsichtlich eines generellen Verbotes der Herstellung von gentechnisch veränderten Heim-, Hobby- und Sporttieren sowie von Tieren allein zur Steigerung der Produktion von Lu-**



Bei der hochgezüchteten Goldfischrasse «Blasenaugen» sind die Augen vergrössert und nach oben gedreht. Darunter liegen dünnhäutige, mit Flüssigkeit ausgefüllte Ausstülpungen bis maximal Taubeneigrösse. Die Sicht der Tiere ist wesentlich eingeschränkt.
Bild: E. Isenbügel

xusgütern. In diesen Bereichen werden die menschlichen Interessen im Vergleich zu den Interessen des Tieres als nicht gewichtig genug erachtet.

In allen anderen Nutzungsbereichen wird mehrheitlich für eine Güterabwägung im Einzelfall unter Rücksichtnahme auf verschiedene Bedingungen plädiert. Es bleibt aber auch der Ruf nach Verboten oder einer strengen Handhabung beispielsweise der Bedingung «Alternativlosigkeit» oder «Existenznotwendigkeit». In diesen abweichenden Resultaten der Güterabwägung spiegeln sich zum einen unterschiedliche Einschätzungen von Konsequenzen eines bestimmten Vorgehens wider. Gerade hier kommen zum andern aber auch unterschiedliche ethische Positionen zum Tragen,

die dazu führen, die Tierinteressen im Verhältnis zu den Interessen des Menschen mehr oder weniger zu gewichten.

Auch wenn in einer Güterabwägung z.B. die Interessen eines Wirbeltieres nicht gleich gewichtet werden wie diejenigen eines wirbellosen Tieres und sich damit ein hierarchisch verstandenes Würdekonzept offenbart, wird damit jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch «niederen» Tieren und Pflanzen ein Eigenwert zukommt.

Die *Weiterzüchtung, Nutzung und Haltung von gentechnisch veränderten Tieren* unterliegt zum jetzigen Zeitpunkt keiner Bewilligungspflicht. Sowohl die EKTV als auch die EKAH empfehlen deshalb die Aufnahme einer *zweiten Stufe der Güterabwägung* ins

Gesetz, die sich auf die Weiterzucht, Haltung und Verwendung von gentechnisch veränderten Tieren bezieht. Die Güterabwägung auf dieser zweiten Stufe, im wesentlichen eine vertiefte Güterabwägung der ersten Stufe für die Herstellung, muss gleichermassen für gentechnisch veränderte Tiere und Tiere aus herkömmlicher Zucht durchgeführt werden. Die Begründung liegt darin, dass nicht nur die gentechnische Herstellung ein Tier beeinträchtigen kann. Auch Tiere, die mit traditionellen Verfahren gezüchtet oder in nicht-gentechnischen Verfahren hergestellt wurden, können Belastungen ausgesetzt oder anderweitig in ihrer Würde verletzt sein. Man denke beispielsweise an Extremzüchtungen. **EKAH und EKTV vertreten deshalb einstimmig die Auffassung, dass gentechnisch veränderte, mit herkömmlichen Methoden oder durch herkömmliche Paarung gezüchtete Tiere hinsichtlich Zucht, Haltung und Verwendung rechtlich gleichgestellt sein müssen.**



Haubenenten haben z.T. grosse Löcher in der Schädeldecke, und das Hirn ist verformt. Dies ist auf Fetteinlagerungen im Schädelinneren zurückzuführen. Diese Veränderungen verursachen bei den Enten Gleichgewichtsstörungen. Für die hohen Brutverluste bei dieser Rasse sind u.a. grossflächige Hirnbrüche verantwortlich, die zusammen mit Schnabelmissbildungen kurz vor dem Schlupftermin zum Absterben der Küken führen. Bild: Th. Bartels



Diese durch eine natürliche Veränderung eines Gens (Mutation) entstandene «Fettmaus» wird in der Forschung eingesetzt. Sie wird mit zunehmendem Alter so dick, dass der Tierpfleger oder die Tierpflegerin sie wenden muss, wenn sie zufällig auf den Rücken fällt.

Die Würde der Kreatur über das Tierschutzgesetz hinaus

Die Diskussion um die Konkretisierung der Würde der Kreatur wird im allgemeinen am Beispiel der Tiere und insbesondere der Wirbeltiere abgehandelt. Die Verfassung verlangt aber, die Achtung der Würde der Kreatur auch auf Pflanzen zu beziehen. Die Diskussion um die Würde von «niederen» Tieren und Pflanzen gestaltet sich ungleich schwieriger als in Bezug auf «höhere» Tiere, namentlich Wirbeltiere.

Auch bei «höheren» Tieren harrt ein Problem der Lösung. Menschenaffen verfügen in einem hohen Grade über «menschliche» Eigenschaften wie

Selbstbewusstsein, Individualität und Vernunftfähigkeit. Es stellt sich die Frage, ob der Schutz der Würde der Kreatur diesen besonderen Eigenschaften gerecht werden kann oder ob der Umgang mit Menschenaffen und möglicherweise mit allen Primaten über das Tierschutzgesetz hinaus noch speziell geregelt werden müsste. Hier besteht noch besonderer Klärungsbedarf.



Februar 2001

Herausgeberinnen und Redaktion: Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich (EKAH) und Eidgenössische Kommission für Tierversuche (EKTU)

Gestaltung: Atelier Stephan BUNDI, SGV, Niederwangen/Bern

Druck: Schaub Druck AG, Bern

Diese Broschüre ist in deutsch, französisch und italienisch erhältlich.

Redaktionsadresse: Eidgenössische Ethikkommission für die Gentechnik im ausserhumanen Bereich (EKAH), c/o Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), CH-3003 Bern, Tel. 031 323 83 83, Fax 031 324 79 78, E-Mail: ekah@buwal.admin.ch, Internet: www.ekah.ch

Nachdruck mit Quellenangabe erwünscht

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier



Mediation – eine neue Möglichkeit, Konflikte anzugehen

Mediation ist ein Verfahren, in welchem Dritte auf Ersuchen der Parteien mithelfen, unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsnormen Lösungen für Konflikte zu erarbeiten.

Ein deutscher Jurist schreibt über das «Konfliktlöseverfahren mit Anwälten» und die Grundlagen der Mediation:

Viele Menschen geben die Verantwortung für ihre Konflikte an Spezialisten ab. Bei persönlichen Problemen und Konflikten sind es oft Psychotherapeuten und Personen aus verwandten Berufen, die sich (gegen gutes Geld) der einzelnen Individuen annehmen. Rechtliche Auseinandersetzungen – vielleicht eine besondere Form von Konflikten – werden aus der Hand gegeben, indem man sie an Rechtsanwälte delegiert. Selbstverständlich geschieht dies vordergründig nicht deshalb, weil die Menschen Konflikte scheuen, sondern weil sie von einem Rechtsanwalt in einer komplizierten (Rechts-)Materie mehr Sachkompetenz erwarten.

Was tun jetzt aber die Anwälte? Sie sind zur Parteilichkeit verpflichtet und versuchen, das Beste für ihre Mandanten oder Klienten herauszuholen, sei dies in einem Prozess oder in aussergerichtlichen Verhandlungen mit der andern Partei. Geht ein Anwalt oder eine Anwältin auf die Gegenpartei ein, steht man als Rechtsanwalt schon nahe an einem «Parteiverrat». Durch das Parteilichkeitsgebot für Rechtsanwälte ist die Struktur unseres Rechtssystems eigentlich sehr einigungsfeindlich.

Dadurch werden Wachstumschancen – auch die menschliche Wachstumschance –, die in einem Konflikt stecken, vertan, und es kommt zu einer reinen Machtauseinandersetzung. Darunter leiden letztlich alle Beteiligten, weil diese Art von Konfliktlösung sehr viel Lebensenergie kostet. Was mir aber bei Konfliktlösungen nach dem Mediationsverfahren am wichtigsten erscheint, ist der Umstand, dass man die Herrschaft über den Konflikt an die Menschen zurückgibt, welche die Konflikte haben. Denn der Wachstums- und Entwicklungsprozess gehört ihnen, und den sollen sie auch erfahren und erleben.

- a) Welche Nachteile hat das Konfliktlösungsverfahren «Prozess mit Anwälten»?
- b) Was für Voraussetzungen sind notwendig, damit ein Konfliktlösungsverfahren nach dem Mediations-Konzept ablaufen kann und die unter a) gefundenen Nachteile vermieden werden können?

Im Ausgang

- a) Lesen Sie die folgende Geschichte, und überlegen Sie, warum es zum Konflikt zwischen Claudia und Remo gekommen ist.

Claudia steht an der Bushaltestelle, schaut auf die Uhr: «Wann kommt endlich der Bus? In 10 Minuten treffe ich Remo am Bahnhof. Heute darf ich nicht schon wieder zu spät kommen. Was unternehmen wir wohl zusammen? Im Kino läuft der neuste Film von Baker Step <Der Killer von gestern>; diesen Streifen würde ich so gerne heute sehen.»

Die Kirchenglocke schlägt, 14 Uhr vorbei – Remo ärgert sich: «Hab's mir doch gedacht; jetzt kommt sie schon wieder zu spät. Einen Bus warte ich noch ab, dann gehe ich eben alleine ins <Transit> zu Monika und Pietro.»

«Na endlich, ich dachte schon, du kommst nicht», empfängt Remo Claudia etwas verärgert. Die Stimmung ist leicht gereizt. Der Kuss fällt flüchtiger aus als sonst.

«Wohin gehen wir?», fragt Remo.

«Lass uns die Bahnhofstrasse hinunter schlendern», schlägt Claudia vor. Die beiden kommen am Kino Royal vorbei: «Was meinst du zum <Killer von gestern>?», fragt Claudia und hofft insgeheim auf ein Ja von Remo.

«Mmh, nicht unbedingt», antwortet Remo launig. «Lass uns lieber etwas trinken.»

«Wenn's unbedingt sein muss», entgegnet Claudia etwas mürrisch.

Die beiden gehen ins «Transit». Am Ecktisch sitzen Monika und Pietro. Remo begrüsst die zwei, und bald entwickelt sich ein angeregtes Gespräch zwischen Monika, Pietro und Remo. Claudia sitzt teilnahmslos daneben und langweilt sich mehr und mehr.

Monika bemerkt ihre Missstimmung und fragt: «Was ist denn los mit dir?» «Ach, ich weiss auch nicht recht», murmelt Claudia.

«Wahrscheinlich ist sie wütend, ihre Uhr tickt nicht mehr richtig – sie hat mich diese Woche schon zweimal warten lassen. Nächste Weihnachten schenke ich ihr eine Uhr mit Alarmfunktion», stichelt Remo.

«Hör doch auf mit deinen blöden Sprüchen! Du weisst ja gar nicht, was in mir vorgeht», reagiert Claudia beleidigt und stösst einen Stuhl energisch zur Seite.

«Au, hoppla, alle anschnallen – jetzt ist sie gleich wieder auf 150!», foppt Remo weiter.

Claudia stösst wütend den Stuhl um und verlässt aufgebracht das Lokal. Remo bleibt verduzt sitzen und versteht die Welt nicht mehr: «Die spinnt ja, was soll denn das?»

Nach zwei Stunden verlässt auch Remo das Lokal, und seine Gedanken drehen sich immer noch um den Streit mit Claudia. Er entschliesst sich, noch einmal mit ihr zu reden. Mit einem unguuten Gefühl klingelt er bei Claudia zu Hause. Claudia öffnet die Tür.

«Es tut mir leid, es war nicht so gemeint», besänftigt Remo.

«Ja und jetzt – was soll ich damit anfangen? Du verstehst mich ja doch nicht», antwortet Claudia.

«So schlimm war das Ganze ja nun wirklich nicht – treffen wir uns morgen?», überspielt Remo die Situation.

«Von mir aus – bis morgen, tschüss», entgegnet Claudia traurig und geht ins Haus zurück.

- b) Wie hätte die Geschichte verlaufen müssen, damit Claudia und Remo zufrieden gewesen wären?

Mediation – eine neue Möglichkeit, Konflikte anzugehen

Mediation ist ein Verfahren, in welchem Dritte auf Ersuchen der Parteien mithelfen, unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsnormen Lösungen für Konflikte zu erarbeiten.

Ein deutscher Jurist schreibt über das «Konfliktlöseverfahren mit Anwälten» und die Grundlagen der Mediation:

Viele Menschen geben die Verantwortung für ihre Konflikte an Spezialisten ab. Bei persönlichen Problemen und Konflikten sind es oft Psychotherapeuten und Personen aus verwandten Berufen, die sich (gegen gutes Geld) der einzelnen Individuen annehmen. Rechtliche Auseinandersetzungen – vielleicht eine besondere Form von Konflikten – werden aus der Hand gegeben, indem man sie an Rechtsanwälte delegiert. Selbstverständlich geschieht dies vordergründig nicht deshalb, weil die Menschen Konflikte scheuen, sondern weil sie von einem Rechtsanwalt in einer komplizierten (Rechts-)Materie mehr Sachkompetenz erwarten.

Was tun jetzt aber die Anwälte? Sie sind zur Parteilichkeit verpflichtet und versuchen, das Beste für ihre Mandanten oder Klienten herauszuholen, sei dies in einem Prozess oder in aussergerichtlichen Verhandlungen mit der andern Partei. Geht ein Anwalt oder eine Anwältin auf die Gegenpartei ein, steht man als Rechtsanwalt schon nahe an einem «Parteiverrat». Durch das Parteilichkeitsgebot für Rechtsanwälte ist die Struktur unseres Rechtssystems eigentlich sehr einigungsfeindlich.

Dadurch werden Wachstumschancen – auch die menschliche Wachstumschance –, die in einem Konflikt stecken, vertan, und es kommt zu einer reinen Machtauseinandersetzung. Darunter leiden letztlich alle Beteiligten, weil diese Art von Konfliktlösung sehr viel Lebensenergie kostet. Was mir aber bei Konfliktlösungen nach dem Mediationsverfahren am wichtigsten erscheint, ist der Umstand, dass man die Herrschaft über den Konflikt an die Menschen zurückgibt, welche die Konflikte haben. Denn der Wachstums- und Entwicklungsprozess gehört ihnen, und den sollen sie auch erfahren und erleben.

- a) Welche Nachteile hat das Konfliktlösungsverfahren «Prozess mit Anwälten»?
- b) Was für Voraussetzungen sind notwendig, damit ein Konfliktlösungsverfahren nach dem Mediations-Konzept ablaufen kann und die unter a) gefundenen Nachteile vermieden werden können?

Eine Dummheit – drei Verfahren

Max Hasler befindet sich spätabends auf dem Nachhauseweg. Wenige Kilometer von seinem Haus entfernt kommt er in eine Geschwindigkeitskontrolle der Polizei (Geschwindigkeitsüberschreitung: + 35 km/h). Er wird angehalten und ist darüber derart überrascht, dass er mit dem Fahrzeug von Hans Meier, der vor ihm herausgewinkt wurde, zusammenstösst. Eine sofort angeordnete Blutprobe ergibt einen Alkoholgehalt, der weit über dem zulässigen Wert liegt. Max Hasler wird sofort der Führerausweis entzogen; der Polizist erklärt ihm zudem, er müsse mit einer grösseren Busse rechnen. Max Hasler empfindet den Führerausweisentzug als unfair, weil er als Lastwagenfahrer dringend auf den Ausweis angewiesen ist. Nach einigen Tagen meldet sich auch Hans Meier wieder. Er teilt Max Hasler mit, dass durch den Zusammenstoss ein schwerer Rückenschaden aufgetreten sei, der eine Operation mit anschliessender Therapie erfordere. Max Hasler bezweifelt den Zusammenhang zwischen Rückenschaden und Unfall.

- a) Welche Konflikte ergeben sich aufgrund dieses Sachverhaltes?
- b) Mit welchen Verfahren können die entsprechenden Parteien welche Ziele verfolgen?

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 aberhundert 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 ändern 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.