

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 43

Elemente und Grenzen  
des zivilrechtlichen Denkens

Von

Prof. Dr. Werner Rother



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**WERNER ROTHER**

**Elemente und Grenzen des zivilrechtlichen Denkens**

**Schriften zur Rechtstheorie**

**Heft 43**

# Elemente und Grenzen des zivilrechtlichen Denkens

Von

Prof. Dr. Werner Rother



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03448 1

## **Inhaltsverzeichnis**

Einleitung: Die Notwendigkeit methodischer Betrachtung .....	7
I. Ordnung und Bewahrung .....	10
II. Das Denken in Raum- und Zeitvorstellungen .....	12
III. Die Kausalität .....	19
IV. Logik, Argumente, Gesichtspunkte .....	23
V. Das Abwägen von Argumenten .....	31
VI. Die Belastbarkeit des einzelnen .....	34
VII. Grenzen des zivilrechtlichen Denkens .....	47



## Einleitung

### Die Notwendigkeit methodischer Betrachtung

Das Nachdenken über wissenschaftsmethodische Fragen ist jeder Epoche von neuem und in besonderer Weise zur Aufgabe gemacht. Vor allem sind es die späten und absteigenden Stadien der geistesgeschichtlichen Entwicklung, in denen die Gelehrsamkeit dem Anreiz zur Bespiegelung des eigenen Denkens und zur Innewerdung der hier zu erkennenden Gesetzmäßigkeiten mit erhöhtem Interesse folgt. Frühere und, wenn man so sagen will, „gesündere“ Zeiten pflegten ihr volles Augenmerk auf die Sache zu verwenden, nicht auf die Denkleistung, die der Bewältigung der Sache dient. Sie taten insofern recht daran, als aus der bemühten Reflexion über die Eigentümlichkeiten des wissenschaftlichen Denkens nicht immer diejenigen sichtbaren Erfolge hervorgehen, die den damit verbundenen Geistesaufwand rechtfertigen könnten. — Andererseits geschieht es mit gewisser geistesgeschichtlicher Notwendigkeit, daß sich nach Zeiten des rein sachbezogenen Denkens und Konstruierens das Interesse der Wissenschaft auch auf die Methodik ihres Vorgehens und auf die darin beschlossenen Unterschiede des Ansatzens, Fragens und Begreifens richtet.

Auch dieses Streben als solches unterliegt wieder der Veränderung und dem Zwang zur Fortentwicklung, — womit es seinerseits zu einem Gegenstand weiterer Reflexion und Bewußtseinsforschung werden muß. Was in Sonderheit die Geschichte der europäischen Rechtswissenschaft anbelangt, so läßt sich beobachten, wie sich hier, ausgehend von sehr hochgespannten Betrachtungen über Herkunft, Idee und allgemeine Bedeutung des Rechts, die Erörterung später den mehr praktischen Kategorien des Zwecks der Rechtsregeln, der Interessen der Beteiligten und denjenigen Realitäten zuwendete, die, wie man zu erkennen glaubte, ihrerseits der Konstruktion der Rechtsregeln und der Geltung der Gesetze zugrunde liegen.

Ein weiterer notwendiger Schritt auf dem Wege, um *hinter* die juristischen Denk- und Urteilstvorgänge zu gelangen und auf diese Weise deren Bedingtheit und Abhängigkeit von tieferen, bedeutsameren



Bezügen zu erklären, führt infolgedessen wie sonst, so auch hier auf *psychologisches* Gebiet. Denn die Erkenntnis, daß diejenigen geistigen Bewegungen, Tätigkeiten und Ergebnisse, die man für gewöhnlich als objektive Erscheinungen ansieht, letzten Endes wieder aus der psychischen Veranlagung der handelnden Subjekte erklärbar sind, stellt nach vorläufigem Wissensstande die am tiefsten begründete Ableitung geistiger Vorgänge dar<sup>1</sup>.

Auslösendes Moment für derartige Untersuchungen ist heute meist das *pädagogische* Problem. In einer Zeit, die allenthalben nach technisch-automatisierter Ersetzung von Denkvorgängen und nach einer Entlastung des Menschen von dem Übermaß an Fracht und Bürde des Geistes strebt und die aus demselben Grunde ständig bemüht ist, den Nachfolgern ihren Wissensstoff in einfacherer, zweckmäßigerer und wirksamerer Weise zu vermitteln, steht aber gerade die Jurisprudenz oft ohne die rechte Vorbereitung und ohne die nötige Bewußtheit ihrer wissenschaftlichen Eigentümlichkeit da. Würde man ganz allgemein fragen, welche geistigen Eigenschaften der Rechtskundige vordringlich benötigt, auf welche Denk- und Urteilstvorgänge es in seinem Fach besonders ankommt und nach welchen Prinzipien infolgedessen auch der (bislang wenig profilierte, allzusehr aus Unentschlossenen, Farblosen, ihrer selbst nicht Sicheren bestehende) Nachwuchs auszuwählen und fortzubilden sei, so bekäme man wohl nur die bekannten, wenig aufschlußreichen Antworten: der Jurist habe sicher im logischen Denken und Folgern zu sein, er habe Gerechtigkeitssinn, Vernünftigkeit und Unbestechlichkeit, dazu soziales Empfinden zu besitzen, — und er habe diese Eigenschaft mit Würde und Freundlichkeit des Betragens, mit Fleiß und Ausdauer und, zumal im Dienste des Staates, mit persönlicher Bescheidenheit zu verbinden<sup>2</sup>. Die Frage jedoch, was in dieser Wissenschaft eigentlich an psychisch-charakterlicher Grundhaltung zu besitzen, an Anlagen oder Talenten zu beweisen, an Denkopoperationen,

---

<sup>1</sup> Die noch tiefer reichende Einsicht, daß auch die psychischen Eigentümlichkeiten wiederum durch noch grundsätzlichere Vorgänge bedingt sind, (etwa solche genetischer, biologischer, geophysischer, kosmischer Art), erscheint aber wohl schon am Horizonte und würde dann in ein neues Stadium der Wissenschaftserforschung führen.

<sup>2</sup> Aus den verhältnismäßig ausführlichen Darlegungen von *Otto Brusiin*, Über das juristische Denken, Kopenhagen 1951, zur Frage der „juristischen Begabung“ (S. 93 ff.) seien ferner folgende Stichworte mitgeteilt: „rechtliches Schematisieren, rechtliche Zweckbetrachtung und rechtliche Ganzheitsschau“ in „gegenseitiger Verbundenheit“, — „schöpferisches Denken“, „Intuition“.

Figuren und Konstellationen des Schließens und Urteilens zu beherrschen ist, wird kaum gestellt und das Grenzgebiet zur Psychologie und Charakterologie, das dazu erforscht werden müßte, nur zögernd betreten.

So herrscht denn auch trotz weithin vernehmbaren didaktischen Feldgeschreis nach wie vor erhebliche Unsicherheit darüber, wie der Rechtsunterricht am besten zu gestalten sei, d. h. von welcher Ausgangsposition her man zu operieren und welche Ziele der Bildung man anzustreben habe. Inwieweit ist die moderne Jurisprudenz noch eine Sache des *Wissens*, das anzulernen und zu behaupten ist, — oder inwieweit kommt es mehr auf ein *Können* in der Art des Folgerns, Fallbearbeitens, Systematisierens und Formulierens an? Ist die „praktische Anschauung“ soviel wert, wie man von ihr behauptet, oder ist die theoretische Schulung das Wichtigere? Ist es richtig, wie bislang angenommen, daß der Jurist ein vorwiegend konservativer Mensch ist, oder hat man darauf zu sehen, daß in Zukunft eher fortschrittliche, nämlich kritische, unruhige, auf Umbau und Neukonzeption bedachte Geister angezogen und gefördert werden?

Die Lösung solcher Probleme setzt die Klärung der grundsätzlichen Frage voraus, was im Juristen seelisch und verstandesmäßig vorgeht, wenn er seine ihm von Staat und Gesellschaft übertragene Arbeit tut, — wenn er in Rechtssachen denkt, prüft, anordnet und entscheidet, Gesetze macht oder Gesetze auslegt, Rechtsstoff wissenschaftlich aufbereitet oder vorträgt.

Die Feststellungen, die hierbei zu treffen sind, führen in dem oben geschilderten bewußtseinskritischen Sinne oft noch hinter diejenigen Kategorien zurück, die von Rechtsphilosophie und Methodenlehre üblicherweise verwendet werden. Sie erweisen sich zum Teil als verwandt mit den Argumentationsweisen, die zwar in Rhetorik und Eristik seit langem bekannt sind, hier aber gemeinhin im schlechten Rufe des bloßen Überredungsgeschicks oder gar der Täuschung und Irreführung stehen<sup>3</sup>. Sie sind vorwiegend psychologischer, zum Teil auch soziologischer oder ethologischer Natur<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Positiv zur rhetorischen Argumentation *Esser*, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, Karlsruhe 1965, S. 21, insbesondere Anm. 49. Zu den einzelnen Figuren des Argumentierens *Rother*, Die Kunst des Streitens, München 1961.

<sup>4</sup> Interessant die Formulierung von *P. Kretschmar*, Über die Methode der Privatrechtswissenschaft, Leipzig 1914, S. 33: „Den Rohstoff der Rechtswis-