

## Juristische Methodenlehre

Der Autor, Universitätsprofessor i.R., legt mit seiner „Methodenlehre“ ein Handbuch für Studium und Praxis vor, das er als „Streitschrift“ mit dem Untertitel „Zur gesetzeskonformen Rechtsanwendung“ bezeichnet.



Die Gesetzgeber des ABGB waren sich der Erfolglosigkeit einer abschließenden Normierung bewusst und haben daher in §§ 6 und 7 ABGB Regeln für die Auslegung und Lückenfüllung vorgesehen.

Nach der überwiegenden Ansicht in der wissenschaftlichen Lit und von dieser beeinflusst wird in Österreich die deutsche Methode der objektiv-teleologischen Auslegung von *Larenz*, *Canaris* und *F. Bydlinski* bevorzugt.

*Kodek* meint, das ABGB enthalte „wenigstens in Ansätzen ein „Recht der Methode“. Über den Rang der Methoden im Konfliktfall sei daraus nichts abzuleiten. *Kodek* stellt fest, dass sich die heute anerkannte juristische Interpretationslehre „in Umrissen“ mit §§ 6, 7 ABGB decke.

In den letzten Jahrzehnten zeigt sich eine zunehmende Tendenz mangelnder Gesetzesbindung und ist des Untertitels seines Werks erkennt *Kerschner* sogar eine abnehmende Gesetzestreue. Er sieht eine Beliebigkeit der Methoden, der Argumente, der Rechtsfiguren und daher, meint er, entwickelt sich aus dem Recht Unrecht.

Anstelle der Gesetzesbindung tritt zunehmend Richterrecht, was aber mit dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Gewaltenteilung in Konflikt gerät. Zu dieser Entwicklung hat der Gesetzgeber beigetragen, indem er – als Folge politischer Kompromisse – immer öfter in Generalklauseln und unbestimmte Gesetzesbegriffe flieht. Die maßgeblichen politischen Entscheidungen sind in einer rechtsstaatlichen Demokratie von den demokratisch gewählten Parlamenten und nicht von den Richtern zu treffen, die ihre Entscheidungen unter Einhaltung der Unabhängigkeitsgarantien bezüglich politischer Weisung und Einflussnahme fällen.

Im Unterschied zu *Bydlinski* lässt *Kerschner* dem Richterrecht auch keine subsidiäre Bindungskraft zukommen und bezieht sich auf § 12 ABGB. Den Gerichten kommt nur eine Einzelfallentscheidung zu und daher weist das Richterrecht keinen über das konkrete Verfahren hinausgehenden Rechtsquellencharakter auf.

*Bydlinski* setzt das insb für Normen mit Richtliniencharakter geeignete bewegliche System *Wilburgs* fort und ergänzt es um feste Tatbestände für unvorhersehbare Sachverhaltskonstellationen. Dies ist heute weitgehend akzeptiert, wurde aber immer wieder kritisiert, wengleich, wie bei *Kozioł*, mit beachtlichen Argumenten.

In § 6 ABGB sind Anweisungen an den Rechtsanwender, wie ein Gesetz auszulegen ist, vorzufinden. Der erste Halbsatz kann nach allgemeinem Sprachgebrauch laut *Kerschner* nur ist des Verbots an den Rechtsanwender zu lesen sein, andere Auslegungsmittel anzuwenden als die im zweiten

Teil angeführten, nämlich Wortlaut, Zusammenhang und Absicht des Gesetzgebers. *Kerschner* führt aus, dass unter „Absicht des Gesetzgebers“ nur die Absicht des historischen Gesetzgebers gemeint sein kann. Nach der nunmehr dominierenden objektiv-teleologischen Auslegung kommt aber oft genau das, was der Gesetzgeber verhindern wollte, zur Anwendung. *Kerschner* kritisiert *Bydlinski*, weil dieser meint, dass §§ 6 und 7 ABGB nur untergeordnete Bedeutung zukommt.

Meines Erachtens macht es sich *Kerschner* mit der Kritik an der Auslegung von EU-Recht durch den EuGH allzu leicht, weil dieser durch mangelnde Vorhersehbarkeit und fehlender Rechtssicherheit eine systemische Vorgangsweise verhindert.

*Kerschner* versucht die Interpretationsmethoden von *Bydlinski* mit dem Argument zu widerlegen, seine Behauptung, die Methoden stünden subsidiär zueinander, sei unrichtig.

Im folgenden Teil des Werks von *Kerschner* zur Gesetzesergänzung durch Lückenfüllung setzt sich die „Streitschrift“ fort, indem der Autor feststellt, dass die ergänzende Rechtsfortbildung mittels Analogie und teleologischer Reduktion (Ausnahmelücke) gestützt auf § 7 ABGB grundsätzlich zulässig ist. Andererseits führt der Autor aus, dass, wenn man „gesetzesübersteigendes“ Richterrecht zulässt, die Rechtsfortbildung grundsätzlich allein Aufgabe des Gesetzgebers ist. Er stellt fest, dass durch § 7 ABGB damit eine freie Rechtsschöpfung indiziert ist. Allerdings ist in den letzten Jahrzehnten ein Trend zur Rechtsfortbildung zu erkennen. Selbst der VfGH, meint *Kerschner*, unterliegt diesem Trend. Als Beispiel führt er die Aufhebung des Erkenntnisses des BVwG zur 3. Piste des Flughafens Schwechat wegen Willkür an, denn keine einzige anerkannte Methode spricht für dieses Ergebnis. Als ein noch treffenderes Beispiel für diese Kritik verweist *Kerschner* auf das Erkenntnis des VfGH zur „Ehe für alle“. Da der Satzteil „Pflicht zur Zeugung von Kindern“ nicht gestrichen wurde, müssten daher auch gleichgeschlechtliche Paare zur Zeugung verpflichtet sein. Diese Pflicht war aber auch schon vor der Öffnung der Ehe umstritten und kann nur unter Außerachtlassung des seit Kodifikation des ABGB eingetretenen gesellschaftlichen Wandels anerkannt werden.

*Kerschner* erinnert an eine RIS-Abfrage zur „Analogie“, wonach für alle drei HöchstG über 12.000 Erkenntnisse ergangen sind; er leitet daraus ab, dass bereits eine Parallelrechtsordnung erkennbar sei.

Aus § 7 ABGB leitet der Autor ab, dass im Zweifel kein Analogieschluss zulässig sei. Der Zweck und der Wertmaßstab sei ausschließlich aus der Sicht des Gesetzgebers und nicht aus der subjektiven Sicht des jeweiligen Gesetzanwendungsorgans zu beurteilen.

Der Autor stellt fest, dass es sich sowohl bei der Analogie als auch der teleologischen Reduktion um zwei gedankliche Akte, nämlich einerseits um Feststellung einer Lücke und andererseits um eine Schließung der Lücke, handelt. Dem-

gegenüber verweist *Kerschner* auf die „gewagte, aber interessante These“ von *Max Leitner*, der in seiner Habilitation zur „die Haftung des Schiedsrichters“ die viel zitierte Regel kritisiert, dass eine Analogie schon deshalb abzulehnen sei, weil gar keine Lücke vorliege. *Kerschner* konstatiert, dass diese Behauptung enorme Sprengkraft in sich trägt, weil damit fast alles auflösbar ist. *Leitner* verweist darauf, dass bereits eine kurze Reflektion über das Wesen des Analogieschlusses und die hinter der Lückenfüllung stehenden Denkkakte offenbart, dass es sich dabei um einen argumentativen Zirkelschluss ohne eigene Begründungskraft handelt, da Lückenfeststellung und Lückenschließung ein einheitlicher Gedankenvorgang sei. Der Satz besage nichts anderes, als dass die Analogie im konkreten Fall deshalb abzulehnen sei, weil die Analogie im konkreten Fall abzulehnen sei. *Leitner* appelliert, dass diese Aussage im juristischen Diskurs vermieden werden soll.

In den weiteren Kapiteln behandelt *Kerschner* Themen wie Normenkonkurrenz und Naturrecht und geht auf methodologische Hauptströmungen der Rechtswissenschaft wie Interessen- und Wertungsjurisprudenz ein.

Ich möchte abschließend nur das Kapitel „Rechtsanwendung und Verfassung“ besprechen. *Kerschner* kritisiert, dass eine gewisse Billigkeitsjudikatur und Analogiehypertrophie sich nicht mehr innerhalb der Rechtsanwendungsgrenzen der §§ 6 und 7 ABGB finden. Die Gesetzesbindung sei Ausfluss des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit und das Legalitätsprinzip nach Art 18 Abs 1 B-VG gilt sowohl für die Gerichte und damit auch den VfGH. Der Autor sieht dies kritisch und lässt offen, ob die seit 2015 bestehende Möglichkeit des Einzelnen auf Normenkontrolle beim VfGH eine geeignete Abhilfe sei.

Das anspruchsvolle Werk liefert zahlreiche Denkanstöße. Ob sich mit der Kritik des Autors an überbordendem Richterrecht und dem Fokus auf einer Einzelfallorientierung auch die Vertrauenskrise in die allgemeine Gerichtsbarkeit erklären lässt, ist jedenfalls eine Überlegung wert, wengleich auch der Beitrag des Gesetzgebers durch unklare, legistisch schwache und oft nur untaugliche Kompromisse abbildende Normen zu berücksichtigen ist. Dass dies aber unabhängig vom Ausgangspunkt für Rechtsunsicherheit sorgt, ist *Kerschner* zuzugestehen.

### **Juristische Methodenlehre.**

Von *Ferdinand Kerschner*. *Facultas*, Wien 2022, 198 Seiten, geb, € 25,-.

---

**NIKOLAUS LEHNER**