

WISSENSCHAFT IN ÖSTERREICH
BILANZEN UND PERSPEKTIVEN

Herausgegeben von

Walter Berka
Gottfried Magerl

Böhlau Verlag Wien · Köln · Weimar

2006

Wissenschaft · Bildung · Politik
Herausgegeben von der
Österreichischen Forschungsgemeinschaft

Heinrich Honsell

RECHT UND RECHTSWISSENSCHAFT IN ÖSTERREICH

JURISPRUDENZ ALS WISSENSCHAFT

Über Fortschritte in der Jurisprudenz zu berichten, bringt mich in einige Verlegenheit, denn in der Jurisprudenz gibt es weder Entdeckungen noch Erfindungen. Deshalb gibt es für Juristen auch keinen Nobelpreis. Das Heureka-Glück des Erfinders ist anderen Disziplinen vorbehalten. Man kann juristische Lösungen auch nicht im Traum entdecken, wie Kekulé, der den Benzolring angeblich im Traum als Schlange gesehen hat, die sich in den Schwanz beißt. Zwar gibt es eine Schrift des Hamburger Rechtsvergleichers Dölle mit dem Titel: Juristische Entdeckungen.¹ Die einzige wirkliche Entdeckung, von der dort berichtet wird, ist der Fund Niebuhrs, der im 19. Jahrhundert in der Stiftsbibliothek von Verona eine antike Handschrift der berühmten Gaius-Institutionen als Palimpsest unter einem Werk des Kirchenvaters Hieronymus entdeckt hat. Hier befinden wir uns aber in der Rechtsgeschichte, einer Realienwissenschaft, wie die allgemeine Geschichte, in der es natürlich echte Funde und Entdeckungen gibt. Was sonst als juristische Entdeckung angeboten wird, verdient den Namen nicht.²

1 Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1958, 1 ff.

2 Das gilt auch für das neuere Werk *Zivilrechtliche Entdecker*, hg. v. Hoeren (2001), in dem u.a. Zimmermann für einen Vortrag über römisch-kanonisches Recht als Grundlage einer europäischen Zivilrechtsordnung als Entdecker gefeiert wird, oder Canaris für seine Habilitationsschrift *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1. Aufl. 1971). Ungeachtet des Rangs dieser Werke und Ideen ist das schon deswegen nicht nachvollziehbar, weil juristische Entwicklungen und Zusammenhänge, die allgemein bekannt sind, nicht entdeckt werden können. So ist das Vertrauensprinzip in dem „königlichen“ § 242 BGB, der den Grundsatz von Treu und Glauben normiert, an prominenter Stelle verankert, s. H. Honsell, *Basler Kommentar* (2. Aufl. 2002) Rn 7 zu Art. 2 ZGB. Über die Grundlagen des europäischen Privatrechts kann man sich in einschlägigen Werken vor und nach Zimmermann informieren. Auch spektakuläre juristische Ideen wie Jherings *culpa in contrahendo* oder Staubs *Lehre von den positiven Vertragsverletzungen* sind keine Entdeckungen. Fälle einer culpa in contrahendo finden sich bereits in den Digesten und die von Staub entdeckte positive Vertragsverletzung und die insoweit ausgemachte Lücke im BGB beruhen auf einem Missverständnis, vgl. etwa H. Honsell, JR 1976, 361; JURA 1979, 184.

Einen beauty-contest mit den Natur- und Geisteswissenschaften könnte die Jurisprudenz nicht gewinnen. Sie hat keinen besonders guten Ruf und stößt nur auf geringes Interesse beim Publikum.

Da ich also nicht von juristischen Entdeckungen oder Erfindungen berichten kann, interpretiere ich meine Aufgabe so, dass ich versuche die österreichische Jurisprudenz des letzten Jahrhunderts in ihrer Eigenart zu beschreiben. Dann werden Vorzüge und Nachteile dieser Disziplin im europäischen Kontext deutlich. Am Ende werde ich dann über die Rezeption exzellenter Leistungen im Ausland berichten. Damit Ihre Erwartungen nicht zu hoch geschraubt werden, muss schon jetzt gesagt werden, dass diese Rezeption, aus den verschiedensten noch zu erörternden Gründen, nur sehr begrenzt stattfindet.

Nicht klar ist zunächst schon, ob die Jurisprudenz überhaupt eine Wissenschaft ist. Die Rechtsdogmatik, die sich mit dem geltenden Recht und seiner Anwendung befasst, ist jedenfalls keine Wissenschaft im strengen Sinne, wie die Mathematik oder die Physik. Es gibt kein geschlossenes System, keine Axiome und keine Ableitungszusammenhänge. Sie ist auch keine empirische Wissenschaft wie z.B. die Medizin, die Biologie oder die Geschichte. Gegenstand empirischer Forschung sind aber einige Nebenfächer, wie Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie.

Von den Naturwissenschaften unterscheidet sich Jura auch dadurch, dass Forschungsprojekte und Teamwork eine geringere Rolle spielen. Es steht nicht das systematische Erforschen bestimmter noch unerforschter Gebiete im Vordergrund, wie etwa die Entschlüsselung des humanen Genoms, sondern die Analyse und Kommentierung von juristischen Texten und Problemen und die Lösung von Einzelfällen. Die Rechtsanwendung ist in gewissem Sinne eine Kunst (*ars*)³ oder auch nur ein Handwerk (*techne*). Ein solches Kunsthandwerk betreibt man am besten allein. Viele Köche verderben den Brei. Kürzlich hat der St. Galler Ökonom Fredmund Malik eine Anzeigenkampagne gestartet, in der es hieß: „Beethoven hat seine 9. Symphonie auch nicht im Teamwork geschrieben.“ Die Forschung auf Grund eigener Interessen und Ideen hat sich bewährt und ist meist innovativer als eine wissenschaftliche Tätigkeit nach fremden Vorgaben.

Der Begriff der Forschung ist nicht auf die Naturwissenschaften beschränkt, auch wenn er im Sprachgebrauch des Publikums mehr mit die-

3 Diese Vorstellung reicht bis in die Antike zurück: Celsus, Digesten 1,1,1 pr.: *Ius est ars boni et aequi* – Recht ist die Kunst des Guten und Billigen. Die Konnotation ist nicht Produktwerbung, sondern der Gerechtigkeitsmaßstab ausgedrückt im Hendyadion des Billigen und Gerechten.

sen assoziiert wird als mit den Geisteswissenschaften. Das Recht ist ebenfalls Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten, welche man herkömmlich als Forschung bezeichnet.

Die Jurisprudenz gehört neben Philosophie, Medizin und Theologie seit dem Mittelalter zu den klassischen vier Fakultäten, schon deshalb kann man sie als Wissenschaft bezeichnen. Unter den vier Fakultäten ist allerdings auch die Theologie. Diese ist, was die dogmatischen Fächer anlangt, Zweifeln an ihrer Wissenschaftlichkeit noch stärker ausgesetzt; jedenfalls hat sie Ähnlichkeiten mit der Jurisprudenz insofern, als sie Glaubenssätze zum Gegenstand hat, sich mit Dogmen befasst. In der Jurisprudenz geht es um Überzeugung von Richtigkeit, um Meinungen und Regeln, die der Mehrheit einleuchten, es geht nicht um Erkenntnis von Wahrheit. Hier tut sich ein weites Feld von Streitfragen auf, zu denen es sogenannte herrschende Meinungen gibt. Während früher die Gelehrten die Autorität hatten (*communis opinio doctorum*), haben heute die Gerichte das Entscheidungsmonopol. Die herrschenden Meinungen werden von den Juristen oft auch Theorien genannt, ohne den Anforderungen eines wissenschaftlichen Theoriebegriffs zu genügen. Meinung bilden und überzeugen ist Aufgabe der Rhetorik, die seit dem Mittelalter Jahrhunderte lang im *Studium generale* des ersten Studienjahrs unterrichtet wurde. Sie kam seit dem Wissenschaftspositivismus des 19. Jahrhunderts (nicht zum ersten Mal,⁴ aber zu Unrecht) in Verruf und wurde schließlich an den Universitäten nicht mehr gelehrt. Jetzt glaubte man, dass es in den Parlamenten und Gerichtshöfen nur um die Wahrheit gehe, zu der die Rhetorik nichts beitragen könne. Heute ist Rhetorikunterricht wieder im Vordringen. Jurisprudenz ist zu einem guten Stück Rhetorik.

Bei dieser wenig glänzenden Ausgangslage wundert es nicht, dass es alte Tradition besitzt, den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz überhaupt zu leugnen. So wird noch heute Julius von Kirchmann zitiert, ein Richter am Kammergericht, der im Jahr 1848 in der juristischen Gesellschaft zu Berlin einen Vortrag gehalten hat über „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“.⁵ Dort fiel der berühmte Satz: „... drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“. Schwerlich kann eine Wissenschaft sein, was durch einen Federstrich des Gesetzgebers beseitigt werden kann. Aus diesem Dilemma heraus hat man die Wertfreiheit der Jurisprudenz gefordert und versucht, aus der Jurisprudenz ein deduktives System zu machen. Das war die Geburtsstunde des Positivismus.

⁴ Schon in der Antike hat man Kritik geübt, siehe dazu unten bei Fn 13.

⁵ Neudruck Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1956.

Bernhard Windscheid, der berühmte deutsche Pandektist hat den Satz geprägt: „Ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen ..., sind nicht Sache des Juristen als solchen.“⁶ Auch Max Weber postulierte die Wertfreiheit der Wissenschaft. Rechtswissenschaft sollte die Normen und die Methoden ihrer Auslegung ermitteln, nicht aber bewerten, ob die Normen richtig bzw. gerecht sind.

Nach Hans Kelsen sollte sich die Rechtswissenschaft allein mit dem positiven Recht befassen und nicht mit Rechtspolitik, Soziologie, Politikwissenschaft, Ethik etc. vermengt werden. Gegenstand der Reinen Rechtslehre sollte das Recht sein, wie es ist, und nicht das ideale, richtige Recht. So meinte man, aus der Jurisprudenz eine echte Wissenschaft mit einem geschlossenen System und ableitungsfähigen Begriffen mit verifizierbaren und falsifizierbaren Sätzen machen zu können. Dies geschah um den Preis eines Verzichts auf inhaltliche Richtigkeit, was zu einem mehr oder weniger sterilen System führte. Die alte Diskussion Positivismus versus Naturrecht lasse ich hier beiseite.⁷

Der Rechtspositivismus hat Gegenbewegungen hervorgerufen. Rudolf v. Jhering begründete die Interessenjurisprudenz, die nicht auf Begriffe abstellte, sondern auf die Interessen und Zwecke der Rechtsgenossen. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts entstand hieraus die Freirechtsschule (Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs). Gegenüber der These, dass sich jeder Fall durch einfache Subsumtion unter das Gesetz wertungsfrei lösen lasse, betonte Ehrlich,⁸ dass der Richter ein eigenverantwortliches Organ der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung sei, das zur freien Rechtsfindung im Rahmen der Gesetze befugt sei und nicht bloß, wie Montesquieu⁹ gesagt hat, „la bouche, que prononce la parole de la loi.“

Eine auffallende Besonderheit des österreichischen öffentlichen Rechts im Vergleich zu anderen kontinentaleuropäischen Ländern ist eine gewisse Tendenz zu dem eben skizzierten positivistischen Rechtsverständnis und zu einer engen Wortauslegung. Bevor wir näher auf die Zusammenhänge mit der Reinen Rechtslehre eingehen, sind zunächst die Grundzüge der Gesetzes-

6 B. Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hg. v. P. Oertmann (1904) 122.

7 Dazu H. Honsell, FS Koppensteiner (2001) 593.

8 Grundlegend sind die Werke von E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903); *Soziologie und Jurisprudenz* (1906); beide nachgedruckt 1987; derselbe, *Die juristische Logik* (2. Aufl. 1925, Neudruck 1966).

9 *L'esprit des lois* (1748).

auslegung zu skizzieren, damit Sie auch als Nichtjuristen diese Details besser verstehen können.

AUSLEGUNG UND ANWENDUNG DER GESETZE SEIT DER ANTIKE

Jurisprudenz hat es vor allem mit der Anwendung und Auslegung von Gesetzen zu tun. Die Geschichte dieser Auslegung ist alt und erst allmählich ist an die Stelle strenger Gesetzesbindung eine freiere Auslegung getreten. Die historische Entwicklung verlief vom Wortlaut zum Sinn.¹⁰ Die Ungerechtigkeit vieler Gesetze hängt eng mit der Buchstabenauslegung zusammen, wie sie primitiven und frühen Rechten mit ihrer magischen Bindung ans Wort eigen ist. Zum besseren Verständnis unseres Themas ist daher ein kurzer Exkurs über das antike Gesetzesverständnis notwendig.

In primitiven Rechtsordnungen kommt es nur auf den Wortlaut der gesetzlichen Ge- und Verbote an, nicht auf den Sinn. Die Gesetzesanwendung war in ihren antiken Anfängen geprägt durch ein geradezu sklavisches Haften am Wort, eine Buchstabentreue wie sie für Laien (und insbesondere für Laienrichter in Schwurgerichtshöfen) typisch ist. Daraus resultiert ein Gesetzespositivismus, der auch ungerechte Entscheidungen hinnimmt. Es war das Verdienst der griechischen Rhetorik, ein freieres Verhältnis zum Gesetz entwickelt zu haben.¹¹ Die Rhetorik war eine Kunstlehre zum Zwecke der Überzeugung in der Volksversammlung und vor den Gerichtshöfen. Man übte die Argumentation für die konträren Positionen eines Falles, also für beide Seiten, den Ankläger und den Angeklagten (in *utramque partem disputare*). Der berühmteste Redner, Protagoras v. Abdera, hielt es für die höchste Redekunst, der schlechteren Position zum Sieg verhelfen zu können (die schwächere Position zur stärkeren machen).¹² Diese Kunst, aus Schwarz Weiß zu machen, galt als Advokatenrabulistik und diese Fähigkeit geriet bald zum Vorwurf. Man hat ihn z.B. im Prozess gegen Sokrates¹³ erhoben.

10 Näher hierzu H. Honsell, FS Koppensteiner (2001) 593 und FS Kramer (2004) 193.

11 Zur Rolle der antiken Rhetorik siehe H. Honsell, FS Koppensteiner (2001) 593.

12 Protagoras bei Aristoteles Rhet. B 24, 1402a 23, vgl. Diels/Kranz, *Fragmente der Vorsokratiker* II 260.

13 Platon, Apol. 23d: „er lehrt sie (sc. die Jugend) die himmlischen und unterirdischen Erscheinungen und verleitet sie dazu, nicht an Götter zu glauben und die schwächere Sache zur stärkeren zu machen.“

Vor diesem Hintergrund wird das alte paradoxe Sprichwort verständlich: „*summum ius – summa iniuria*“¹⁴ (das höchste Recht ist das höchste Unrecht). Die Juristen galten als Wortverdrehler und waren nicht gut angesehen. Manch braver Mann schrieb in sein Testament: „*dolus malus abesto et iuris consultus*“¹⁵ – der letzte Wille solle ohne Arglist und ohne Hinzuziehung eines Juristen erfüllt werden. Diese Einschätzung des Juristen setzt sich über den Martin Luther zugeschriebenen Spruch „Gute Juristen böse Christen“ bis zum heutigen Tage fort. Namentlich die Auslegungskünste der Juristen sind dem Laien seit je suspekt. Goethe spottete in den *Zahmen Xenien*¹⁶ über die Juristen: „im Auslegen seid frisch und munter, legt ihr's nicht aus, so legt was unter“.

Ein zentraler Punkt in der Rhetorik war die Anwendung bzw. Auslegung von Gesetzen.¹⁷ Man hatte erkannt, dass zwischen dem Wortlaut einer Norm und ihrem Sinn (*rheton/dianoia – verba/voluntas* oder *scriptum/sententia*)¹⁸ ein Widerspruch bestehen konnte, wenn der Wortlaut ungenau oder das Gesetz lückenhaft oder zu weit gefasst war. Auch wenn ein Gesetz nicht a priori ungerecht war, konnte seine Anwendung zu Ungerechtigkeiten führen. Da der Gesetzgeber sich nicht alle Fälle vergegenwärtigen kann, gerät oft das abstrakte Gesetz mit dem praktischen Leben in Widerspruch. Der Antragsteller hat einen bestimmten Fall vor Augen, der sich ereignet hat und beantragt ein an sich plausibel begründetes Gesetz. Später können jedoch Fälle auftauchen, auf die das Gesetz nicht passt, entweder so, dass das Gesetz zu weit geht und in seiner abstrakten Formulierung nach dem Wortlaut Fälle erfasst, die nach dem Sinn des Gesetzes nicht erfasst werden sollen oder so, dass eine Lücke besteht, indem das Gesetz einen Fall nicht regelt, den es seinem Sinn nach regeln müsste. Die Argumente pro und contra, die man hier hauptsächlich verwenden konnte, waren auf der einen Seite die Rechtssicherheit (für den Wortlaut) auf der anderen die Gerechtigkeit (für den Sinn). Nun ging es der Rhetorik primär nicht um eine verbesserte Gesetzesanwendung oder gar um Gerechtigkeit, sondern durchaus opportunistisch, um die Möglichkeit für beide Positionen Argumente zur Verfügung zu stellen.

¹⁴ Dazu immer noch grundlegend Johannes Stroux, *Summum ius, summa iniuria* (1949); s. ferner H. Honsell, 1. FS Kaser (1976) 111, 114 f.; Eisser, in: *Summum ius, summa iniuria*, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät (1963) 1 ff.

¹⁵ Vgl. dazu D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike* (1973) 83 ff.

¹⁶ Goethe, *Zahme Xenien* II.

¹⁷ Vgl. etwa Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der röm. Juristen* (1967).

¹⁸ Die Begriffe *verba/voluntas – scriptum/sententia* bezeichnen den Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Auslegung. Die Auslegung von Gesetzen orientiert sich eher am objektiven Sinn, die von Verträgen eher am subjektiven Willen.

Nach Aristoteles¹⁹ darf das allgemein formulierte Gesetz, das die Vielfalt des Lebens unmöglich richtig und vollständig erfassen kann, ergänzt oder eingeschränkt werden. Heute nennen wir einen solchen Vorgang Analogie oder teleologische Restriktion. Die Auslegung nach dem Sinn, der *ratio legis*, ermöglicht eine vernünftige Rechtsanwendung, macht aber den Vorgang noch unsicherer. Je weiter man sich im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit vom Wortlaut entfernt, umso mehr wird die Rechtssicherheit beeinträchtigt. Das Postulat der Rechtssicherheit war seit jeher das Argument im Kampf gegen eine freiere Auslegung.

Die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts, die sich am Wissenschaftspositivismus anderer Disziplinen orientierte, versuchte ein geschlossenes hierarchisches System des Rechts mit ableitungsfähigen Begriffen. Die Rechtsanwendung dachte man sich einfach, als Subsumtion des Sachverhalts unter die abstrakten Gesetzesbegriffe in der Form des Syllogismus, also eines deduktiven Schlusses vom Allgemeinen zum Besonderen. Damit verband man die Vorstellung, dass jedes Gesetz insofern vollständig sei, als die vom Gesetz nicht geregelten Fälle einfach abzuweisen sind. Alle Klagen, für die man im Gesetz keine Antwort findet, werden abgewiesen. Das war die Lehre vom sogenannten negativen Satz. Ein Beispiel soll das erläutern: In einem Park ist auf der Grünfläche ein Schild angebracht „Betreten des Rasens verboten“. Darf man dann Rad fahren? – Eigentlich ja, denn fahren ist nicht betreten. Der Gesetzgeber müsste auch das Fahren verbieten. Eine Alternative zur Aufzählung von Einzeltatbeständen wäre eine richtig getroffene Abstraktion, wie wir sie auf englischem Rasen finden, wo es einfach heißt „keep out of grass.“ Positivisten finden nichts dabei, wenn Betreten verboten ist, nicht aber Befahren. Eine rationale Ordnung moderner Steuerung durch Gesetze kann jedoch derart sinnwidrige Ergebnisse nicht akzeptieren. Weil der Gesetzgeber oft nicht die richtige allgemeine Formulierung trifft, weil er aber auch bei der größten Perfektion nicht in der Lage wäre, alle künftigen Fälle vorausschauend richtig zu regeln, kann man beim Wortlaut nicht stehen bleiben, sondern muss auf den Sinn und Zweck der Regelung zurückgreifen.

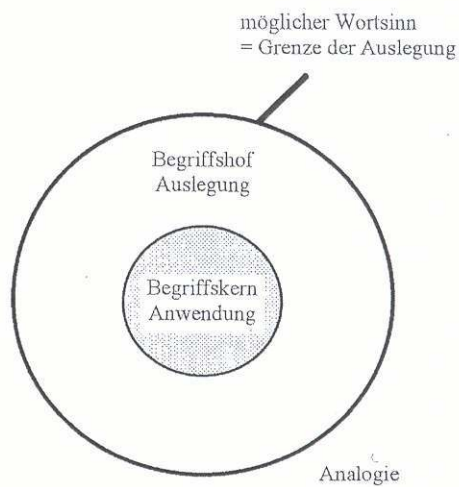
Gegenüber dem Positivismus hat sich seit langem die teleologische Auslegung durchgesetzt, die bei Lücken des Gesetzes Analogien zulässt. Die Analogie, griechisch „*analogía*“ – ist die Proportionalität, Entsprechung. Etwas verhält sich analog also gleich oder entsprechend, zu etwas anderem, es bildet also eine Analogie, man kann durch Analogieschlüsse Erkenntnisse gewinnen. Die Analogie im Sinne einer juristischen Argumentationsfigur ist

¹⁹ Aristoteles, Nik. Eth. 1137b.

ein Wahrscheinlichkeitsurteil, ein induktiver Schluss vom Besonderen zum Allgemeinen, eine Methode des Vergleichens, die, anders als die Deduktion, keine sicheren Schlüsse zulässt, sondern nur wahrscheinliche oder – in einer Wertungswissenschaft wie der Jurisprudenz – mehr oder weniger überzeugende. Deswegen hat man sie nicht selten als unwissenschaftlich abgetan.²⁰

Den Zusammenhang zwischen Auslegung und Analogie zeigt folgendes Schaubild:

3-Bereiche-Modell der Auslegung



Wenn Befahren nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht unter Betreten fällt, muss man das Verbot doch analog anwenden. Oder ein anderes Beispiel: Statuiert ein Eisenbahngesetz eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für Schäden, die beim Bahnbetrieb entstehen, so muss dies auch für Seilbahnen gelten, weil diese noch gefährlicher sind, auch wenn eine Seilbahn nicht unter den Begriff der Eisenbahn fällt.

²⁰ S. dazu die Nachweise bei H. Honsell, FS Kramer (2004) 193 Fn 2.

DIE REINE RECHTSLEHRE

Einer der bedeutendsten Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts war Hans Kelsen. Er hat seine Reine Rechtslehre²¹ in Reaktion auf die Freirechtsschule Ehrlichs entwickelt.²² Ehrlich war einer der Begründer der Rechtssoziologie. Kelsens Begriff der Rechtswissenschaft orientierte sich am Wissenschaftsbegriff der Naturwissenschaften, also an einer exakten Wissenschaft, der jedoch, wie wir schon eingangs gesehen haben, für die Jurisprudenz nicht brauchbar war.

Die „Reinen Rechtslehre“ ist eine „von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte“ Rechtstheorie. Soziologie, Ethik und Politik haben hier keinen Platz. In der Tradition der positivistischen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bestand für Kelsen die Aufgabe der Jurisprudenz „ausschließlich und allein darin, das positive Recht zu beschreiben, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber, wie es sein soll.“ Sein und Sollen sind danach ebenso strikt zu trennen wie Recht und Politik. Nur so sei es möglich, „von der eingewurzelten Gewohnheit abzugehen, im Namen der Wissenschaft vom Recht, unter Berufung also auf eine objektive Instanz, politische Forderungen zu vertreten.“ Die Bindung des Richters ans Gesetz sollte möglichst eng,²³ die Auslegung auf Wortlaut des Gesetzes und Wille des Gesetzgebers beschränkt sein.²⁴ Kelsen plädiert für den „königlichen Gesetzgeber“ und gegen den „Richterkönig“.²⁵ Ehrlich und Kantorowicz sahen es umgekehrt.

Das sympathische, aber doch etwas naive Anliegen dieser Theorie war es, aus der Jurisprudenz eine exakte Wissenschaft mit ableitungsfähigen Begriffen zu machen. Neben der strikten Trennung von Sollen und Sein war es vor allem die Lehre von der Verfassung als Grundnorm und die von dem Kelsen-Schüler Merkl weiterentwickelte Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, die das Verfassungsverständnis auch im Ausland beeinflusst hat. Diese Lehre

21 Reine Rechtslehre (1931).

22 Vgl. ARSP 1915, 839; dazu Ehrlich ARSP 1916, 844, Kelsen ARSP 1916, 850 Ehrlich ARSP 1916/17, 609 und Kelsen ARSP 1916/17, 611.

23 Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* (1931) 24.

24 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2. Aufl. 1964) 346 ff.; restriktiv auch R. Walter in: R. Walter/Jablonek/Zeleny, *30 Jahre Kelsen-Institut* (2003) 79, 84; ders., *Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre*. In: FS Klug (1983) 187, 194 ff.; H. Mayer, *Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre*. In: *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre* (1992) 60, 67 ff. Sowohl Walter als auch Mayer sind freilich darin einig, dass sich bei Kelsen keine vollständige Theorie der Interpretation findet.

25 AaO. 27.

geht von einer Normenhierarchie aus: Verfassung – Gesetz – Verordnung – Verwaltungsakt / Urteil.²⁶

Kelsens Theorie, heute auch als „Wiener Schule“ oder „Kritischer Positivismus“ bekannt, fand zahlreiche Anhänger, unter ihnen namentlich die Kelsen-Schüler Merkl und anfangs auch Verdroß. Heute werden dazu gezählt Robert Walter, Kurt Ringhofer, Clemens Jabloner, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, René Laurer, Heinz Mayer, Rudolf Thienel, Gerhart Wielinger.²⁷

DIE NACHWIRKUNGEN DER REINEN RECHTSLEHRE IM ÖFFENTLICHEN RECHT

Wegen des Anscheins von Gesetzestreue, die eine strikte Interpretation für sich hat und der Faszination, die von einer reinen und exakten Wissenschaft ausgeht, die von fremden Elementen gereinigt, deduktiv und systematisch ist, hat die Reine Rechtslehre namentlich im öffentlichen Recht bis heute Nachwirkungen, die Kelsen, dem es mehr um eine Rechtstheorie als um die praktische Anwendung ging, so vielleicht gar nicht gewollt hätte. Hierzu gehören die „enge Wortauslegung“, die Beschränkung der Auslegungskriterien, insbesondere durch Ablehnung der teleologischen Interpretation²⁸ sowie das vom Verwaltungsgerichtshof (VwGH) immer noch postulierte „Analogieverbot“. Die Ablehnung einer teleologischen Interpretation spiegelt sich auch in der „Versteinierungstheorie“ wider, die postuliert, dass Verfassungsnormen nur in dem Sinne ausgelegt werden dürfen, wie sie in ihrer Entstehungszeit verstanden wurden.

In dieses Bild passt auch die erstaunliche These des VwGH, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht nicht gilt, denn, so der VwGH, „Rechtsrichtigkeit gehe dem Grundsatz von Treu und Glauben stets vor“;²⁹ soll heißen: Das Gesetz muss angewandt werden, auch wenn

26 Adolf Julius Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*. In: FS Kelsen (1931) 252 ff.

27 Diese Aufzählung ist Jabloner/Walter, *Kelsen – Rechtstheoretiker* entnommen, s. <http://scienceexile.coresearch.org/themen>, 11.11.2005.

28 Vgl. etwa R. Walter, FS Klug I (1983) 187, 197 Fn 31, wo die objektiv-teleologische Interpretation als „unakzeptabel“ bezeichnet wird; kritisch Tomandl, *Rechtsstaat Österreich* (1997) 14 ff.; Öhlinger ZVR 1978, 257, 258.

29 VwSlgNF (Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofs, Amtliche Sammlung) 6166F, VwSlgNF 12.036A; weitere Nw. bei Mayer, Kurzkomm. B-VG Anm. II 1.

dies zu einer Verletzung von Treu und Glauben führt. Treu und Glauben ist aber im Grunde nichts anderes als das Vertrauensprinzip und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Diese werden jedoch heute auch im öffentlichen Recht in weitem Umfang anerkannt. Der Schweizer Gesetzgeber hat in der revidierten Verfassung von 2000 das Prinzip von Treu und Glauben in Art. 5 neben der Rechtsstaatlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu den drei wichtigsten Grundsätzen staatlichen Handelns gemacht und in Art. 9 wiederholt, dass jedermann von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu behandeln ist.

Das Analogieverbot wird vor dem Hintergrund der Forderung nach Klarheit und Bestimmtheit des Gesetzes verständlich: Die Handlungsfreiheit des Bürgers sollte nur auf einer klaren gesetzlichen Grundlage einschränkbar sein. Im Besonderen Teil des Strafrechts bei den einzelnen Straftatbeständen ist das noch heute so. Das besagt der Satz „nulla poena sine lege clara et certa“. Weil man glaubte, elektrischen Strom nicht unter den Diebstahlsparagrafen subsumieren zu können (Wegnahme einer fremden beweglichen Sache) hat man in allen deutschsprachigen Ländern eigene Tatbestände des Stromdiebstahls eingeführt. § 132 StGB A: „Wer ... aus einer Anlage, die der Gewinnung, Umformung, Zuführung oder Speicherung von Energie dient, Energie entzieht ...“. § 248c, StGB D: „Wer einer elektrischen Anlage oder Einrichtung fremde elektrische Energie mittels eines Leiters entzieht, der zur ordnungsmäßigen Entnahme von Energie aus der Anlage oder Einrichtung nicht bestimmt ist,“. Diese Formulierungen sind unbeholfen und umständlich, denn es ist weder nötig zu sagen, wo die Energie entzogen wird, noch wie. Es hätte genügt, einfach zu normieren: wer elektrische Energie entzieht Art. 142 StGB CH ist besser formuliert, dort heißt es „Wer einer Anlage, die zur Verwertung von Naturkräften dient, namentlich einer elektrischen Anlage, unrechtmäßig Energie entzieht ...“.

Ansonsten hilft man sich mit einer extensiven Auslegung, deren Grenze zur Analogie nicht klar zu ziehen ist. So hat das deutsche Reichsgericht einen Damenschuh mit Bleistiftabsatz oder eine glühende Herdplatte als „gefährliches Werkzeug“ qualifiziert und die Täterin wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt, ohne sich durch das Analogieverbot gehindert zu fühlen. Dies nur, weil es in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB D heißt: „Wer die Körperverletzung ... 2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen *Werkzeugs* ... begeht“. Ein Werkzeug ist aber nach allgemeinem Sprachgebrauch z.B. ein Hammer, ein Schraubenzieher usw., aber nicht ein Damenschuh mit Bleistiftabsatz. In Österreich und der Schweiz hat man diesen Fehler vermieden, weil dort statt *Werkzeug* abstrakte Begriffe verwen-

det werden wie *Mittel* oder *Gegenstand* (§ 84 Abs. 2 Nr. 1 StGB A, Art. 123 Nr. 2 StGB CH).

Ähnlich plädiert man bei allen staatlichen Eingriffsgesetzen, namentlich im Steuerrecht, für ein Analogieverbot. Dass aber auch im weiten Bereich der staatlichen Verwaltung und des Gesetzesvollzugs jede Analogie unzulässig sei, kann nicht überzeugen. Zunehmend wird das auch im österreichischen Verwaltungsrecht anerkannt, doch sind die Nachwirkungen des Positivismus und der Reinen Rechtslehre immer noch spürbar. Dass zwischen der radikalen Kritik Kelsens an den traditionellen Auslegungsmethoden und dem österreichischen Gesetzespositivismus ein Zusammenhang besteht, ist nicht zu leugnen.³⁰

Teile der Wissenschaft und namentlich die Rechtsprechung des VwGH beschränken den Auslegungskanon und anerkennen praktisch nur die Auslegung nach dem Wortlaut und nach dem historischen Verständnis des Gesetzgebers, misstrauen der teleologischen Interpretation und halten mehr oder weniger am Analogieverbot fest. Dies gilt für die Judikatur aber zum Teil auch für Wissenschaftler, die Anhänger der Reinen Rechtslehre sind. Positiv hebt sich die jüngere Generation der Öffentlichrechtler ab, etwa Korinek,³¹ Funk, Öhlinger und Berka,³² die alle Auslegungskriterien zulassen und insbesondere auch eine moderne Grundrechtsinterpretation begründet haben.

Ein letzter Aspekt der engen Gesetzesbindung ist ein extremer Legalismus, die strikte Geltung des Legalitätsprinzips von Art. 18 B-VG,³³ dessen Urheber wiederum Kelsen war.

Das Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG besagt, „dass die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf“. Das Verständnis des Legalitätsprinzips basiert auf der Gewaltenteilung Montesquieus und verlangt nicht nur eine strenge Bindung der Verwaltung an das Gesetz, sondern auch eine Verpflichtung des Gesetzgebers, das Handeln der Verwaltung genau zu determinieren. Die Verwaltung wird dadurch zum bloßen Gesetzesvollzug. Übertriebene Anforderungen an diese gesetzliche Determinierung führen zu einer grotesken Übermaßregelung und der

³⁰ Vgl. Öhlinger, Vortrag v. 20.3. 2003, <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-oehlinger/php/get.php?id=143>; Tomandl, *Rechtsstaat Österreich* (1997) 169 f.

³¹ Vgl. etwa Korinek, *Zur Interpretation von Verfassungsrecht*, FS R. Walter (1991) 363 ff. S. ferner den Sammelband Korinek, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit* (2000).

³² Die Grundrechte (1999) Rn 118 ff.

³³ S. Mayer, KurzKomm. B-VG Art. 18 Anm. I; Walter/Mayer, *Grundriß des Bundesverfassungsrechts* (9. Aufl. 2000) Rn 569; aus der Jud. s. zuletzt Erkenntnis v. 23. 1. 2004 Zl. G 379/02-18.

gesetzlichen Normierung einer uferlosen Kasuistik. Die Folge sind viel zu detaillierte Gesetze und eine Unzahl von Verordnungen. Staatliches Handeln ist außerhalb einer auf Gesetz beruhenden Verordnung überhaupt nicht denkbar. Deshalb kann z.B. in Österreich kein Kilometer Straße gebaut werden, ohne dass zuvor in einer Verordnung der genaue Straßenverlauf usw. festgelegt wird.

Es liegt auf der Hand, dass es unsinnig ist, Pläne über einen Straßenverlauf in schlechtes Amtsdeutsch zu übersetzen, nur um sie ins Gesetzblatt schreiben zu können. Doch hält man das für unabdingbar. Es gilt gewissermaßen das Motto: „quod non est in lege non est in mundo“, was nicht in einem Gesetz steht, existiert nicht. Sobald ein kleines Teilstück einer Straße gebaut ist, schreiten die Beamten des Ministeriums zur Tat und verfassen Verordnungstexte ohne welche die Straße nicht existieren kann, welche sie gewissermaßen juristisch erzeugen.³⁴ Abgesehen davon, dass niemand versteht, wieso es nötig sein soll, neben der Verordnung für die neue Straße auch noch die Umlegung der alten Straße und ihre anschließende Auffassung zu verordnen, ist das ganze insofern eine Farce, als diese Übung oft erst gemacht wird, wenn die Straße längst gebaut oder jedenfalls geplant ist. Mit anderen Worten: Das Leben folgt nicht dem Gesetzesbefehl, sondern dieser läuft den Fakten hinterher und meist bestellt sich die Exekutive den Gesetzestext bei der Legislative. Das Beispiel ist kein Einzelfall, es gibt unzählige.

Der Gesetzgeber hat z.B. eine Bestimmung über den Bundesadler in die Verfassung aufgenommen, die eine heraldische Beschreibung des fertigen Wappens ist.³⁵ Für eine solche Beschreibung hätte eine Bekanntmachung

³⁴ Eine Leseprobe macht den Nonsens deutlich: z.B. BGBl 1969 II Nr.312 mit der Überschrift: „Verordnung des Bundesministers für Bauten und Technik v. 2. August 1969, mit der Teile der Ennstal Straße und der Schoberpaß Straße auf neu hergestellte Straßenteilstücke umgelegt und die bisherigen Straßenteilstücke als Bundesstraße aufgelassen sowie Teile der Radlpaß Straße und der Wechsel Straße auf neu herzustellende Straßentrassen umgelegt werden.“ Unter Ziffer 3 heißt es beispielsweise: „Das Straßenteilstück der Radlpaß Straße im Bereich der Gemeinde Stainz wird von km 11,800 (alt) bis km 14,200 (alt) auf die Straßentrasse von km 11,800 (alt) in südlicher Richtung verlaufend, am Bahnhof Stainz vorbeiführend, die Trasse der alten Radlpaß Straße zirka 180 m südlich der Abzweigung der Gaiß-Stams-Laßnitzer Landesstraße überschneidend und von dort in einer Entfernung von zirka 25 m parallel zu dieser verlaufend und bei km 14,200 (alt) wieder in die Radlpaß Straße einbindend umgelegt.“ – Heute sind Sprache und Legistik nur wenig besser, doch lässt man immerhin Verweise auf Pläne zu.

³⁵ Art. 8a B-VG Abs. 2: „Das Wappen der Republik Österreich (Bundeswappen) besteht aus einem freischwebenden, einköpfigen, schwarzen, golden gewaffneten und rot bezungen Adler, dessen Brust mit einem roten, von einem silbernen Querbalken durch-

genügt. Schreibt man sie in die Verfassung, so sind Änderungen nur mit 2/3 Mehrheit möglich. Eine gewisse Ironie ist es, dass die Beschreibung unvollständig ist und außerdem mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Unvollständig ist sie, weil nicht gesagt wird, in welche Richtung der Adler schaut. Auf dem im Bundesgesetz über das Staatswappen beigefügten Bild blickt er (vom Bild aus gesehen) nach rechts. Im Text steht darüber nichts. Vielleicht ist das eine Freud'sche Fehlleistung in Reminiszenz an den Doppeladler, der nach beiden Richtungen schaute. Das Wappen wird aber auch nicht verwendet wie beschrieben: Der Querbalken auf dem roten Schild ist nach dem Gesetzesbefehl silbern. Man findet jedoch auf der Brust des Adlers fast immer die Farben Österreichs, also rot-weiß-rot.

In Deutschland hat man sich mit einer Bekanntmachung des Bundespräsidenten begnügt.³⁶ „Das Bundeswappen auf goldgelbem Grund zeigt den einköpfigen schwarzen Adler, den Kopf nach rechts gewendet, die Flügel offen, aber mit geschlossenem Gefieder, Schnabel, Zunge und Fänge von roter Farbe.“ Hier wird also immerhin die Blickrichtung angegeben. Der Hinweis auf die Einköpfigkeit ist eine überflüssige Reminiszenz an Österreich, denn der deutsche Reichsadler war immer einköpfig. Es ist offenbar schwierig, ein Wappen zu beschreiben. Deshalb verweist die deutsche Beschreibung auf eine Musterzeichnung.

Das größere Problem der Gesetzgebung ist es indes, dass eine in die Zukunft vorausschauende, abstrahierende allgemeine Regelung den menschlichen Verstand und die Vorstellungskraft meist weit überfordert. Die Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber (Parlament) und Verordnungsgeber (Exekutive) führt zu einer ungeheuren Bürokratie, ständigen Änderungen und Anpassungen, eröffnet eine Unzahl von Friktionen und Reibungsverlusten und führt nicht selten zu gänzlich unsinnigen Regelungen. Ich erspare Ihnen weitere Beispiele. Die Gesetzblätter sind voll davon.

Paradox ist, dass die Politik seit den Siebzigerjahren Entbürokratisierung und Deregulierung verlangt. Doch ist nichts passiert. Solange man den überzogenen Legalismus nicht aufgibt, ist dies auch schwer möglich.

zogenen Schild belegt ist. Der Adler trägt auf seinem Haupt eine goldene Mauerkrone mit drei sichtbaren Zinnen. Die beiden Fänge umschließt eine gesprengte Eisenkette. Er trägt im rechten Fang eine goldene Sichel mit einwärts gekehrter Schneide, im linken Fang einen goldenen Hammer“. Hammer und Sichel sind natürlich keine kommunistischen Embleme, sondern symbolisieren Arbeiter und Bauern; sie ersetzen die Reichsinsignien (Reichsschwert und Reichsapfel) des Doppeladlers. Die gesprengten Ketten hat man erst in der 2. Republik hinzugefügt.

³⁶ Bekanntmachung betreffend das Bundeswappen und den Bundesadler vom 20. Januar 1950, BGBl. I 26.

Im Österreich-Konvent wurde eine Lockerung des Legalitätsprinzips diskutiert.³⁷ Indessen wird sich kaum etwas ändern, solange die große Mehrheit der Verfassungsjuristen den Gesetzesvorbehalt unter Hinweis auf das Rechtsstaatsprinzip und die Rechtssicherheit verteidigt. Gestatten Sie bei dieser Gelegenheit ein paar Worte über die Verfassung, deren Reform nicht zustande kommt.

Die heutige Verfassung ist ein Flickwerk mit vielen kleinsten Details, namentlich im Bereich der Kompetenzverteilung. Die Grundrechte stehen immer noch im Staatsgrundgesetz von 1867. Vor allem aber ist es ein österreichisches Kuriosum, dass sich Verfassungsbestimmungen nicht nur in der Verfassung finden, sondern überall verstreut in einfachen Gesetzen. Meist hat man solche Bestimmungen, die als Verfassungsänderung oder Ergänzung eine Zweidrittelmehrheit benötigen, in der Zeit der großen Koalition erlassen, um in einer bestimmten Frage den Verfassungsgerichtshof auszuschalten. Der Österreich-Konvent mit 80 Mitgliedern hat nicht zu einer neuen, schlankeren Verfassung geführt. Auch für die Gesetzgebung gilt nämlich der Satz, dass viele Köche den Brei verderben. Die Schweiz dagegen hat diese Aufgabe gemeistert. Die alte Verfassung, die die absurdesten Details enthielt, vom Jesuitenverbot bis zur Steuerkompetenz für Absinth oder Enzianschnaps, ist durch eine moderne Verfassung ersetzt worden.³⁸

Nach dem wir einiges Negative über die Reine Rechtslehre gehört haben, zum Schluss etwas Positives: Kelsen hatte auch maßgeblichen Einfluss auf die Verfassungsgerichtsbarkeit.³⁹ Hier deckt sich der traditionelle österreichische Gesetzespositivismus mit Kelsens „judicial self-restraint“. So wurde die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit vor den Irrwegen bewahrt, die das deutsche Bundesverfassungsgericht und der US-amerikanische Supreme Court eingeschlagen haben. Ich lasse den Supreme Court hier beiseite. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat jede Selbstbeschränkung aufgegeben und macht ungeniert Politik. Es leitet heute aus mehr oder weniger programmatischen und deklamatorischen Grundrechten jedes beliebige Detail ab: Aus der Wissenschaftsfreiheit die Unzulässigkeit der Mitbestimmung von Assistenten,

37 Dazu Stolzlechner in: Berka/Schäffer/Stolzlechner/Wiederin (Hg.), *Verfassungsreform* (2004) 49 ff., der nur geringen Reformbedarf ausmacht; gegen eine Lockerung H. Mayer http://www.demokratiezentrum.org/pdfs/mayer_verfassung.pdf 11.11.2005. 12.10.2005 mit der nicht überzeugenden Befürchtung einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit.

38 Zu finden unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/1/101.de.pdf> 11.11.2005.

39 Öhlinger, *Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit*. In: Funk u.a. (Hg.), FS Adamovich (2002) 581, 592 f.

aus der Menschenwürde das Verbot der Fristenlösung oder das zwingende Gebot einer Geldentschädigung für Ehrverletzung, aus der Eigentumsgarantie den Umfang der Gewinnbeteiligung von Lebensversicherungen usw. Das hat mit Auslegung oder Analogie nichts mehr zu tun. Es geht überhaupt nicht um Gesetzesanwendung, sondern um Streitentscheidung unter Berufung auf die Verfassung, wobei die Normenkontrolle ganz im Vordergrund steht.⁴⁰ Es handelt sich um ein Entscheidungsmonopol, das dem Demokratieprinzip widerspricht. Das Gericht bezeichnet sein Verfahren als „Konkretisierung einer Wertordnung“. Das ist nur eine Scheinlegitimierung.⁴¹ Für Kelsen war eine solche Verfassungsgerichtsbarkeit, welche die Grenzen der Jurisdiktion missachtet und politische Entscheidungen usurpiert, undenkbar. Er war auch der Aufnahme allgemeiner und abstrakter Grundsätze abhold, die zu beliebigen Entscheidungen hätten führen können. So ist das B-VG eine nüchterne Verfassung ohne große Worte. Angeblich beanstandete Kelsen bei den Verfassungsarbeiten sogar den Art. 1 S. 1 (Österreich ist eine demokratische Republik) wegen seines programmatischen Charakters, worauf Renner

⁴⁰ Deutschland hat zwar im Gegensatz zu Österreich auch eine Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff. BVfGG). Hier besteht jedoch ein Vorprüfungsverfahren nach § 24 BVfGG, indem die meisten Beschwerden als „offensichtlich unbegründet“ a limine abgewiesen werden. BVfGE 82, 316, 319 hat dazu die absurde These aufgestellt, dass eine Beschwerde auch dann offensichtlich unbegründet sein könne, wenn das nicht auf der Hand liegt, sondern sich erst aufgrund einer eingehenden Prüfung ergibt. Von 1951 bis 2001 gab es 131.445 Verfassungsbeschwerden, die ganz überwiegend nicht zur Entscheidung angenommen wurden. Nur 2,5% waren erfolgreich, vgl. www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20040205_2bv11.11.2005.

⁴¹ Bezeichnend etwa der ehemalige Bundesverfassungsrichter Böckenförde (NJW 1999, 9, 12 f.), der die Methode des BVerfG so beschreibt: „Zum einen enthält die Verfassung in ihrem materiellen Teil, insbesondere in den Grundrechten, weithin Prinzipien oder Grundsatzregelungen. Sie sind durch weite oder inhaltliche Unbestimmtheit gekennzeichnet. Interpretation tendiert hier dazu, in Konkretisierung überzugehen: Sie geht über die Inhalts- und Sinnermittlung von etwas Vorgegebenem hinaus, schreitet fort zur – auch schöpferischen – Festlegung von etwas nur der Richtung oder dem Prinzip nach Festgelegtem, das im Übrigen offen ist. Es wird, um als Entscheidungsmaßstab verwendbar zu sein, einer gestaltenden Ver-Bestimmung (sic!) zugeführt (Konkretisierung). Auf diese Weise wird der Inhalt der Verfassung zunehmend ange-reichert, eben ver-bestimmt, und diese Anreicherung nimmt am Vorrang der Verfassung teil.“ Schon die seltsame Terminologie macht deutlich, dass der legitime Bereich verfassungsrichterlicher Nachprüfung verlassen ist und die Auslegung nur noch als Feigenblatt einer schlecht verhüllten, politisch motivierten Rechtssetzung fungiert. Die Machtfülle eines solchen Auslegungsmonopols hätte selbst einen römischen Pontifex vor Neid erblassen lassen.

geantwortet haben soll: «Herr Professor, Sie haben Recht, aber irgend etwas Schönes soll doch auch in der Verfassung stehen⁴².»

In der Tat ist man, wie das abschreckende deutsche Beispiel zeigt, schnell bei einer unbegrenzten Auslegung und blanker politischer Deziision. Insofern sind die Mahnungen vor einer zu weiten Grundrechtsauslegung durchaus angebracht und der Verfassungsgerichtshof übt sich im Normalfall in weiser Zurückhaltung. Im Jahre 1928 hielt der Verfassungsgerichtshof, dem damals Kelsen angehörte, sogar die Beschränkungen des Eigentums durch das Mietengesetz für eine politische, gerichtlich nicht überprüfbare Entscheidung.⁴³ Das geht sicher zu weit, gilt aber heute noch. Ansonsten werden die Grenzen der Verfassungsinterpretation heute deutlich weiter gezogen, wobei freilich der österreichische Verfassungsgerichtshof bei weitem mehr judicial self-restraint walten lässt als das deutsche Bundesverfassungsgericht. So hat man in Wien nicht selten im gegenteiligen Sinn entschieden wie Karlsruhe und z.B. die Drittelparität an der Universität ebenso passieren lassen wie die Fristenlösung bei der Abtreibung.

BEISPIELE GEGLÜCKTER GESETZGEBUNG IM ÖFFENTLICHEN RECHT UND IM PRIVATRECHT

Ungeachtet der teilweise etwas altertümlichen Besonderheiten des österreichischen Gesetzesverständnisses und Verfassungsrechts gibt es natürlich zahlreiche moderne österreichische Gesetze, die vorbildlich sind: Wegweisend war etwa das Gewaltschutzgesetz aus dem Jahre 1997 zum Schutz von Frauen und Kindern vor Gewalt in der Familie. Dieses Gesetz war Vorbild für Regelungen in Deutschland und der Schweiz.

Ein anderes Beispiel ist das neue Tierschutzgesetz, in Kraft seit 1.1.2005; es definiert Tierschutz als Schutz des Lebens und des Wohlbefindens der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf. ... Das Wohlbefinden eines Tieres kommt in der „Befriedigung seiner Bedürfnisse und der Abwesenheit von Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwerer Angst zum Ausdruck.“ Das Gesetz enthält auch konkrete Vorschriften, indem es etwa eine ständige Anbindehaltung von Kühen in Zukunft ebenso verbietet wie die Käfighaltung von Legehennen.

⁴² Erzählt von R. Walter in der Wiener Zeitung online www.wienerzeitung.at/linkmap/personen/kelsen.htm, gesehen am 14.10.2005.

⁴³ VfSlg. 1123. An dieser bis heute gültigen Entscheidung aus dem Jahre 1928 war Kelsen beteiligt.

Vorbildlich ist die Regelung der Organentnahme und der Transplantation (§ 62 Bundeskrankenanstaltengesetz, B-KAG). Österreich ist eines der wenigen Länder mit einer Widerspruchslösung. Zur Organentnahme wird also nicht die Zustimmung naher Angehöriger benötigt. Denn diese sind, wenn ihnen gleichzeitig mit der Nachricht des Todes die Bitte um eine Organentnahme vorgelegt wird, in aller Regel überfordert. Die österreichische Regelung ist europaweit singulär.⁴⁴ Sie verwirklicht die Grundsätze der Humanität und Solidarität und führt zu einer Verbesserung des Angebots von Organen, was insbesondere bei Nieren für viele Patienten überlebenswichtig ist. Zahlreiche Patienten sterben nach jahrelangem, vergeblichen Warten auf ein Organ.

Nicht selten ist es auch so, dass ein wesentlicher Fortschritt in der Gesetzgebung darin besteht, dass altes, verfehltes Recht aufgehoben wird. Dies gilt etwa für die Abschaffung der Strafbarkeit der fahrlässigen Krida (§ 156 StGB alt). Früher wurde bestraft, wer leichtfertig in Konkurs fiel. Das hat die Bereitschaft, sich selbständig zu machen, stark eingeschränkt. Es gab dazu auch Urteile des Obersten Gerichtshofs, die z.B. besagten, dass es strafbar sei, ein Unternehmen mit zu geringem Eigenkapital zu starten.⁴⁵ Doch in Wahrheit gibt es keine allgemeingültigen Regeln über das Verhältnis von Fremd- und Eigenkapital.⁴⁶

Ein anderes Beispiel, das hoffen lässt ist die Lockerung des Mietengesetzes. Der Gesetzgeber hatte in der Zeit des Ersten Weltkriegs ein Notmietrecht eingeführt, in dem der Mietzins („Kronenmiete“) eingefroren und die Kündigung von Mietverträgen durch den Vermieter ausgeschlossen wurde. Weiter hat man befristete Mietverträge weitgehend verboten. Der Gesetzgeber hat die Befristung jetzt wenigstens pro futuro zugelassen und damit der Wohnungswirtschaft ein Stück Privatautonomie zurückgegeben.

⁴⁴ Lediglich Spanien hat ebenfalls eine Widerspruchslösung. In allen anderen Ländern wird die Zustimmung des Spenders zu Lebzeiten oder die Zustimmung der Angehörigen verlangt.

⁴⁵ Vgl. dazu Honsell, GesRZ 1984, 134, 207; GesRZ 1987, 173.

⁴⁶ Honsell aaO.

FORTSCHRITTE DER RECHTSWISSENSCHAFT IN DER ZWEITEN HÄLFTE
DES 20. JAHRHUNDERTS

Sowohl Lehre als auch Forschung haben in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg einen erstaunlichen Aufschwung genommen. Dies kann man bereits an der Zahl der Kommentare, Lehrbücher und juristischen Zeitschriften ablesen, die sich signifikant erhöht hat. Gab es früher z.B. im Privatrecht an Kommentaren nur das magere Erläuterungsbuch von Kapfer und den umfangreichen, in viele Hefte zersplitterten Kommentar von Klang, so finden wir heute die Kommentare von Rummel und Schwimann und Großkommentare zum Aktiengesetz von P. Doralt zum GmbHG von Koppensteiner usw., die vergleichbaren Kommentaren im Ausland in nichts nachstehen. Auch gibt es eine große Zahl von Lehrbüchern. Wenn man im Bereich des Privatrechts bleibt, ist neben und vor vielem anderen das Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von Koziol und Welser zu nennen, daneben Lehrbücher von Krejci, Bydlinski und Apathy (Hrsg.), Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Verglichen dazu gab es in den Fünfzigerjahren im Wesentlichen nur die Grundrisse von Gschnitzer, Ehrenzweig und Karl Wolf.

Einfluss der österreichischen Rechtswissenschaft auf Europa?

Auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre war es – ungeachtet der geäußerten Kritik – zweifellos die Reine Rechtslehre und die Wiener Schule welche im Ausland die meiste Beachtung gefunden hat. Kelsens Hauptwerk wurde im Ausland viel diskutiert und in zahlreiche Sprachen übersetzt, darunter ins Italienische, Spanische und Portugiesische, ja sogar ins Japanische und Koreanische. Ähnlich erfolgreich war die von Julius Mehl entwickelte Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung. Zu nennen ist weiter das Lehrbuch des Völkerrechts des Kelsen-Schülers Verdross, das ein internationales Standardwerk geworden ist, das heute von Simma fortgeführt wird.⁴⁷

Im öffentlichen Recht ist der wichtigste Exportartikel die bereits genannte Normenkontrolle. Der österreichische Verfassungsgerichtshof und die Gesetzesprüfung nach Art. 140 B-VG hatte namentlich für die romanischen

⁴⁷ Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht* (3. Aufl. 1984).

Länder in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts Modellcharakter⁴⁸. Man sprach sogar von einem österreichischen oder Kelsenianischen Modell.⁴⁹

Das österreichische Privatrecht hat seine Wurzeln im Römisch-gemeinen Recht. Dies gilt für die meisten europäischen Kodifikationen, so dass sich eine Fülle von Gemeinsamkeiten ergeben, welche die geplante Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs erleichtern werden. Im Unterschied zu Deutschland und einigen anderen Ländern hat Österreich die Tradition des Römischen Rechts an den Universitäten beibehalten, so dass die österreichische Rechtswissenschaft zu einem Europäischen ZGB Wesentliches beitragen kann. Bislang gibt es Entwürfe zum Vertragsrecht.

Führend in der Forschung zum Europäischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht ist das von Helmut Koziol geleitete European Centre of Tort- and Insurance Law in Wien.

Was die nationalen Rechte anlangt, so ist der Einfluss des österreichischen Rechts auf die alten europäischen Länder, auch auf die deutschsprachigen, gering. Das gilt indes vice versa, denn die Rechtsordnungen sind national. Zwar befasst sich die Rechtswissenschaft auch mit Rechtsvergleichung und in diesem Zusammenhang findet eine wechselseitige Befruchtung statt. In die Gesetzgebung und Rechtsprechung fließt davon jedoch nur wenig ein. Mit einer Ausnahme: Österreich hat im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts insbesondere in der Zeit des Dritten Reichs einige deutsche Gesetze übernommen. Hierher gehören etwa das Aktiengesetz, das GmbHG und das HGB. Diese wurden nach 1945 beibehalten, weil sie keinen nationalsozialistischen Inhalt hatten. Auf diesen Gebieten zitiert der österreichische Oberste Gerichtshof deutsche Literatur und Judikatur häufiger. Umgekehrt finden sich österreichische Zitate beim deutschen BGH seltener, was an der Größe der Länder liegt. Kleine Länder betreiben mehr Rechtsvergleichung als große.

Auf dem Gebiet des übrigen Privatrechts hat das österreichische Recht heute natürlich nicht mehr die Verbreitung, die es in der Zeit der Donau-Monarchie hatte. Indessen konnte Österreich nach der Öffnung Osteuropas zu der notwendigen Anpassung der Rechtsordnung in den Nachbarländern einiges beitragen. Dies gilt namentlich im Bereich des Handels- und Wirtschaftsrechts. So findet man in einigen Staaten österreichisches Gesellschaftsrecht, z.B. haben Slowenien und Kroatien das GmbHG und das AktG

⁴⁸ Öhlinger, *Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit*. In: Funk u.a. (Hg), FS Adamovich (2002) 581 ff.

⁴⁹ Vgl. Hans Kelsen und das Bundesverfassungsgericht, <http://www.univie.ac.at/staatsrecht-oehtlinger/php/get.php?id=143>, 11. 11. 2005.

übernommen. Das Institut für Wirtschaftsrecht an der WU Wien unter der Leitung von Peter Doralt befasst sich schwerpunktmäßig mit dem Rechtstransfer zwischen Österreich und Osteuropa. Auch gibt es *eastlex*, eine Fachzeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht in Osteuropa.

AUSBLICK: BEDINGUNGEN VON EXZELLENZ

Zuletzt will ich kurz auf das Stichwort Exzellenz und die Frage eingehen, wie sich die Bedingungen der österreichischen Rechtswissenschaft verbessern lassen. Jenseits von empirischen Erhebungen, z.B. über ökonomische Verhältnisse allein erziehender Mütter oder über den Bekanntheitsgrad einer Marke, braucht man in der Jurisprudenz im Allgemeinen keine Projektförderung und kein Teamwork. Große juristische Leistungen sind kaum je im Teamwork entstanden. Am besten lässt man die Individuen nach ihren eigenen Ideen und Interessen forschen. Außer einer guten Bibliothek und einem Auslandsstipendium benötigt man nicht viel.

Im Übrigen betrifft die Frage nach den Bedingungen sogenannter Exzellenz die Nachwuchs- und Eliteförderung und berührt politische Aspekte, die ich hier nicht analysieren möchte. Eine qualitative Steigerung der Jurisprudenz wäre vor allem durch Verbesserung der Gesetzesqualität und Reduktion der Gesetzesflut zu erzielen. Denn die Qualität der österreichischen Rechtswissenschaft würde von einer Qualitätssteigerung ihres Gegenstandes am meisten profitieren. Doch ist zu befürchten, dass diese Forderung ins Reich der Utopie gehört.