Festschrift

150 JAHRE WIENER JURISTISCHE GESELLSCHAFT

Herausgegeben von
Clemens Jabloner

im Namen der
Wiener Juristischen Gesellschaft

Wien 2017
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Grußadresse des Vizekanzlers und Bundesministers für Justiz, *Wolfgang Brandstetter* V

Grußwort des Bürgermeisters und Landeshauptmanns von Wien, *Michael Häupl* V

1867 und wir, *Paul Oberhammer* VII

Vorwort, *Gerhart Holzinger* IX

150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft: davon 60 Jahre miterlebt, *Walter Barfuß* XI

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren XVII

Ilse Reiter-Zatloukal/Pia Schölnberger
„Rechtsverstand und juristisches Gewissen" 1

Magdalena Pöschl
Mit Jhering ums Recht kämpfen 31

Hannes Schütz
Franz von Liszt und die Prinzipien der Strafverfolgung 49

Wolfgang Jelinek
Anton Menger und die Reform des Zivilprozesses 63

Constanze Fischer-Czermak
Joseph Unger, Handeln auf fremde Gefahr 73

Christian Grafl
Das System der Kriminologie seit Hans Groß 85

Alexander Tipold
Zur Entschädigung unschuldig Verhafteter 95

Ewald Wiederin
Verfassungsänderung und Verfassungswandlung 109

Christian Kopetzki
Vom „Vertrauensmann" zum Erwachsenenschutzverein..... 121

Angela Julcher
Hans Kelsens „Über Staatsunrecht" und das Problem der Strafbarkeit juristischer Personen 137

Clemens Jabloner
Gefühltes Recht?..... 155

Gerhart Holzinger/Stefan Leo Frank
Die Verfassungsgerichtsbarkeit – Essenz und Wandlung..... 169

Susanne Kalss
Neue Wege des Aktienrechts..... 185

Gabriele Koziol/Helmut Koziol
Wilburgs Thesen zu „Gläubigerordnung und Wertverfolgung"..... 197

Gefühltes Recht?

Clemens Jabloner, Wien

Übersicht:

I. Ludwig Spiegel
II. „Entwürfe und Gesetze"
III. Im Lichte der Reinen Rechtslehre
A. Kelsens Rezension
B. Rechtsdynamik
C. Die „Rahmentheorie"
IV. Die richterliche Entscheidung
A. Die Entscheidung als Willensakt
B. Normative Hypothesen
V. Entscheidungskalküle
A. Richterliche Wertvorstellungen
B. „Höhere Gerechtigkeit"
C. Rechtsakzeptanz
D. Judizielle Pragmatik
VI. Was bleibt vom Rechtsgefühl?

I. Ludwig Spiegel

Ludwig Spiegel, seit 1911 Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht an der Karl-Ferdinands-Universität zu Prag, zählte zu den bedeutendsten Staatslehrern des alten Österreichs. Am 5. Februar 1913 referierte er vor der Wiener Juristischen Gesellschaft zum Thema „Entwürfe und Gesetze".[1]) Der Bericht in den *Juristischen Blättern*, gezeichnet von „A.Eg.",[2]) fällt ziemlich detailliert aus, doch ist unsere primäre Quelle ein Sammelband mit Schriften *Spiegels*, der unter dem Titel „Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie" steht und ua eine ausgebaute Fassung des Wiener Vortrags enthält.[3]) Wenngleich dieser insoweit zeitgebunden war, als er vor dem Hintergrund der damals – besonders nach der Erlassung des BGB – aktuellen Diskussion um den Wert der Kodifikationen gehalten wurde, enthält er insbesondere eine Reihe von geistreichen

1) JBl 1913, 77. Der bezogene Vortrag, dessen Ausarbeitung sowie biografische Angaben sind unter www.wjg.at abrufbar.
2) Es dürfte sich um *Armin Ehrenzweig* (1864–1935) gehandelt haben.
3) *Spiegel*, Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellentheorie (1913) 46–74.

und bis heute aktuellen Beobachtungen zur Rechtstechnik. Diese sind – namentlich bei Beachtung auch der anderen Beiträge des Sammelbandes – in eine bestimmte rechtstheoretische Position eingebettet. Im Wiener Vortrag wollte *Spiegel* vor allem deutlich machen, dass – bei aller Wertschätzung der Kodifikationen – deren Funktionieren im Einzelfall auf ein jedenfalls ergänzendes oder gar berichtigendes „Rechtsgefühl" angewiesen sei.

Im Folgenden werden zunächst die Erwägungen *Spiegels* knapp dargestellt und in den Zusammenhang seines Rechtsdenkens gestellt. Der Sammelband erfuhr eine zeitnahe und ausführliche Besprechung durch *Hans Kelsen*, die noch vor der – hauptsächlich *Adolf Julius Merkl* zu verdankenden – „dynamischen" Wendung der Reinen Rechtslehre verfasst wurde.[4]) Deshalb soll in einem dritten Schritt *Spiegels* Schrift in das Licht der kurz danach erschienenen Abhandlungen *Merkls* gestellt werden. Auch wenn „Rechtsgefühl" ein allzu problematischer Ausdruck ist, der Sache nach könnte *Spiegel* wohl einen sensiblen Punkt getroffen haben, stellte er doch die Frage, wie denn der Richter letzten Endes zu seiner Entscheidung gelangt und wieweit dabei sein „Rechtsgefühl" zum Tragen kommt (oder kommen sollte). Das Thema fordert zunächst dazu auf, den Begriff der „Entscheidung" zu reflektieren, dann sollte sich zeigen, wieweit mit dem „Rechtsgefühl" noch etwas anzufangen ist.

II. „Entwürfe und Gesetze"

Spiegel leitet seinen Beitrag zwar mit einem Lob der großen Kodifikationen ein.[5]) Doch stellt er dann die Schlüsselfrage, weshalb uns die modernen Gesetze nicht befriedigten und wir ihnen die alten vorzögen. Namentlich in den Kreisen der juristischen Praxis sei eine „gewisse Gesetzesmüdigkeit" feststellbar, die sich an der „technischen Güte" der Gesetze festmache. Der Grund dafür sei nicht ein Rückschritt der juristischen Ausdrucksweise und auch nicht der parlamentarische, also laienhafte Einfluss auf die Gesetzgebung. Der Fehler der modernen Gesetzgebung läge darin, dass sie sich zu viel vornähme, zu viel normieren wolle. Diese Mängel würden freilich durch die Rechtsanwendung ausgeglichen, deren Aufgabe es sei, das Gesetz „vernünftig" auszulegen.

Spiegel kommt dann darauf zu sprechen, dass es doch einen Unterschied mache, ob ein Entwurf begutachtet oder ein Gesetz ausgelegt werde. Die Interpretation sei in beiden Fällen eine „tendenziöse": Der Kritiker des Entwurfs betone die Mängel des Textes und verhielte sich wie ein Staatsanwalt, während der Gesetzesausleger die Vorzüge des Gesetzes zum Ausdruck bringen wollte, sich also wie dessen Verteidiger verhielte. Deswegen beurteile man schon länger geltende Gesetze viel milder als neue Entwürfe, weil sich die Anordnungen des

4) ZÖR 1914, 776.
5) Für das Folgende vgl *Spiegel*, Gesetz und Recht 46 ff.

Gesetzes dem „Rechtsleben bereits so angepasst haben, wie ein länger getragenes Kleidungsstück dem Körper".[6])

Der Gesetzestext sei nicht sorglos zu behandeln, aber eben nicht der alleinige Faktor, von dem das geltende Recht abhänge. Nicht allein die Rechtsprechung übe diese Verbesserung aus, sondern die – allgemeinere – Rechtsübung. Das ungeschriebene Recht sei aber nicht die gegenüber dem Gesetzesrecht niedrigere Rechtsquelle, sondern „es sei schon da, wenn das Gesetz erscheint". Es ginge allerdings nicht darum, dass der Ausleger seine individuelle Anschauung dem Gesetz gegenüberstelle, sondern die „Anschauungen der Bevölkerung". Bei mehreren Meinungen komme es – so *Spiegel* – auf die „herrschende" an. Die Tendenz der Rechtsanwendung, das Gesetz zu verändern, hätten die Gesetzgeber schon seit Justinians Verbot, die Digesten zu kommentieren, zu bekämpfen versucht, ohne bleibenden Erfolg.

Die Gefahr der hypertrophen Gesetzgebung sei die Zurückdrängung des „Rechtsgefühls", das doch für ein „gesundes Rechtsleben" unerlässlich sei. Nur darauf bedacht, dem Gesetzestext zu folgen, verliere der Jurist das Interesse an der gerechten Lösung des Rechtsfalls. Diese „Interesselosigkeit", die gerade die moderne Zivilistik kennzeichne, sei die „größte Gefahr für die Rechtswissenschaft". Käme das Rechtsgefühl, das „iudicium", einmal abhanden, müsse der Gesetzgeber – einem Morphinisten gleich – zu immer mehr Normen greifen. Die Verstaatlichung des Rechts ließe sich eben nur bis zu einem „Sättigungspunkt" durchführen. Deshalb dürfe das Rechtsgefühl nicht zerstört, es müsse vielmehr geschärft und verfeinert werden. Mit dem „Rechtsgefühl" meint *Spiegel* also offenbar nicht eine rein naturwüchsige Einstellung gegenüber dem Recht,[7]) sondern mit dem „iudicium" ein quasi fachjuristisch geläutertes Rechtsgefühl, das bei der Rechtsanwendung dort zum Tragen kommt, wo die Rechtsetzung nicht zufrieden stellt.

Der rechtstheoretische Ansatz, der *Spiegel* leitet, wird anhand eines weiteren Aufsatzes aus besagtem Sammelband – „Jurisprudenz und Sozialwissenschaft" – deutlicher.[8]) Das Recht sei eine Erscheinung des sozialen Lebens, die von der Sozialwissenschaft und der Jurisprudenz mit verschiedenen Methoden bearbeitet werde. Erstere sei deskriptiv, induktiv, letztere dogmatisch, deduktiv. Die Jurisprudenz könne nur das gesetzte Recht beschreiben, nicht aber die Wirklichkeit des Rechts, das „Rechtsleben", das *Spiegel* weitgehend mit dem Gewohnheitsrecht gleichsetzt. *Spiegel*, der Geltung und Wirksamkeit in eins setzt, folgt somit – zumindest teilweise – einer rechtssoziologischen Jurisprudenz, wie sie um diese Zeit prominent von *Eugen Ehrlich* vertreten wurde – auf den sich *Spiegel*

6) Diese kluge Bemerkung verdeutlicht, wie dieselben rechtsdogmatischen Instrumente unterschiedlich angewendet werden, je nachdem, ob es sich um geltende Vorschriften handelt oder – wie bei Entwürfen – um gedachte, die in das bestehende Recht fiktiv eingefügt werden.

7) Wie wohl *Jhering*, Über die Entstehung des Rechtsgefühls, Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft, gehalten am 12. 3. 1884, in *Barfuß* (Hrsg), Jubiläumsschrift 125 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft: Zeitloses aus 125 Jahren (1992) 31.

8) Für das Folgende vgl *Spiegel*, Gesetz und Recht 23 ff.

ausdrücklich beruft – oder auch von *Hermann Kantorowicz*.[9]) Für diese Strömungen, die in den Spielarten des Rechtsrealismus[10]) viele Nachfolger fanden, ist die Normativität des Rechts eine juristische Einbildung, die das Recht nicht zu erklären vermag. Allein dessen soziale Realität zählt.

Spiegel ist es sehr darum zu tun, die eigene – mittlere – Position zu halten. Sie ist dualistisch, insoweit der Autor die Rechtserkenntnis sowohl aus den Rechtsnormen als auch aus den Tatsachen schöpfen will. *Spiegel* möchte allerdings die denkmögliche Weiterung vermeiden, die generelle Rechtsetzung zu sehr in den Hintergrund zu drängen. Deshalb wendet er sich gegen die Auffassung, dass aus der behaupteten Unsteuerbarkeit der individuellen Rechtsanwendung ein Recht des Richters auf „freie Rechtsfindung" abgeleitet wird. Denn auf diese Weise würde zwar die Übereinstimmung des Gesetzes mit dem Rechtsleben auf die einfachste Weise hergestellt, denn der Richter, der das Recht der freien Rechtsfindung hat, könne dann natürlich kein Gesetz verletzen. Damit würde allerdings „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet". Gesetzgebung bleibt für *Spiegel* jedenfalls „ein äußerst wichtiger Faktor", und die Errungenschaften der Kodifikation sollten nicht aufgeopfert werden, um „zu den primitiven Rechtszuständen der älteren Zeit zurückzukehren".

Spiegel wendet sich dann dem Richterbild des Staatsgrundgesetzes 1867 zu. Er fragt, welchen Erwägungen die Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters entsprängen. Brächte das Staatsgrundgesetz damit nicht zum Ausdruck, dass ein von der Regierung abhängiger Richter in manchen Fällen anders urteilen würde als ein in seinem Amt gegen administrative Maßregeln unabhängig gestellter Richter? Allerdings widerspreche schon die „sehr eigentümliche Einrichtung von Spruch-Repertorien und Judikatenbüchern" der tatsächlichen Unabhängigkeit des Richters. Der Richter habe nach bestem Wissen und Gewissen, jedenfalls aber aufgrund seiner eigenen Überzeugung Recht zu sprechen. Und gäbe es wirklich keine anderen Momente, welche das Urteil des Richters bestimmen können als das Gesetz? Die Gesetzmäßigkeit aller psychologischen und sozialen Vorgänge gelte doch auch für den Richter und die Rechtsprechung. Das Urteil des Richters sei bedingt durch seine Vorbildung, durch seine Erfahrungen etc. Durch die Macht der Verhältnisse sei er an die Rechtsprechung derart gebunden, dass er gar nicht die nötige Freiheit habe, um im Sinne des Gesetzes zu entscheiden.

III. Im Lichte der Reinen Rechtslehre

A. Kelsens Rezension

Gerade diese Art von Rechtssoziologie bekämpfte *Kelsen*. Das „Reinheitspostulat" seiner Rechtslehre war einerseits positivistisch, indem es sich gegen jedes Naturrecht richtete, aber andererseits normativistisch, indem es das Recht

9) Vgl die bei *Paulson* (Hrsg), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie (1992) wiederveröffentlichten Beiträge der genannten Gelehrten.

10) Vgl *Potacs*, Rechtstheorie (2015) 34 und *Schmidt*, Reine Rechtslehre und skandinavischer Rechtsrealismus, in *Walter* (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988) 96.

ausschließlich als Sollensordnung verstand. Liest man seine Rezension von *Spiegels* Schrift,[11]) so überrascht zunächst der ruhige, geradezu freundliche Ton – verglichen mit den überaus schroffen Auseinandersetzungen, die *Kelsen* zu dieser Zeit etwa mit *Eugen Ehrlich* führte.[12])

Habe – so *Kelsen* – die Rechtswissenschaft Rechtsnormen zum Gegenstand, so könne deren Inhalt durch Gesetz oder Gewohnheit oder auf sonst irgendeine Weise zustande kommen. *Spiegel* sei darin nicht zuzustimmen, dass der Gegensatz von Recht und Rechtsleben nur verständlich sei, wenn unter Recht bloß das Gesetzesrecht verstanden werde. Dieser Unterschied sei für die Methodenfrage gleichgültig. Dann lobt er *Spiegel*: Dieser leuchte „in das tiefste Wesen der Rechtswissenschaft ... hinein mit dem Satze: ‚Will man die Rechtsbildung juristisch erklären, so erinnert das an Münchhausen, der sich an seinem eigenen Zopf aus dem Sumpf zieht'".[13]) Zum Vortrag „Gesetze und Entwürfe" meint *Kelsen* dann näherhin, dass die Rechtsordnung als ein vernünftiges Ganzes begriffen werden und daher ein Konflikt von Rechtsnormen und Rechtspflichten, der rechtslogisch keine Lösung findet, unmöglich sein müsse. Dies sei aber der Fall, wenn zwei oder mehrere normsetzende Autoritäten, wenn Staat, Rechtsgefühl der Richter, Rechtsüberzeugung des Volkes oder gewisser gesellschaftlicher Gruppen usw nebeneinander vorausgesetzt werden, ohne eine Grenzregulierung vorzusehen.

Kelsen geht es bei seiner Kritik also um zweierlei: Zunächst lehnt er eine Rechtserkenntnis allein aus sozialen Fakten ab. Werde aber das nicht gesatzte Recht als separate Rechtsquelle gedeutet, verletze dies das wissenschaftliche Postulat, das Recht als einen einheitlichen Erkenntnisgegenstand zu erfassen.

B. Rechtsdynamik

Die in den Folgejahren veröffentlichten Schriften von *Adolf Julius Merkl* hatten auf die Entwicklung der Reinen Rechtslehre einen kaum zu überschätzenden Einfluss. In den „Hauptproblemen" behandelte *Kelsen* das Recht statisch, der Geltungsgrund der Rechtsordnung schlechthin bleibt noch ein „Mysterium" jenseits der juristischen Erkenntnis[14] – das ist eben jene Stelle, an der *Spiegel* und – der damalige – *Kelsen* zusammentreffen. Zwar beruft sich *Merkl* durchaus auf *Kelsen*, denn die Lösung des Ermessensproblems sei in den „Hauptproblemen" bereits angelegt.[15]) Aber *Merkl* bringt das Verhältnis zwischen dem generellen Recht und der individuell-konkreten Vollziehung doch in einer Weise auf den

11) Vgl *Kelsen*, ZÖR 1914, 776 ff.
12) Vgl die Aufsätze *Kelsens* im oben (Fn 9) zitierten Sammelband.
13) Das ist freilich jene Stelle, an der *Spiegel*, Jurisprudenz und Sozialwissenschaft, in *Spiegel*, Gesetz und Recht 40 FN 1, *Kelsens* „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre" (353) zustimmend zitiert.
14) Vgl *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) 411.
15) Für das Folgende vgl *Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* (Hrsg), Adolf Julius Merkl – Gesammelte Schriften I/1 (1993) 87.

Punkt, die all jene Probleme, in denen sich die juristische Welt bis dahin verfangen hatte, in verblüffender Weise löst.[16])

In seinem – für unseren Zusammenhang besonders wichtigen – Aufsatz „Das Recht im Lichte seiner Anwendung" aus 1917 lehnt *Merkl* zunächst den rechtssoziologischen Ansatz ab.[17]) Hätte die Rechtswissenschaft einmal die Gesamtheit aller aktualisierten Rechtserscheinungen im Blick, „dann brauchen wir jene Pseudowissenschaft vom Rechte nicht, welche die Rechtssoziologen und andere vom pulsierenden Leben gefangene Nicht-Juristen uns als juristische Heilmittel reichen". Die erste Einsicht *Merkls* liegt darin, den vermeintlich kategorialen Unterschied zwischen generellen und individuellen Normen aufzulösen: Auch Urteile sind Rechtsnormen. Sodann zeigt *Merkl*, dass die Vollziehung der generellen Normen, also die Rechtsanwendung, einerseits eine auf Erkenntnis gerichtete Wissensleistung, andererseits eine auf Entscheidung gerichtete Willensfunktion ist. Recht sei, was der Rechtsanwender aufgrund des Gesetzes als Recht „erkennt". Das Gesetz verweise auf seine Anwendung, delegiere in gewissem Ausmaß den Rechtsanwender. Der Richter fülle die Freiräume des generellen Rechts „kraft seines persönlichen Willens, der bei der Unentschiedenheit des Gesetzes in verbindlicher Weise durch das rechtskräftige Erkenntnis die Wahl" treffe. So würden sich Ethik und Politik und manches andere als delegierte, vermöge des ungebundenen richterlichen Willens rezipierte Rechtsquellen zeigen. Die Rechtsanwendung bezeichnet *Merkl* – noch vor *Kelsen* – als „authentische Interpretation", die kein Monopol des formellen Gesetzgebers sei, sondern schlechthin Instrument des Rechtserzeugers.

Man nehme diese hier nur skizzierte Position als Gegenpol zu *Spiegel*: Mit dem Wegfall der doppelten Bezugnahme auf das gesatzte Recht einerseits und die richterliche Rechtsanwendung andererseits fällt die Basis für einen im dargelegten Sinn „dualistischen" Ansatz fort. Der Richter kann (zwar) nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens, dort aber als delegiertes Organ der Rechtserzeugung wirken. Er ist an das Gesetz gebunden, die Bindung ist aber eine relative: Erst wo das gesatzte Recht nicht mehr determiniert, eröffnet sich jener Freiraum, jenes „Ermessen", in dem alles Mögliche, also auch das Rechtsgefühl im Sinne *Spiegels*, zur Geltung kommen kann.[18])

16) Zu nennen sind vor allem die Aufsätze „Das Recht im Lichte seiner Anwendung" aus 1916–1918 und „Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes" aus 1918. Beide Aufsätze sind kritisch editiert in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann*, Merkl 85–146 und 227–252. Zur Einbindung in die Reine Rechtslehre vgl *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre[2] (1923) XV und *Paulson*, Zur Stufenbaulehre Merkls in ihrer Bedeutung für die allgemeine Rechtslehre, in *Walter* (Hrsg), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit (1990) 93.

17) Im Folgenden vgl *Merkl* in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* 85 ff.

18) Freilich ist die Frage, wieweit das Ermessen reicht, selbst wiederum eine Frage der Rechtsanwendung, besonders des Verwaltungsgerichts im Verhältnis zu der von ihr kontrollierten Verwaltung.

C. *Die „Rahmentheorie"*

Kelsen hat Interpretationsfragen zunächst praktisch kaum Beachtung geschenkt. Das in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre von 1934 enthaltene Kapitel über „Interpretation" entspricht im Wesentlichen der soeben dargestellten Gedankenführung *Merkls*, die das Problem im Modus des Stufenbaus, also der Rechtsdynamik, erklärt:[19]) Die Interpretation stellt den Rahmen her, innerhalb dessen der Rechtsanwender zwischen prinzipiell gleichwertigen Lesarten entscheidet. Die Lehre hat freilich zwei sensible Stellen: Einerseits muss der Rahmen nach außen hin abgegrenzt werden, gegenüber einer Rechtsfortbildung rsp dem blanken Unsinn, andererseits – und das interessiert hier – bleibt offen, ob die Entscheidung in der Tat rein willkürlich ist oder dafür irgendwelche Kriterien ausgemacht werden können. Die „Reine Rechtslehre" wäre keine realistische Theorie des Rechts, wenn sie jenseits der Rechtserkenntnis nur mehr reine Dezision annähme.

IV. Die richterliche Entscheidung

A. *Die Entscheidung als Willensakt*

Was hat es nun aber mit dem Phänomen der „Entscheidung" auf sich? Es sieht so aus, als würden hier zwei verschiedene Phänomene unter einem behandelt: Zunächst geht es darum, dass die Rechtsanwendung Normerzeugung ist. Das bedeutet, dass zur Herbeiführung eines richterlichen Urteils ein entsprechender Willensakt notwendig ist. Das entspricht – um eine spätere Wendung *Kelsens* zu gebrauchen – dem Prinzip „kein Imperativ ohne Imperator".[20]) Diese Überlegung richtet sich – rechtshistorisch gesehen – gegen die den Kodifikationen wohl zugrunde liegende Rechtsideologie, der Richter könnte bei Anwendung der richtigen rechtswissenschaftlichen Methoden alles Weitere aus dem Gesetz ableiten, der „Richter als Mund des Gesetzes" im Sinne *Montesquieus*. Aber selbst wenn dem so wäre und der Richter durch bloßes Denken die einzig richtige Lösung des Rechtsfalls fände, würde er ja nicht ohne einen Willensakt auskommen, muss er doch diese Lösung – und nicht etwa eine andere, falsche – auch wollen. Schon deshalb ist der Hinweis auf die richterliche „Entscheidung", die sich eben nicht in bloßer „Erkenntnis" erschöpfen kann, vollkommen einsichtig.[21])

Der Begriff der „Entscheidung" hat aber auch eine andere Dimension, indem ein Element der Willkür angesprochen wird. Offenbar kann nur entschieden werden, worüber rational nicht mehr nachgedacht werden kann, in der paradoxen Formulierung von *Heinz von Foerster* ist nur das „Unentscheidbare" entscheidbar.[22]) Hier mündet die Problematik in jene allgemeinere der Willensfrei-

19) *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934) 90. Zur postkelsenianischen Weiterentwicklung der Interpretationslehre vgl besonders *Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in FS Klug (1983) 187.

20) *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 23.

21) Die verfahrensrechtliche Unterscheidung in „konstitutive" und „deklarative" Urteile ist eine nur relative.

22) Zitiert nach *Luhmann*, Organisation und Entscheidung (2000) 132.

heit, und es kommt der Einwand, dass es sich – empirisch gesehen – bei der Setzung eines Willensaktes um eine bloße Einbildung handle, das Nachvollziehen einer im Organismus bereits stattgefundenen Wendung.[23]) In juristischer Hinsicht ist dieser Einwand freilich gegenstandslos, da wir uns in einem rein normativen Gebiet bewegen. Eine Entscheidung fällen bedeutet nichts anderes, als dass sich der „entscheidende" Mensch selbst als Person deutet und sich die Entscheidung zurechnet. Es macht daher keinen Unterschied, ob man – in einer bestimmten Situation – einen realpsychischen Willensakt setzt oder dies nur vermeint. Es gibt keinen als solchen beobachteten inneren Vorgang des Wollens, vielmehr konstatiert der „Wollende", dass er sich noch nicht oder schon entschieden hat und dass er es sich gefallen lassen muss, dass sein Urteil, sobald es mitgeteilt ist, ihm auch von anderen zugerechnet wird, mit anderen Worten: dass er für sein Urteil verantwortlich ist.[24])

B. Normative Hypothesen

Die hier interessierende Phase ist also gar nicht die ominöse „Entscheidung" selbst, sondern jene der richterlichen Erwägungen, die ihr unmittelbar vorangehen. Mit ihnen befasst sich die – zur Rechtsdogmatik hinzutretende – Rechtsprechungslehre.[25]) Sie kann auf zwei Weisen konstruiert werden: einmal als rein psychologische Lehre, die empirisch vorgeht und beschreibt, welche Motive den Richter regelmäßig leiten. In dieser Perspektive haben etwaige normative Standards kein Eigenleben, sondern können allenfalls als faktische Motive beschrieben werden. Zum anderen Mal kann aber nach gerade diesen Standards als Normen gefragt werden.[26]) An der schon zitierten Stelle sagt *Merkl* wörtlich, dass „sich Ethik und Politik und manches andere als delegierte, vermöge des ungebundenen richterlichen Willens rezipierte Rechtsquellen" zeigten. Diese Aussage muss cum grano salis gelesen werden. Wörtlich verstanden würde sie nämlich in den Widerspruch führen, die gerade aus der Rechtserkenntnis ausgeschlossenen Bereiche in diese wieder einzugliedern. *Merkl* ist vielmehr so zu verstehen, dass das Recht an bestimmte normative Standards anknüpft.[27])

---

23) Vgl etwa *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert (2001) 435.

24) Vgl *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre[2] 161 und *Ryle*, The Concept of Mind (1949) 62 (69).

25) Vgl die unter dem Titel „Rechtsprechungslehre" 1984 und 1988 erschienenen, von *Achterberg* bzw *Hoppe/Krawietz/Schulte* herausgegebenen Tagungsbände.

26) Vgl *Walter*, Rechtsprechung als Rechtsvollzug und als Rechtsschöpfung, in *Achterberg* 491 (495).

27) Diese – positivrechtlich schwierige, doch im Ansatz zutreffende – Differenzierung ist der Judikatur des VfGH zum Verweisungsproblem zu verdanken – vgl zuletzt VfSlg 18.101/2007. Zur Abgrenzung des Phänomens vgl *Attlmayr*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der „Bezugnahme" auf Normen anderer Rechtsetzungsautoritäten, ÖJZ 2000, 96.

An diesem Punkt der Überlegungen darf die Interpretationslehre *Ronald Dworkins* ins Spiel gebracht werden.[28]) Sie ist der Rahmentheorie geradezu diametral entgegengesetzt, beleuchtet aber einen wichtigen Punkt. So wie *Kelsen* den Legisten, hat *Dworkin* den Richter im Sinn. Er wendet gegen den Rechtspositivismus ein, dass der Richter, der einen Fall entschieden hat, davon überzeugt sein müsse – er könne nicht sagen, dass er eine andere Entscheidung für ebenso möglich gehalten hätte. *Dworkin* gewinnt die sichere Entscheidung freilich nur dadurch, dass er Recht und Moral zusammenschaut, was nach hier vertretener, eben rechtspositivistischer Sicht verfehlt ist. Aber *Dworkin* trifft doch einen sensiblen Punkt, wenn man nur über das Richterbild der Dezember-Verfassung rsp des B-VG – hier hat sich ja nichts für unseren Zusammenhang Wesentliches geändert – nachdenkt: Normiert ist, dass der Richter nicht aus unlauteren Motiven entscheidet, dafür sorgen das Straf-, das Amtshaftungs- und das Dienstrecht. Nicht normiert, doch wohl vorausgesetzt ist, dass der Richter im Bereich seines Ermessens nicht nach purer Opportunität handelt[29]) oder gar „würfelt", sondern sein Urteil überzeugt davon fällt, dass es das richtige ist. Man könnte dies auch als eine Frage nach dem „richterlichen Ethos" sehen.

Welche sind nun diese nicht rechtlichen, wohl aber normativen Elemente, die den Richter bestimmen? Es scheint unmöglich, sie vollständig zu erfassen – im Folgenden können daher nur Beispiele gegeben werden.[30]) Zuvor ist allerdings noch eine methodische Hürde zu nehmen: Sind diese normativen Regeln nicht Bestandteil des Rechts, so können sie – auf dem Boden der Reinen Rechtslehre – auch nicht an der mittels der Grundnorm hergestellten objektiven Geltung des Rechts teilhaben. Man kann sie daher – in einer Formulierung von *Robert Walter* – nur als „normative Thesen" zu einer Rechtsprechungslehre verstehen, „die als Hypothesen immerhin ihren Wert haben".[31]) Denn „normative Thesen" beantworten die Frage, wie die Regeln beschaffen sein könnten, die der Einschätzung rsp den Erwartungen des Rechtsetzers entsprechen. Sie sind zum Recht komplementär, es sind also jene subjektiv gültigen Regeln, mit denen der Rechtsetzer rechnen muss rsp kann.

V. Entscheidungskalküle

A. Richterliche Wertvorstellungen

In erster Linie geht das verfassungsrechtliche Richterbild wohl dahin, dass die Richterin ihre je eigenen – gleichwohl reflektierten! – Wertvorstellungen zur Geltung bringen soll. Werden bestimmte besonders qualifizierte Menschen zur – unabhängigen – Rechtsetzung ermächtigt, dann knüpft das Recht an deren Individualität an. Der Richter will – und soll – seinem Kompass folgen.

28) Vgl *Dworkin*, Law from the Inside Out, The New York Review of Books 7. 11. 2013, 54 (55): „A judge who sentenced a defendant to jail while admitting that the judge's own view of law is only an emotional expression would probably be sent to jail himself."

29) Nutzen für die Karriere, bessere Nachrede in den Medien etc.

30) Heterogenität und auch Vagheit dieser Elemente lassen bezweifeln, ob je sie zu einer „Rechtsgewinnungslehre" im Sinne *Jestaedts* – Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 2000, 133 (152) – verdichtet werden könnten.

31) Vgl *Walter* in *Achterberg* 496.

B. Rechtsidealismus

Die explizite generelle Rechtsetzung war schon immer bestrebt, auch die Interpretation des Rechts zu beherrschen. *Spiegel* erinnert uns an das Verbot Justinians, die Digesten zu kommentieren.[32]) Der référé législatif und die allgemeinen Interpretationsvorschriften der großen Kodifikationen sind Ausdruck dieses Misstrauens.[33]) „Interpretation" ist also nicht nur die quasi außerhalb des Rechts befindliche Relation zum Interpreten,[34]) sondern sie tritt als Regelungsgegenstand in das Recht selbst ein.[35])

Neben solche klassische Auslegungsregeln nach dem Muster des ABGB oder des ZGB treten in entwickelten Rechtsordnungen implizite Maximen, die aus der Struktur des Rechts gewonnen werden. Sie entspringen einem „Rechtsidealismus":[36]) Der Interpret sieht sich dazu bestimmt, die Rechtsordnung besser zu machen als sie ist, sie gleichsam zu perfektionieren. Dabei geht es meistens darum, jene Widersprüche des zerklüfteten positiven Rechts zu glätten, zu deren Lösung das positive Recht keine Derogationsregel enthält.[37])

Der erste Schritt der Auslegung ist die Ausfüllung des Rahmens, dazu werden Auslegungshypothesen aufgestellt. Für sie ist der mögliche sprachliche Gehalt maßgebend.[38]) Die nun in Rede stehenden Maximen kommen erst ins Spiel, wenn es gilt, einer bestimmten Lesart den Vorzug zu geben. Dies wird dann problematisch, wenn es um die Konformität von Vorschriften verschiedener Stufen geht. Hier kann die Maxime der Konformität in einen Widerspruch zu einem explizit geregelten Derogationsmechanismus treten, man denke an das Spannungsverhältnis zwischen „verfassungskonformer Interpretation" einerseits und dem Aufhebungskalkül des Art 140 B-VG andererseits.[39]) Es gibt freilich unterschiedliche Meinungen darüber, wieweit Konformitätsmaximen noch aus einer sprachlichen Pragmatik abgeleitet werden können, also gleichsam (noch) Auslegungshypothesen sind,[40]) oder ob nicht bereits deutlich eine aus der Sicht des Interpreten erfolgende, das positive Recht sprengende „objektive" Interpretation

32) Vgl *Spiegel*, Gesetz und Recht 63.
33) Vgl *Simon*, Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der „Einleitung" des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts, in *Dölemeyer/Mohnhaupt* (Hrsg), Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (2012) 1.
34) Daher kann die Interpretation vom positiven Recht niemals vollständig dirigiert werden – vgl *Merkl*, Zum Interpretationsproblem (1916), abgedruckt in *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* 63 (82).
35) Vgl heute nur Art 267 AEUV.
36) Zur Begriffsbildung vgl *Thaler*, Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung (1982) 14.
37) Wie zB „Bundesrecht bricht Landesrecht".
38) In modernen Rechtsordnungen, die eine geregelte Verlautbarung von Texten vorsehen, muss der Wortlaut, also der semantische Gehalt, die Interpretation begrenzen – vgl *Barak*, Purposive Interpretation in Law (2005) 7.
39) Vgl vertieft *Jabloner*, Stufung und Entstufung des Rechts, ZÖR 2005, 163.
40) So *Potacs*, Rechtstheorie 168: In Systemen mit einer gerichtlichen Kontrolle von Gesetzen auf ihre Verfassungskonformität sei es dem Rechtsetzer grundsätzlich nicht zusinnbar, seine Anordnungen der Gefahr der Aufhebung auszusetzen. Dem widersprechen zahlreiche Fälle, in denen der Gesetzgeber eine – spätere Aufhebung bedenklicher Regelungen durch den VfGH in Kauf nimmt. Die zentralisierte legislatorische Aufhebung durch den VfGH hat viele Vorteile, aber eben auch diesen Nachteil.

die Oberhand gewinnt. Das Schlüsselwort ist die „Zusinnung". Nach hier vertretener Ansicht ist die Bezugnahme auf die sprachliche Pragmatik nur so lange korrekt, als sie sich auf einen realistischen Sprachgebrauch bezieht, der nicht unter den Tisch fallen lässt, dass es legislatorische Widersprüche, Lügen etc geben kann. Dort, wo Konformitätsregeln unbedenklich zum Zug kommen, erfüllen sie indessen die Funktion einer „Feinsteuerung" der richterlichen Entscheidung. Unter dem Aspekt des „Rechtsgefühls" könnte man das Streben nach einer quasi „glattpolierten" Rechtsordnung auch durchaus als ästhetisches Kriterium verstehen.

C. „Höhere Gerechtigkeit"

Das Recht dient – ganz allgemein gesagt – zwei Idealen: der Gerechtigkeit und dem Frieden. Mag auch oft die gewonnene Gerechtigkeit den Frieden herstellen, befinden sich beide Ziele doch nicht selten im Konflikt. Das liegt daran, dass das Recht nur funktionieren kann, wenn es soziale Komplexität reduziert. Wie es jede Richterin erfährt, sind die rechtlich ausgetragenen Konflikte manchmal nur ein Ausschnitt umfassenderer Problemlagen gesellschaftlicher oder familiärer Natur. Eine „absolute Gerechtigkeit" gibt es ja schon deshalb nicht, weil sie eine Allwissenheit über sämtliche Umstände der beteiligten Menschen verlangen würde. Deshalb muss das positive Recht oft enttäuschen, was im populären Spruch „Recht und Gerechtigkeit sind zweierlei" seinen Ausdruck findet.

Immerhin kann der Richter aber mehr über die Streitparteien wissen, als es für die Sache relevant ist. Es macht ja einen Unterschied, ob eine Streitpartei kränker, ärmer oder benachteiligter ist als die andere. Naturgemäß sind solche Erwägungen verpönt, soweit die Rechtserkenntnis reicht. Doch wo mehrere Prozessausgänge gleichwertig nebeneinanderstehen – und nur von dieser Situation ist hier die Rede –, könnte sich ein Richter dazu bestimmt sehen, seinen Blick über die Ränder des Rechts zu lenken, um einer „höheren Gerechtigkeit" zu dienen.

C. Rechtsakzeptanz

Einen weiteren normativen Maßstab mag der Richter in der Akzeptanz seiner Entscheidung finden. Das Urteil soll so verständlich wie möglich sein. Prinzipiell ist eine Entscheidung, deren Begründung mit weniger Elementen auskommt, einer solchen mit komplizierter Argumentation vorzuziehen. Nur in diesem Sinn darf auch hier das „Rechtsgefühl" eine Rolle spielen, wenn die Richterin danach trachtet, die Sache mit den Augen eines Laien zu sehen. Diese Einfühlung darf freilich nicht in die Nähe des unseligen „natürlichen Volksempfindens" rücken. Es geht hier allein darum, das Recht im Zweifel nicht abgehobener zu gestalten als notwendig.

D. Judizielle Pragmatik

Bei der Anwendung pragmatischer Gesichtspunkte geht es darum, dass die Richterin die Auswirkungen ihrer Entscheidung auf die Institution, als deren Organ sie tätig wird, lenkt. Ein wichtiger Grundsatz in diesem Zusammenhang ist das Prinzip des „stare decisis", also die im Zweifel gegebene Fortsetzung der bisherigen Judikatur. Im Rechtskreis des Common Law handelt es sich dabei zweifellos um eine dem Recht immanente Maxime. In unserem Rechtssystem stünde einer so gebildeten Rechtsnorm die richterliche Unabhängigkeit entgegen. Die Anwendung dieses Prinzips kann nach hier vertretener Auffassung auch nicht aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abgeleitet werden.[41]) Zu unterscheiden ist jedenfalls das Abgehen von der ständigen Rechtsprechung durch ein Höchstgericht, wofür beim OGH und beim VwGH – nicht beim VfGH – ausdrückliche Regelungen bestehen, einerseits und das Abgehen von der ständigen Judikatur durch einen Richter einer anderen Instanz andererseits. Bleibt der Richter des Untergerichts bei der ständigen Judikatur, obgleich es eine gleichwertige andere Lösung des Rechtsfalls gibt, so entspricht dies der durchaus einsichtigen Überlegung, das Recht berechenbarer und damit die Gerichtsbarkeit einheitlicher zu machen, also ein Beitrag zur Rechtssicherheit. Dies sei als ein pragmatischer Gesichtspunkt akzeptiert, als mehr aber nicht.

Pragmatisch entscheidet ein Gericht auch dann, wenn es auf seine Funktionsfähigkeit Bedacht nimmt. Eine gleichermaßen mögliche andere Judikatur könnte dazu führen, dass das Gericht mit einer Flut von Beschwerden konfrontiert würde. Da realistischer Weise selten mit einer Erweiterung der personellen Ressourcen zu rechnen ist, diese zudem auch problematisch sein kann, könnte eine bestimmte Linie einen negativen Einfluss auf sämtliche Verfahren ausüben.[42]) Ein gutes Beispiel dafür ist die Judikatur des VfGH zum Asylrecht vor der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.[43]) Der VfGH sah in der unterlassenen Vorlage vom Asylgericht an den VwGH – entgegen der sonst zu erwartenden Judikatur in Beispielsfällen – keine Verletzung des verfassungsgesetzlichen Rechts auf den gesetzlichen Richter. Für den höchst belasteten VfGH hätte eine solche Öffnung eine unerträgliche Weiterung bedeutet.

Strukturell ähnliche Überlegungen muss ein Höchstgericht auch hinsichtlich seiner Zugänglichkeit im Revisionsweg anstellen. Innerhalb des (verfassungs)rechtlichen Rahmens der Revisionszulassung muss das Gericht so navigieren, dass es einerseits entlastet ist, andererseits aber so viele relevante Fälle zulässt, um sich nicht selbst überflüssig zu machen. In der Einstellung dieses Kalküls liegt derzeit eine aktuelle Herausforderung des VwGH.

---

41) Vgl näher *Jabloner*, Richterrecht als Rechtsquelle? in GedS Walter (2013) 185 (194).

42) Hier ist auch auf die in Art 6 EMRK verankerte Pflicht des Gerichts hinzuweisen, seine Verfahren in angemessener Zeit abzuschließen. Damit wird sogar verfassungsrechtlich an ein richterliches Verfahrensmanagement angeknüpft, das durchaus pragmatischen Maximen folgt.

43) VfSlg 18.613/2008. Vgl dazu *Pöschl*, Das Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofs, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2009) 75 (104).

Letztlich gehört in diesen Zusammenhang auch die Selbstbehauptung eines Höchstgerichts im nicht immer harmonischen Konzert der nationalen und europäischen Gerichtsbarkeiten. So ist die – unverkennbar rechtsfortbildende – Judikatur des VfGH zur Subsumtion der Unionsgrundrechte unter Art 144 Abs 1 B-VG wohl nur vor dem pragmatischen Hintergrund zu verstehen, einer Aushöhlung dieser Kompetenz entgegenzuwirken.[44])

VI. Was bleibt vom Rechtsgefühl?

Bei den Ausführungen *Spiegels* fällt auf, dass er „Rechtsgefühl" und „richterliches Judiz" anscheinend gleichsetzt. Dies hat seinen Grund wohl darin, dass *Spiegel* an eine natürliche rechtschöpfende Kraft der sozialen Gemeinschaft glaubt, die der Richter vermöge seiner Fertigkeit bloß zum Ausdruck zu bringen hat, sein Judiz besteht dann gerade darin. Besser wäre es, die beiden Begriffe auseinanderzuhalten. Beim „Judiz" – in einem modernen Sinn – handelt es sich um die Fähigkeit des erfahrenen Richters, eine Art Ersteinschätzung des Falls vorzunehmen,[45]) ähnlich dem „diagnostischen Blick" der Ärztin. Ein solches „Vorurteil" ist im Denkprozess des Richters wahrscheinlich gar nicht zu vermeiden. Es kommt aber darauf an, im folgenden Verfahren das Judiz nicht zu immunisieren,[46]) sondern es auf den Prüfstand der Falsifikation zu stellen.

Was bleibt also vom Rechtsgefühl? Das doppelte Rechtsantlitz der Rechtsprechung erzeugt – wie gezeigt wurde – denknotwendig Räume, die nicht mehr von der Rechtserkenntnis erfasst werden können. In diesen Räumen agiert die Richterin sehr wohl nach normativen Standards und trifft keine willkürlichen Entscheidungen. Wenn *Ludwig Spiegel* 1913 unsere Aufmerksamkeit auf diese Bereiche gelenkt hat, so ist sein Beitrag unverändert aktuell, mag auch das „Rechtsgefühl" nicht mehr das geeignete Konzept dafür sein.

44) VfSlg 19.632/2012.
45) Zum heutigen Begriffsverständnis vgl *Gast*, Juristische Rhetorik[4] (2006) 38, 115.
46) So aber *Spiegel*, Gesetz und Recht 32, wobei offen bleibt, ob er diese Feststellung affirmativ oder kritisch-resignierend meint.