KERSCHNER

Juristische Methodenlehre

Zur gesetzeskonformen Rechtsanwendung
Eine Streitschrift

facultas

Ferdinand Kerschner

Juristische Methodenlehre

Zur gesetzesgetreuen Rechtsanwendung

Eine Streitschrift

facultas

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Copyright © 2022 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas, 1050 Wien, Österreich
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der
Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: K. Strobl, Satz·Grafik·Design, Neunkirchen
Druck: Facultas Verlags- und Buchhandels AG

ISBN 978-3-7089-2188-4

Vorwort

Vorweg: Es gibt natürlich viele Juristen, die gesetzeskonform das Recht anwenden. Aber es gibt immer mehr, die das nicht tun, weil sie nach ihrer subjektiven Vernunft entscheiden. Für diese Entwicklung gibt es vor allem drei Gründe, die auch zu dieser Streitschrift als Studienbuch, aber auch als Handbuch für die juristische Praxis geführt haben.

Erstens gibt es in Österreich wenig Methodenbewusstsein des Rechtsanwenders. Die Meinung „Der gute Jurist spricht nicht über Methode, er hat Methode" (*Ernst Rabel*) ist weit verbreitet. Uns wir sind ja alle gute Juristen.

Zweitens findet sich in der österreichischen Juristenausbildung kaum Methodenlehre. Sie ist aber ein ganz wichtiges „Werkzeug" in der Rechtsanwendung. Meist wird dieses – wenn überhaupt – am Anfang des Studiums gelehrt, aber da kann man damit noch nichts oder nur wenig anfangen.

Drittens – und das ist wohl der Hauptgrund – wird in Österreich ganz überwiegend deutsche Methodenlehre vertreten, die auf keinerlei positivierten Regeln der Rechtsanwendung basiert. Im Gegensatz zu Deutschland finden wir in Österreich in den §§ 6,7 ABGB ganz konkrete Interpretationsregeln mit sehr restriktiven Vorgaben, die allerdings nur selten mehr beachtet werden. Die Konsequenzen sind eine „Parallelrechtsordnung" durch Analogiemanie bzw -hypertrophie, Vorrang sogenannter

„objektiv-teleologischer Auslegung“, damit verbunden vermehrt subjektive Eigenwertungen. Und die Phantasie kennt keine Grenzen mehr, wenn man methodische Mittel wie umfassende Interessenabwägung und ein bewegliches System von Elementen erfindet. Man kann damit – wenn man will – fast alles machen.

Für den Verfasser, einen Vertreter einer **normativen** Interessen- bzw Wertungsjurisprudenz ist das ein unhaltbarer Zustand geworden. Recht kann zu Unrecht werden. Es pervertiert die Aufgabe des Juristen, nämlich Diener des Gesetzes zu sein, wenn man zu einem gewünschten Ergebnis eine passende Methode sucht. Der Verfasser kann das mit seinem Berufsethos nicht mehr vereinbaren, daher diese Streitschrift! Denn Rechtssicherheit und Vertrauen in die Gerichtsbarkeit, so wichtige Säulen unserer Demokratie, sind in Gefahr.

Vielleicht, ja wahrscheinlich ist es ein aussichtsloser Kampf gegen Windmühlen, aber ich will es – auch mit anderen gleich oder ähnlich denkenden RichterInnen und RechtswissenschafterInnen – zumindest versucht haben. Und mir ist bewusst, dass es für viele schwer ist, einmal erworbene Gestaltungsmacht wieder abzugeben.

Es geht um ganz maßgebliche verfassungsrechtliche Prinzipien wie Legalitäts- und Gewaltenteilungsgrundsatz, aber auch um Rechtsstaatlichkeit. Denn Methodenfragen sind Verfassungsfragen! (*Bernd Rüthers*). Und Bindung an das Gesetz besteht auch dann, wenn der Gesetzgeber – wie oft – schwer verständliche oder sogar – aus subjektiver Sicht – unverständliche Regelungen schafft. Die Richterin/der Richter ist nicht deshalb unabhängig, damit er

frei vom Gesetz und beliebig entscheiden kann, sondern die Gesetzesbindung soll die Unabhängigkeit von politischen Einflüssen gewährleisten!

Der Rechtsanwender ist – um es zu wiederholen, weil ganz und gar nicht mehr selbstverständlich – Diener des Gesetzes und nicht Ersatzgesetzgeber. Dafür will diese Streitschrift kämpfen, vor allem vermehrtes kritisches Bewusstsein schaffen. Wie heißt es doch maßgeblich in § 6 ABGB: „Einem Gesetz darf in der Anwendung **kein anderer Verstand** beigelegt werden, als welche…**aus der klaren Absicht des Gesetzgebers** hervorleuchtet"!!! (eigene Hervorhebungen).

Ihr Don Quijote

Ferdinand Kerschner

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 5
Abkürzungsverzeichnis 12

I. Wesen und Ziel der (Rechts)Wissenschaft und der Rechtsanwendung 16

II. Methodische Arbeitsmittel. 27
1. Interpretationsmethoden 32
2. Subsidiäre Anwendung des Richterrechts . 44
3. Richterrecht als Gewohnheitsrecht? 47
4. Normmerkmale als bewegliche Elemente (bewegliches System im Sinne Wilburgs) . 50
5. Methode des Typenvergleichs 60
6. Interessenabwägungen 61
7. Wirtschaftliche Betrachtungsweise – ökonomische Analyse des Rechts 71
8. Arbeitsmittel und ABGB 72
9. Auslegung der Auslegungsregeln 74
10. Auslegung und EU-Gemeinschaftsrecht . . 76

III. Reihenfolge und Rangordnung der Interpretationsmethoden. 82
1. Bedarf nach Auslegung. 82
2. Reihenfolge. 83
3. Ausschöpfung aller Methoden. 83
4. Rangordnung der Methoden? 85
5. Vorrang der objektiv-historischen Auslegung 87
6. Voraussetzungen des Vorrangs der objektiv-historischen Auslegung. 90

IV. Gesetzesergänzung durch Lückenfüllung . . . 94
1. Rechtsfortbildung und „Rechtsrückbildung“ 94
2. Analogie und teleologische Reduktion 101
3. Echte und unechte Lücke 103
4. Zweifelsregel 106
5. Umkehrschluss 111
6. Größenschluss 113
7. Gesetzes- und Rechtsanalogie 114
8. Gesetzliche Grenzen der Analogie und der teleologischen Reduktion 116

V. Normenkonkurrenz 128

VI. Naturrecht? 134

VII. Methodologische Hauptströmungen der Rechtswissenschaft 138
1. Methodenbewusstsein 138
2. Konkrete juristische Aufgabe 141
3. Rechtspositivismus 142
4. Begriffsjurisprudenz 145
5. Freirechtsschule 147
6. Interessenjurisprudenz 148
7. Wertungsjurisprudenz 149
8. Falllösung 153

VIII. Fachspezifische Methodologie 156
1. Strafrecht 156
2. Verfahrensrecht 157
3. Verfassungsrecht 158
4. Verwaltungsrecht 159

5. Arbeitsrecht 160
6. EU-Recht 161

IX. Rechtsanwendung und Verfassung 162
1. Verfassungskonforme Auslegung 163
2. Auslegungsgrenzen durch Verfassung 164

Literaturverzeichnis 169
Stichwortverzeichnis 189

I. Wesen und Ziel der (Rechts)Wissenschaft und der Rechtsanwendung

„Die Jurisprudenz soll das positive Recht beleben, nicht beherrschen oder gar unterdrücken, nicht verbessern oder gar verdrehen.“[1]

Und zur Lückenfüllung:

„Das Vorgeben, dass ein bestimmter Fall nicht entschieden werden könne, ist sehr oft nur ein Kunstgriff der Partey, ihres Vertreters oder des Richters, welcher dadurch den Fall in das freye Feld des unbeschränkten Räsonnements und der Willkür hinüber zu spielen suchen…“[2]

Und noch deutlicher:

„…, ist es eine ahndungswürdige Unwissenheit oder Anmaßung der Vertreter oder Richter, aus dem Vernunft-Codex die Entscheidung herzuholen. Noch größer wäre die Kühnheit, sich, gegen alle bis Ordnung zum Richter über die Gesetze aufzuwerten, und unter dem Vorwande, dass sie mit den natürlichen nicht übereinstimmen, selbe verschmähen zu wollen.[3]

---

1 So eindringlich *Zeiller*, Commmentar (1811) I 67 FN*

2 So *Zeiller*, Commentar I 68; dazu schon *Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre[6] (2014) 51.

3 Wieder *Zeiller*, Commentar I 68.

Diese eindringlichen Mahnungen *Zeillers* gelten auch heute noch und das vielleicht sogar in stärkerem Maße als im Jahr 1811.

Juristische Methodenfragen sind Verfassungsfragen.[4] Deren konkrete Anwendung bei der Normeninterpretation und Lückenfüllung entscheiden maßgeblich Rechtsfälle. Denn: **Die Auslegungsmethode bestimmt den Inhalt der Rechtsordnung.**[5] Auslegung, Analogie und teleologische Reduktion[6] sind heute ganz überwiegend von deutscher Methodenlehre geprägt. Und das hat ganz mächtige Auswirkungen auf die konkrete Rechtsanwendung in Österreich.

Für die deutsche Methodenlehre finden sich im deutschen Recht keine gesetzlichen Vorgaben. Das deutsche BGB hat zumindest eine abschließende und weitgehend auch kasuistische Regelung versucht. Die Gesetzgeber des ABGB waren sich hingegen der Erfolglosigkeit einer abschließenden Normierung bewusst und haben (auch) daher ausdrückliche gesetzliche **Regeln der Auslegung und Lückenfüllung in den §§ 6 und 7 ABGB** aufgestellt: Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Absicht des Gesetzgebers einerseits in § 6 ABGB und eine sehr restriktive Analogieregelung in § 7 ABGB. Dies soll alles letztlich der Gesetzesbindung der Rechtsanwender dienen. Auch hier hat wohl „offenkundig das ständige Schielen auf das BGB den Blick (scil: auf das ABGB) ge-

4 Näher dazu unten IX. 2.

5 So treffend *Rüthers*, Die heimliche Revolution von Rechtsstaat zum Richterstaat (2014) 40.

6 Siehe näher unter IV.

trübt." Dieses prägnante faktenbasierte und zutreffende Urteil von *Rudolf Reischauer*[7] gilt in gleicher Weise für die juristische Methodenlehre:

Nach weit überwiegender Ansicht in Literatur und von dieser beeinflusst auch in der Judikatur wird in Österreich deutsche Methodologie vertreten. Über *Larenz, Canaris* und *Franz Bydlinski* und deren Schüler wird als wichtigste Methode der sogenannten „objektiv-teleologischen" Auslegung das Wort geredet. „Objektive" Normzwecke, Interessen, die zugegebenermaßen vielfach nicht mehr auf die Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen sind, seien letztlich entscheidend.

Die klaren warnenden und restriktiven Regen der §§ 6, 7 ABGB werden hingegen in den Hintergrund gedrängt, bisweilen krass missachtet, deren Geltung in der Sache verdrängt. Es herrscht subjektives Vernunftsrecht: Der Gesetzesanwender könne klüger sein als das Gesetz.

Die Bindung des Interpreten an die Vorgaben der §§ 6,7 versucht man immer wieder zu relativieren, um damit weitgehend freie(re) Hand bei der Rechtsanwendung zu haben. So meint etwa *Kodek*[8], das ABGB enthalte „wenigstens in Ansätzen ein ‚Recht der Methode'". Die §§ 6,7 ABGB seien Normen, die sich sozusagen „selbstreflexiv" mit sich selbst beschäftigen. Und eine völlige gesetzliche Bindung scheitere schon logisch daran, dass auch Interpretationsnormen ihrerseits interpretationsbedürftig sei-

---

7 *Reischauer* in Rummel, ABGB[3] (2002) §1294 Rz 16.

8 Richterliche Rechtsfortbildung – Möglichkeiten und Grenzen, in *Torggler* (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 8.

en; dazu näher unten II.9..Über den Rang der Methoden im Konfliktsfall sei daraus nichts abzuleiten. Die §§ 6,7 seien zur Zeit des Inkrafttretens des ABGB stark dem Obrigkeitsdenken verpflichtet gewesen.[9] So – dazu meine Erwiderung – als ob das Volk in einer Demokratie keine „Obrigkeit" mehr wäre. Entlarvend ist dazu die Feststellung von *Kodek*[10], dass sich die heute anerkannte[11] juristische Interpretationslehre „in Umrissen" mit den §§ 6,7 ABGB decke. All diese Relativierungsversuche entsprechen mE nicht mehr der Absicht des Gesetzgebers.

Rechtswissenschaftliche Untersuchungen haben aber auch wissenschaftlichen Ansprüchen zu entsprechen. Dabei ist bekanntlich schon umstritten, ob das Wissen vom Recht überhaupt eine Wissenschaft im strengen Sinne (im engeren Sinne) ist. Das liegt im Wesentlichen daran, dass jedenfalls rechtsdogmatische Erörterungen bisweilen keine völlig eindeutig beweisbaren (unwiderlegbaren) Ergebnisse bringen (können). Sie sind vielfach nicht als „richtig" oder „falsch" zu qualifizieren, sondern als (mehr oder weniger) „überzeugend", (eher oder kaum) „vertretbar". Ob die Tätigkeit des Rechtsdogmatikers eine wissenschaftliche Leistung oder nur eine Art „Kunsthandwerk", „Kunstlehre" ist, hängt wohl vom Wissenschaftsbegriff ab, der seinerseits wieder umstritten ist.[12]

---

9 Vgl wieder *Kodek* in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung 9.

10 In Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung 7.

11 Auch das trifft keinesfalls allgemein zu.

12 Vgl dazu *Mayer-Maly*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1993) 104 f; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff[2] (1991) 76 ff.

Manche konzedieren auch bestimmten Teilbereichen der Rechtswissenschaft mehr Wissenschaftlichkeit als gerade der Rechtsdogmatik. Das gelte vor allem für die Fächer Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie.[13]

Diesen Fragen ist hier nicht näher nachzugehen. **Unbestritten sollte aber sein, dass Aufgabe der Rechtswissenschaft und gerade auch der Rechtsdogmatik die Erkenntnis der (wahren, wirklichen) Rechtslage ist, wobei eine rational nachprüfbare Denkmethode eingehalten wird, die mit den gesetzlichen Vorgaben übereinstimmt.** Das gelingt nur, wenn die bei jedem Juristen vorhandenen subjektiven Vorverständnisse möglichst abgebaut werden. Es geht um die Frage, „wie ist (war) das Recht wirklich". Damit teilt die Rechtswissenschaft die Funktion aller Wissenschaften, nämlich der Suche (!) nach wahren Erkenntnissen. Dabei sollten jedem wissenschaftlich Tätigen auch die Grenzen menschlicher Erkenntnis bewusst sein. Die Wissenschaft befindet sich in einem ständigen dialektischen Prozess. Endgültige Wahrheiten sind – selbst in den exakten Naturwissenschaften – selten. Das darf – gerade in der Rechtswissenschaft – aber nicht dazu führen, dass man auf einen größtmöglichen Grad an Rationalität und Gesetzesbindung verzichtet. Einen solchen erreicht man aber nur, wenn man sich auch eines bestimmten (allenfalls gesetzlich vordeterminierten) Arbeitsverfahrens, einer überprüfbaren Methode

[13] So etwa *Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft 7; vgl dagegen aber *F. Bydlinski*, Methodenlehre[2], 76 FN 189; *diesem* dann aber weitgehend folgend *Mayer-Maly*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1993) 104.