



Civil Law und Case Law

Dr.Dr. Heinz-Dietmar Schimanko

Auf Grund zuweilen auftretender verklärter Blicke auf das anglo-amerikanische Case Law erfolgt nachstehend unter idealtypischen Prämissen eine allgemeine systemische und methodische Gegenüberstellung zum kontinentaleuropäischen Civil Law mit kodifiziertem Recht, wobei grundsätzliche Erwägungen erfolgen. Diese beinhaltet systemische und methodische Grundansätze des Privatrechts, welche die nach Ansicht des Autors gegebene Unterlegenheit des Case Law aufzeigen. Detailanalysen und die Eruierung von Ähnlichkeiten und Kongruenzen, die in der Praxis auftreten können, werden nicht erörtert. Ähnlichkeiten ergeben sich nach Wahrnehmung des Autors vor allem aus unzulänglichen Umsetzungen des Civil Law, die von dessen Idealtypus abweichen, so daß ein größerer Unterschied zwischen Idealzustand als optimaler Handhabung der Rechtssetzung im Civil Law (Soll-Zustand) und dem Realzustand (Ist-Zustand) besteht.

1.) Allgemeines

Im Fallrecht des common law¹ gilt das Prinzip der stare decisis². Demnach sind Gerichte an die früheren Präjudizien (precedents) höherrangiger Gerichte derselben Jurisdiktion gebunden.³ Entscheidungen der Gerichte einer anderen Jurisdiktion können nur als persuasive precedents Überzeugungskraft haben.⁴ Nur das je nach Rechtsmaterie höchste Gericht⁵ kann von dem von ihm aufgestellten Präjudiz abweichen, es aufheben (overruling) und dabei mit Wirkung für die Zukunft neues Recht schöpfen. Nur im Ausnahmefall weicht ein unteres Gericht von einem bestehenden Präjudiz ab; dies im Regelfall in der Erwartung, dass sein Urteil von dem Obergericht oder dem Höchstgericht aus guten Gründen bestätigt wird.⁶

Nur die rechtliche Begründung, die zur Entscheidung des betreffenden Sachverhalts unbedingt erforderlich war (ratio decidendi, respektive rationes decidendi) ist der bindende Teil eines Präjudizes.⁷ Sonstige darin enthaltene (generelle) rechtliche Erwägungen, Erörterungen von Rechtsgrundsätzen oder anlässlich der Fallentscheidung angestellte Überlegungen zur künftigen Entscheidung ähnlich gelagerter Fälle oder zur künftigen Entwicklung von Rechtsprinzipien (obiter dictum, respektive obiter dicta) sind nicht bindend.

¹ Der Begriff des Common Law wird insofern als Bezeichnung des anglo-amerikanischen Rechtssystems verwendet. Im ursprünglichen Sinn sind das common law - Präjudizienrecht und das equity – Präjudizienrecht jeweils historisch entstandene Rechtsbereiche, die heute vom Präjudizienrecht (case law) als dem gesamten Richterrecht umfaßt sind. Zur Terminologie: P. Hay, *US - Amerikanisches Recht*² Rn 16.

² P. Hay, *US - Amerikanisches Recht*², Rn 20.

³ stare decisis et non quieta movere - stand by decided matters.

⁴ Paul M. Perell, Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument, www.legalresearch.org (12.09.2015).

⁵ In den USA einzelstaatliches Gericht oder Bundesgericht (P. Hay, *US - Amerikanisches Recht*² Rn 21).

⁶ P. Hay, *US-Amerikanisches Recht*² Rn 21.

⁷ Cases must be decided the same way when their material facts are the same (Paul M. Perell, Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument, www.legalresearch.org (12.09.2015)).



Gesetze (statutes) bestehen auch im Bereich des Common law, sind aber – insbesondere im US-Recht – meist sehr ungenau und geben nur Grundsätzliches vor. Deren Interpretation und Ausgestaltung erfolgt verbindlich durch die Gerichte.

Die Methode des Case Law ist die Differenzierung bei einem Vergleich eines zu entscheidenden Falles mit Präjudizien zur Feststellung, ob der Fall einem Präjudiz gleichzuhalten und damit ebenso wie im Präjudiz zu entscheiden ist, oder nicht (distinguishing), was bedingt, daß dessen rechtliche Argumentation großteils vergleichende Sachverhaltsanalyse ist.⁸

Dieser Ansatz der Ausdifferenzierung begünstigt die Rechtsfortbildung, weil durch differenzierte Betrachtung neuer Sachverhalte alte Präjudizien unanwendbar gemacht werden und inhaltlich neue Präjudizien geschaffen werden können.⁹

2) Gewaltenteilung

Im Common Law mit seinem Fallrecht (case law) ist die Abgrenzung zwischen Legislative und Judikative zu ungenau, weil die Judikative letztlich nicht nur mit der Vollziehung von Rechtsvorschriften, sondern auch mit rechtssetzenden Tätigkeiten (der Schaffung von verbindlichen Rechtsvorschriften) befaßt ist, so dass die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung, respektive Gewaltentrennung¹⁰ nur unzureichend umgesetzt wird. Bei strikter Trennung besteht die vollziehende Aufgabe der Judikative in der Rechtsanwendung im Einzelfall.¹¹ So wird in Civil Law - Systemen die Unzulässigkeit rechtssetzender Tätigkeiten der Judikative und einer Judikatur contra legem nicht nur aus deren Funktion heraus, sondern auch mit der Gewaltentrennung begründet.¹² Außerdem haben in demokratischen Staaten nur die demokratisch bestellten Volksvertreter die demokratische Legitimation zur Rechtssetzung.¹³ Civil Law – Systeme entsprechen damit auch besser dem demokratischen Prinzip. Bei strikter Gewaltenteilung bestehen separat zum einen rechtssetzende und zum anderen rechtsanwendende Instanzen. Urteile haben im Civil Law keine gesetzesgleiche rechtliche Kraft.¹⁴ Die Rechtsprechung ist somit bei der Rechtsfindung vor allem Rechtserkenntnisquelle.

Für eine präzisere Gewaltenteilung bedarf es neben der Judikative einer gesonderten normsetzenden Instanz¹⁵. Eine solche besteht zwar auch in Systemen des Common Law¹⁶ und schafft statutory law, das aber zum einen nur partiell existiert und nur in seinem Anwendungsbereich prioritär zum case law ist, so daß daneben auch ein Bereich des case law coexistiert, und zum anderen im Regelfall unsystematisch, kasuistisch und unpräziser ist, und wiederum nach dem Prinzip der stare decisis verbindlich durch Richterrecht ausgestaltet und konkretisiert wird. Das Gesetz wird also durch Fallrecht überlagert.¹⁷

⁸ P. Hay, *US-Amerikanisches Recht*² Rn 23.

⁹ P. Hay, *US-Amerikanisches Recht*² Rn 23.

¹⁰ Legislative, Exekutive und Judikative; siehe z.B. Art 20 II Satz 2 GG.

¹¹ K.Schellhammer, *Zivilprozeß*¹³ Rn 1339; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann⁵⁷ *Zivilprozeßordnung*, GVG Übers. § 1 Rn 2.

¹² F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 500, 522.

¹³ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 522.

¹⁴ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 502, 507.

¹⁵ Zur Normsetzung G. Kaniak, *Das vollkommene Gesetz – Prolegomena zu einer Thesmologie*, 1974.

¹⁶ Vgl etwa den Kongress der USA mit den zwei Kammern Repräsentantenhaus und Senat.

¹⁷ P.Hay, *US - Amerikanisches Recht*² Rn 19.



Das Fallrecht kann im Civil Law nur subsidiäre Rechtsquelle nach den prioritären, von der Rechtssetzungsautorität geschaffenen generellen Rechtsnormen, den Rechtsvorschriften sein. Es verbleibt damit in diesem System ein nur sehr eingeschränkter Rechtsbereich der richterlichen Dezision (des richterlichen Beurteilungsspielraums mit Eigenwertung). Die rational aus dem gesamten geltenden Recht nicht begründbaren persönlichen Werthaltungen der jeweils entscheidenden Personen müssen so weit als möglich zurücktreten.¹⁸ Aus dem positiven Recht, wie es vorgefunden wird, also aus den von der Rechtssetzungsinstanz erlassenen Rechtsvorschriften, sind die praktisch benötigten konkreten Rechtsregeln zu gewinnen, soweit dies rational möglich ist.¹⁹ Nur dann, wenn bei Ausnutzung aller methodischen Möglichkeiten aus der Rechtsordnung einschließlich der zugrundeliegenden Zwecke und Prinzipien methodisch keine Lösung eines zu entscheidenden Falles abgeleitet werden kann (non liquet), ist die Regelung aus bisherigen Präjudizien abzuleiten, weil ein vor die Judikative gebrachter Fall deren Funktion entsprechend nicht ohne Entscheidung bleiben darf, und andernfalls nur der Ausweg einer kriterienlosen Wahl zwischen theoretischen Lösungsmöglichkeiten verbliebe. Das ergibt sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Grundsatz proportionaler Gleichheit.²⁰ Ansonsten ergibt sich aus diesen Geboten auch, daß im Sinne einer Kontinuität der Rechtsanwendung und dem Vertrauen von Rechtsunterworfenen in die bisherige Entscheidungspraxis an einer einmal gewählten Auslegung von Rechtsvorschriften und Lückenfüllung festzuhalten ist, wenn nicht triftige Gründe,²¹ vor allem eine neuere und bessere Einsicht eine andere Rechtsfindung gebieten.²¹

3.) Normsetzung

Die Judikative wird im Common Law entgegen ihrer Funktion der Rechtsfindung und Rechtsanwendung über diese rechtsvollziehenden Aufgaben hinaus mit rechtssetzenden Funktionen befaßt, indem auf Grundlage eines in einem gerichtlichen Verfahren zu entscheidenden Einzelfalls eine generelle Regelung entwickelt oder eine in einer früheren Einzelfallentscheidung entwickelte generelle Regelung oder in früheren Entscheidungen geschöpfte Rechtsprinzipien ausdifferenziert werden sollen oder üblicherweise unsystematischem, auf einen engeren Lebensbereich bezogenen und unpräzisen statutory law durch verbindliche Auslegung²² erst ein konkreter Inhalt gegeben und damit an Hand des Einzelfalls eine generelle Regelung ausgestaltet und weiterentwickelt wird.

¹⁸ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 507.

¹⁹ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 520.

²⁰ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 506.

²¹ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 509f; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*¹¹ 65f.

²² Nicht die Gesetzesvorschrift, sondern die richterliche "Glosse" ist anzuwendendes Recht (P. Hay, *US -Amerikanisches Recht*² Rn 24).



Zu betonen ist, daß im Civil Law die Rechtsfortbildung nur bei expliziter gesetzlicher Ermächtigung²³ zulässig ist. Die ergänzende Rechtsfortbildung praeter legem erfolgt durch Einzelanalogie, bei der eine Rechtsnorm analog auf einen unregelmäßigten Fall angewendet wird²⁴, oder Gesamtanalogie, bei der aus mehreren Rechtsnormen eine Regelung deduktiv abgeleitet und auf den unregelmäßigten Fall angewendet wird, oder durch Deduktion aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder durch teleologische Reduktion. Diese ergänzende Rechtsfortbildung beruht auf gesetzlicher Ermächtigung, die als Voraussetzung für die Einzel- oder Gesamtanalogie oder die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze eine Lücke²⁵ als planwidrige Unvollständigkeit²⁶ im Sinne einer fehlenden Rechtsnorm und als Voraussetzung für die Reduktion einer Rechtsnorm das planwidrige Fehlen einer Einschränkung oder einer Ausnahmeregelung²⁷ normiert.²⁸ Diese Ermächtigung besteht nur in Ausnahmefällen zur Beseitigung von Unvollständigkeits-, Widersprüchlichkeiten und wertungswidrigen Ungleichbehandlungen der Rechtsvorschriften, womit der Plan der normsetzenden Instanz verwirklicht wird.²⁹ Bei Interpretation und ergänzender Rechtsfortbildung besteht eine Rangordnung, wonach die einfachere, mit dem leichter und verlässlicher zu ermittelnden normativen Prämissenmaterial arbeitende Methode Vorrang hat vor allen anderen Methoden, wenn sie am besten in Übereinstimmung mit dem positiven Recht stehend zu einer Lösung des juristischen Problems führt.³⁰

²³ Vgl. § 5 ABGB, Art. 1 Abs 2 ZGB. Zum deutschen Recht und zum Analogieschluss als Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes Zippelius, *Juristische Methodenlehre*¹¹ 55. Im Strafrecht besteht gemäß Art 7 Abs 1 EMRK ein Verbot der Analogie zur Schaffung von Strafbarkeit.

²⁴ Die Abgrenzung zur Interpretation besteht im äußerst möglichen Wortsinn einer Rechtsnorm. Außerhalb dieses Bereichs kann nur - sofern und soweit zulässig - eine ergänzende Rechtsfortbildung erfolgen (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 467f).

²⁵ Echte Lücke, die sich aus der Unvollständigkeit einer Rechtsnorm ergibt, oder unechte Lücke, bei der die ratio legis in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz die Anwendung auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall erfordert (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 473f). Der Größenschluß (argumentum a fortiori) kann zur Verneinung oder Bejahung einer Lücke und gegebenenfalls zur Lückenfüllung angewendet werden (vgl. F. Kerschner, *Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodik für Juristen*⁴ 42f).

²⁶ Zur planwidrigen Unvollständigkeit vgl. etwa OGH 10.09.2014, 7 Ob 133/14f. Eine Lücke kann auch durch eine unaufgelöste Antinomie (Widersprüchlichkeit) von Rechtsvorschriften bestehen. Antinomien sind aber möglichst dialektisch durch Ausdifferenzierung zu vermeiden, so daß den betreffenden Rechtsnormen jeweils ein Anwendungsbereich verbleibt (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 464).

²⁷ Zippelius, *Juristische Methodenlehre*¹¹ 56: Ergänzung des Tatbestands um einschränkende Tatbestandsmerkmale oder um einen Ausnahmetatbestand.

²⁸ Dazu und insbesondere zur Unzulässigkeit einer Rechtsfortbildung contra legem siehe Ballon, *Einige Probleme richterlicher Rechtsfortbildung*, JBl 1972, 602.

²⁹ Daher gegen die in diesem Zusammenhang erfolgende Verwendung des Begriffs der Rechtsfortbildung F. Kerschner, *Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodik für Juristen*⁴ 40.

³⁰ Das ergibt sich im Wesentlichen aus dem Prinzip der leichten Anwendbarkeit und Stringenz der juristischen Methoden und dem Postulat des zweckmäßigen und ökonomischen Arbeitens (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 561f).



4.) Rechtsschöpfung auf Basis von Einzelfällen versus umfassende Normsetzung

Im Common Law besteht das Problem, dass man nicht in der Lage ist, im Einzelfall möglichst optimal eine qualitative Regelung zu entwickeln. Dafür ist eine geordnete Vorgangsweise bei der Erarbeitung und Entwicklung oder der Präzisierung von generellen Regelungen erforderlich, im Zuge derer auch eine umfassende Erhebung und Analyse der im betreffenden Zusammenhang relevanten soziologischen, technischen und ökonomischen Tatsachen erfolgt, insbesondere durch Einbeziehung von betroffenen Gruppen und Interessensvertretern. Der Einzelfall ist zumeist eine weitgehend unzureichende Grundlage für eine Induktion, die zur Schaffung einer generellen Regelung führen soll. Zudem sind die Erkenntnismöglichkeiten des Gerichtsverfahrens begrenzt und durch Beweisrecht eingeschränkt, zumal das Verfahren auf den Einzelfall fokussiert ist, so daß das Zivilverfahren auch insofern zwar ein geeigneter Modus zur Sachverhaltsermittlung und Sachentscheidung ist, aber nicht zur Rechtssetzung. Für eine sinnvolle Induktion bedarf es zumeist einer größeren Anzahl von Einzelfällen. Das Normsetzungsverfahren des Civil Law ist daher geeigneter, um qualitative generelle Regelungen zu erstellen.³¹

Rechtsanwendung beinhaltet Rechtsfindung und Subsumtion (Unter-, bzw. Zuordnung) eines Sachverhalts unter eine Rechtsnorm als deduktiven Vorgang. Die im Civil Law erfolgende Deduktion aus einer generellen Regelung ist methodisch gebunden³² und ermöglicht eine allgemeine und gleichermaßen erfolgende Rechtsanwendung. Demgegenüber ist die induktive Methode des Common Law, zunächst aus dem Einzelfall eine generelle Regelung abzuleiten, umständlicher und zudem unzureichend, eine solche allgemeine und gleiche Rechtsanwendung vorzunehmen.

³¹ Vgl. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*¹¹ 42.

³² Zur Auslegung von Rechtsvorschriften bestehen als Kanon der Auslegungsmethoden die grammatische Interpretation, die systematisch – logische Auslegung aus dem inhaltlichen Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen, wobei die Auslegung einer Norm als normativ zwecklos zu vermeiden ist (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 445), die historisch-genetische Interpretation nach dem allgemein für die Rechtsadressaten zugänglichen Materialien, in denen der Willensbildungsvorgang der normsetzenden Instanz objektiviert in Erscheinung tritt (B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* Rz 561), die historisch analytische Interpretation, bei der im Vergleich zu früheren Rechtsnormen untersucht wird, ob eine Rechtslage aufrechterhalten werden sollte (vgl. OGH 01.04.2008, 5 Ob 52/08w), oder warum Änderungen zu einer früheren Rechtslage oder Ergänzungen dazu als unbedingt erforderlich angesehen wurden, und die objektiv-teleologische Interpretation nach der ratio legis, die jedenfalls dann zulässig ist, wenn für einen zu beurteilenden Fall die anderen Auslegungsmethoden keine Lösung bieten (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 454). Die ratio legis ist nach den allgemein üblichen Zielsetzungen einer derartigen Rechtsnorm zu eruieren. Die authentische Interpretation (vgl. § 8 ABGB) ist keine rechtswissenschaftliche Interpretation, sondern ein Gesetzgebungsakt, bei dem die Auslegung einer Rechtsnorm vom Gesetzgeber nachträglich definiert wird (ders aaO 433).



Die tragende Begründung für das Prinzip der stare decisis besteht gerade in der Wahrung der Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung und der Wahrung der Rechtseinheit und -gleichheit durch eine gleichermaßen erfolgenden Rechtsanwendung.³³ Zur Verwirklichung dieser Prinzipien bedarf es aber keines Fallrechts, weil der Rechtssicherheit mit einem übersichtlicheren und präziseren gesetzten und kodifizierten Recht besser gedient ist, zumal auch interpretierende und konkretisierende Gerichtsentscheidungen zu bestimmten Rechtsvorschriften ergehen und damit einfacher auffindbar sind, und weil Rechtsvorschriften als generelle Normen ohnedies in ihrem (personellen, sachlichen, örtlichen und zeitlichen) Anwendungsbereich allgemein und gleichermaßen in jedem erfaßten Anwendungsfall anzuwenden sind.³⁴

5.) Mangelnde Präzision

Der im Common Law erfolgende Fallvergleich mit distinguishing ist unpräzise. Nach dieser Methode ist ein zu entscheidender Fall mit bereits in anderen, früheren Entscheidungen höherrangiger Gerichte entschiedenen Fällen zu vergleichen, wobei zum Vergleich herangezogene Fälle aus der Betrachtung auszuscheiden sind, wenn sie sich in wesentlichen Kriterien (in the relevant respects) von dem zu beurteilenden Fall unterscheiden. Diese Methode läßt der Eigenwertung zu großen Spielraum und es verbleibt dabei auch ein zu großer Argumentationsspielraum, der den Inhalt von Gerichtsentscheidungen im Regelfall schwer vorhersehbar macht. Es stellt sich im besonderen die Problematik, daß oft mehrere Elemente eines Sachverhalts relevant sein können, um daraus im Wege der Induktion eine generelle Regelung zu schöpfen, aber nicht ersichtlich ist, welche dieser Elemente für ein Gericht im entschiedenen Fall die Basis für diese Schöpfung waren, und welche nicht.³⁵ Die besondere Schwierigkeit besteht darin, die Verallgemeinerungsebene zu erkennen, die Basis für die induzierte generelle Regel war.³⁶

Vom distinguishing zu unterscheiden ist die im Bereich des Civil Law bestehende Methode des typisierenden Fallvergleichs, womit durch exemplifizierende Kasuistik Inhalt und Anwendungsbereich von Rechtsnormen, die unbestimmte Begriffe enthalten, durch systematisch erfaßte und kategorisierte Gruppen von Anwendungsfällen bestimmt werden, wobei entweder mit intensionaler Begriffsbildung eine Präzisierung von Begriffsmerkmalen erfolgt, oder mit extensionaler Begriffsbildung eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs von Rechtsnormen, weil deren Ausgangspunkt das positive Recht mit den darin enthaltenen Interessensbewertungen ist.³⁷

³³ vgl. Paul M. Perell, Stare decisis and techniques of legal reasoning and legal argument, www.legalresearch.org (12.09.2015): „The doctrine is usually justified by arguments which focus on the desirability of stability and certainty in the law and also by notions of justice and fairness“.

³⁴ Für Rechtsvorschriften besteht zudem im modernen Rechtsstaat eine verfassungsgesetzliche Inhaltskontrolle in Form des Gleichheitsgrundsatzes und des sich daraus ergebenden Sachlichkeitsgebots, vgl. Art 3 Abs 1 GG, Art 7 B-VG.

³⁵ Vgl. Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard 1991, Reasoning from Precedent 50ff (minimalist approach, result-centered approach, announcement approach).

³⁶ Vgl. M. A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, 52: „[...] on the facts oft he precedent (or some of them) the result of the precedent should be reached“; 54:“[...] the various material facts in the case could be characterized at vastly different levels of generality“.

³⁷ Zum typisierenden Fallvergleich als Mittel bei der juristischen Hermeneutik zur Auslegung von Tatbeständen, der Präzisierung von Rechtsfolgenanordnungen und der Lückenfüllung Zippelius,



Beim distinguishing soll im Ausscheidungsverfahren der entschiedene Fall verbleiben, der dem zu beurteilenden Fall entspricht, und nach dem Prinzip des stare decisis soll letzterer ebenso entschieden werden wie der bereits entschiedene. Soweit kein vergleichbarer Fall besteht, soll eine generelle Regelung entwickelt werden, nach der zu entscheiden ist, oder - soweit vorhanden - unter Berücksichtigung von ähnlichen entschiedenen Fällen eine bereits entwickelte generelle Regelung ausdifferenziert werden. Die im Civil Law erfolgende Anwendung einer generellen Regelung, die klar definierte Tatbestandsmerkmale beinhaltet oder bei Ermessensbestimmungen einen klar definierten Ermessensspielraum, statuierte Ermessenskriterien und eine klare Zielsetzung der Ermessensbestimmung,³⁸ ist im Gegensatz dazu viel präziser.

Es gibt auch im Civil Law Bereiche mit eingeschränkter logischer Deduktion und einem demgegenüber verbleibenden dezisionistischen (rein wertenden) Bereich. Auch im Civil Law bleibt bei jedem Anwendungs-, Auslegungs- und Fortbildungsproblem nach dem logisch-rationalen Bereich ein Bereich der Dezision. Dieser legitime Bereich der Dezision, der bei der Rechtsanwendung verbleibt, bei gerichtlicher Rechtsanwendung als richterliche Dezision, ist aber im Civil Law weitaus geringer, denn er ist möglichst einzuschränken und ergibt sich erst aus den Grenzen der rationalen, methodischen Jurisprudenz, deren Methoden ausgeschöpft werden müssen.³⁹ Gegenüber diesem Grundsatz gibt es auch im Civil Law ausnahmsweise Bereiche mit einem größeren Ausmaß an Dezision, wie beispielsweise die Thematik der Verwechselbarkeit von Marken oder anderen geschäftlichen Kennzeichen⁴⁰. Außerdem gibt es auch im Civil Law Rechtsbereiche mit Rechtsnormen, deren Regelungsgehalt schwerer erkennbar ist und in denen die Rechtsfindung erst durch das Eruiieren soziologischer Gegebenheiten oder gesellschaftlicher Konvention (moralischer Normen aus tatsächlicher gesellschaftlicher Übung im Unterschied zu ethischer Beurteilung menschlichen Verhaltens auf dessen Sozialverträglichkeit und Vereinbarkeit mit bestimmten soziologischen Idealen) möglich ist. Zum Beispiel das Äußerungsrecht, bei dem eine

*Juristische Methodenlehre*¹¹ 58ff. Beispiele für solche Rechtsmaterien, bei denen zuweilen unrichtiger Weise der Begriff case law verwendet wird, sind das Medienrecht und das Lauterkeitsrecht.

³⁸ Zum besonderen Typus des beweglichen Systems, bei dem nicht Tatbestandsmerkmale zu einem starren Anwendungsschema alternativer oder kumulativer Elemente zusammengefaßt sind, sondern abstufbare Beurteilungskriterien in einem Tatbestand eines Rechtssatzes zu einem Beurteilungssystem zusammengefaßt werden, bei dem für den Eintritt von den vorgesehenen Rechtsfolgen des Rechtssatzes die geringere Ausprägung oder das Fehlen einzelner Beurteilungselemente durch das qualitative oder quantitative Überwiegen anderer der anzuwendenden Beurteilungselemente aufgewogen werden können, siehe F. Bydlinski/H.Krejci/B.Schilcher/V.Steininger (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und zukünftigen Recht* (passim). Damit kann das Dilemma zwischen starren Tatbeständen und allenfalls konturlosen Generalklauseln entschärft werden (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 634).

³⁹ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² VII, 528: „Der Punkt, ab dem in der Praxis der Rechtsanwendung nur noch Dezision bleibt, läßt sich nicht abstrakt ermitteln. Man muß vielmehr bei jedem Anwendungs-, Auslegungs- und Fortbildungsproblem ausprobieren, wie weit man mit den rationalen Argumenten der Jurisprudenz kommt.“; „Der legitime Bereich der bloßen Dezision läßt sich nur durch rationale Bemühungen festlegen, die den Rahmen herausarbeiten, in welchem die Rechtsordnung auch bei methodologisch sorgfältiger Anwendung keine eindeutigen oder doch mit Wahrscheinlichkeit relativ besseren Lösungen mehr bietet“.

⁴⁰ Siehe etwa Art 8 Abs 1 lit b UMV.



Äußerung als kreditschädigende üble Nachrede einzustufen ist, wenn jemand dadurch einer mit den vorherrschenden sozialen Werten (Idealen) unvereinbaren Gesinnung oder eines Verhaltens geziehen wird, das von der herrschenden Vorstellung vom moralisch Richtigen derart abweicht, dass dessen Unterstellung als diffamierend aufgefaßt wird,⁴¹ oder zum Beispiel das Handelsrecht und das Lauterkeitsrecht, bei dem auf die im Geschäftsverkehr im Allgemeinen als redlich angesehene tatsächliche Übung (übliche themenbezogene Verhaltensweisen) verwiesen wird⁴². Die Ursache für diesen Umstand besteht aber nicht in der Rechtssystematik, sondern in der jeweiligen Eigenart des Regelungsgegenstandes oder in dem in Rechtsvorschriften als erforderlich angesehenen Verweis auf tatsächliche Gepflogenheiten.

6.) Rechtsfindung

Das Case Law ist unübersichtlich, weil es bei der Rechtsfindung in der Abduktion⁴³ aufwendig ist, zu einer bestimmten Thematik einschlägige Gerichtsentscheidungen zu sichten⁴⁴ und die daraus abgeleitete generelle Regelung zu erkennen⁴⁵, und unpräzise, so daß es weniger geeignet ist, dem Ideal der Rechtseinheit, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit⁴⁶ zu entsprechen. Das distinguishing ist die umständlichere und aufwändigere Methode ist, so dass die Rechtsfindung und -anwendung im Common Law schwieriger ist⁴⁷. Im Civil Law sind die zu einer Thematik bestehenden generellen Regelungen des kodifizierten Rechts einfacher zu eruieren und sind Ausgangspunkt für die Durchsicht der betreffenden interpretierenden und bei einzelnen Anwendungsfällen präzisierenden Rechtsprechung. Das Civil Law ist somit weitaus übersichtlicher und damit einfacher in der Handhabung.

7.) Ökonomische Analyse

Daher ist das Civil Law gerade auch aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts⁴⁸ zu bevorzugen, weil es systemisch das größere Ausmaß an Rechtsklarheit und damit auch an Rechtssicherheit gewährleistet und einen geringeren Aufwand bei der Rechtsfindung erfordert. Es läßt sich auch nicht nachweisen, dass das Common

⁴¹ Vgl. § 824 BGB; § 1330 ABGB.

⁴² ZB § 346 dHGB, § 346 öUGB; § 1 UWG.

⁴³ Bezogen auf einen Anwendungsfall ist zu konstatieren, daß es bei Beurteilung eines Falles zunächst zur Gewinnung der Übersicht der Vorbeurteilung von Sachverhaltsmerkmalen auf ihre mögliche rechtliche Relevanz bedarf, wofür eine vorläufige rechtliche Würdigung erforderlich ist, bei der die möglicherweise anzuwendenden rechtlichen Regelungen zu sichten sind (vgl. F. Bydlinki, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 419f).

⁴⁴ Veröffentlicht werden im Regelfall nur die Entscheidungen der höherrangigen Gerichte. „The courts whose decisions are published and thus become part of the common law are almost always appellate courts, not trial courts“ (S.Elias/S.Levinkind, *Legal Research*, 6th EDN, 3/4).

⁴⁵ Dazu Cohen/Olson, *Legal Research*, 7th EDN.; S.Elias/S.Levinkind, *Legal Research*, 6th EDN.

⁴⁶ Vgl. § 502 Abs 1 öZPO, § 543 II dZPO.

⁴⁷ Generell zur Rechtsfindung im common law M.L.Cohen / K. C.Olson, *Legal Research*, 7th EDN.

⁴⁸ Zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts zB. Huerta de Soto, *Geld, Bankkredit und Konjunkturzyklen*, XXVII.



Law in der Rechtsentwicklung und ergänzenden Rechtsfortbildung⁴⁹ flexibler sei für die raschere Adaptierung an neue gesellschaftliche, wirtschaftliche oder technische Entwicklungen, bei denen Regelungsbedarf besteht.⁵⁰ Meistens reicht es im Civil Law aus, bestehende Rechtsnormen auf neue Tatsachen anzuwenden.⁵¹ Der manifestierte und unverändert maßgebende historische Gesetzeszweck⁵² ist verbindlich und auch auf neue Sachverhalte anzuwenden, weil nicht die mehr oder weniger klaren und vollständigen Tatsachenvorstellungen der normsetzenden Instanz, sondern die von dieser vorgenommene Interessenbewertung⁵³ verbindlich und in Bezug auf neue Sachverhalte durchzuführen ist.⁵⁴ Rechtsnormen sind immer in Bezug auf die vorhandene Lebenswirklichkeit zu konkretisieren.⁵⁵

Dr. Dr. Heinz – Dietmar Schimanko

Wien 3, Reissnerstraße 20

www.schimanko.eu

⁴⁹ Vgl. demgegenüber zum Civil Law § 5 ABGB, Art. 1 Abs 2 ZGB.

⁵⁰ George J. Wendt, *In Defense of the Civil Law: A response to Hayek*, Falkner law review 2010, Vol. 1(2).

⁵¹ Zu Veränderungen im Tatsachenbereich F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 574ff; Zippelius, *Juristische Methodenlehre*¹¹ 20f; OGH RIS-Justiz RS0109735. Vgl. etwa aus der Praxis OGH 3 Ob 58/06k, SZ 2006/48 zur Interpretation und Anwendung der Rechtsnorm über die Gläubigerobliegenheit zur Annahme von Teilzahlungen, § 1415 ABGB in der Stammfassung 1812, mit einerseits neuer systematischer Interpretation auf Grund anderer, neuerer oder novellierter einschlägiger Rechtsnormen und andererseits geänderter, zeitgemäßer Rechtsanwendung auf Grund geänderter technischer Möglichkeiten bei der Zahlungsabwicklung und Verbuchung von Forderungen.

⁵² Davon abzugrenzen ist ein Funktionswandel von Rechtsnormen, der sich aus einer Entwicklung des positiven Rechts ergibt, wenn eine Rechtsnorm formal unverändert geblieben ist, aber andere Rechtsnormen so geändert wurden, daß eine Neubewertung von Interessen erfolgt ist, und der logische und teleologische Zusammenhang - unter anderem zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen - zu einem anderen Verständnis der formal unveränderten Rechtsnorm zwingt, wobei auch die objektiv-teleologische Interpretation stärkere Bedeutung erlangt (F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 574, 579ff). Nur beim Grenzfall des völligen Funktionsverlusts, bei dem eine zur Substitution geeignete Interessenbewertung nicht aufzufinden und die historische sicher entfallen ist, tritt eine gänzliche Unanwendbarkeit einer Rechtsnorm ein (cessante ratione legis cessat lex ipsa, F. Bydlinski, aaO 588). Durch einen Funktionswandel kann sich auch eine nachträgliche Lücke im Sinne einer nachträglichen planwidrigen Unvollständigkeit und damit das Erfordernis ergänzender Rechtsfortbildung ergeben, wenn ursprünglich e contrario zum positiven Recht ein Fall von einer Regelung ausgespart wurde, aber eine Neubewertung von Interessen durch die normsetzende Instanz ergibt, daß nunmehr nachträglich ein Wertungswiderspruch vorliegt (ders., aaO 585f). Damit kann nachträglich zur Herstellung einer stringenter und kohärenter Rechtsordnung eine ergänzende Rechtsfortbildung erforderlich sein.

⁵³ Wertungsjurisprudenz im Unterschied zu Begriffs- oder Interessenjurisprudenz (F. Kerschner, *Wissenschaftliche Arbeitstechnik und -methodik für Juristen*⁴ 52f).

⁵⁴ F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 575, 577.

⁵⁵ Zippelius, *Juristische Methodenlehre*¹¹ 20. Das Gericht hat die grundsätzliche Zwecksetzungsprärogative des Gesetzgebers zu berücksichtigen und den von diesem verfolgten Zweck „unter geänderten Bedingungen“ zur Geltung zu bringen (ders. aaO 21).