

GASTEDITORIAL: Rechtsprechung und Rechtswissenschaft – eine fruchtbare Symbiose



GEORG KODEK

ÖJZ 2024/1

Ein Kapitel des Buchs „How Judges Think“ des berühmten amerikanischen Richters und Rechtsgelehrten *Richard Posner* trägt den Titel: „Judges are not Law Professors“. *Posner* meinte damit vor allem, dass Richter im Gegensatz zu Professoren eher „Generalisten“ sind. Aber auch der unterschiedliche Aufgabenbereich ist damit angesprochen: Aufgabe der Gerichte ist die Entscheidung konkreter Fälle. Demgegenüber sorgt die Rechtsdogmatik (und nur von dieser soll hier die Rede sein) für Systembildung, Rationalität und Kohärenz. Letztlich stellt die Rechtsdogmatik die Verbindung zwischen dem notwendig abstrakten Gesetz und der konkreten Einzelfallentscheidung dar.¹ Damit ist die Dogmatik von vornherein enger Begleiter der Rechtsprechung. Es geht – im besten Sinn des Worts – um Vordenken, Mitdenken und Nachdenken. Erst die Dogmatik ermöglicht die Fällung einer methodengerechten Entscheidung sowie deren rationale Überprüfung und Kritik.

Wir haben in Österreich eine lange ehrenvolle Tradition von auch wissenschaftlich arbeitenden Richtern. An erster Stelle ist hier natürlich *Franz von Zeiller* zu nennen, der nicht „nur“ Universitätsprofessor, sondern auch Mitglied der Obersten Justizstelle war. Weitere Beispiele aus dem 19. Jahrhundert sind *Füger*, der neben seiner Tätigkeit als Richter auch zum „adeligen Richteramt“ (also in heutiger Terminologie dem Außerstreitverfahren) publizierte, oder *Haimberger*, der neben seinem Richteramt auch Professor in Lemberg war und ein „Reines römisches Privatrecht“ verfasste. Aus neuerer Zeit können etwa *Wahle*, *Klang* und *Steininger* angeführt werden. Auch heute wirkt eine Reihe von Mitgliedern des OGH in vielfältiger Form auch in der universitären L mit. Dies ist ein schöner Beleg dafür, dass die Rechtswissenschaft sich in Österreich auch bei der Rsp hohen Ansehens erfreut.

Dieses Ansehen ist Voraussetzung für einen fruchtbaren Dialog. Das ABGB hat mit gutem Grund nicht die Regelung des preußischen ALR übernommen, wonach „bei der Fällung von Entscheidungen auf die Meinung von Rechtsgelehrten nicht Bedacht zu nehmen“ sei. Ganz im Gegenteil: Die Auseinandersetzung mit der L macht einen wesentlichen Teil der Begründung (squalität) unserer Entscheidungen aus. Dabei wird Lit nicht bloß zu „Verzierungs Zwecken“ angeführt. Vielmehr hat die Rsp ganz grundlegende Weichenstellungen der L aufgegriffen. „Klassische“ Beispiele sind etwa die L *Koziols* zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte oder *Welsers* Konzept der culpa in contrahendo und später seine These, wonach Schadenersatz mit Gewährleistung konkurriert. Der OGH scheut sich auch nicht, einmal eingenommene Positionen im Lichte von Äuße-

rungen der L neuerlich zu überdenken. Beispiele für eine derartige „Selbstkorrektur“ sind die Bejahung von Unterhaltsansprüchen für die Vergangenheit oder die Zulässigkeit von Höchstbetragshypothenken auch für künftige Forderungen. In neuerer Zeit kehrte ein verstSen bei der Frage der Auswirkungen der Insolvenz des Unterhaltsschuldners auf die Unterhaltsbemessung unter dem Einfluss der L zur früheren Rsp zurück.²

Dabei gilt es freilich stets, zwischen dogmatischer „Richtigkeit“ und Vorhersehbarkeit abzuwägen: Hier geht es um den Schutz von berechtigten Erwartungen der Beteiligten wie auch der Öffentlichkeit. Aus verschiedenen verfahrensrechtlichen Einrichtungen, insb aus dem verstSen (§ 8 OGHG), aber auch aus der Ausgestaltung des Revisionsrechts, ergibt sich, dass der Gesetzgeber Vorentscheidungen nicht als belanglos ansieht. Die gerichtliche Entscheidungsfindung ist also in gewissem Sinn strukturell konservativ.³ Dies ist nicht notwendig negativ zu sehen: Eine gewisse vorsichtig-beharrende Grundeinstellung, die nicht jeden Schwenk publizierter Meinungen sofort mitmacht, fördert die Rechtssicherheit. Insoweit kann im Einzelfall je nach Gewicht der vorgetragenen Argumente die bisherige Rsp auch bei neu vorgetragenen Bedenken gegen deren Richtigkeit beibehalten werden, solange nicht ihre Unrichtigkeit erwiesen ist bzw sich eine entsprechende abw hM gebildet hat.

Letztlich hängt die Akzeptanz von Entscheidungen immer auch davon ab, inwieweit diese von der Fachwelt als überzeugend angesehen werden.⁴ Hier kann überzeugende literarische Kritik zu einer Änderung der Rsp führen; umgekehrt hat schon das Vorliegen einer einzigen, im Schrifttum nicht auf beachtliche Kritik gestoßen Entscheidung zur Folge, dass die Revision unzulässig ist. In all diesen Fällen ist die „Qualität“ der Begründung ein wesentlicher Faktor: Wenn eine Entscheidung als überzeugend empfunden wird, weil die Argumente einander gegenseitig stützen, ineinander greifen und im Zusammenwirken ein stimmiges Bild ergeben, sodass das Ergebnis als passende Antwort auf die Problemlage einleuchtet,⁵ ist das geglückt, was *Joachim Lege* zum Titel eines lesenswerten Buchs erhoben hat: „Gelingendes Recht“. Die Dogmatik hat daran ganz wesentlichen Anteil.

¹ *Peter M. Huber*, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, JZ 2022, 1 (2).

² 1 Ob 160/09 z.

³ *Huber*, aaO 106.

⁴ *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung (2017) 287 ff.

⁵ *Lege*, Gelingendes Recht (2019) 22.