1. Kapitel
Allgemeines

I. Gegenstand der Arbeit

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Haftung des Schiedsrichters, also die Frage, ob und inwieweit Schiedsrichter schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden können, wenn sie durch ein Fehlverhalten einen Schaden verursachen. Diese Frage soll für das österreichische Recht beantwortet werden.

Die Diskussion zur Schiedsrichterhaftung steht im Spannungsfeld dreier Pole, nämlich einerseits § 594 Abs 4 ZPO, andererseits dem Amtshaftungsgesetz und schließlich den allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung.

Den ersten Anknüpfungspunkt bietet § 594 Abs 4 ZPO[1]), der sich zu einem Teilaspekt der schiedsrichterlichen Haftung, nämlich zum Schadenersatzanspruch in den Fällen des Nichtspruchs und Verzugs ausdrücklich äußert: „Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien für allen durch seine schuldhafte Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden."

Die herrschende Lehre und die neuere Rechtsprechung sehen in § 594 Abs 4 ZPO die zentrale Norm der Schiedsrichterhaftung; die von ihnen bejahte weitgehende Beschränkung eines Schadenersatzanspruchs wird aus dieser Bestimmung abgeleitet. § 594 Abs 4 ZPO scheint zwar auf den ersten Blick einfach zu fassen, die Norm wirft allerdings mehr Fragen auf als sie beantwortet. Einen wichtigen Punkt der Untersuchung bildet die Suche nach der Bedeutung des § 594 Abs 4 ZPO und sein Verhältnis zu den allgemeinen Regeln des Schadenersatzes.

Schiedsrichter nehmen in ihrer Tätigkeit richterliche Aufgaben war. Es liegt daher nahe, die für die Haftung der staatlichen Richter maßgebenden Normen des Amtshaftungsgesetzes auch als Richtschnur für die Schiedsrichterhaftung heranzuziehen. Die Arbeit widmet sich daher der ausführlichen Analyse der einschlägigen Teile des Amtshaftungsgesetzes.

Zwischen den Schiedsrichtern und den Parteien des Schiedsverfahrens wird der Schiedsrichtervertrag geschlossen. Bei der Schiedsrichterhaftung handelt es sich daher um eine vertragliche Haftung aus dem Schiedsrichtervertrag. Es wird zu prüfen sein, inwieweit bei Verletzungen von Verpflichtungen aus diesem Vertrag ein Abgehen von den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prinzipien geboten ist, wonach für jeden rechtswidrig und schuldhaft verursachten Schaden eingestanden werden muss.

---

[1]) Die Regelung des § 594 Abs 4 ZPO fand sich vor dem SchiedsRÄG 2006 mit nur geringfügig anderem Wortlaut in § 584 Abs 2 aF ZPO.

Im Vordergrund der bisherigen Diskussion zur Schiedsrichterhaftung steht – auch wenn darauf nicht immer ausdrücklich hingewiesen wird – die schadenersatzrechtliche Haftung für die Spruchtätigkeit des Schiedsrichters. Untersucht werden soll in dieser Arbeit auch, ob hinsichtlich der Haftung des Schiedsrichters nach Tätigkeitsbereichen zu differenzieren ist. Es stellt sich also nicht nur die Frage nach einer eventuellen Haftungsprivilegierung des Schiedsrichters, sondern auch, auf welche Bereiche sich diese gegebenenfalls erstreckt.

Hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass sich die Arbeit nicht als Praxisleitfaden für Schiedsrichter zur Vermeidung von haftungsrelevantem Verhalten versteht. Es werden hier also nicht alle denkbaren Möglichkeiten abgehandelt, die für den Schiedsrichter die Gefahr bergen, einem Schadenersatzanspruch ausgesetzt zu werden; vielmehr soll die grundsätzliche Frage erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen der Schiedsrichter haftet und ob es einen Bereich einer haftungsrechtlichen Privilegierung gibt.

Die Arbeit ist nicht rechtsvergleichend ausgelegt. Die gesetzliche Grundlage für die Schiedsrichterhaftung ist in den unterschiedlichen Ländern ganz verschieden ausgestaltet, weshalb ein Rechtsvergleich für die Lösung nach österreichischem Recht wenig erfolgversprechend scheint. Eingegangen wird aber ausführlich auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre; sie haben auf die österreichische Diskussion erheblichen Einfluss und werden gerne zur Lösung der Schiedsrichterhaftung nach österreichischem Recht herangezogen. Wie im Weiteren gezeigt wird, unterscheidet sich die Rechtslage in Deutschland aber ganz wesentlich von jener in Österreich, weshalb deutsche Erkenntnisse nur sehr beschränkt für das österreichische Recht fruchtbar gemacht werden können. In der unreflektierten Übernahme deutscher Auffassungen liegt der Ursprung vieler Irrwege.

II. Methode und eigener Ansatz

A. Scheinbare Methodeneinigkeit und Darlegung des eigenen Ansatzes

Die Offenlegung des eigenen methodischen Ansatzes am Beginn einer Untersuchung ist in der Zivilrechtswissenschaft nicht mehr üblich. Die Zeit der großen und offen ausgetragenen Methodengegensätze ist vorbei. Es scheint Einigkeit zu herrschen über die Grundsätze des wissenschaftlichen Vorgehens, wie sie in den Standardwerken zur juristischen Methodenlehre von *F. Bydlinski*[2]),

[2]) *F. Bydlinski,* Methodenlehre[2] (hauptsächlich vor dem Hintergrund des österreichischen Rechts [es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch die juristische Methodenlehre durch die jeweils nationale Rechtsordnung geprägt ist (vgl die Ausführungen zur Rechtsvergleichung unten K); wegen der gemeinsamen Tradition und vielleicht auch wegen der Eigenschaft der Methodenlehre als juristische Metadisziplin ergibt sich hier allerdings eine über die inhaltlichen Ähnlichkeiten der Rechtssysteme hinausgehende, weitgehende Parallelität der österreichischen, deutschen und schweizerischen Methodenlehre (vgl *Kramer*, Methodenlehre[4] 44 f)]).

Larenz[3]) und *Kramer*[4]) – wenngleich durchaus mit unterschiedlicher Akzentuierung – dargelegt werden. Auf Methodenfragen angesprochen, scheint es fast zum guten Ton zu gehören, sich auf den *Ernst Rabel* zugeschriebenen Satz zu berufen, wonach ein guter Jurist Methode hat, aber nicht darüber spricht[5]).

In der theoretischen Praxis – gemeint sind damit Arbeiten von Theoretikern, die sich nicht mit Fragen der Methodenlehre befassen, sondern der Lösung konkreter Probleme gewidmet sind – spürt man allerdings – ebenso wie in der Rechtsprechung – recht wenig von wohl geordneter Einigkeit und Prinzipientreue. Hier scheint gerade in jüngster Zeit vielmehr lediglich das Prinzip „anything goes" zu herrschen. Bisweilen hat man das Gefühl, dass gar nicht erst versucht wird, mit den anerkannten Mitteln der Methodenlehre ein Ergebnis zu erzielen, sondern, dass das – aus welchen Gründen auch immer – erwünschte (vielleicht sogar richtige) Auslegungsergebnis lediglich *ex post* legitimiert werden soll. Dabei wird mit den Argumenten oft nicht zimperlich umgegangen: Jede halbwegs brauchbar erscheinende Rechtfertigung wird in die Waagschale geworfen, um die vertretene Meinung abzusichern. Nicht nur fungieren die anerkannten Prinzipien der Methodenlehre als Selbstbedienungsladen, in dem man sich nimmt, was gerade brauchbar erscheint, teilweise werden auch phantasievolle Argumente gebracht, die man in den Standardwerken zur Methodenlehre vergeblich sucht und über deren Zulässigkeit nicht weiter reflektiert wird. Es herrscht das Motto: Überzeugen diese Argumente nicht, so schaden sie auch nicht, man hat ja auch genügend andere Gründe für die Richtigkeit der eigenen Auffassung vorgebracht.

Das eben beschriebene Phänomen ist im gegenwärtigen zivilrechtlichen Diskurs allgemein verbreitet, ganz besonders aber lässt es sich gerade in der Diskussion um die Haftung des Schiedsrichters beobachten. Es scheint die grundsätzliche Überzeugung zu herrschen, die Schiedsrichterhaftung sollte möglichst beschränkt ausgestaltet sein, wobei jedes Argument, das für diese Auffassung irgendwie fruchtbar gemacht werden kann, willkommen ist.

Vor diesem Hintergrund scheint es mir angebracht, meinen wissenschaftlichen Ansatz am Beginn dieser Arbeit darzulegen. Die kurze Reflexion über die eigene Vorgehensweise ist dabei nicht Selbstzweck; sie bezieht sich auf die vorliegende Arbeit und soll dem Leser das meinen Ausführungen zugrundeliegende Verständnis von der Methode der Rechtswissenschaft offenlegen. Der eigene methodische Standpunkt mag nicht von jedem Leser geteilt werden; der Leser soll aber erfahren, woran er bei dem Autor und seiner Arbeit ist. Der im Weiteren eingeschlagene Weg und die gewonnen Ergebnisse hängen ganz wesentlich vom methodischen Standpunkt ab.

---

[3]) *Larenz,* Methodenlehre[6] (hauptsächlich vor dem Hintergrund des deutschen Rechts). Siehe auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3].

[4]) *Kramer,* Methodenlehre[4] (hauptsächlich vor dem Hintergrund des schweizerischen Rechts).

[5]) Zitiert nach *Fikentscher,* Methode des Rechts I 10. Der schöne Satz hat nur einen Haken: Wer nie über Methodenlehre spricht, beschäftigt sich meist auch nicht mit ihr, was wiederum dazu führt, dass er sie auch nicht beherrscht.

Der Autor dieser Arbeit fühlt sich einem strengen methodischen Ansatz der Wertungsjurisprudenz verpflichtet. Im Folgenden soll hier allerdings kein umfassendes juristisches Glaubensbekenntnis abgelegt werden (auch werden die angesprochenen Fragen nicht umfassend dargestellt und untersucht); vielmehr werden nur einzelne Punkte angesprochen, bei denen es mir im Hinblick auf das zu untersuchende Problem angemessen erscheint, meinen Standpunkt kurz zu umreißen. Wer ein derartiges Vorgehen für unangebracht hält, möge die nächsten Seiten einfach überblättern.

B. Historische Interpretation und die Gefahr des Materialienkults

In der österreichischen Lehre und Rechtsprechung lässt sich in den letzten Jahren eine – meines Erachtens – übermäßige Betonung der historischen Auslegung feststellen. Diese Tendenz ist nicht von einer methodischen Diskussion über Bedeutung und Grenzen der historischen Interpretation begleitet. Es ist vielmehr festzustellen, dass bei der Frage nach der richtigen Auslegung des Gesetzes die endgültige Lösung unreflektiert in den Materialien gesucht wird, wobei oft so vorgegangen wird, als wären die Materialien selbst Gesetz. Die Auslegung der Gesetze verkommt dabei vielfach zur Exegese der Erläuternden Bemerkungen. Es scheint nicht übertrieben, von einem regelrechten Materialienkult zu sprechen[6]).

Der Befund ist nicht zuletzt deshalb erstaunlich, weil die Bedeutung der historischen Interpretation und ihr Verhältnis zur teleologischen Auslegung im 19. und 20. Jahrhundert Gegenstand einer breiten und lang anhaltenden Diskussion war[7]). Durchgesetzt hat sich – trotz unterschiedlicher Nuancierung – der Vorrang der (systematisch-)teleologischen Interpretation: Der historische Wille des Gesetzgebers ist als wesentlicher Aspekt bei der Auslegung zu berücksichtigen, hat allerdings im Kollisionsfall objektiv-teleologischen Kriterien zu weichen[8]). Prägnant bringt *Canaris* die Herrschaft der systematisch-teleologischen Sichtweise auf den Punkt[9]): „Diese (Anmerkung: die Gesetzesmaterialien) sind anerkanntermaßen nur eines unter mehreren Auslegungsmitteln und müssen demgemäß zurücktreten, wenn (…) gravierende objektiv-teleologische und systematische Gesichtspunkte für die Gegenansicht sprechen und diese mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist. Keinesfalls kann es angehen,

---

6) In Übersteigerung der Überbetonung der Materialien wird etwa sogar vertreten, dass auch aus dem Nichttätigwerden des Gesetzgebers eine gesetzgeberische Billigung einer bestehenden Rechtsprechung liegen kann. Dazu im Kontext des SchiedsRÄG 2006 unten Kap 3, III, A, 4, b.

7) Siehe dazu etwa ausführlich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre[3] 137 ff; *Kramer*, Methodenlehre[4] 121 ff.

8) Siehe dazu etwa *F. Bydlinski* in *Rummel*[3] § 6 Rz 25.

9) *Canaris*, Handelsrecht[24] § 5 Rz 52.

Torheiten der Ministerialbürokratie auf dem Umweg über die Gesetzesbegründung zum geltenden Recht zu erheben." Die Herrschaft der objektiv-teleologischen Betrachtung besteht (prinzipiell) nicht nur in der Lehre, diese Sichtweise wird auch von der Rechtsprechung in grundsätzlichen Äußerungen geteilt[10]).

Obwohl der Streit, ob der historischen oder der teleologischen Interpretation im Konfliktfall der Vorrang zukommen soll, im methodischen Diskurs schon seit langem (weitgehend) zugunsten der teleologischen Sichtweise entschieden ist, erlebt die Herrschaft der historischen Auslegung in Rechtsprechung und Lehre eine unreflektierte Renaissance. Dieser Tendenz sei entschieden entgegen getreten, ohne dass dabei die grundsätzliche Berechtigung (und Notwendigkeit) der historischen Interpretation in Frage gestellt werden soll.

Zunächst sei auf die verkürzte Sichtweise hingewiesen, die in den Materialien die Gedanken des „Gesetzgebers" bei oder vor der Gesetzgebung zu erkennen glaubt. Der Gesetzgeber ist als Person eine bloße Fiktion[11]): Der Gesetzgeber ist in Österreich das Parlament, also keine reale Person und hat daher auch keine Gedanken. Die Mitglieder des Parlaments gehen wiederum nicht nur bei der Gesetzwerdung wohl den unterschiedlichsten Gedanken nach, sie haben auch meist keine genaue Vorstellung von den Detailproblemen, mit denen sich Rechtswissenschaft und Rechtsprechung täglich auseinandersetzen[12]). Die Materialien, die im zivilrechtlichen Diskurs zumeist bemüht werden, kommen auch gar nicht von den Parlamentariern, sondern von Ministerialbeamten, aus deren Feder auch das Gesetz stammt. In ihnen kommen die Gedanken der Gesetzes**verfasser**, nicht des Gesetz**gebers** zum Ausdruck[13]). In diesem Umstand liegt meines Erachtens der Schlüssel zum richtigen Verständnis der historischen Interpretation[14]).

---

10) Siehe etwa jüngst mit Verweisen auf ältere Rechtsprechung OGH 7 Ob 24/08 t: „Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien sind für die Auslegung nur dann maßgeblich, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes zweifelhaft ist (4 Ob 361/86 = JBl 1987, 647; 4 Ob 50/00 g = SZ 73/46; 7 Ob 189/05 b; RIS-Justiz RS 0008800); ansonsten ist ein kundgemachtes Gesetz aus sich selbst auszulegen (RIS-Justiz RS 0008806); eine historische Auslegung im Sinn der Feststellung des Willens des historischen Gesetzgebers anhand der Materialien bedarf besonderer Vorsicht, weil diese nicht Gesetz geworden sind und mit dem wahren Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmen müssen (RIS-Justiz RS 0008776; RS 0008799). Die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen steht insoweit über der Meinung der (Gesetzes-)Redaktoren (4 Ob 50/00 g)."

11) „Eine bloß gedachte Person" (*Ehrenzweig*, System I/1[2] 78).

12) Vgl etwa *Larenz*, Methodenlehre[6] 329.

13) Vgl *Larenz*, Methodenlehre[6] 329. Bei der Auffassung, wonach die in den Erläuterungen einer Regierungsvorlage geäußerten Gedanken von den Parlamentariern übernommen werden, handelt es sich um eine bloße Fiktion (etwa *Öhlinger*, Verfassungsrecht[10] Rz 21). Diese Auffassung vertretend aber etwa jüngst *Höpfner/Rüthers,* AcP 209, 13 f.

14) Vgl *Scheys* (Entschädigungsklagen 29) Ausführungen zu *Zeiller* und dessen Kommentar: „… auch der Kommentar Zeillers, den die gegnerische Lehre gerne als

Dem Materialienkult scheint die fehlende Unterscheidung zwischen Gesetzgeber und Gesetzesverfasser zugrunde zu liegen[15]). Die Erwägungen und Gedanken der Verfasser eines Gesetzes sind eine wesentliche Stütze bei der Ermittlung der Bedeutung einer Norm; die sorgfältige Beschäftigung mit ihnen ist daher unumgänglich. Sie liefern allerdings nicht das endgültige Ergebnis; sie sind nicht selbst Gesetz, sondern weisen lediglich in eine Richtung, deren Richtigkeit der weiteren Überprüfung bedarf. *Pfaff* und *Hofmann*, die sich in ihrem Kommentar als erste ausführlich mit den Materialien zum ABGB beschäftigten und damit als die Begründer der historischen Interpretation in der österreichischen Zivilrechtswissenschaft gelten, schreiben prägnant[16]): „Endlich ist es ein Irrthum zu glauben, die Urheber eines Gesetzbuches hätten die sicherste Kenntniß von seinem Inhalt."[17]) Das Ziel der Interpretation ist eine widerspruchsfreie Deutung der Norm in ihrem gesamten Kontext; dabei können die Materialien Hilfeleistung bieten, dies muss aber nicht zwangsläufig der Fall sein. Keinesfalls dürfen die Materialien leichtfertig übergangen werden; ein Ergebnis, das den Materialien widerspricht, bedarf jedenfalls der sorgfältigen Begründung. Oft offenbart die Entstehungsgeschichte einer Norm ganz entscheidende Aufschlüsse über ihren Zweck; diese Aufschlüsse müssen aber der teleologischen Kontrolle unterworfen werden[18]). Richtig verstanden, ist die historische Interpretation also nicht die **Rechtfertigung** des Ergebnisses, sondern kann lediglich dabei helfen, das richtige Ergebnis zu **finden**, das dann wiederum systematisch-teleologische begründet werden muss. Sie kann also die Ideen zur richtigen Deutung liefern, diese Ideen müssen allerdings der Überprüfung standhalten. Mit *Ehrenzweig*[19]) möchte ich zusammenfassend sagen: „Die zweckmäßige (teleologische) Methode ist die herrschende, die geschichtliche steht in ihrem Dienste."

Kronzeugen anführt, nur als – wichtige, aber doch bestreitbare – Äußerung des Gelehrten *Zeiller* in Betracht kommen kann, nicht aber als authentische Erledigung des Zweifels durch den ‚*Gesetzgeber*'."

15) Wie bereits erwähnt, ist die Vorstellung eines Gesetzgebers als reale Person eine Fiktion. Diese Fiktion ist allerdings bei der Gesetzesauslegung (im weiteren Sinn) durchaus sinnvoll. Die Vorstellung, die gesamte Rechtsordnung stamme von *einem* – nicht schizophrenen – Menschen, veranschaulicht als Bild meines Erachtens sehr gut den systematisch-teleologischen Ansatz. Diese fiktive Person äußert sich allerdings lediglich in den geltenden Gesetzen.

16) *Pfaff/Hofmann*, Commentar I X.

17) Vgl auch *Radbruch* (Rechtsphilosophie[8] 207): „Der Ausleger kann das Gesetz besser verstehen als es seine Schöpfer verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muss sogar klüger sein als seine Verfasser." Dies gilt selbst für einen vortrefflichen Legisten wie *Zeiller*, auf den sich die Ausführungen *Pfaffs* und *Hofmanns* beziehen. Siehe auch *Schey* (Entschädigungsklagen 29), der ein dem berühmten Satz *Radbruchs* fast wortgleiches Zitat bemüht.

18) Siehe etwa *Larenz*, Methodenlehre[6] 329 und 344; *Kramer*, Methodenlehre[4] 181.

19) *Ehrenzweig,* System[2] 77.

C. Bedeutungswandel einer Norm

Gerne vermengt mit dem grundsätzlichen Problem des Verhältnisses der historischen und der teleologischen Auslegung wird das Phänomen des Bedeutungswandels einer Norm. Die von den Materialien nahegelegte Sichtweise einer Norm kann schon ab der ersten Sekunde ihrer Geltung in die Irre führen. Beim Bedeutungswandel ändert sich hingegen der Inhalt einer Norm; und dies ohne dass die Norm selbst verändert wird. Als Folge dieses Vorgangs können freilich Materialien, die ursprünglich dem Inhalt der Norm entsprochen haben, obsolet werden. Dies führt dazu, dass die Materialien alter Gesetze besonders oft einen falschen Eindruck vom Inhalt der Norm geben und daher in noch größerem Umfang der Überprüfung bedürfen[20]). Wie gesagt betrifft dieses Phänomen aber nicht das Problem der grundsätzlichen Möglichkeit der Diskrepanz der historischen und der teleologischen Auslegung, sondern ist lediglich die logische Folge des Bedeutungswandels. Auch bei neuen Gesetzen müssen die Materialien nicht zwangsläufig ihren Inhalt widerspiegeln[21]).

Das Phänomen des Bedeutungswandels – also der Veränderung des Inhalts einer Norm, ohne dass deren Wortlaut verändert wird – wirkt auf den ersten Blick erstaunlich, ist allerdings nur Konsequenz der systematisch(-teleologischen) Betrachtung. Die Bedeutung einer Norm ergibt sich ganz wesentlich auch aus ihrem Kontext[22]): Eine Norm entfaltet ihren vollen Sinngehalt erst im Wechselspiel gegenseitiger Beschränkung und Ergänzung mit anderen Normen[23]). Ändert sich der Kontext, kann sich auch die unverändert gelassene Norm ändern[24]). Besonders deutlich wird dies bei der Auslegung von Generalklauseln. Hingewiesen sei an dieser Stelle allerdings darauf, dass die Berufung auf veränderte gesellschaftliche Wertvorstellungen nicht die Änderung der Auslegung einer Norm rechtfertigen kann. Diese veränderten Wertvorstellungen müssen sich über den Gesetzgebungsprozess in der Rechtsordnung selbst manifestieren, um im Rahmen der Interpretation Bedeutung zu erlangen[25]).

---

[20]) Andererseits finden sich gerade hier häufig wieder in Vergessenheit geratene Erwägungen, deren Auffindung oft besonders lohnend ist.

[21]) Siehe oben B.

[22]) Prägnant formuliert dies *Stammler* (Theorie 24 f), nach dem derjenige, der einen einzelnen Paragraphen eines Gesetzes anwendet, damit letztlich die gesamte Rechtsordnung anwendet. Ähnlich schon *Celsus* (D 1, 3, 24): *„Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.“* (Es ist unjuristisch, ohne das Gesetz als Ganzes zu betrachten, nach irgendeinem Teil desselben zu urteilen oder ein Gutachten zu erstellen).

[23]) Siehe dazu etwa *Canaris*, Systemdenken^2 55.

[24]) Man spricht in diesem Zusammenhang von der „Fernwirkung“ jüngerer Gesetzgebung (vgl etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre^2 581 f).

[25]) Übersehen wird hier nicht, dass geänderte gesellschaftliche Wertvorstellungen de facto die Auslegung des Rechts beeinflussen. Die Berufung auf die Veränderung der

D. Historische Dimension

Unter historischer Auslegung versteht man allgemein die Interpretation einer Norm im Lichte der bei ihrer Entstehung angefallenen Materialien[26]). Die Bedeutung der geschichtlichen Dimension des Zivilrechts beschränkt sich allerdings keinesfalls auf diesen Bereich. Für das Verständnis des geltenden Rechts spielt nicht nur die konkrete Entstehungsgeschichte eines bestimmten Gesetzes eine Rolle, sondern weit darüber hinausgehend auch die gesamte rechtsgeschichtliche Entwicklung[27]). *Windscheid*[28]) bringt dies wie folgt auf den Punkt: „Denn es ist eine der Wirklichkeit nicht entsprechende Auffassung, ein gegebenes Recht bloß anzusehen als etwas, was ist; es ist ein Gewordenes." Das geltende Recht ist der (vorläufige) Endpunkt einer Entwicklung; diese Entwicklung bildet den für die Erkenntnis des geltenden Rechts notwendigen Kontext.

Anders als die historische Auslegung, die heute oft bis zum Exzess des Materialienkults betrieben wird, führt die sonstige historische Betrachtung in der österreichischen Zivilrechtswissenschaft meines Erachtens ein Schattendasein.

Besonders liegt mir daran zu betonen, dass die Beschäftigung mit der Vergangenheit – wie man oft zu hören bekommt – nicht rein rückwärts gewandt und fortschrittsfeindlich ist[29]). Das Gegenteil ist der Fall: Nicht nur geht in einer auf den Augenblick beschränkten Sichtweise Erfahrungswissen verloren, das dann erst mühsam wieder erarbeitet werden muss, im modernen Kontext können Gedanken der Vergangenheit auch eine völlig neue Bedeutung entwickeln. Oft eröffnet der Blick in die Geschichte neue Perspektiven. Außerdem lehrt der historische Blick Beweglichkeit des Geistes. Er führt vor Augen, dass die gerade herrschende Sichtweise nicht der Weisheit letzter Schluss, sondern nur eine Momentaufnahme in einer Entwicklung ist, die seit Jahrhunderten vor sich geht. Es gibt eine Zeit vorher, es wird eine Zeit danach geben und die Erkenntnisse der Gegenwart sind nicht absolut. Die Beschränkung auf die Gegenwart hingegen gleicht dem Standbild eines fliegenden Fußballs: Wer die Flugrichtung kennen möchte, muss wissen, woher der Ball kommt[30]). Der jeweilige Zeitgeist hat hingegen immer etwas Gestriges; er ist die Ideologie von Arrièregardisten, die sich für fortschrittlich halten. Wenn sich eine Idee schon

---

gesellschaftlichen Wertvorstellungen ist allerdings kein methodisch zulässiger Weg. Aufgeschlossener gegenüber außerrechtlichen Wertungen („das Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden") etwa *F. Bydlinski* (Methodenlehre[2] 583 f), der diese hilfsweise anerkennen will.

[26]) Zu ihrer Bedeutung und der Gefahr der Überbewertung siehe B.

[27]) *Müller/Christensen* (Juristische Methodik I Rz 360) unterscheiden terminologisch zwischen „genetischer Auslegung" (an Hand von Materialien) und „historischer Auslegung" (unter Bedachtnahme nicht mehr in Geltung stehender Normtraditionen).

[28]) In *Oertmann* 107.

[29]) Dazu und zum Folgenden *Leitner*, Leguleius 61.

[30]) Mit dieser Metapher soll allerdings keinesfalls gesagt werden, dass zukünftige Entwicklungen durch die Vergangenheit determiniert sind.

in breiteren Schichten durchgesetzt hat, ist nämlich in Wirklichkeit schon die nächste, den herrschenden Mainstream in Frage stellende Idee aktuell.

Über konkrete Einzelfragen hinaus kommt der historischen Betrachtung besondere Bedeutung bei der Reflexion über den methodischen Zugang zu. Die Erkenntnisse sowie die Irrwege der Vergangenheit spielen eine ganz wesentliche Rolle für die Methodik der Gegenwart. Dabei gilt es, aus Fehlern zu lernen und von deren Korrektur zu profitieren. Der bereits kritisierte gegenwärtige Materialienkult bestünde nicht, wäre die im 19. und 20. Jahrhundert ausführlich geführte Diskussion des Verhältnisses der subjektiven und der objektiven Theorie nicht aus dem Blickfeld geraten; die Begrenzung der ökonomischen Analyse durch die *lex lata* läge offen, wenn der Disput zwischen Interessen- und Wertungsjurisprudenz auf der einen und der Freirechtsschule auf der anderen Seite im Gedächtnis wäre. Dabei soll keineswegs propagiert werden, dass man an die Argumente der Vergangenheit gebunden ist; man sollte sie aber kennen und das Niveau der damaligen Diskussion nicht unterschreiten. Die gemachten Erfahrungen bewahren wenigstens vor einigen Irrwegen.

Die Geschichte des Zivilrechts präsentiert sich auch als Abfolge von durch den jeweiligen Zeitgeist geprägten Moden, die meist zur Überbetonung eines (oft durchaus Erkenntnis fördernden) Aspekts führten und deren Übertreibungen dann von der nächsten Strömung korrigiert wurden, bevor sich diese neue Mode wiederum der Übertreibung ihrer Erkenntnis hingab. Der Fortschritt der Zivilrechtswissenschaft stellt sich auch als an eine Pendelbewegung erinnernde Abfolge einander ablösenden Übertreibungen dar[31]). Wir leben also in einer Zeit der Übertreibung – ebenso wie auch die Juristen der Vergangenheit.

Die daraus zu ziehende Lehre ist eine zugleich wohlwollend-interessierte als auch kritisch-distanzierte Haltung zu neuen Strömungen in der Jurisprudenz. Weder sollte man vor einem möglichen Erkenntnisgewinn die Augen verschließen noch einer neuen Modeströmung unkritisch Gefolgschaft schwören. Man hüte sich vor Extremen und dem Glauben an eine allein glückselig machende Theorie[32]).

Abschließend sei betont, dass die geschichtliche Betrachtung nicht Selbstzweck ist[33]). Sie liefert – wie oben[34]) zum Teilaspekt der Auslegung anhand der Materialien betont – im Übrigen auch keine Rechtfertigung eines bestimmten Ergebnisses, sondern kann lediglich dabei helfen, das richtige Ergebnis zu finden, das dann wiederum systematisch-teleologische begründet werden muss. Auch zur dienenden Funktion der geschichtlichen Betrachtung sei auf einen prägnanten Ausspruch *Windscheids*[35]) verwiesen: „Für die spezifischen Zwecke der Rechts-

---

[31]) Vgl *Windscheid* (in *Oertmann* 45): „Es ist dem menschlichen Geiste nicht beschieden, geraden Schrittes zur Wahrheit zu wandeln; jede neuauftretende Idee ist mit einer Einseitigkeit behaftet, die erst langsam abgestreift wird."

[32]) Siehe zu den neueren Strömungen unten G.

[33]) Wie übrigens auch die Rechtsvergleichung (siehe dazu unten K).

[34]) B.

[35]) In *Oertmann* 109.

wissenschaft hat die Rechtsgeschichte Wert nur insofern, als sie etwas beiträgt zur Erkenntnis des anzuwendenden Rechts. Dies zu betonen, haben gerade diejenigen die dringendste Veranlassung, welche am meisten davon überzeugt sind, daß die volle Erkenntnis des anzuwendenden Rechts in zahlreichen Fällen ohne Zurückgehen auf seine geschichtliche Entwicklung nicht möglich ist. Denn alle Übertreibung rächt sich, und der Jurist, dem gesagt wird, daß ihm die Rechtsgeschichte um ihrer selbst nötig sei, gelangt leicht dazu, sie ganz wegzuwerfen. Wir sind keine Gelehrten und wollen keine sein; aber die Gelehrsamkeit ist uns nötig zu unseren Zwecken, und in diesem Sinne suchen wir sie uns anzueignen."

E. Dienende Funktion der Dogmatik

Nach der Überwindung der begriffsjuristischen Methode, die im 19. Jahrhundert den zivilrechtlichen Diskurs beherrschte, ist dieser Ansatz in der jüngeren Methodenlehre nicht mehr en vogue; die Zweckorientiertheit des juristischen Denkens erscheint heute als eine Selbstverständlichkeit. Trotzdem halte ich es für angebracht, an dieser Stelle ein paar Worte zur dienenden Stellung der Dogmatik zu verlieren.

Zunächst sei bemerkt, dass der Jurist zuerst einmal immer auch Begriffsjurist sein muss; die präzise Beherrschung von System und Begrifflichkeit ist die Basis der seriösen juristischen Arbeit[36]). Die heute herrschende Wertungsjurisprudenz betont allerdings, dass das System nicht Selbstzweck ist und sich inhaltliche Probleme nicht allein über Konstruktion und Begrifflichkeit lösen lassen. Die entscheidenden juristischen Denkakte vollziehen sich außerhalb der formalen Logik: Es kommt darauf an, die gesetzgeberischen Wertungen nachzuvollziehen und diese zu Ende zu denken[37]). Dieser Gedanke dominiert die herrschende Sichtweise der Methodenlehre heute derart, dass sie sich selbst als Wertungsjurisprudenz bezeichnet.

Trotz der grundsätzlichen einhelligen Ablehnung der Begriffsjurisprudenz findet man die Überbetonung von Logik, Begrifflichkeit und formalem System nicht lediglich im Deutschland des 19. Jahrhunderts[38]); die Begriffsjurisprudenz bleibt – wenngleich weniger reflektiert als zu *Puchtas* Zeiten – die „ständige Versuchung auch des modernen Juristen"[39]). Der Grund dafür liegt laut *Kramer*[40]) einerseits darin, dass die begriffsjuristische Argumentation dem denk- und begründungsfaulen Juristen die oft mühsame wertende Begründung erspart, und andererseits in der Möglichkeit, die eigenen Absichten hinter angeblichen begrifflich logischen Notwendigkeiten zu verstecken. Eine wesentliche Rolle spielt darüber hinaus aber auch die Faszination, die die Vorstellung ausübt, das

36) Vgl etwa *F. Bydlinski* in FS Hausmaninger 69.
37) *Canaris*, Systemdenken[2] 22 f.
38) Dazu und zum Folgenden siehe *Leitner*, Vorwort zu *Jhering*, Scherz und Ernst d.
39) *Kramer*, Methodenlehre[4] 168 f.
40) Methodenlehre[3] 161.