

Heinrich Honsell
Theo Mayer-Maly

Rechtswissenschaft

Die Grundlagen des Rechts

7. überarbeitete und ergänzte Auflage



Stämpfli Verlag



Nomos

MANZ 

Das Buch wendet sich an interessierte Studierende im Haupt- und Nebenfach sowie an Juristen und gebildete Laien in den drei deutschsprachigen Ländern. Es enthält die wichtigsten Rechtsgebiete in Grundzügen mit Beispielen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz. Weitere Schwerpunkte sind die historischen und philosophischen Grundlagen des Rechts. Die Grundströmungen im Recht der Gegenwart und zahlreiche aktuelle Rechtsfragen werden ebenso beleuchtet wie die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und von den USA ausgehende Trends. Zeitlose Fragen der Rechtspolitik und Rechtsdogmatik sowie weltanschauliche Implikationen des Rechts werden sichtbar gemacht. Der Leser erhält eine leicht fassliche, aber eingehende Einführung in die Rechtstheorie und in die juristische Methodenlehre, wobei das Gesetz und seine Interpretation im Mittelpunkt stehen. Ergänzt wird die Darstellung durch ein Kapitel über den Beruf des Juristen und eine Anleitung zur Lösung von Rechtsfällen mit Beispielen.

Heinrich Honsell
Theo Mayer-Maly

Rechtswissenschaft

Die Grundlagen des Rechts

7. überarbeitete und ergänzte Auflage



Stämpfli Verlag



Nomos

MANZ

Homepage des Autors: www.honsell.at

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

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.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

ISBN 978-3-8487-4436-7

© MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

ISBN 978-3-214-02699-8

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017

www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-9843-1

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-9844-8

Judocu ISBN 978-3-0354-1463-9



Vorwort

Dieses Buch ist zuletzt im Springer Verlag, Heidelberg erschienen. Die vorliegende, siebte Auflage wurde überarbeitet und ergänzt. Neben den Grundzügen und Strukturen des geltenden Rechts liegt ein Schwerpunkt bei der Rechtsgeschichte, namentlich beim Gegensatz von Naturrecht und Positivismus, strengem Recht und Billigkeit, wie er sich von der griechischen Antike bis zur Gegenwart erstreckt. Daneben spielt das Römische Recht und seine Geschichte eine zentrale Rolle. Daraus ergibt sich das Bild einer zeitlosen Rechtsanthropologie, deren Modernität und Aktualität unverändert ist. Nicht weniger wichtig ist die Dogmengeschichte des Rechts. Dies einmal deshalb, weil sie ein Zweig der Jurisprudenz ist, in dem empirisch verifizierbare Aussagen möglich sind. Für die Dogmatik des geltenden Rechts, die Normen zum Gegenstand hat und eine Wertungswissenschaft ist, gilt dies nicht. Bei jener geht es darum, wie es wirklich gewesen ist. Bei dieser darum, was richtig und gerecht ist. Das Studium der tradierten Dogmen und Institutionen bewahrt den Juristen vor einem unkritischen Dogmatismus und befähigt ihn, die wesentlichen Strukturen des Rechts zu erkennen. Freilich ist die Bereitschaft der Menschen, aus der Geschichte zu lernen, heute eher gering. Das gilt für die Geschichte allgemein, aber auch für die Rechtsgeschichte.

Daneben findet der Leser eine ausführliche juristische Methodenlehre, in deren Mittelpunkt das Gesetz und seine Auslegung stehen, mit dem alten Gegensatz von Wortlaut und Sinn. Von den einzelnen Rechtsgebieten wird neben dem Privatrecht das Europarecht, entsprechend seiner gewachsenen Bedeutung und Problematik, ausführlich dargestellt. Kürzere Darstellungen finden sich unter anderem zum Völkerrecht, zur Rechtsvergleichung, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und zum Recht der Informationstechnik (Computer, Internet und Recht).

Das Buch wendet sich an den interessierten Studenten und den gebildeten Laien in den drei deutschsprachigen Ländern. Diese haben eine weitgehend gemeinsame Rechtsgeschichte und die Grundprinzipien und Methoden des Rechts sind ohnehin identisch. Ungeachtet dieser Gemeinsamkeiten werden Beispiele und Besonderheiten aus allen drei Ländern angeführt, so dass der Leser auch einen Einblick in das eigene Recht erhält.

In den letzten Jahrzehnten ist aus mancher Vorlesung des Jurastudiums namentlich in Deutschland eine mehr oder weniger bildungsarme Rechts- und Gesetzeskunde geworden. Auch in Österreich und der Schweiz wurde diese Tendenz durch die Bologna-Reform begünstigt. Dem will das Buch abhelfen, indem es versucht, dem Leser eine Anschauung vom Bildungshorizont der Jurisprudenz zu vermitteln und ihn zu kritischer Reflexion anzuregen. Nicht zuletzt soll es der Gefahr einer déformation professionnelle entgegenwirken,

die mit jeder Spezialisierung einhergeht. Wichtig bleibt der «enzyklopädische Blick» auf das Ganze der Jurisprudenz, der dem Spezialisten leicht verloren geht.

Ein besonderer Dank gilt Herrn Kollegen Prof. Dr. Friedrich Harrer (Universität Salzburg) für wertvolle Mitarbeit und zahlreiche Anregungen. Frau Dr. Dorothea Mayer-Maly hat dankenswerter Weise wiederum die Mühe des Korrekturlesens auf sich genommen.

Salzburg und Zürich im Mai 2017

Heinrich Honsell

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
§ 1 Rechtswissenschaft.....	1
I. Definitionen von Recht und Rechtswissenschaft	1
1. Recht	1
2. Naturrecht und Positivismus	14
3. Rechtswissenschaft	18
II. Die Wissenschaftlichkeit des Rechts.....	19
§ 2 Der Jurist	31
I. Der Jurist im Wandel der Geschichte	31
II. Die Juristenausbildung	39
§ 3 Der Fall	45
I. Fallbeispiele.....	45
II. Methode und Technik der Falllösung.....	53
§ 4 Die Norm.....	57
I. Tatbestand und Rechtsfolge	57
II. Sein und Sollen des Rechts.....	58
III. Erscheinungsformen des Rechtssatzes	63
IV. Richterrecht	68
V. Gesetzesrecht und Fallrecht.....	70
VI. Gesetzespublizität und Kodifikation	74
VII. Der Rang der Rechtssätze und der Stufenbau des Rechts	82
§ 5 Methode und Interpretation.....	95
I. Juristische Methode und Dogmatik	95
II. Juristische Hermeneutik	99
III. Die Subsumtion (Syllogismus).....	101
IV. Die juristische Auslegung.....	105
1. Geschichtliche Entwicklung.....	106
2. Rhetorik.....	108
3. Wortlaut und Sinn	114
4. Subjektive und objektive Auslegung.....	118
5. Gesetzliche Auslegungsvorschriften.....	122
6. Der klassische Auslegungskanon	123
7. Weitere Auslegungsgrundsätze	127
V. Teleologische Interpretation (Analogie und Restriktion)	130
1. Analogie (Ähnlichkeitsschluss, argumentum a simili).....	130
2. Teleologische Restriktion (Reduktion)	136
VI. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	138

VII. Richterliche Rechtsfortbildung jenseits der Analogie, insbesondere natürliche Rechtsgrundsätze	141
VIII. Die Verfassungsinterpretation des deutschen Bundesverfassungsgerichts.....	143
1. Grundrechtsauslegung.....	143
2. «Konkretisierung einer Wertordnung».....	146
3. Grundrechte und Privatrecht	151
4. Grundrechtsabwägung. Verhältnismässigkeit.....	153
5. Judicial self-restraint und political question-Doktrin	157
6. Verfassungsjudikatur in der Schweiz und in Österreich	158
§ 6 Das Systemproblem der Rechtswissenschaft	161
I. System	161
II. Die Einheit der Rechtsordnung	164
III. Neuere Systemansätze	173
1. Topik.....	173
2. Bewegliches System	176
3. Systemtheorie.....	178
§ 7 Das Verhältnis der Jurisprudenz zur Politik.....	181
I. Politik und Recht.....	181
II. Politik und Justiz	183
§ 8 Liberale und sozialistische Rechtsvorstellungen	191
I. Liberalismus	191
II. Sozialismus.....	204
§ 9 Religion und Recht.....	211
I. Christentum	211
II. Islamisches Recht	216
§ 10 Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitslehre.....	221
§ 11 Epochen der Rechtswissenschaft	235
I. Die Entstehung der Rechtswissenschaft	235
1. Allgemeines. Griechische Antike.....	235
2. Die Etablierung einer Fachjurisprudenz in Rom.....	237
3. Römische Klassik.....	239
4. Der Niedergang der römischen Jurisprudenz.....	240
5. Justinians Kompilation.....	242
II. Die Renaissance der Rechtswissenschaft	245
III. Humanismus	250
IV. Renaissance des Naturrechts	255
V. Die Idee der Kodifikation	257
VI. Pandektistik, Begriffsjurisprudenz, Interessenjurisprudenz	261
VII. Philosophische Strömungen	264

VIII. Neuere Ansätze	266
§ 12 Gebiete des Rechts und Disziplinen der Rechtswissenschaft	273
I. Die Einteilung des Rechts	273
II. Öffentliches Recht	278
III. Privatrecht	284
1. Allgemeines Privatrecht	284
2. Internationales Privatrecht	288
3. Sondergebiete des Privatrechts	289
a) Vorbemerkungen	289
b) Handelsrecht (Unternehmensrecht)	289
c) Arbeitsrecht	290
d) Andere Sonderprivatrechte	292
IV. Verfahrensrecht	293
V. Europarecht	298
1. Allgemeines	298
2. Historische Perspektiven	298
3. Organe der EU	301
4. Quellen des Unionsrechts	304
5. Charakterisierung und Kritik des Europarechts	306
a) Beschränkte Gesetzgebungskompetenz	306
b) Beispiele fehlender Kompetenz	307
c) Zu viele Normen, mangelhafte Gesetzesqualität	309
d) Kartell-, Beihilfen- und Vergaberecht	310
e) Verbraucherschutz	312
f) Zahlungsverzug	314
6. Die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)	315
7. Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht?	320
8. Ausblick	321
VI. Völkerrecht	323
VII. Weitere Gebiete	327
1. Übersicht	327
2. Rechtsphilosophie	327
3. Rechtstheorie	328
4. Rechtslogik	330
5. Rechtssoziologie	331
6. Rechtspsychologie	333
7. Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung	334
a) Ausgangslage	334
b) Rechtsgeschichte	335
c) Rechtsvergleichung	338
8. Rechtspolitik	342

9. Informationstechnik (IT), Computer, Internet, Künstliche Intelligenz und Recht	346
§ 13 Institutionen im Wandel.....	349
I. Allgemeines.....	349
II. Ausgewählte Beispiele	350
1. Eigentum	350
2. Vertrag	355
3. Ehe	359
4. Presse	364
§ 14 Recht als Strategie des Friedens	369
I. Allgemeines.....	369
II. Fehde und Landfrieden.....	370
III. Arbeitskampfrecht	372
IV. Konfliktadministration und Völkerrecht	374
§ 15 Jurisprudenz und Philosophie	379
Sachverzeichnis.....	383

Abkürzungsverzeichnis

A	Österreich (Austria)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Vertrag v Lissabon, 2007/2009)
ABGB	(öst) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AGG	Allgemeines GleichbehandlungsG v 4.8.2006 BGBl I 1897
AJP	Allgemeine Juristische Praxis (Zürich)
All ER	All England Law Reports
ALR	Preussisches Allgemeines Landrecht
aM	anderer Meinung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des (deutschen) BAG (München u Frankfurt/Main)
Arb	Sammlung (öst) arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Wien)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Stuttgart)
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl	Auflage
BAGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesarbeitsgerichts (Kassel)
BB	Betriebsberater (Frankfurt/Main)
Bde	Bände
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGHSt	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Karlsruhe)

BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Karlsruhe)
BT	Besonderer Teil
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht (Karlsruhe)
bzw	beziehungsweise
ca	circa
C	Codex Iustinianus
CH	Schweiz (Confoederatio Helvetica)
CIC	Corpus Iuris Civilis
D	Deutschland, Digesta Iustiniani
d	deutsch
DB	Der Betrieb (Düsseldorf)
ders	derselbe (Autor)
dh	das heisst
di	das ist
E	Erwägung, Entscheidung
EG	Europäische Gemeinschaft; seit dem Vertrag v Lissabon (2007/2009): EU
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (seit Maastricht, 1992)
Einl	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Rom 1950)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof (Luxemburg)
EUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Union (Vertrag v Lissabon, 2007/2009)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München u Frankfurt/Main)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; seit dem Vertrag von Maastricht (1992): EG
Fn	Fussnote

FS	Festschrift
f/ff	folgende
GG	(deutsches) Grundgesetz
GS	Gedenkschrift, Gedächtnisschrift
GWB	(deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
I	Institutiones Iustiniani
ieS	im engeren Sinne
iwS	im weiteren Sinne
JBl	(österreichische) Juristische Blätter (Wien)
Jh	Jahrhundert
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
LA	Liber Amicorum
Lit	Literatur
LQR	The Law Quarterly Review (London)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Köln)
Mél	Mélanges (Festschrift)
nF	neue Fassung
mNw	mit Nachweisen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (München u Frankfurt/Main)
nChr	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München u Frankfurt/Main)
Nr	Nummer
OGH	(österreichischer) Oberster Gerichtshof (Wien)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
öJZ	(österreichische) Juristenzeitung (Wien)

ö	österreichisch
pr	Principium (Anfang)
RE	Paulys Realenzyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, neu bearbeitet von Wissowa/Kroll/Mittelhaus/Ziegler (Stuttgart)
RdA	Recht der Arbeit (München u Frankfurt/Main)
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rz	Randziffer
S	Satz, Seite
s (a)	siehe (auch)
sc	scilicet = das heisst, nämlich
SC	Senatus consultum
Slg	Sammlung
sog	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch (D/A/CH)
St	Sankt
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Rom)
str	strittig
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SZ	Entscheidungen des (öst) Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
u	und
ua	und andere(s)
UNTS	United Nations Treaty Collection
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb (D/A/CH)
v	von
vChr	vor Christus

vgl	vergleiche
Vorb	Vorbemerkung
Z	Zeile
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (München u Frankfurt/Main)
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (München u Frankfurt/Main)
ZGB	Zivilgesetzbuch (ohne weitere Hinweise: Schweizerisches)
Ziff	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
ZPO	Zivilprozessordnung (D/A/CH)
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (Online-Zeitschrift)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Online-Zeitschrift)
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische, germanistische und kanonistische Abteilung (Köln, Graz)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln)

§ 1 Rechtswissenschaft

I. Definitionen von Recht und Rechtswissenschaft

1. *Recht*

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das **Recht** (Ius). Es wird definiert als die Gesamtheit der Normen, die das Zusammenleben der Bürger im Staate regeln und die von staatlichen Institutionen erlassen und gegebenenfalls mit Zwang durchgesetzt werden. Diese gängige Definition ist insofern positivistisch, als sie allein auf das geltende Recht abstellt und die Frage nach dessen inhaltlicher Richtigkeit und **Gerechtigkeit** ausblendet (unten I 2 u n d § 10). Die Beschränkung auf den positivrechtlichen Aspekt¹ unter Ausklammerung des ethisch richtigen Rechts und Verzicht auf normative Kritik ist aber weder

¹ Statt vieler *W Ernst*, Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel/Schön (Hrsg), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 3 ff, 15 ff («The strictly legal point of view»); dazu *Reimann* ebenda 87 ff; zuletzt *C. Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat (2015) – Das BVerfG an der Grenze des Grundgesetzes, 240 ff, 312 ff u. passim. Für einen «moralneutralen Rechtsbegriff» *Hörster*, Was ist Recht? (2012) 79 ff. Das Ausklammern der Gerechtigkeit war quasi der Markenkern des Positivismus, s etwa *Windscheid*, Rektoratsrede (1884), Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904) 101; «ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen... sind nicht Sache des Juristen als solchem» (s auch unten § 6 II § 7 Fn 22 u § 12 Fn 293); pointiert *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934, 1960/67), dazu unten I 2 und besonders § 4 VII, 6 II und 7 I; zu *Hegel* und insbes zum Neuhegelianismus, der die Gerechtigkeit ebenfalls ausgeklammert hat, s den Sammelband von Wischke/Przylebski (Hrsg), Recht ohne Gerechtigkeit? (2010) § 11 bei Fn 119. Die meisten gängigen Definitionen des Rechts beschränken sich auf dieses sog positive Recht. Zu vermitteln versucht *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit – Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht (2004). *Jan Schröder* (Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit? [2005] 3 ff, 28 ff) meint, man könne auf eine übergesetzliche Gerechtigkeit verzichten, weil Menschenrechte, Freiheit, Gleichheit und Treu und Glauben schon im Grundgesetz stünden, bzw. im BGB. Trotz der Positivierung dieser Grundrechte, die sich auch in der Schweizer Verfassung, im ZGB und in vielen anderen Rechtsordnungen findet, gehört der Begriff der Gerechtigkeit in die Definition des Rechts. Die Gerechtigkeit gilt unabhängig von jeder Positivierung. Wäre es anders, müssten sie Staaten ohne gesetzliche Normierung nicht beachten. – Auf die zentrale Bedeutung der Gerechtigkeit hat schon Augustinus (de civitate dei IV 4 – Vom Gottesstaat) hingewiesen: *remota ... iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?* – ohne Gerechtigkeit, was sind die Staaten anderes als grosse Räuberbanden?; vgl auch unten § 6 II (bei Fn 47) und § 9 I (bei Fn 9). Die Gerechtigkeit ist aber nicht nur Staatsideal, sondern nach Aristoteles die vollkommene Tugend, staunenswerter als Abend- und Morgenröte (Nik. Eth. 1130a).

notwendig noch richtig. Vielmehr zeigt schon die Rechtswirklichkeit mit ihren häufig kontroversen juristischen Diskussionen und mit vielfältiger richterlicher Rechtsfortbildung gegenüber oft korrekturbedürftigen Gesetzen, dass auch die Praxis auf normative Fragen und Antworten nicht verzichten kann (unten §§ 5 V – VII u 7 II). Mehr spricht also für eine Definition, welche die Gerechtigkeit nicht ausklammert. Neben der Gerechtigkeit sind Geltung und Durchsetzung entscheidende Merkmale des Rechts. Das Recht kann also definiert werden als *eine im Grossen und Ganzen wirksame und Richtigkeit anstrebende Ordnung menschlichen Verhaltens, die einem ethischen Minimum genügt*². Nicht jede Ungerechtigkeit wird also vom Recht korrigiert. Man darf aber das Gesetz kritisieren und ihm im Extremfall sogar die Gefolgschaft verweigern, wenn es das ethische Minimum nicht einhält und damit zu krass vom Gerechtigkeitspostulat abweicht (unten 2).

Allein auf die inhaltliche Richtigkeit des Rechts stellt die vom römischen Juristen Celsus überlieferte Definition ab, der das Recht als «**Kunst des Guten und Billigen**» (Gerechten) definiert hat (D 1, 1, 1, pr: *ius est ars boni et aequi*). Das ist freilich eher die Beschreibung eines Ideals nach griechischem Vorbild (ähnlich der *καλοκαγαθία* – *Kalokagathia*, dem Massstab des Schönen und Guten) als eine inhaltliche Bestimmtheit anstrebende Definition. «Gut und billig» klingt heute wie die Werbung eines Supermarkts, ist aber der Verhaltensmassstab eines *vir bonus*, eines anständigen Menschen, der *gerecht und billig* handelt. Er findet sich auch in einer alten, auf das deutsche Reichsgericht³ zurückgehenden Definition der guten Sitten (iSd § 138 BGB, § 879 Abs 1 ABGB und Art 20 Abs 1 OR) als das, was dem «*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*» entspricht.

Das Ideal der Gerechtigkeit wird in der von Ulpian⁴ überlieferten Definition weiter konkretisiert:

D 1, 1, 10 pr: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.* – Gerech-

² So zB *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie (2001) 2; Gegen ein Ausblenden der Gerechtigkeit und des Naturrechts auch *ders*, FS Demelius (1973) 139 ff; s auch § 10. Der Begriff «ethisches Minimum» stammt von *Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe² (1908) 45.

³ RGZ 48, 114, 124; s auch BGHZ 10, 228, 232; wie das Reichsgericht BGE 94 II 5, 16, BGer 4C.172/2000; OGH JBl 1954, 436 spricht statt von Anstands- von Rechtsgefühl.

⁴ Der spätclassische Jurist lebte am Übergang vom 2. zum 3. Jhdt nChr und stammte aus Tyros im heutigen Libanon (D 50, 15, 1). Er hat uns ein Werk enzyklopädischen Umfangs hinterlassen; etwa ein Drittel der Digestenfragmente stammt von ihm. Er wurde zur Zeit des Kaisers Alexander Severus 223 (228?) in einem Aufstand der Prätorianergarde ermordet; zu Leben und Werk *Wieacker*, Röm Rechtsgeschichte (2006) 130 f.

tigkeit ist der beständige und dauerhafte Wille, jedem das Seine zu geben. Die Gebote des Rechts sind diese: ehrenhaft leben, dem anderen nicht schaden, jedem das Seine geben.

Die drei *praecepta iuris*⁵ sind sehr allgemein gehaltene, zum Teil eher ethische als juristische Handlungsmaximen. Namentlich **honeste vivere** ist heute weniger eine Maxime des Rechts, als der Ethik. Da das Recht, wie wir gesehen haben, nur ein ethisches Minimum schützt, verlangt es nicht ehrenhaftes Verhalten, sondern begnügt sich mit neutralem und nicht rechtswidrigem Handeln. Nicht alles, was erlaubt ist, ist auch anständig. Non omne quod licet honestum est (Paul D 50, 17, 144 pr). Die zum Teil von griechischen Vorbildern stammenden Vorgaben sind idealistisch, aber relativ abstrakt. Ihr Kern ist in einem Kindervers zusammengefasst, den man *goldene Regel* nennt: «Was du nicht willst, das man dir tu’, das füg’ auch keinem anderen zu». Diese Maxime ist seit der Antike in allen Gesellschaften, auch im Fernen Osten anerkannt⁶. In der Bibel finden wir sie im apokryphen Buch Tobit⁷. In einer allgemeingültigen philosophischen Fassung begegnet sie uns im *kategorischen Imperativ* von Immanuel Kant: «Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könnte»⁸. Dass für das Zusammenleben der Bürger gegenseitige Rücksichtnahme wesentlich ist, betont auch eine andere, ebenfalls von Kant stammende Definition des Rechts: «Das Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann»⁹. Der Begriff «Willkür»¹⁰ hatte noch nicht die pejorative Bedeutung wie heute (zB «Behörden-

⁵ Dazu Honsell, *Römisches Recht*⁸ (2015) 19 ff; Höffe, *Gerechtigkeit*⁴ (2010) 49 ff.

⁶ S Forschner ua (Hrsg), *Lexikon der Ethik*⁷ (2008) 118; Mayer-Maly, *Rechtsgeschichtliche Bibelkunde* (2003) 26 ff.

⁷ 4,16: Quod ab alio oderis fieri tibi, vide ne alteri tu aliquando facias – was du von anderen fürchtest, sieh zu, dass du es nicht selbst einmal einem anderen antust. Das Neue Testament hat nur die positive Variante «Was ihr also von anderen erwartet, das tut auch ihnen» (Matth. 7,12); und allgemein: «Liebe deinen Nächsten wie dich selbst», Jesus nennt dies das wichtigste Gebot neben der Gottesliebe (Mark. 12, 29–31).

⁸ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft* § 7 Grundgesetz der reinen praktischen Vernunft, Akademieausgabe V 30.

⁹ *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Akademieausgabe XXIII 207 ff, 230.

¹⁰ Es bezeichnete auch den Vertrag, zB in der gemeinrechtlichen Vorrang-Regel «Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht und Landrecht bricht gemeines Recht». Gemeines Recht ist das Recht des deutschen Reichs. Heute hat nach Art 31 GG umgekehrt Bundesrecht Vorrang; ebenso Art 49 Abs 1 chBV; zB hat die hessische Landesverfassung noch die Todesstrafe für schwere Verbrechen. Sie darf aber nicht verhängt werden wegen Art 102 GG. Das österreich B-VG enthält keine Vorrangregel. Auch dort dürfen aber Landesgesetze den Bundesgesetzen nicht widersprechen.

willkür»), sondern bedeutete «Wahl» (wie zB in «Kür»), «Freiheit», nämlich insbesondere die Handlungsfreiheit des Individuums, die nur durch dasselbe Recht der anderen und durch die Rücksicht auf das Gemeinwohl (unten § 4 III), das *bonum commune*, begrenzt wird.

Auch die zweite Maxime, **neminem laedere** (niemandem schaden), ist nicht so eindeutig, wie es zunächst scheint. Es ist der oberste Grundsatz des Deliktsrechts, dass nur die rechtswidrige (in der Schweiz: widerrechtliche) Schädigung ersatzpflichtig macht. Man muss also zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verhalten unterscheiden. So darf man zB in Notwehr die Schädigung eines Angreifers bei der Abwehr in Kauf nehmen (unten § 5 VII) und allgemein gilt der Satz, dass niemanden schädigt, wer (nur) von seinem Recht Gebrauch macht: Qui suo iure utitur neminem laedit. Allerdings hat dieser Satz seine Grenze in der gegenläufigen Regel (Gai Inst 1, 53) male enim nostro iure uti non debemus – wir dürfen unser Recht nicht in schlechter Weise ausüben.

Wettbewerbsmassnahmen, die das eigene Unternehmen fördern, schaden gleichzeitig der Konkurrenz. Sie sind deshalb nicht per se rechtswidrig, sondern nur, wenn es sich um sog «unlauteren» Wettbewerb handelt¹¹. Abstrakt und als Bonmot zugespitzt lässt sich sagen, dass jede wirtschaftliche Tätigkeit darauf gerichtet ist, aus fremdem Geld eigenes zu machen. Trotzdem besteht ein fundamentaler Unterschied zwischen einem Bankraub und der Gründung einer Bank (entgegen der ironischen Frage von *Bert Brecht*, Dreigroschenoper: «Was ist ein Einbruch in eine Bank gegen die Gründung einer Bank?»). Das eine ist verboten und strafbar, das andere rechtmässig und erlaubt. Gleichwohl ist es bemerkenswert, dass der ehrbare Kaufmann und der Dieb in dem Götterboten Hermes (römisch: Merkur) einen gemeinsamen Schutzpatron hatten: Er war der Gott von Handel und Gewinn, der Kaufleute und der Diebe. Hermes war auch der Schirmherr der Redner, weil er die Kunst der Überredung besass und nie um Ausreden verlegen war. Zur davon abgeleiteten Hermeneutik unten § 5 II.

Offen bleibt schliesslich, was «jedem das Seine» ist¹². **Suum cuique tribuere** betrifft die verteilende Gerechtigkeit (**iustitia distributiva** – δίκαιον

¹¹ S dazu die Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb – UWG in D/A/CH, zu denen es eine uferlose und kleinteilige Judikatur gibt; zB hat der deutsche Kommentar zum UWG von *Köhler/Bornkamp* 2040 Seiten.

¹² S auch *Platon* Politeia 331 ff; *Cicero* de officiis I 15; de legibus I 19. – Weil diese Maxime nichts darüber sagt, was das Seine ist, was jedem Einzelnen gebührt, hat man sie als Leerformel bezeichnet. Daran ist richtig, dass sie ungeachtet ihrer ethischen Ausrichtung gegen Pervertierung nicht geschützt ist; so haben sie die Nationalsozialisten über das Tor des Konzentrationslagers Buchenwald geschrieben.

διανεμητικόν¹³). Nach *Aristoteles*¹⁴ gehört sie zum *öffentlichen Recht*¹⁵. Es soll trotz der Gleichheit vor dem Gesetz (*Isonomia* unten bei Fn 31) nicht an alle gleich verteilt werden, sondern nach «Würdigkeit». So seien bei der Verteilung von Flöten nicht Schönheit oder Geburt (Adel) massgeblich, sondern Kunstfertigkeit im Flötenspiel¹⁶. Überträgt man dies auf die heutige staatliche Leistungsgewährung und Daseinsvorsorge, so fällt als Negativbeispiel das Kindergeld für alle ins Auge, eine sinnfreie, teure und populistische Massnahme, die gleichzeitig verhindert, dass die wirklich Bedürftigen angemessen unterstützt werden¹⁷. Der Staat soll nach Bedürftigkeit unterstützen, wie er umgekehrt den Bürgern Lasten, namentlich Steuern, nach Leistungsfähigkeit auferlegt, was sich in progressiven Einkommenssteuertarifen widerspiegelt, bei denen der Steuersatz mit zunehmendem Einkommen sogar noch steigt. Daneben bedeutet Verteilungsgerechtigkeit in der sozialen Marktwirtschaft auch eine gewisse Umverteilung, welche die Ungerechtigkeiten ausgleicht, die sich aus dem Markt, den ungleichen Startbedingungen und Löhnen, dem Vererben von Vermögen (usw) ergeben (vgl auch § 8).

Anders als im öffentlichen Recht gilt im *Zivilrecht* nicht die *iustitia distributiva*, sondern die ***iustitia correctiva*** – die *korrigierende Gerechtigkeit* bei den Austauschverhältnissen (δικαιον διορθωτικόν ἐν τοις συναλλάγμασι). Sie ist nicht proportional, dh es wird nicht nach Würdigkeit verteilt, sondern unter Privaten herrscht, wenn man so will, Willkür. Willkür bedeutet, wie wir gesehen haben, die vertragliche Vereinbarung, die im Bereich des dispositiven Rechts allen anderen Rechten vorgeht.

¹³ Bei der *iustitia distributiva* geht es um das Verteilen von Leistungen oder Belastungen durch den Staat. Von dem Verb *véμειν* (verteilen) hat man den Begriff *vóμος* (Gesetz) abgeleitet. Das Gesetz war also schon damals geradezu das Synonym für das Nehmen und Geben des Staates. So sagt etwa Cicero, *de legibus* 1, 19: ... Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis sit, ut recte facere iubeat, vetet delinquere; eamque rem illi Graeco putant nomine νόμον <a> suum cuique tribuendo appellatam, ego nostro lex a legendo – Daher glauben sie, dass die Vernunft das Gesetz ist, das die Macht hat, das Richtige zu gebieten und das Unerlaubte zu verbieten; und sie meinen, dass daher der griechische Begriff νόμος (Gesetz) kommt, von jedem das Seine zuteilen (véμειν), wie ich glaube, dass lex (Gesetz) a legendo kommt, von dem, was man lesen muss.

¹⁴ Nikomachische Ethik 1130b ff, 1138a, b; ferner *Platon* *Politeia* 332. Aus der lateinischen Tradition noch *Gellius* *Noctes Atticae* XIII, 24.

¹⁵ Zum Folgenden *Honsell*, *Iustitia distributiva* – *iustitia commutativa*, FS Mayer-Maly (2002) 287 ff; *Staudinger/Honsell*, BGB Einl Rz 113b. Mit dem Problem der Verteilungsgerechtigkeit befasst sich auch *Rawls* *A Theory of Justice* (1971), dt *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975) 28 ff (s unten § 8 Fn 32 u § 11 Fn 135).

¹⁶ *Aristoteles* *Politik* 3, 12.

¹⁷ Die Debatte wird durch Verknüpfung des Kindergeldes mit Freibeträgen bei der Einkommenssteuer kompliziert.

Nur bei krassen Abweichungen einer vertraglichen Vereinbarung von der Mesotes, der rechten Mitte¹⁸ zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig¹⁹ soll der Richter mit der korrigierenden Gerechtigkeit eingreifen²⁰. Der Begriff der *iustitia commutativa*, der ausgleichenden Austauschgerechtigkeit, beruht auf einem Übersetzungsfehler des Thomas von Aquin, hat sich aber fälschlicher Weise fast allgemein durchgesetzt. Daran knüpfte Thomas eine Lehre vom gerechten Preis (*iustum pretium*), die aber weder damals noch heute in Jurisprudenz oder Ökonomie anerkannt war. Die römischen Juristen formulierten sogar, dass es *natürlich* erlaubt sei, sich gegenseitig zu übervorteilen (*naturaliter concessum est se invicem circumscribere*, s Paulus D 19, 2, 22, 3).²¹

Zu den Grundprinzipien und Kardinalpflichten des Rechts gehört schliesslich auch die Ethik des gegebenen Wortes, der Satz, dass man Vereinbarungen halten muss (**pacta sunt servanda**, s auch § 13 II 2). Er ist gewissermassen das vertragsrechtliche Pendant zu dem deliktischen *neminem laedere* und genauso wichtig wie dieses. Dies gilt natürlich nicht, wenn der Vertrag wegen Sitten- oder Verbotswidrigkeit, Wuchers (usw) nichtig oder anfechtbar ist. Auch gibt es heute (eher fragwürdige) Widerrufsrechte aus Gründen des Konsumentenschutzes.

Das zweite Element neben dem *bonum* in der von Celsus überlieferten Definition, ist die auf das griechische Vorbild der *ἐπιεικεία* – *epieikeia* (Aristoteles, Nikomachische Ethik V 1137a – 1138a) zurückgehende **aequitas** (equity Billigkeit). Es ist eine Absage an das strenge Recht, den *rigor iuris*, an dessen Stelle *humanitas* und *misericordia* (Menschlichkeit und Mitleid) treten sollen. Nicht strenges und formales Recht soll herrschen, sondern das Recht soll materiell gerecht, eben billig sein. Das ist auch das grosse Thema der Zweiteilung und des Nebeneinanders von *common law* und *equity* in den angelsächsischen Ländern. Wie in Rom (§ 2 I und 4 IV) wird das starre alte Zivilrecht nicht aufgehoben, sondern durch ein flexibles modernes Recht ergänzt, was im Ergebnis einer Aufhebung gleichkommt, weil *equity* und *ius gentium* Vorrang haben. Die **Einzelfallgerechtigkeit**, die oft in Konflikt gerät mit dem formellen Recht und dem Argument der **Rechtssicherheit**²², soll letztlich die Oberhand behalten, und der Missbrauch formaler Rechtspositionen²³

¹⁸ Dazu auch *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts, AcP 204 (2004) 309, 310.

¹⁹ Nik. Ethik 1106 a-b u passim; speziell für die Gerechtigkeit 1131.

²⁰ *Honsell* (Fn 15).

²¹ Zum Ganzen *Honsell* (Fn 15) 288 f mit Fn 4; ders, FS Gauch (2004) 101 ff.

²² Näher *Honsell*, Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch, FS Mayer-Maly (1996) 369 ff.

²³ In der Antike prägte man dafür den paradoxen Satz *Summum ius – summa iniuria* – das höchste Recht ist das höchste Unrecht (Cicero *De off.* I 33); dazu *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* Akademieausgabe VI 234, 235; ausführlich

ist unzulässig. Grundsätzlich sollte man aus Gründen der Rechtssicherheit eine «Härte im Einzelfall» nicht leicht in Kauf nehmen. Doch ist diese Erkenntnis leider nicht Gemeingut. Fragen kann man auch, ob rigorose Form- und Fristvorschriften, wie wir sie heute haben, wirklich immer unverzichtbar sind. So sind die Fristen des Prozessrechts sehr streng, wenn zB ein Prozess endgültig verloren ist, weil die Berufung gegen ein erstinstanzliches Urteil nicht fristgerecht eingelegt worden ist (§ 517 dZPO: ein Monat, Art 311 chZPO: 30 Tage; § 464 öZPO: vier Wochen²⁴). Die Argumente pro und contra können hier nicht diskutiert werden. Jedenfalls sollte man aber bei Fristversäumung mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand grosszügiger sein. Besonders genau, um nicht zu sagen perfide, sind deutsche Gerichtsbriefkästen (die allerdings demnächst abgeschafft werden sollen). Sie haben eine Uhr und einen beweglichen Zwischenboden, der sich nachts um 24h einschiebt, damit man verspätet eingegangene Schriftsätze aussondern und als verfristet zurückweisen kann. Der Datumswechsel um Mitternacht hat keinen astronomischen Grund, sondern entsprang dem Aberglauben und den Skrupeln des römischen Sakralrechts²⁵. Im antiken Griechenland etwa gehörte zu jedem Tag die ganze darauf folgende Nacht und der neue Tag begann morgens um sechs Uhr.

Form- oder Fristvorschriften sind als sog «strikte Ordnungsvorschriften» nach immer noch ganz h.L. einer teleologischen Reduktion nicht zugänglich²⁶. Sie

Stroux, Summum ius, summa iniuria (1949); s ferner *Honsell* 1. FS Kaser (1976) 111, 114 f; *Esser* in: Summum ius, summa iniuria, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät (1963) 1 ff; zur Problematik im modernen Recht ebenda *Esser* 23 ff.

²⁴ Das sind drei unterschiedliche Fristen. Die Monatsfrist ist unabhängig davon, ob der Monat 30, 31 oder nur 28/29 Tage hat (zur Berechnung s § 188 Abs 2 BGB). 30 Tage sind 30 Tage, 4 Wochen sind 28 Tage. Eine ähnliche Variationsbreite bei an sich beliebigen zahlenmässigen Festlegungen finden wir bei anderen Fristen oder bei Altersgrenzen (vgl unten I 1 aE).

²⁵ Paul. D 2, 12, 8 More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. – Nach Sitte der Römer beginnt der Tag um Mitternacht und endet in der Mitte der darauffolgenden Nacht; es war ein Trick der Priester, der rituelle Gründe hatte, näher dazu *Honsell* Römisches Recht⁸ 16 f.; dort auch zu Quintus Mucius Scaevola und dem am Ende des Jahres durchgeführten trinoctium, das unwirksam war, weil die 2. Hälfte der dritten Nacht schon zum neuen Jahr gerechnet wurde. Um nicht unter die Herrschaft des Mannes zu geraten, musste die eigenberechtigte Frau jedes Jahr drei Nächte ausser Hauses verbringen; nur so konnte sie die «Ersitzung» durch den Mann verhindern. Der Fall zeigt, dass die Menschen schon vor 2000 Jahren mit Fristen schikaniert wurden.

²⁶ Anders jetzt der Entwurf eines Allg. Teils des Schweizer OR, Art 27 OR 2020 *Emmenegger/Kurzbein* in: Huguenin/Hilty OR 2020 (1913) 90 ff für die Form. Danach entscheidet der Formzweck über die Ungültigkeit und darüber, wer sich darauf berufen darf; s zu der Frage auch *Honsell*, Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch,

sind also anzuwenden, einerlei, ob der Formzweck in concreto tangiert ist, zB, auch wenn keine Beweisunklarheit oder Übereilungsgefahr besteht. Philipp HECK²⁷ hat in diesem Zusammenhang plastisch aber übertreibend von einer «Tribsandgefahr» gesprochen, die jedes Abweichen von Formvorschriften hervorruft. Heute würde man das Dambruchargument oder slippery slope-Argument nennen. Die Strenge des formalen Rechts kommt somit zur Anwendung, auch wenn das der Einzelfallgerechtigkeit zuwiderläuft. Wer eine Frist versäumt verliert sein Recht, selbst wenn dies hart erscheint. Problematisch ist auch der Testamentsformalismus. So ist ein Testament ungültig, das vom Testator nicht eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist²⁸, auch wenn keine Beweisunklarheiten bestehen und es unzweifelhaft vom Erblasser herrührt. Es ist allerdings kaum einzusehen, dass ein auf dem Computer geschriebenes Testament nicht gültig sein soll, jedenfalls wenn die Autentizität unstrittig ist, weil es zB unterschrieben und vom Erblasser persönlich in Verwahrung gegeben worden ist.

Nicht in die Kategorie strenges Recht, sondern in den Bereich einer sinnentleerten Gesetzesanwendung gehört es, wenn die für jede Haftung unverzichtbare Kausalität gelegentlich für entbehrlich gehalten wird. So ist es nicht zugänglich, jemanden für Schäden haften zu lassen, die er nicht nachweislich verursacht hat²⁹ oder für Schadenersatz in einem Umfang, der den tatsächlich

1. FS Mayer-Maly (1996) 369 ff. Neuerdings will *Hassfurter* (Form und Treue [2016]) der Formnichtigkeit Treu und Glauben entgegensetzen, «wenn sie nicht geeignet, erforderlich und verhältnismässig i.e.S. ist, um den Zweck der jeweiligen Formvorschrift zu erreichen». Praktisch läuft dies darauf hinaus, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung schon dann zuzulassen, wenn die ratio des Formzwecks nicht tangiert ist.

²⁷ Gesetzesauslegung, AcP 112 (1914) 1, 182; s auch *Böhmer*, Grundlagen II 2, 72 ff.; näher *Canaris*, Lücken 292; *J.Schröder* Recht als Wissenschaft 387.

²⁸ Früher waren sogar das Fehlen von Ort oder Datum ein Nichtigkeitsgrund. Das gilt heute nicht mehr (vgl § 2247 BGB, § 578 ABGB, Art 505, 520a ZGB). Angeblich sagt eine neuere Statistik, dass 80% aller privatschriftlichen Testamente entweder wegen Form- oder wegen Inhaltsmängeln unwirksam sein sollen.

²⁹ Hiergegen verstösst die US-amerikanische market share-liability, die namentlich bei Umweltchäden die beteiligten Unternehmen nach ihren Marktanteilen haften lässt. Ein anderes Beispiel ist die sog *perte d'une chance* (vgl *Honsell/Isenring/Kessler*, Haftpflichtrecht⁵ [2013] § 1 III 2), die bei grossem Schaden und geringer Wahrscheinlichkeit einer Schadensverursachung anteilig Ersatz leisten will. Das ist abzulehnen. Auch wenn es zutrifft, dass die kleine Chance eines grossen Gewinns und die grosse Chance eines kleinen Gewinns mathematisch gleichwertig sind, bleibt die juristische Wertung richtig, dass nur bei hinreichender Wahrscheinlichkeit Ersatz zu gewähren ist (vgl *Honsell* aaO).

erlittenen Schaden übersteigt, wie das bei den punitive damages³⁰ der Fall ist. Hierher gehören auch Obliegenheitsverletzungen, die nicht kausal waren und deshalb nicht zu einer Einschränkung des Versicherungsschutzes führen dürfen; wie bei den alten Führerscheinklauseln in Versicherungsverträgen, die bei Fahren ohne Führerschein einen Regress auch bei unverschuldeten Unfällen vorsahen. Ein ähnliches Problem besteht bei Mietautos, wenn versäumt wurde, einen weiteren Fahrer einzutragen.

Ein letztes Beispiel dafür wie schnell die Vernunft entgleitet, wenn man auf das Erfordernis der Kausalität verzichtet, bietet das österr. öffentliche Recht mit der Wahlanfechtung wegen eines Fehlers, der das Wahlergebnis nicht beeinflusst hat. In schwer nachvollziehbarem Formalismus hat der öVfGH am 1. 7. 2016 die Präsidentenwahl für ungültig erklärt, weil die Briefwahlstimmen nicht erst montags um 9h gezählt worden sind, weil bei der Stimmenzählung nicht immer alle Beisitzer der Wahlkommissionen anwesend waren oder wegen ähnlicher Lappalien, die keinen Einfluss auf das Ergebnis hatten. Die Entscheidung ist schon deshalb verfehlt, weil Art 141 Abs 1 S 3 B-VG und § 70 Abs 1 VfGHG ausdrücklich einen (tatsächlichen) Einfluss, also eine Verfälschung des Ergebnisses verlangen und ausserdem jedenfalls zunächst als mildere Massnahme auch eine erneute Kontrolle und Zählung der betroffenen Stimmen gereicht hätte. Entgegen öVfGH genügt es nicht, wenn die Stimmen von der Rechtswidrigkeit bloss «betroffen» waren in dem Sinne, dass bei ihrer Ermittlung Fehler passiert sind, sondern das Ergebnis muss selbst falsch (zu hoch oder zu niedrig) gewesen sein. Die gesetzlichen Vorschriften verlangen ausdrücklich eine Rechtswidrigkeit *und* dass sie von Einfluss war, dass sie von Einfluss gewesen sein könnte, ist nicht dasselbe und auch durch Interpretation nicht in die Vorschriften hineinzulegen. Der Fehler, und es ist ein Denkfehler, beginnt dort, wo auf die blosser Möglichkeit eines Einflusses auch dann noch abgestellt wird, wenn eine Manipulation ganz fernliegt oder überhaupt nicht in Betracht kommt, wie zB bei der vorgezogenen Öffnung von Briefwahlstimmen. Die Begründung mit der Bedeutung von Wahlen als «Fundament der Demokratie» sowie mit der Behauptung, dass Wahlvorschriften «rigoros» anzuwenden seien (so schon VfGHSlg Nr. 888/1927, ein altes von Kelsen verfasstes Urteil), ist abwegig. Da ist er wieder, der rigor iuris, hinter dem sich keine ratio, sondern nur grosse Worte verbergen («Fundament der Demokratie»). Offensichtlich wollte das Gericht ein Exempel statuieren gegen Schlamperei und lockeren Umgang mit dem (tlw. unsinnigen) Gesetz. Dass es dabei selbst gegen eine Verfassungsbestimmung verstossen hat und zwar in weit gravierender Weise als mit den bekämpften Schlampereien ist eine Ironie, die in der öffentlichen Diskussion

³⁰ Dazu *Honsell*, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, FS Westermann (2008) 315 ff.

nicht wahrgenommen wurde. Im Lande *Kelsens* gilt namentlich im öffentlichen Recht noch immer ein erstaunlicher Positivismus, der die Frage nach dem Gesetzeszweck ausblendet und manchmal gar nicht zulässt. Von Viktor Adler stammt der leider immer noch wahre Satz: Österreich, das sei Despotismus gemildert durch Schlamperei. In diesem Fall hat richterlicher Hochmut über (nicht relevante) Schlamperei geurteilt.

Neben die *aequitas* tritt die **aequalitas** (griech. *Isonomia*³¹, vgl oben) das **Gebot der Gleichbehandlung**. Vor dem Gesetz sind alle Menschen gleich, haben also gleiche Rechte und Pflichten. Das war der Grundgedanke der (Gleichheit vor dem Gesetz) in der griechisch-römischen Antike und Jahrtausende später neben Freiheit und Brüderlichkeit das Leitmotiv der französischen Revolution (*liberté, égalité, fraternité*). Die Gleichheit vor dem Gesetz ist auch im US-amerikanischen Recht seit der Declaration of Independence vom 4. Juli 1776 eine zentrale Maxime³². Sie steht am Fries des US-amerikanischen Supreme Court in Washington: *equal justice under law*. Damit ist die Verpflichtung des Richters angesprochen, alle Menschen gleich zu behandeln. Die allegorische Figur der Justitia hat eine Balkenwaage und verbundene Augen³³. Das symbolisiert Gleichbehandlung, Unparteilichkeit und Entscheidung ohne Ansehen der Person. Die Gleichheit ist nicht nur im Fallrecht, sondern auch im Gesetzesrecht eine Grundforderung des Rechts. Dennoch wurde namentlich die Gleichberechtigung von Mann und Frau seit der Antike nicht verwirklicht³⁴. Dies geschah auch nicht in der Aufklärung, sondern erst nach dem Zweiten Weltkrieg mit Art 2 UN-Menschenrechtscharta 1948. Noch heute sind aber Ungleichbehandlungen zu beklagen, wie teilweise beim Lohn.

³¹ Dazu *Honsell*, Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte, FS Koppens-teiner (2001) 593 ff.

³² «We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.» An der Sklaverei hat das zunächst nichts geändert. Sie wurde erst nach dem ihretwegen entbrannten Sezessionskrieg (1861–1865) abgeschafft.

³³ Dazu kommt das Schwert, das das Strafrecht symbolisiert, und mit Vergeltung und Abschreckung für eine gänzlich andere, Schrecken verbreitende Gerechtigkeit steht. *Fiat iustitia pereat mundus* – Es soll Gerechtigkeit geschehen, möge die Welt darüber zugrunde gehen, war angeblich der Wahlspruch Kaiser Ferdinand I (1503–1564); eingehend zu diesem Satz *Liebs* RIDA 61 (2014) 83 ff, der freilich eine andere Deutung bevorzugt: «Die Justiz muss ihren Lauf nehmen und weltliche Protzerei und Übermut sollen untergehen».

³⁴ Insbesondere das römische Recht hat sie nicht gekannt: *Papinian D. 1, 5, 9: In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.* – In vielen Vorschriften unseres Rechtes ist die Stellung der Frauen schlechter als die der Männer.

Im römischen wie im angelsächsischen **case law** ist der Fallvergleich die Methode der Rechtsfindung, die verlangt, gleiche Fälle gleich zu entscheiden und die danach fragt, ob es im konkreten Fall und im Vergleichsfall, dem sog Präzedenzfall (*precedent*) Unterschiede gibt, die eine verschiedene Lösung rechtfertigen (näher unten § 4 IV u V). Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat – Es soll die Gleichheit gelten, die in gleichen Fällen die gleichen Rechtsfolgen verlangt, sagt Cicero (topica 23 i. f.). Das **Gleichbehandlungsgebot** ist die Kehrseite des **Diskriminierungsverbotes**. Verboten ist aber nur die unvernünftige Ungleichbehandlung, die *unreasonable discrimination*. Über Gleichheit oder Verschiedenheit wird im *distinguishing* entschieden. Der Fallvergleich ist eine hochentwickelte Kunst. Auch im Gesetzesrecht gilt die *Maxime bene iudicat, qui bene distinguit* (gut urteilt, wer unterscheidet). Einen problematischen Gleichheitsbegriff verwendet das Antidiskriminierungsrecht der EU und ihm folgend das deutsche Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das Gleichbehandlung nicht nur vom Staat verlangt, sondern auch unter Privaten und selbst für ungleiche Fälle. Diese unerfreuliche Blüte eines Zeitgeistes,³⁵ der angeblich einer political correctness³⁶ entspringt, führt zu einer weitgehenden Einschränkung der Privatautonomie. ZB hat die EU in der Versicherungswirtschaft sog Unisexverträge mit gleichen Tarifen für Männer und Frauen durchgesetzt.³⁷ Es ist aber nicht einzusehen, warum die Prämien einer Versicherungsrente für Frauen im Hinblick auf ihre höhere Lebenserwartung nicht höher sein dürfen als für Männer und umgekehrt bei der Risikolebensversicherung niedriger. Auch die Krankenversicherer müssen in Zukunft sog Unisextarife einführen³⁸. Der EuGH sieht nicht, dass eine «reasonable discrimination» (vernünftige Unterscheidung) nicht verboten, sondern im Gegenteil geboten ist. In Wahrheit kann man nämlich bei einem abstrakten, generell für alle Männer und Frauen geltenden Gleichheitsbegriff nicht stehen bleiben, sondern muss rational begründete Unterscheidungen zulassen. Eine andere Frage ist, wie weit die Fragmentierung der Versichertengemeinschaft in einzelne Risikogruppen gehen soll, zB wenn Männer eine höhere Kfz-Prämie bezahlen müssen, weil Frauen vorsichtiger fahren, oder Raucher eine höhere Prämie in der Krankenversi-

³⁵ Dazu *K Schmidt*, Intellektuelle Moden und Zeitgeistabhängigkeit in Recht und Rechtswissenschaft, GS Mayer-Maly (2011) 423 ff.

³⁶ *S Adomeit*, Political Correctness – jetzt Rechtspflicht!, NJW 2006, 2169; s auch *G H Roth*, Meinungsfreiheit und political correctness im Europarecht, SSRN <<http://ssrn.com/abstract=2962985>> 30. 5. 2017.

³⁷ Vgl EuGH C 236/09.

³⁸ Dass Kosten von Schwangerschaft und Geburt nicht zu unterschiedlichen Prämien führen dürfen (§ 20 Abs 2 S 1 AGG) ist vertretbar. Nicht selbstverständlich ist allerdings, dass sie unter die Krankenversicherung fallen. In der Schweiz ist das zB nicht der Fall.

cherung, Risikosportler in der Unfall- und Krankenversicherung usw. Übertreibt man die Differenzierungen, so gefährdet man die Grundidee der Versicherung, dass hohe Risiken, die wenige treffen, durch Verteilung auf viele Versicherte tragbar werden. Vor allem aber ist es nicht einzusehen, weshalb nicht die Versicherer selber über ihr Angebot und ihre Kosten sollten entscheiden dürfen.

Wie leicht gerade bei der Konkretisierung des Gleichheitssatzes die *ratio distinguendi* (der Unterscheidungsgrund) verloren geht, zeigt ein Beschluss des BVerfG vom 19. Juli 2016 (Az: 2 BvR 470/08) in dem festgestellt wird, dass eine Preismässigung für Einheimische im Hallenbad einer Gemeinde gegen den Gleichheitssatz verstösst (Diskriminierung der benachbarten Österreicher in der Watzmanntherme in Berchtesgaden). Dass Leistungen der Daseinsvorsorge an eigene Gemeindebürger, die dort die Steuern zahlen, günstiger abgegeben werden, reicht nach Meinung des BVerfG für eine differenzierende Preisgestaltung nicht aus. Nur wenn die Gemeinde das Ziel verfolge, knappe Ressourcen auf den eigenen Aufgabenbereich zu beschränken, Gemeindeangehörigen einen Ausgleich für besondere Belastungen zu gewähren oder Auswärtige für einen erhöhten Aufwand in Anspruch zu nehmen (usw.), könne dies mit Art 3 Abs 1 GG vereinbar sein. Das Bad der Beklagten sei jedoch auf Überregionalität angelegt, solle Auswärtige ansprechen und gerade nicht kommunale Aufgaben im engeren Sinne erfüllen. Daher müssten auch Gemeindefremde gleichbehandelt werden und die gleichen Vergünstigungen erhalten.

Ein anderes Beispiel ungerechtfertigter Gleichbehandlung ist das Kindergeld für alle, eine teure populistische Massnahme, die gleichzeitig verhindert, dass die wirklich Bedürftigen angemessen unterstützt werden.

Unsinnig ist es, wenn eine angebliche *Diskriminierung* bei der *Stellenausschreibung* (wegen Fehlens des Femininums im Ausschreibungstext) nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) mit drei Monatsgehältern entschädigt wird. So hat das OLG Karlsruhe³⁹ einer Rechtsanwältin, die sich zum Schein erfolglos auf die ausgeschriebene Stelle eines «Geschäftsführers» beworben hatte, 13'000 EUR zugesprochen. Drei Monatsgehälter bekommt man selbst dann, wenn man auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht angestellt worden wäre. Die Diskriminierung muss also nicht kausal gewesen sein. Die Nichtanerkennung des generischen Maskulinums und die Ablehnung nur der Ordnung dienender grammatikalischer Kongruenzregeln sind albern, aber zur Zeit nicht zu ändern⁴⁰. Wer etwa in einem

³⁹ Urt 13. 9. 2011, 17 U 99/10.

⁴⁰ Mühsam ist, namentlich bei Wiederholungen in Gesetzestexten, die Anführung von Formen beiderlei Geschlechts wie Bewerber/Bewerberin, Mitarbeiter/Mitarbeiterin usw. Das monotone *filius/filii* der Zwölf Tafeln (451 vChr) wurde schon im klassi-

Inserat «Mitarbeiter für unser junges Team» sucht, hat schon zwei Diskriminierungen begangen, eine wegen des Geschlechts, die andere wegen des Alters.

Auch das *Diskriminierungsverbot* wegen des *Alters* ist nicht überzeugend. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Unternehmen nicht junge Berufseinsteiger oder umgekehrt Leute mit langer Berufserfahrung sollte suchen dürfen. Das Diskriminierungsverbot wird zu einer schwer erträglichen Bevormundung. Im Übrigen sind Altersgrenzen im Recht weithin notwendig und sinnvoll. Man ist weder diskriminiert, wenn man erst mit 14 (§§ 21 Abs 2, 569 ABGB), 16 (§ 2229 Abs 1 BGB) oder 18 Jahren (Art 467 ZGB) ein (notarielles) Testament und mit 18 wählen und den Führerschein machen darf, noch wenn man mit 65 oder 67 in Pension oder Rente geschickt wird.

Schliesslich ist der *Gleichheitsbegriff formal* und ändert nichts daran, dass Menschen in ganz unterschiedlichen ökonomischen und sozialen Verhältnissen leben, die das Recht nicht ausgleichen kann⁴¹. In de re publica⁴² lässt Cicero den Scipio ganz im Sinne der stoischen Lehre sagen, dass man die Vermögensgleichheit nicht herstellen wolle und die intellektuellen Fähigkeiten nicht die gleichen seien, aber die Rechte der Staatsbürger die gleichen sein müssten: *iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem civitate* – sicher muss für diejenigen, die Bürger desselben Staates sind, das gleiche Recht gelten. An dieser formalen Gleichberechtigung, die keine materiell gleichen Bedingungen gewährleisten kann, wird zu Recht Kritik geübt (unten § 8 II). Noch plumper waren Rechtfertigungsversuche wie die des «Sklassen von Natur» oder die Beherrschung der Frauen durch die Männer, die wir zB bei Aristoteles⁴³ finden.

Von den modernen deutschsprachigen Verfassungen ist die schweizerische die einzige, welche eine allgemeine **Chancengleichheit** als Verfassungsauftrag formuliert: Art 2 Abs 3 BV: «Sie [die schweizerische Eidgenossenschaft] sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und

schen Recht überwunden (Paul D 50, 16, 84: *fili* appellatione omnes liberos intellegimus). Die «Vorständin» hat es sogar schon in den Duden geschafft, «Mitgliederinnen» noch nicht, weil Mitglied Neutrum ist. Der Satz: «Alle Mitglieder des Vorstands sind Frauen», lässt sich präziser nicht formulieren. Den vorläufigen Gipfelpunkt markiert eine Satzung der Universität Leipzig, die den Titel «Professor» abgeschafft hat und «Professorin» auch für Männer vorschreibt, also «Herr Professorin». Die erwarteten Protestzuschriften sollen «sprachwissenschaftlich» untersucht werden. Inzwischen rudert man zurück: Das «generische Femininum» werde nur in der Grundordnung verwendet, nicht im Alltag.

⁴¹ Dazu und zum Folgenden *Jhering*, Geist des Römischen Rechts II (1921) 88 ff.

⁴² 1, 49.

⁴³ Politik 1254 f.

Bürgern.» Das bleibt freilich eine Illusion. In Wahrheit triftet die Gesellschaft immer weiter auseinander. Die Reichen werden immer reicher, die Armen ärmer. Aufgabe des Staates ist es für eine gewisse Umverteilung zu sorgen, so dass der soziale Friede erhalten bleibt (vgl oben).

2. *Naturrecht und Positivismus*

Wir haben gesehen (oben 1), dass eine *Definition des Rechts* auf den inhaltlichen *Aspekt der Gerechtigkeit* nicht verzichten kann. Bei der Frage, woher man die Massstäbe dafür nimmt, stösst man auf das **Naturrecht** (dazu auch § 10), dessen Existenz freilich immer wieder bestritten wird, weil es keine Legitimation habe und über seinen Inhalt keine Einigkeit bestehe.⁴⁴ Die sublimste Kritik stammt von *Kelsen*⁴⁵, der (vereinfacht und verkürzt) argumentiert hat, dass aus einem Sein kein Sollen folgen kann. Ungeachtet der prima facie einleuchtenden Trennung zwischen Sollen und Sein besteht der Irrtum *Kelsens* darin, dass er aus der richtigen Prämisse den falschen Schluss zieht, es gebe keine vorpositiven, apriori verbindlichen Werte und dass er daraus weiter schliesst, Gesetze könnten, wenn sie nur formal korrekt erlassen seien, jeden beliebigen Inhalt haben⁴⁶. *Immanuel Kant*⁴⁷ hat die Geltung eines allgemeinen Sittengesetzes in dem berühmten Satz formuliert: «Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: *der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir*».

Recht ist nicht Wissenschaft im strengen Sinne (unten II), sondern lediglich Wertungswissenschaft und Argumentationskunst. Der normative Charakter des Rechts bedeutet aber keineswegs, dass es nicht einen allgemeinen Konsens darüber gibt, was richtig ist und was falsch. Namentlich bei krassen Ungerechtigkeiten, um die es ja meist geht, lässt sich dieser Konsens fast immer feststellen. Es ist das **Rechtsgefühl**⁴⁸ des unverbildeten **Laien** und das **Judiz** des noch nicht von einer Déformation professionnelle verbogenen **Juristen**, das zu gerechten Entscheidungen führt. Moral und Ethik weisen in diesen Fällen den Weg.

⁴⁴ Statt Vieler, *Jan Schröder*, Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit? (2005) 12.

⁴⁵ *Reine Rechtslehre*² (1960) 201 u. öfter; ausführlich dazu unten § 1 II § 4 II u VII § 7 I.

⁴⁶ Vgl *Reine Rechtslehre*² 42, dazu § 10 bei Fn 44; ferner *Honsell* in FS Koppensteiner 593 ff.

⁴⁷ Akademieausgabe V 161.

⁴⁸ Dazu *Riezler*, *Das Rechtsgefühl*³ (1921/1969); *Bihler*, *Rechtsgefühl, System und Wertung* (1979).