

Richterliche Rechtsfortbildung – Möglichkeiten und Grenzen¹

Georg Kodek

- 1. Ein alter Fall zum Einstieg**
- 2. Selbstaussagen der Rechtsprechung**
- 3. Versuch einer Begriffsbestimmung**
- 4. Legitimität und Grenzen**
 - 4.1. Rechtsordnungsbezogenheit der Methodenlehre
 - 4.2. Verfassungsrechtliche Aufgabenverteilung
 - 4.3. §§ 6, 7 ABGB: normativer Gehalt und praktische Anwendung im Wandel der Zeit
 - 4.4. Materienspezifische Besonderheiten des Privatrechts und methodische Konsequenzen
 - 4.5. Grenzen der Rechtsfortbildung – die Lex-lata-Grenze
- 5. Ausgewählte Methodenfragen**
 - 5.1. Teleologische Interpretation
 - 5.2. Funktionswandel
 - 5.3. Analogie
 - 5.3.1. Allgemeines
 - 5.3.2. Lücke
 - 5.3.3. Schweigen des Gesetzgebers
 - 5.3.4. Ausfüllung der Lücke
 - 5.4. Zur „Rangfrage“ der Auslegungsmethoden
- 6. Ausgewählte Beispiele**
 - 6.1. Technische Entwicklungen
 - 6.2. Trauerschmerzensgeld
 - 6.3. Erneuerung des Strafverfahrens
 - 6.4. Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens
- 7. Schluss – die Bedeutung des Dialogs mit der Lehre**

¹ Schriftliche Fassung eines am 28.5.2018 gehaltenen Vortrags. Die Vortragsform wurde beibehalten und um einige Anmerkungen ergänzt.

1. Ein alter Fall zum Einstieg

Zum Einstieg möchte ich mit einem Fall aus dem römischen Recht beginnen.² Der Fall wird als ältestes Beispiel einer Analogie gebracht. Hintergrund ist folgender: In den XII Tafeln war eine Bestimmung über die *actio de pauperie* enthalten. Demnach haftete der Eigentümer eines *quadrupes*, also eines vierfüßigen Tieres, für von diesem verursachte Schäden.³ Als – so geht die Legende weiter – die Römer im Zuge der Punischen Kriege mit afrikanischen Luxusgütern in Berührung kamen, lernten sie auch den Vogel Strauß kennen, der bald zum Statussymbol reicher Römer avancierte. Es dauerte nicht lange, bis einer dieser Sträusse einen Schaden verursachte. Teilweise wird dies dahin ausgeschmückt, dass er bei einem Gartenfest die Frau des Konsuls gebissen habe. Obwohl es sich beim Vogel Strauß naturgemäß um kein *quadrupes* handelte, gewährte der Prätor die Klage als *actio in factum*. Historisch belegt ist all dies nicht. Die Digesten sprechen nur von „*aliud animal*“⁴; die erste Erwähnung des Straußes findet sich in diesem Zusammenhang erst in der Spätantike (und ohne Frau des Konsuls).⁵ Übrigens bildete der Vogel Strauß weder den End- noch den Höhepunkt der analogen Anwendung der *actio de pauperie*: Bis in die Neuzeit wurde die Bestimmung sogar „analog“ auf Geisteskranke angewendet.⁶ Wenngleich dieser Fall – wie erwähnt – als ältester Fall der Analogie gelehrt wird, handelte es sich vielleicht auch um den ältesten Fall der Rechtsfortbildung, war doch der Vogel Strauß dem römischen Gesetzgeber zweifellos bekannt.

2. Selbstaussagen der Rechtsprechung

Was hat nun die Rechtsprechung selbst zum Thema „Rechtsfortbildung“ zu sagen? Im RIS finden wir 17 Leitsätze mit dem Schlagwort „Rechtsfortbildung“, übrigens – wie dies bei RIS-Leitsätzen oft der Fall ist – von ganz unterschiedlicher Tragweite und (wie hinzuzufügen ist:) Qualität. Nach einem strafrechtlichen Leitsatz⁷ kann, wenn materiell-rechtliche Nichtigkeitsgründe schriftlich nicht gesetzmäßig dargestellt werden, eine öffentliche Verhandlung entfallen. Die damit verbundene Konsequenz mangelnder Möglichkeit des OGH, auf das den Anfechtungskriterien im Nichtigkeitsverfahren nicht entsprechende Vorbringen meritorisch einzugehen, bedeute aber inhaltlich weder für den Angeklagten noch für

2 Wacke, Der Vogel Strauß als frühes Beispiel für Gesetzesanalogie: ein Phantasma? Grenzfragen bei der römischen Tierhalterhaftung, Fundamina (Pretoria) 2014 vol 20 n.2.

3 XII-Tafeln 8,6.

4 D 9,1,4. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Klage nicht gewährt wird (*datur*), sondern „zusteht“ (*competit*), was üblicherweise für Klagen nach dem *ius civile* verwendet wird. Dies könnte – ohne diesen Aspekt überbewerten zu wollen – ein Hinweis auf das Alter der Analogie sein. Vgl Wacke, Fundamina (Pretoria) 2014 Pkt 4.2.

5 Heimbach, Basilikon libri vol V (Lipsiae 1850) 262 (Bas 60,2,4).

6 Wacke, Fundamina (Pretoria) 2014 Pkt 9.

7 RIS-Justiz RS0119838; OGH 12 Os 38/04.

die Rechtsfortbildung einen Nachteil: Denn auch für solche Fälle gelte das Korrektiv des § 290 Abs 1 Satz 2 StPO, der dem Höchstgericht selbst in einem die Nichtigkeitsbeschwerde zurückweisenden Beschluss eine meritorische Stellungnahme aus Anlass des aktuellen Straffalles und – zur Vermeidung eines Nachteiles für den Angeklagten – sogar die inhaltliche Änderung dessen rechtlichen Ergebnisses eröffnet. Hier wird also die Rechtsfortbildung als etwas Erwünschtes, ja Notwendiges angesehen. Vor allem in arbeitsrechtlichen Entscheidungen wird „Rechtsfortbildung“ auch vielfach mit „Rechtsentwicklung“ gleichgesetzt.⁸

Ein zivilrechtlicher Leitsatz mit nicht weniger als 57 indizierten Entscheidungen⁹ bezeichnet die Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens als Ergebnis einer Rechtsfortbildung; anschließend wird erörtert, inwieweit dieser Grundsatz auch im Exekutionsverfahren gelte.¹⁰

Nach einem weiteren Leitsatz¹¹ könnten bei Prüfung der „stärksten Beziehung“ nach § 9 Abs 1 IPRG durchaus auch auf die Zukunft weisende Argumente von Bedeutung sein. Mit der Formulierung „stärkste Beziehung“ habe der Gesetzgeber bewusst eine Blankettnorm geschaffen, um eine elastische Handhabung der Bestimmung sowie die Rechtsfortbildung zu gewährleisten. Diese Rechtsfortbildung bezieht sich freilich nur auf das österreichische IPR, nicht auf das anzuwendende ausländische Recht. Mehrere Entscheidungen weisen Revisionen, in denen es um die Anwendung ausländischen Rechts geht, mit der Begründung zurück, der OGH ist nicht dazu berufen, für die Einheitlichkeit oder gar die Fortbildung fremden Rechts Sorge zu tragen. Diese Aufgabe fällt bei Anwendung ausländischen Rechts vornehmlich dem betreffenden ausländischen Höchstgericht zu.¹²

Eine strafrechtliche Entscheidung zum Freispruch nach § 214 FinStrG thematisiert die „Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung“, wobei deren Notwendigkeit *in concreto* verneint wurde.¹³

Nach einer häufigen Formulierung¹⁴ ist es nicht Sache der Rsp, sondern der Gesetzgebung, unbefriedigende Gesetzesbestimmungen zu ändern; die Gerichte haben nur die bestehenden Gesetze anzuwenden; es ist hingegen keineswegs ihre Aufgabe, im Wege der Rechtsfortbildung oder einer allzu weitherzigen Interpretation möglicher Intentionen des Gesetzgebers Gedanken in ein Gesetz zu tragen, die darin nicht enthalten sind. Als maßgebend könne vielmehr nur der objektive

8 OGH 8 ObA 48/08d: „Rechtsfrage dar, der zur Wahrung der Rechtseinheit oder Rechtsfortbildung iSd § 502 Abs 1 ZPO Bedeutung zukommen würde“; ähnlich OGH 9 ObA 92/13i ua.

9 RIS-Justiz RS0118686.

10 Zur Zweiseitigkeit unten 6.4.

11 OGH 1 Ob 2/03f in RIS-Justiz RS0117332.

12 OGH 1 Ob 215/98v (türkisches Recht); ähnlich OGH 8 ObA 2/07p; 2 Ob 18/17m; 8 ObA 2/07p; 7 Ob 167/03i.

13 OGH 14 Os 116/05y.

14 RIS-Justiz RS0008880 (53 Belegstellen).

Sinn eines gehörig kundgemachten Gesetzeswortlautes angesehen werden. Ein Rechtssatz, der im Gesetz nicht einmal angedeutet sei, könne auch nicht im Wege der Auslegung Geltung erlangen. Unter Berufung auf diesen Grundsatz wurde in neuerer Zeit etwa die analoge Anwendung des § 1 Abs 1 lit b NotAktG auf Darlehensverträge zwischen Lebensgefährten abgelehnt.¹⁵

Derselbe Gedanke findet sich in einem weiteren Leitsatz, dessen unmittelbarer Anlass freilich mittlerweile überholt ist.¹⁶ Demnach sei es, wenngleich die Gesetzgebung von den dadurch Betroffenen als unbefriedigend empfunden werden möge (es ging um die fehlende Gleichstellung homosexueller Lebensgemeinschaften in § 14 Abs 3 MRG), nicht Sache der Rsp, diese zu korrigieren¹⁷ oder im Wege der Rechtsfortbildung oder einer allzu weitherzigen Interpretation möglicher Intentionen des Gesetzgebers Gedanken in ein Gesetz hineinzutragen, die darin nicht enthalten sind.¹⁸ Die völlige Gleichstellung homosexueller Lebensgemeinschaften mit heterosexuellen im Bereich des Mietrechts bedürfe vielmehr einer Maßnahme des Gesetzgebers und kann durch Auslegung allein nicht erreicht werden.¹⁹ Zehn Jahre nach dieser Entscheidung, im Jahr 2006, ging der OGH von dieser Auffassung ab.²⁰ Eine EMRK-konforme Auslegung des § 14 Abs 3 zweiter Satz MRG gebiete die Bejahung eines Eintrittsrechts – unter Gegebenheit der sonstigen Voraussetzungen – auch für gleichgeschlechtliche Lebenspartner-schaften.

Immer wieder findet sich die Aussage, der äußerste mögliche Wortsinn bilde die Grenze zwischen objektiv-teleologischer Auslegung und ergänzender Rechtsfortbildung.²¹ Mehrfach wird betont, dass richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* ausgeschlossen sei.²² Der Richter sei vielmehr an das geltende Gesetz gebunden. Unabhängig sei er nur von der Verwaltung, nicht aber von der Gesetzgebung.²³ Unter Berufung auf diesen Grundsatz lehnte der OGH etwa eine Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 162 Abs 3 lit a ASVG, wonach Zeiten einer Arbeitsunterbrechung infolge Urlaubes ohne Entgeltzahlung, sofern dieser Urlaub die Dauer eines Monats nicht überschreitet (§ 11 Abs 3 lit a ASVG), bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes außer Betracht bleiben, auf Urlaube mit längerer Dauer ab.

Auf einer ähnlichen Linie liegt die Argumentation, das Gericht sei nicht berechtigt, im Wege der „Rechtsfortbildung“ und unter Berufung auf „Treu und Glauben“

15 OGH 6 Ob 187/14i.

16 RIS-Justiz RS0106011.

17 Unter Berufung auf OGH 2 Ob 6/92 JBl 1993, 235.

18 Unter Berufung auf OGH 4 Ob 156/80 SZ 54/120.

19 OGH 6 Ob 2325/96x.

20 OGH 5 Ob 70/06i.

21 RIS-Justiz RS0016495 (OGH 3 Ob 17/94; 4 Ob 11/04b; 7 Ob 198/05a; 5 Ob 179/06v; 4 Ob 23/08y; 8 ObS 3/12t; 9 ObA 5/14x.

22 RIS-Justiz RS0083701; RS0008811.

23 OGH 1 Ob 211/72 RZ 1973/1 = JBl 1974, 99.

Gedanken in das Gesetz zu tragen, die in diesem nicht enthalten sind.²⁴ So lehnte der OGH den Ansatz, die Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch in Hinblick auf die technische Entwicklung („Magnetophonbänder“) einschränkend auszulegen, ab. Zwar möge zutreffen, dass auch dem Gesetzgeber des österreichischen UrhG nicht die Möglichkeit bekannt war, dass im häuslichen Bereich durch einen einfachen mechanischen Vorgang Aufführungen aller Art auf Magnetophonbänder übertragen werden und dass der Vertrieb von Magnetophonapparaten und -bändern geeignet sei, den Vertrieb von Schallplatten und damit auch die urheberrechtlichen Nutzungsrechte zu beeinträchtigen. Die technische Entwicklung könne aber nicht zum Anlass genommen werden, im Wege der „Rechtsfortbildung“ Gedanken in das Gesetz zu tragen, die darin nicht enthalten seien. Diese Art der Fortbildung obliege dem Gesetzgeber. Noch viel weniger könne durch Berufung auf den Begriff von Treu und Glauben (§ 242 ABGB) das Gesetz verändert werden. Andererseits sprechen Entscheidungen mitunter von einer „sachlich gebotenen Rechtsfortbildung“.²⁵

3. Versuch einer Begriffsbestimmung

Der Begriff der „Rechtsfortbildung“ hat Kritikfunktion; damit wird zum Ausdruck gebracht, dass etwas geschieht, das bisher nicht „Recht“ war; je nach Standpunkt des Verfassers wird dieses Phänomen dann im konkreten Einzelfall positiv oder negativ bewertet. Dies gilt vielleicht noch viel mehr für die Formulierung „*contra legem*“, obwohl auch diese Formulierung dahin verwendet werden könnte, dass damit nur auf ausdrücklich statuierte Regeln Bezug genommen wird. Das Spannungsfeld zwischen ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen einerseits und dem Ganzen der Rechtsordnung andererseits bringt die Wendung „*extra legem intra ius*“ in schöner Weise zum Ausdruck; daher überrascht nicht, wenn dieser Ausdruck gerne als Titel für Tagungen oder Bücher verwendet wird.²⁶

Die entscheidende Frage bei der Formulierung „*contra legem*“ ist natürlich, was ist die *lex*, wo verläuft die Trennlinie zwischen Rechtsanwendung, Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung? Dass die Grenze hier nicht – wie man bei vordergründiger Betrachtung anzunehmen geneigt sein könnte – bei der ausdrücklich statuierten Vorschrift verläuft, zeigt schon § 7 ABGB, der die Analogie und die Heranziehung der natürlichen Rechtsgrundsätze ausdrücklich vorsieht.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch das System der „Grundsatzrevision“. § 502 ZPO verlangt eine erhebliche Rechtsfrage. Diese ist im Gesetz defi-

24 OGH 4 Ob 353/67 EvBl 1968/237.

25 OGH 9 Ob 163/02i (zur Rechtslage vor § 91 Abs 2 EheG idF EheRÄG 1999).

26 Vgl stellvertretend für viele Metzger, *Extra legem, intra ius*: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009).

niert als Frage, der für die Rechtssicherheit, Rechtseinheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Nach der Rsp betrifft die Lösung einer Rechtsfrage die Rechtseinheit, wenn die Rsp uneinheitlich ist, die Rechtssicherheit, wenn das Gericht zweiter Instanz von der höchstgerichtlichen Rsp abwich, und die Rechtsentwicklung, wenn es an einer höchstgerichtlichen Rsp fehlt.²⁷ Demgegenüber werde die Rechtsentwicklung durch jede Entscheidung vorangetrieben, die entweder eine neue Praxis einleitet oder die bisherige Praxis modifiziert.²⁸ Die Rechtsentwicklung findet daher zumeist in kleinen Schritten im Alltag statt.

Dies erinnert an den berühmten Satz des *Pomponius*, wonach das Recht (*ius*, nicht *lex*!) nicht bestehen kann, wenn es nicht einen Rechtskundigen gibt, durch den es täglich zum Besseren weiterentwickelt werde: *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*²⁹

Dies führt zur Diskussion um den Begriff „Auslegung“: Nach verbreiteter Auffassung bildet hier der Wortlaut eine Grenze; alles, was nicht mehr vom Wortlaut gedeckt sei, sei bereits Rechtsfortbildung. ME liegt mit *Potacs* Rechtsfortbildung erst dann vor, wenn das Ergebnis mit anerkannten Auslegungsmethoden nicht mehr erreicht werden kann.³⁰ Daher ist „Rechtsfortbildung“ nicht immer Analogie, diese kann vielmehr bei Überschreiten der methodischen Zulässigkeitsgrenzen prinzipiell bei allen Auslegungsmethoden vorliegen. Allerdings ist die Analogie und – weniger – die mit ihr eng verwandte teleologische Reduktion meist „Aufhänger“ für Rechtsfortbildung; durch Entfernung vom Wortlaut ist diese Methode einerseits in gewisser Weise „flexibler“, aber dadurch naturgemäß auch eher „geneigt“, kontroversiell zu sein. Die Frage nach den Grenzen zulässiger „Rechtsfortbildung“ ist daher in Wahrheit eine Frage nach der „richtigen“ Gesetzesauslegung und nach den hier anzuwendenden Methoden.

4. Legitimität und Grenzen

4.1. Rechtsordnungsbezogenheit der Methodenlehre

Methodenlehre ist immer eine Frage des jeweils anzuwendenden Rechts, sie kann nur für eine bestimmte Rechtsordnung ermittelt werden. Es gibt daher keine weltweit anwendbare Methodenlehre. Zu unterschiedlich sind hier die einzelnen Rechtsordnungen und die Rechtsquellen, aus denen diese jeweils schöpfen. Ob es sich um eine Rechtsordnung weitgehend ohne geschriebenes (Privat-)Recht handelt wie im *common law* oder um eine kodifizierte Rechtsordnung kontinentaleuropäischen Musters, macht hier natürlich einen Unterschied. Die Rechtsfindung

27 Zechner in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Zivilprozessgesetze² § 502 ZPO Rz 54.

28 Zechner in *Fasching/Konecny*² § 502 ZPO Rz 56.

29 *Pomponius* in D. 1, 2, 2, 13.

30 *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 33 ff, 277 ff.