

DIE BEDEUTUNG DES PRÄZEDENZFALLES FÜR DIE JURISTISCHE BEWEISFÜHRUNG UND DIE THEORIE DES RECHTSSTAATES

von
OTTO BONDY
Sydney

I

Im Juli 1969 hat Julius Stone in einem, im November 1969 in der Columbia Law Review publizierten der Australian Society for Legal Philosophy zur Diskussion vorgelegtem Artikel neuerdings die interessante Frage aufgeworfen, ob und inwieweit das englische Oberhaus in seiner Eigenschaft als höchste gerichtliche Instanz, an seine eigenen richterlichen Vorentscheidungen gebunden ist¹. Derselben Sitzung dieser Gesellschaft wurde ein Artikel von Ilmar Tammelo² zur Diskussion vorgelegt, in welchem die Frage aufgeworfen wird, inwieweit mit den Hilfsmitteln der modernen Logik, insbesondere durch die von ihr eingeführte algorithistische Symbolik, die Frage der Bindung des englischen Oberhauses an seine eigenen

1 1966 And All That: Loosing The Chains of Precedent. ASLP/IVR/46 vom 22. Juli 1969 und Columbia Law Review, Vol. 69, 1.162-1.202 (November 1969), im folgenden "1966" zitiert.

2 Non Solum Sub Lege - Enimvero Sub Homine, ASLP/IVR/46a. Eine deutsche Fassung dieses Artikels ist in dem im Erscheinen begriffenen Buch: Rechtslogik und Materielle Gerechtigkeit, § 8 und 17 enthalten.

hochstrichterlichen Entscheidungen einer Lösung näher gebracht werden kann.

Die Bedeutung der von Stone und Tammelo formulierten Problemstellung scheint jedoch über den Rahmen, den sie sich in ihren Arbeiten gesteckt haben, nicht unerheblich hinauszugehen. Die Aufgabe, die sich Stone gesetzt hat, scheint zu sein, der englischen juristischen Praxis unter Anführung der einschlägigen englischen Literatur und eines grossen Materials an einschlägigerhöchstrichterlicher Judikatur Richtlinien an die Hand zu geben, um zu beurteilen, welche Erwartungen an künftige höchstrichterliche Entscheidungen gestellt werden können. Man wird hier an die so oft zitierte Rechtsdefinition von Oliver Wendell Holmes erinnert: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law"³. Für den Anwalt, der seinen Klienten darüber zu beraten hat, ob es zweckmässig ist, an das Gericht höchster Instanz zu appellieren sind diese "Voraussagungen", auf die Holmes verweist, von ausschlaggebender Bedeutung. Die Frage entsteht hier, ob diese "Voraussagungen", tatsächlich juristisch ein relevantes rechtstheoretisches Problem darstellen. Stone wirft nämlich in diesem Zusammenhang die interessante Frage auf, ob, woferne man eine solche Bindung des Höchstgerichtes an seine eigenen Vorentscheidungen annimmt, Feststellungen juristischer Natur in was immer für Zusammenhang sie gemacht wurden, relevant sind, oder ob diese Feststellungen nur dann relevant sind, wenn sie in die Begründung höchstgerichtlicher Entscheidungen aufgenommen wurden⁴. Wenn es nämlich im Sinne von der Rechtsdefinition von Holmes nur darauf ankommt, voraussagen zu können, wie die einzelnen Mitglieder des Höchstgerichtes, von denen es bekannt ist, dass sie einen gegebenen Fall zu entscheiden haben werden, diese Entscheidung treffen werden, dann ist eine jede einschlägige Äusserung eines Mitgliedes des Höchstgerichtes von Belang, egal in welchem Zusammenhang sie gemacht wurde. Der wichtigste Anwendungsfall wäre hier ein von einem Mitglied des Höchstgerichtes publizierter Artikel, der die für einen gege-

3) Oliver Wendell Holmes, *Collected Legal Papers*, New York 1921, *The Path of the Law*, S. 173, ursprünglich veröffentlicht in *Harvard Law Review*, Vol. 10, S. 457 ff., 1897.

4 Stone "1966" SS. 1.162 ff.

benen Fall relevante Rechtsfrage behandelt. Ob die Rechtsauffassung eines Mitgliedes eines Höchstgerichtes durch einen Artikel in einer juristischen Zeitschrift, durch ein in der Presse veröffentlichtes Interview oder durch eine Mitteilung bei einer Diskussion in einer juristischen Gesellschaft oder im Wege einer formlosen Unterhaltung bei einer Kartenpartie bekannt wird, macht für diesen Zweck, nämlich einer einigermassen korrekten Voraussage einer künftigen höchstrichterlichen Entscheidung gewiss keinen Unterschied. Auch ein "obiter dictum" kann in diesem Sinne relevant werden⁵.

Stone hat die gestellte Frage im Zusammenhang mit der im englischen Common Law vorliegenden juristischen Situation zu lösen gesucht; Tammelo hat für seinen Lösungsversuch sich der Hilfsmittel moderner Logik bedient. Die vorliegende Studie bemüht sich, dem Problem des Präzedenzfalles von einem neuen Gesichtspunkte näher zu kommen, es als ein Teilproblem des allgemeinen Problems der Rechtsgeltung - geltendes, giltiges Recht - zu erfassen. Die Fragen, die sich Stone und Tammelo gestellt haben, wie es rechtshistorisch oder rechtslegisch begründet werden kann, dass das Höchstgericht an seine eigenen Vorentscheidungen rechtlich gebunden oder nicht gebunden ist, werden sodann im Zusammenhang mit dem Rechtsgeltungsproblem geprüft. Daraus soll sich ein Beweis für die hier vorgetragene Rechtsgeltungstheorie ergeben, nämlich in dem Sinne, dass die hier vorgetragene Rechtsgeltungstheorie mit der in der Praxis gegebenen Sachlage vereinbar und logisch widerspruchsfrei ist.

II

Wenn wir zunächst von der Frage ausgehen, in welcher Weise die juristische Praxis von der hier gestellten Frage berührt wird, so ist es von massgebender Bedeutung darauf hinzuweisen, dass dasselbe praktische Problem, ob und inwieweit das Höchstgericht an die in seinen eigenen Vorentscheidungen zum Ausdruck gebrachten

⁵ Unter "obiter dictum" bezeichnet man in der englischen Rechtswissenschaft einen Passus in der Urteilsbegründung eines Richters, der die Rechtsauffassungen dieses Richters in allgemeiner Form wiedergibt, wenn diese Rechtsauffassung auf den zur Entscheidung vorliegenden Fall nicht unmittelbare Anwendung finden kann.

Rechtsauffassungen gebunden ist, nach österreichischem Recht aufgeworfen wurde, wo die juristische Situation genau entgegengesetzt der ist, wie sie sich nach englischem Common Law darstellt. Während dem englischen Juristen nach Common Law nur Vorentscheidungen (*precedents*) als Rechtsmaterial vorliegen und er sich zu entscheiden hat, ob das im London Tramways Case⁶ ausgesprochenen Prinzip der Bindung des Englischen Oberhauses als Höchstgericht an seine eigenen Vorentscheidungen als gültig akzeptiert wird, oder ob er annimmt, dass auf Grund der Äusserung des Lord Chancellors von 1966⁷ das entgegengesetzt Prinzip gilt, ist der österreichische Jurist vor demselben Dilemma gestanden, jedoch aus genau entgegengesetzten Gründen. Die Problemlösung, die nach österreichischem Recht gefunden wurde, ist nicht nur von aussergewöhnlichem rechtsvergleichenem Interesse, weil sich die gerichtliche Praxis in der gleichen Weise in allen Ländern des europäischen Kontinents ähnlich entwickelt hat, deren Rechtssystem vornehmlich auf kodifiziertem Recht beruht.

Das am 1. Juni 1811 kundgemachte und seit 1. Januar 1812 in Geltung stehende Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs verfügt in §12 u.a., dass richterlichen Urteilen nicht die Kraft von Gesetzen zukommen und auf keine anderen Fälle und keine anderen Personen ausgedehnt werden können. Untergerichte werden daher unter gar keinen Umständen als an die Rechtsauffassung der Höchstgerichte gebunden angesehen, es sei denn, dass das Höchstgericht einen Fall mit bestimmten Weisungen, die prozessrechtlich gerechtfertigt sind, an ein Gericht untergeordneter Instanz zurückverweist. Es wurde jedoch bald klar, dass die Bestimmung des § 12 ABGB der Entwicklung einer einheitlichen Judikatur der für einen Rechtsstaat unbedingt notwendigen Rechtssicherheit im Wege steht. Der Präsident des Obersten Gerichtshofes hat daher am 7. August 1872 eine von der Regierung genehmigte Verfügung erlassen - man wird hier an die "Judge's Rules" oder "Rules of Practice" des englischen Common Law erinnert⁸—, "die eine Gewähr für die einheitliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes bieten

6 Stone, "1966" S. 1.164, London Tramways v. L.C.C. (1898) A. C. 375.

7 Stone, "1966" S. 1.162.

8 Vgl. Stone "1966" S. 1.165, und ders. Social Dimensions of Law and Justice (1966) S. 207.

will" ⁹. Die verfassungsmässige Rechtmässigkeit dieser Verfügung wurde "oft bezweifelt" ¹⁰ bis diese Zweifel durch das Gesetz vom 24. Februar 1907 RGBL. No. 41 behoben wurden ¹¹. Dieses Gesetz hat die, innerhalb gewisser Grenzen beschränkte Bindung des Obersten Gerichtshofes an seine eigenen Vorentscheidungen festgelegt. Die Sachlage ist nun die, dass wenn einem Senat von 5 Richtern des Obersten Gerichtshofes eine Rechtsauffassung von besonderer Bedeutung erscheint, so kann er verfügen, dass die seiner Entscheidung zugrundeliegende Rechtsauffassung (*ratio decidendi* des Common Law), nicht das in einem bestimmten Falle erlassene Urteil in das beim Obersten Gerichtshof geführte Spruchrepertorium eingetragen wird. Der in das Spruchrepertorium eingetragene Rechtssatz bindet den Obersten Gerichtshof solange, bis ein aus 5 Richtern bestehender einen bestimmten Rechtsfall entscheidender Senat von einem ins Spruchrepertorium eingetragenen Rechtssatz abgehen will; dann muss er vor Entscheidung des ihm vorliegenden Rechtsfalles die Frage einem aus 15 Richtern bestehenden Senat vorlegen. Entscheidet dieser Senat, von dem ins Spruchrepertorium eingetragenen Rechtssatz abzugehen, so wird der geänderte Rechtssatz in das beim Obersten Gerichtshof geführte Judikatenbuch eingetragen. Um von einem ins Judikatenbuch eingetragenen Rechtssatz abzuweichen, muss ein diesbezüglicher Beschluss von einem aus 21 Richtern bestehenden Senat gefasst werden ¹². Während jedoch die *ratio decidendi* eines nach englischem Common Law ergangenen richterlichen Urteiles oft nur mit Schwierigkeit und häufig nicht einmal eindeutig ¹³ festgestellt werden kann, sind die ins Spruchre-

9 Oskar Pisko in Klang's Kommentar zum ABGB, 1. Auflage, Band I/1. S. 175. Es sei mir an dieser Stelle gestattet, meines verehrten Lehrers, Prof. Pisko dankbar zu gedenken, der von 1924-1938 eine der beiden Lehrkanzeln für österreichisches Privatrecht an der Universität Wien innehatte und dem ich nicht nur wertvolle Anregungen zu verdanken hatte, sondern insbesondere durch Ermöglichung der Veröffentlichung meiner ersten, noch während meiner Studentenzeit erschienen Publication zu Dank verpflichtet bin.

10 Pisko a.a.O.S. 175.

11 Pisko, a.a.O.S. 175 "Von einer im Spruchrepertorium eingetragenen Entscheidung - richtiger von dem dort eingetragenen Rechtssätze - kann..."

12 Vgl. hiezu Pisko a.a.O.S. 175 IV/1, ferner: Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1925, I/1, S. 36 ff. und Pollak, System des österreichischen Zivilprozessrechtes, 2. Aufl. 1930, I. Band S. 224.

13 Vgl. Stone, Legal System and Layers' Reasoning, 1964, SS. 278 ff

pertorium und das Judikatenbuch eingetragenen Rechtssätze eindeutig, nicht an einen konkret vorliegenden Rechtsfall gebunden —Eintragungen in das Judikatenbuch können auch ohne Vorliegen eines konkreten Rechtsfalles auf Antrag des Justizministers erfolgen¹⁴— und nicht durch die Doktrin des obiter dictum¹⁵ eingeengt¹⁶.

Die massgebende Bedeutung, die sich aus dieser rechtsvergleichen den Gegenüberstellung ergibt, besteht wohl darin, dass das Problem der Bindung von Höchstgerichten an ihre eigenen Präjudizien keineswegs daran geknüpft ist, dass das englische Common Law sich als "ungeschriebenes", richtiger als ein nicht im parlamentarischen Verfahren erzeugtes Recht darstellt. Das Problem ist in Österreich sogar genau so entstanden, trotzdem § 12 des ABGB Richtersprüchen jede Rechtswirkung welche über den zur Entscheidung gelangten Rechtsfall hinausgehen, ausdrücklich abspricht. Dies scheint darauf hinzudeuten, dass die zu entscheidende Frage gar nicht die ist, ob sich nach englischem Common Law eine Rechtsnorm nachweisen lässt, dass das englische Oberhaus als Höchstgericht an seine Vorentscheidungen gebunden oder nicht gebunden ist - dies ist die Frage, die sich aus der Gegenüberstellung des London Tramway Case mit der Äusserung des Lord Chancellors vom Jahre 1966 ergibt - sondern vielmehr die, worin eigentlich diese "Bindung" eines Gerichtes an seine eigenen Präjudizien besteht. Hierbei muss daran erinnert werden, dass neben dem Obersten Gerichtshof in Österreich (ganz abgesehen von dem Verfassungsgerichtshof und dem Verwaltungsgerichtshof) so wie in jedem Rechtssystem und auch nach englischem Common Law es noch zahlreiche andere "Höchstgerichte" gibt, nämlich Gerichte letzter Instanz: Es sind dies alle Gerichte niedriger Instanz gegen deren Entscheidung ein weiterer Rechtszug ausgeschlossen ist. In der österreichischen

14 Vgl. Pisko a.a. O.S. 176.

15 Vgl. oben Anm. 5.

16 Pollak a.a.O.S. 225 scheint trotz der m.E. gesetzlich eindeutiges Sachlage hinsichtlich der Bindung des österreichischen Obersten Gerichtshofes an seine eigenen Vorentscheidungen, nicht eine zwingende Norm in dieser Hinsicht anzunehmen, wenn er sagt: "Man kann hier schon von Präjudizien reden, insoferne der Oberste Gerichtshof selbst an seine in das Spruchrepertorium oder in das Judikatenbuch eingetragene Rechtsansicht gebunden ist". Allerdings sprechen hier gewisse Erwägungen materieller Rechtsgeltung eine Rolle, auf die noch unten (Anm. 24) zurückzukommen sein wird.

Rechtssprechung und Literatur ist, mit Rücksicht auf § 12 ABGB niemals bezweifelt worden, dass eine solche "Bindung" der Untergерichte an Präjudizien des Obersten Gerichtshofes nicht besteht, ebenso wie nach englischem Common Law, es keinem Zweifel unterliegt, dass eine solche Bindung angenommen wird. Das praktische Resultat ist jedoch in beiden Fallen dasselbe. Die Frage bleibt aber für beide Rechtssysteme von Belang: Ob diese "Bindung" juristischer Natur, d.h. durch die Rechtsordnung zwingend vorgeschrieben, oder extra-juristischer Natur ist, nämlich auf anderen als rechtlichen Erwägungen beruht. Dies ist die Frage, der wir uns nunmehr zuwenden müssen: Wird eine solche "Bindung" als gegeben angenommen, so muss die Frage, ob eine solche Bindung auf juristischen oder extrajuristischen Gründen beruht, für die rechtstheoretische Bedeutung der uns vorliegenden Problemstellung ausschlaggebend sein.

III

Es wird kaum eine andere Feststellung geben, von der man mit so grosser Bestimmtheit sagen kann, dass sie nicht bestritten ist, als die Feststellung, dass es die Aufgabe einer jeden gerichtlichen Entscheidung ist, zunächst festzustellen, welches das anzuwendende Recht ist, um es sodann auf den zur Entscheidung vorliegenden Fall anzuwenden. Mit anderen Worten: Das Gericht muss feststellen, welches Rechtsmaterial anzuwenden ist und welche Auslegung es zu erfahren hat. Jedes Gericht ist an das Recht das zur Zeit der Fällung der gerichtlichen Entscheidung in Geltung steht "gebunden". Im juristischen Sinne kann daher diese "Bindung" nicht anders verstanden werden als die Verpflichtung der Richter, das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht anzuwenden. Die richterliche Feststellung, welches der Inhalt des geltenden Rechts ist, ist konstitutiv. Hier wird natürlich die Interpretation des vorliegenden Rechtsmaterials von massgebender Bedeutung sein. Diese kann dazu führen, dass nach geltendem Recht ein in einem früheren Zeitpunkt in Geltung gestandenes Recht anzuwenden ist, z. B. in Ehesachen das Recht, das im Zeitpunkt der Eheschliessung gegolten hat

Oskar Pisko macht im Vorwort seines Lehrbuches des österreichischen Handelsrechtes¹⁷ die interessante Feststellung, dass die Tatsache, dass in seinem Lehrbuch verschiedene Fragen anders behandelt wurden als in seiner fast 15 Jahre früher erschienen Bearbeitung von Staubs Kommentar darauf zurückzuführen ist, dass der Bearbeiter die Meinung des Verfassers (die möglicherweise von der des Bearbeiters abweicht) wiederzugegeben hat, dass sich in diesem Zeitraum auch seine eigene Meinung in manchen Punkten geändert hat. Er betont hier: "Häufig ist übrigens die Änderung des Standpunktes auf eine nicht immer offen zutage tretende - Änderung des Rechts zurückzuführen".

Dies ist eine interessante Interpretation der Rechtsentwicklung. Wie kann man eine Rechtssänderung überhaupt feststellen und erfassen, wenn sie nicht "offen" zutage tritt? Die Antwort auf diese Frage ist nicht so schwierig, als sie zunächst erscheinen mag. Die Verfolgung von strafbaren Handlungen ist in der Regel dem Ermessen einer für die Einleitung von Strafverfahren zuständigen Anklagebehörde überlassen. Änderungen der Mode, insbesondere von Badeanzügen, war in den letzten Jahrzehnten derart, dass Badeanzüge, die heute als angemessen gelten, in früheren Zeiten eine Verfolgung wegen Verletzung der Schamhaftigkeit gegen die, die solche Badeanzüge tragen, zur Folge gehabt hätte. Die sachliche Rechtsänderung ergibt sich hier aus der Mode, aus den geänderten Auffassungen, was bei einer öffentlichen Theateraufführung hinsichtlich der Darstellung von Liebesakten als zulässig erscheint, es kann sich aber im Gebiete des Zivilrechts darauf beziehen, was als unlauterer Wettbewerb betrachtet wird, oder darauf, dass gewisse rechtsgeschäftliche Formvorschriften, die sich aus den rechtlich anerkannten Usanzen des Handelsverkehrs ergeben, eine Modifikation erfahren haben, von denen man sagen konnte, dass sie "nicht offen zutage treten".

Im Lichte dieser Ausführungen wird die Frage der Bindung der Gerichte an Präzedenzfälle in erster Linie zur Frage der Feststellung des im Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung geltenden Rechts - und dazu gehört natürlich die Frage der Interpretation der gegebenen Rechtsquellen - welche Form immer die Quellen des Rechts und des von ihnen erzeugten Rechtsmaterials haben mögen.

17 Wien 1923, S. VI.

Die Frage der "Bindung" des Richters an das Recht ist bekanntlich das Grundproblem der Freirechtsschule. Man hat der Freirechtsschule vorgeworfen, sie befürworte *Interpretatio contra legem*, ein Vorwurf, den Arthur Kaufmann als eine Fabel bezeichnet¹⁸. Das Ziel der Freirechtsschule scheint darin gelegen zu sein, dass das Gesetz nur als eine neben anderen Rechtsquellen anzusehen sei, auf die das Gericht Bedacht zu nehmen hat¹⁹. Dies scheint sowohl der Meinung Piskos hinsichtlich der oft nicht offen zutage tretenden Rechtsänderung, als auch der Stufentheorie Adolf Merkl's²⁰ zu entsprechen. Für das Gebiet des englischen Common Law ist dies beinahe selbstverständlich: dort konnte das Gesetz (Statute Law) immer nur als eine von mehreren Rechtsquellen angesehen werden. Die Frage, um die es hier geht ist die: Welche Rolle spielt der Präzedenzfall in der juristischen Argumentation? Ist er als Rechtsquelle anzusehen oder als bloße Rechtsauffassung, ist er "bindend" weil er einen Teil des zu deutenden Rechtsmaterials darstellt, oder kann der Begründung des Präzedenzfalles nicht mehr Bedeutung zukommen als z. B. der Begründung die ein Rechtsgelehrter in seiner eine gewisse Rechtsauffassung darstellenden Schrift gibt? Der Vergleich zwischen der Situation in England und in Österreich scheint zu zeigen, dass es keinen prinzipiellen Unterschied macht, ob eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift der Bindung eines Höchstgerichtes an seine eigenen Präjudizien besteht, oder nicht. Es ist hier zu beachten, dass das Gesetz vom 24. Februar 1907 strikte auf den obersten Gerichtshof beschränkt ist. Es gilt, wie erwähnt, weder für die Untergerichte, noch für die beiden anderen Höchstgerichte, den Verfassungsgerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof. In dem berühmten Streit um die Dispensehen ist der im Jahre 1929 umbesetzte Verfassungsge-

18 Siehe hiezu das Vorwort von Arthur Kaufmann zu den unter dem Titel "Gerechtigkeitswissenschaft" herausgegebenen ausgewählten Schriften von Ernst Fuchs, Karlsruhe 1965, wo er von der (S. 6) "Contra-*legem*-Fabel" spricht.

19 Ich hoffe damit den Sinn von Kaufmanns Formulierung a.a.O.S. 5 f. richtig wiedergegeben zu haben.

20 Vgl. die von Kelsen in der Vorrede zur 2. Auflage seiner "Hauptprobleme" (1923) S. XV angeführten Schriften von Merkl und Verdross, ferner Kelsen, Allgemeine Staatslehre 1925 S. 248 ff und Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage (1960) S. 228 ff.

richtshof von seiner bis dahin eindeutigen Spruchpraxis abgewichen²¹. Stone hat in seiner²² angeführten Studie in geistvoller Weise die Gründe dafür angegeben, dass es kaum einen praktischen Unterschied machen würde, wenn im Common Law ein diesbezüglicher Rechtssatz eindeutig nachgewiesen werden könnte. Stone hat dies in ausführlicher Weise dargetan, so dass diese Gründe hier keiner Wiederholung bedürfen. Es ist natürlich klar, dass Präjudizien in der Rechtspraxis erhöhte Bedeutung deshalb zukommen, weil durch die erhöhte Berücksichtigung dieser Präjudizien, die von den Untergerichten unerwünschte Aufhebung ihrer Entscheidungen im Instanzenzug unwahrscheinlicher wird und dadurch die für einen Rechtsstaat so bedeutungsvolle Rechtssicherheit gefördert wird. Die juristische Frage ist die, welcher Art und welcher Natur die Bedeutung ist, die dem Präjudiz für die juristische Argumentation zukommt.

IV

Die beiden Hauptfragen, die für die Beurteilung der gestellten Frage entscheidend sind, sind die, welche Rolle das Präjudiz für die Ermittlung des geltenden Rechts spielen kann und dann, inwieweit hier das Problem der Interpretation hereinspielt²³. Dies muss ja klar sein: Wenn der hier vertretene Standpunkt richtig ist, dass eine Bindung im juristischen Sinn nur eine Bindung an das geltende Recht sein kann, dass also eine Bindung an das Präjudiz nur dort bestehen kann, wo es sich um eine Bindung an das geltende Recht handelt, dann ist die entscheidende Frage die, in welcher Weise das Rechtsmaterial zu bestimmen ist und in welcher Weise es zu interpretieren ist, um das geltende Recht zu ermitteln. Wir haben

21 Vgl. hierüber die aufschlussreiche Darstellung von R. A. Metall, Hans Kelsen, Leben und Werk, Wien 1969, S. 49 ff.

22 Vgl. Anm. 1.

23 Ich bedauere, dass auch diese Schrift nicht die Gelegenheit bietet, auf die Diskussion zwischen Hart und Ross (vgl. meine Schrift "The factual elements in the determination of positive law", Anales 1965/66 Núms. 5-6 SS 63 ff., insbes S. 77) in bezug auf den Unterschied zwischen "giltig" und "geltend" einzugehen. Um jedoch den internationalen Sprachgebrauch zu erleichtern, möchte ich vorschlagen, "giltig" mit Geltung im formellen Sinn und "geltend" mit Geltung im materiellen Sinn zu bezeichnen; diese Bezeichnungen lassen sich leicht in andere Sprachen übersetzen.

das englische dem österreichischen Recht gegenübergestellt, weil die Rechtslage in beiden Rechtsordnungen so verschieden erscheint, dass sie als Gegensätze angesehen werden könnten. In Wirklichkeit ist aber der Unterschied gar nicht so gross, als er auf den ersten Blick erscheinen mag. Sieht man sich nämlich das Gesetz vom 24. Februar 1907 RGBL. No. 41 näher an, so sieht man, dass es sich hier eigentlich nur um die Feststellung des geltenden Rechts handelt um im wesentlichen vielleicht gar nicht einmal um das was man unter einer Bindung an irgendwelche Vorentscheidungen verstehen würde wollen. Mit Recht hat die herrschende Lehre schon vor Erlassung des Gesetzes vom Jahre 1970 darauf hingewiesen, dass es sich hier nicht um einen Widerspruch gegen § 12 ABGB handelt, weil der Sinn des Gesetzes nur der ist, festzustellen wieviele Richter des Obersten Gerichtshofes zur Fassung eines Beschlusses notwendig sind, um festzustellen, welches das geltende Recht ist (d.h. aber auch, ob eine Rechtsänderung erfolgt ist). An das von den Gerichten festgestellte Recht sind sie gebunden, genau so wie es Pflicht eines jeden Staatsbürgers ist, die Anordnungen des Rechts zu befolgen.

Julius Stone²⁴ unter zustimmender Berufung auf Rupert Gross²⁵ hat hervorgehoben, dass das englische Oberhaus sehr ungern von einem Präzedenzfall abweicht und es vorzieht zu argumentieren, dass ein ihm vorliegender Fall sich von dem Präzedenzfall derart unterscheidet, dass der Präzedenzfall auf ihn keine Anwendung finden kann. Gerade dann, wenn man sagen müsste, dass die Ausdrucksweise des Höchstgerichts nur eine *façon de parler* darstellte, ist die Begründung des Präzedenzfalles deswegen von dem höchsten juristischen Interesse, weil möglicherweise daraus auf eine Änderung des Rechts geschlossen werden könnte oder sogar geschlossen werden muss. In diesem Sinne wird das Präjudiz und im Grunde jede richterliche Entscheidung zum Rechtsmaterial, das das geltende Recht zum Ausdruck bringt. Vielleicht ist es richtig, zu sagen, dass die Bindung der Höchstgerichte an ihre Präjudizien gar nicht die entscheidende, für den Juristen massgebende, Frage ist, vielmehr scheint es die zu sein, in welchem Falle der Richter das ihm vorliegende Material als Rechtsmaterial ansprechen kann

24 Stone a.a.O. (oben Anm. 1) S. 1.200.

25 R. Cross, *Precedent in English Law* (1961) S. 256.

und wie er hier eine Auswahl treffen soll. Dass eine solche Auswahl möglichst weit gezogen werden soll, ist offenbar die Auffassung und das Ziel der Freirechtsschule, die immer wieder auf die "Bedürfnisse des Lebens" verweist²⁶. Dies ist wohl das zweifellose Verdienst der Freirechtsschule, implizite darauf hingewiesen zu haben, dass abgesehen von Gesetzen, Verordnungen, Erlässen und anderen im Rahmen der Verfassung getroffenen Verfügungen der Exekutive, nicht nur die von den Gerichten entschiedenen Fälle, sondern, wenn man sich so paradox ausdrücken darf, auch die von den Gerichten nicht entschiedenen Fälle zur Feststellung des Rechts herangezogen werden müssen. Dies kann am besten daran gezeigt werden, wenn man auf die Praxis der Anklagebehörde in Straffällen obszönen Verhaltens hinweist, wo im Einklage mit geänderten Auffassungen Anklagen in Fällen unterlassen werden, in denen solche in früheren Zeiten erhoben worden wären. Dasselbe gilt im Zivilverfahren von solchen Fällen, in denen sich ein gewisser Handelsbrauch im Gegensatz zu einer früheren Praxis so sehr durchgesetzt hat, dass gewisse Fälle, die möglicherweise die Gerichte früher beschäftigt haben, nicht mehr vor Gericht kommen, weil die Auslegung gewisser Rechtsvorschriften unbestritten geworden ist. Auch in dem was als unbestritten gilt können sich im Laufe der Zeit Änderungen ergeben und dies meint wohl Pisko, wenn er von einer "nicht immer offen zutage tretenden Änderung des Rechts" spricht. Gewiss ist es die Aufgabe des Gerichtes konstitutiv festzustellen, welches das anzuwendende Recht, nämlich das im Zeitpunkte der Urteilsfällung geltende Recht ist; das ist ja schliesslich der Sinn der Frage: *quid iuris*, die eben nur das Gericht autoritativ beantworten kann, aber doch einerseits nur für den ihm vorliegenden Fall und andererseits auch nur für den Zeitpunkt in welchem (nicht für welchen) die Entscheidung gefällt wird. Dies führt zu einem Problem juristischer Argumentation insbesondere dann, wenn ein Parteienvertreter einen Rechtsfall zu führen hat. Wenn einmal die Tatsachenfrage im Beweisverfahren erschöpft ist, dann wird der Parteienvertreter nur dann erfolgreich sein können, wenn er das Gericht davon überzeugen kann, dass das seiner Meinung nach geltende Recht tatsächlich das im relevanten Zeitpunkt geltende

26 Ernst Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft, Ausgewählte Schriften*, herausgegeben von A. Foulkes, Karlsruhe 1965, S. 29.

Recht ist und dass dieses Recht seinen Klienten begünstigt. Dabei kann eine sogenannte Tatsachenfrage zur Rechtsfrage werden. Hier sei wieder auf die Rechtsfrage des obszonen Verhaltens zurückgekommen: Dass obszönes Verhalten strafbar ist, ist eine Rechtsnorm, die seit langer Zeit "unverändert" gilt. Es kann nun sein, dass zu einer gewissen Zeit die Auffassung gilt - es daher geltendes Recht ist-, dass die bloße Durschaustellung des nackten weiblichen Körpers auf der Bühne obszönes Verhalten darstellt. In diesem Falle ist die Frage, ob die Schauspielerin X ohne Kleider auf der Bühne aufgetreten ist, eine dem Beweisverfahren unterliegende Tatsachenfrage, und falls diese Frage im bejahenden Sinne zu beantworten ist, wird die Frage, ob sie dadurch obszönes Verhalten an den Tag gelegt hat, zur Rechtsfrage. Es kann aber die Situation auch so sein, dass die bloße Zurschaustellung des nackten weiblichen Körpers an sich nicht als obszön aufgefasst wird, dass dies aber der Fall ist, wenn die Schauspielerin gewisse Posen einnimmt. Dann ist nur die Frage, welche Posen sie eingenommen hat, eine dem Beweisverfahren unterliegende Tatsachenfrage, die Frage aber ob eine gewisse Pose obszön ist, ist eine Rechtsfrage, d.h. die Frage, ob das geltende Recht die in Frage stehende Pose als obszön verbietet. Es ist gerade hier die Möglichkeit einer gewissen Vielfalt von Varianten gegeben und gerade in dieser Frage, welche Pose als obszön gilt und welche nicht, kann, dadurch dass sich Sitten und Gebrauche - wie man es speziell in den letzten Jahren in den Vereinigten Staaten von Amerika hat beobachten können - manchmal erstaunlich rasch eine Änderung erfolgen, so dass diese Änderung, die sich als eine Änderung im Recht auswirkt, oft nicht leicht oder sofort zu erkennen ist, was, wie Pisko sich ausdrückte, eine nicht immer offen zutage tretende Änderungen des Rechtes darstellt. Darum liegt eine scheinbare Bindung an ein Präjudiz nur dann vor, wenn der seltene Fall eintritt, dass das Recht seit dem Zeitpunkt des Präjudizes sich nicht geändert hat, während in Wirklichkeit nur eine Bindung in das geltende Recht gegeben ist. Man kann daher denselben Gedanken auch so ausdrücken: Da eine Bindung der Gerichte nur eine solche an das im Zeitpunkt der Entscheidung geltende Recht ist, kann eine Bindung an einen Präzedenzfall nur dann gegeben sein, wenn in der Zwischenzeit keine Änderung des Rechts stattgefunden hat, eine Frage welche das Gericht zu überprüfen und entscheiden hat. Die entscheidende Frage, der wir nunmehr näher treten wollen, scheint

aus zwei miteinander in Zusammenhang stehenden **Teildfragen** zu bestehen: Da die Grenzen der Bindung des Gerichtes nur so festzustellen sind, dass man ermittelt welches Recht gilt, ist die erste Frage die, wie das Rechtsmaterial abzugrenzen und zu bestimmen ist, aus dem man das geltende Recht ermitteln kann; die zweite Frage ist sodann die, wie dieses Material zu deuten (interpretieren) ist, um das geltende Recht daraus zu gewinnen.

V

Soviel ich sehen kann, war Fritz Schreier²⁷ der erste, der auf den engen Zusammenhang von Geltung und Interpretation, der zwei Probleme, die hier als zwei Teile eines einzigen Problems gedeutet werden, hingewiesen hat. Durch Auslegung kann der Geltungsbereich des Rechts eingeschränkt oder ausgedehnt werden. Dasselbe gilt von der Auswahl des als Recht erfassten Materials. Je nachdem, ob der Kreis des Rechtsmaterials eingeengt oder ausgedehnt wird, wird der Umfang des geltenden Rechts eingeengt oder ausgedehnt. Dabei ist zu beachten, dass die Auswahl des Rechtsmaterials gleichzeitig eine Auswahl des Interpretationsmaterials, d.h. des der Interpretation als Gegenstand gegebenen Materials beinhaltet. Interessant ist hier die Frage, ob z. B. sog. Schablonenverträge als Rechtsmaterial auch in dem Sinne aufgefasst werden können, dass sie (z. B. durch ausdehnende Interpretation) als geltendes Recht auch auf "ähnliche" Rechtsverhältnisse ausgedehnt werden können, wenn es sich z. B. nachweisen liesse, dass der Inhalt der Vertragsschablone in weitesten Kreisen bekannt ist und daher angenommen werden kann, dass das Publikum bereit ist, diese Bestimmungen der Vertragsschablone auf ähnliche Rechtsfälle auszudehnen. Ein Beispiel: Eine Vertragsschablone der Eisenbahnen modifiziert deren Haftpflicht in einer dem Eisenbahnhaftpflichtgesetz nicht widersprechenden Weise. Kann eine solche Bestimmung auch auf Frachtführer oder Spediteure ausgedehnt werden, wenn für den Fracht- oder Speditionsvertrag eine ähnliche Situation und keine widersprechende rechtliche Regelung besteht? Hier liegt wohl

27 Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, Wien, 1927, (dazu meine Besprechung in der Prager Juristischen Zeitschrift, IX, Jahrg. Nr. 18 vom 2. Oktober 1929, Spalten 651-653) S. 6.

Rechtsmaterial vor, das als "geltend" anzusehen ist. Das Argument, dass hier geltendes Recht wiedergebendes Rechtsmaterial vorliegt, wird vielleicht noch stärkere Überzeugungskraft haben, wenn gezeigt werden kann, dass dieses Material die Gerichte deshalb noch nicht beschäftigt hat, weil die Auffassung, dass hier geltendes Recht vorliegt, nicht strittig geworden ist. Es gilt hier für das Privatrecht dasselbe Paradox, auf das oben für das Strafrecht aufmerksam gemacht wurde, dass auch daraus, dass gewisse Fälle nicht zur richterlichen Entscheidung gekommen sind, auf eine Änderung des Rechts geschlossen werden kann. Freilich ist hier die Unterscheidung zwischen "giltig" d.h. Geltung im formellen Sinn und "geltend" d. h. Geltung im materiellen Sinn²⁸ von Belang. Die formelle Giltigkeit einer Rechtsnorm nicht durch *dissuetude* noch nach dem Satz *lex posterior derogat priori* als aufgehoben angenommen werden, wohl aber kann dies für die Geltung im materiellen Sinn zutreffen, z. B. wenn ein formell giltiges altes Gesetz infolge von Fortschritten der Technik überhaupt keine Möglichkeit mehr hat, praktisch angewendet zu werden. Es ist darauf hingewiesen worden, dass es eine Unzahl formell giltiger alter Gesetze gibt, die trotz formeller Geltung keine materielle Geltung mehr haben und es wurde vorgeschlagen²⁹, eine Liste solcher Gesetze aufzustellen und diese Gesetze formell aufzuheben, ihnen dadurch die formelle Giltigkeit zu nehmen. Es fragt sich hier, ob das notwendig ist, wie es in der Tat mit den Regeln von der *dissuetude* und der *lex posterior* steht. Trotz der grossen Fortschritte, die hier die moderne Semantik der Rechtsphilosophie gemacht hat³⁰ ist Schreiers Feststellung über den Zusammenhang zwischen Interpretation und Rechtsgeltung kaum beachtet worden. Ich bedauere es, dass es mir im Rahmen der vorliegenden Schrift aus naheliegenden Gründen nicht möglich ist, auf dieses hochinteressante Problem näher einzugehen, hoffe aber, in einer späteren Arbeit dazu Gelegenheit zu haben.

28 Vgl. oben Anm. 23.

29 Das Justizministerium des Staates New South Wales in Australien hat im Moment einen dem Parlament vorzulegenden diesbezüglichen Gesetzesentwurf in Vorbereitung.

30 Vgl. die folgenden Schriften von Ilmar Tammelo: *Rechtslogik und Materiale Gerechtigkeit* (im Erscheinen begriffen), §§ 8 und 17 (Common Law), §§ 12 und 16 (Rhetorik); *Treaty Interpretation and Practical Reason*, Sydney, Melbourne, Brisbane, 1967, Sections 1, 5 und 6; *Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden 1969, Kapitel 2.

VI

Kehren wir nunmehr, zum Zwecke der Zusammenfassung der —allerdings nur vorläufigen— Ergebnisse der vorliegenden Studie zu unserem Ausgangspunkt zurück.

Die englische Rechtswissenschaft spricht hier von der "doctrine of precedence" und diese Bezeichnung bringt ganz grossartig zum Ausdruck, dass es sich in der Tat nur um eine Lehrmeinung und nicht um eine geltende Rechtsvorschrift handelt. Im Gegensatz hiezu kann man hier für das österreichische Recht nicht von einer Doktrin sprechen: Angesichts des Gesetzes vom Jahre 1907³¹ liegt hier ein Rechtssatz vor, der in Hinblick auf § 12 ABGB eine einschränkende Auslegung gefunden hat. Nimmt man für das englische Common Law an, dass es sich hier nur um eine Doktrin handelt, dann ist die Frage, ob und inwieweit sich die englischen Gerichte an Präzedenzfälle zu halten haben, zu verneinen, weil es sich hier eben nur um eine Lehrmeinung handelt. Die Frage, wurde daher von Julius Stone zutreffend dahin gestellt, ob eben hier mehr als eine Doktrin, nämlich eine geltende Norm des Rechts vorliegt. Die von Julius Stone vorgeschlagene und mit grossem Scharfsinne begründete Lösung ist die³²: Stone führt zunächst in Übereinstimmung mit Glanville Williams aus, dass keiner Entscheidung des englischen Oberhauses im Zeitpunkt ihrer Fällung der Charakter eines bindenden Präzedenzfalles zukommt, dass sich das erst aus der gerichtlichen Praxis der folgenden Jahre ergibt, woferne man aus dieser Praxis entnehmen kann, dass diese Entscheidung als bindender Präzedenzfall anerkannt wurde³³. In Übereinstimmung mit Cross bemängelt Stone die Praxis des Oberhauses, dass in seinen Entscheidungen nach Scheingründen gesucht wird, um den Eindruck zu erwecken, dass keine Abweichung von früheren Entscheidungen in Fällen vorliegt, in denen das Gegenteil zutrifft. Stone kommt daher³⁴ zu dem hier beigepllichten Ergebnis, dass der Äusserung der versammelten Law Lords und des Bischofs von Chester von 1966 keine juristische Bedeutung zukommt. Stone

31 Vgl. oben anm. 11.

32 Vgl. Stone, "1966" SS. 1.168, 1.200 ff.

33 a.a.O.S. 1.168.

34 a.a.O.S. 1.201 f.

knüpft jedoch daran die Hoffnung, dass die Suche nach Gerechtigkeit deutlicher in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommen werde, eben weil die Doktrin der Bindung an den Präzedenzfall nicht aufrecht erhalten werden kann. Er bemüht sich zu zeigen³⁵ dass das Festhalten an der Doktrin vom Präzedenzfall gar nichts zur Rechtssicherheit, die für den Rechtsstaat so wesentlich ist, beiträgt, dass im Gegenteil die von ihm festgestellte Praxis, das tatsächliche Abweichen vom Präzedenzfall durch Scheingründe zu verschleiern, das Prinzip der Rechtssicherheit verletzt. Hier will die vorgeschlagene Lösung der Bindung an das geltende Recht eine juristisch zutreffende Richtlinie an die Hand geben. Allein es erscheint hier, dass die für eine gerichtliche Entscheidung gegebene Begründung von ausschlaggebender Bedeutung ist. Dieser Auffassung scheint auch Stone³⁵ zu sein, wenn er gegen die vom englischen Oberhaus gebrauchten Scheingründe Stellung nimmt. Der Gedanke der Bindung an das geltende Recht ist nichts anderes als die - wohl selbstverständliche - Rechtsunterworfenheit, die alle jene gleichmässig trifft, die den persönlichen Geltungsbereich des Rechts darstellen, in der Regel Staatsbürger und Nicht-Staatsbürger, die sich im Staatsgebiet aufhalten. Man muss aber hierbei sehr wohl beachten, dass es sich hier um die Bindung an das geltende Recht handelt, dass sich das geltende Recht nicht nur dadurch bestimmt, was wir oben³⁶ als Geltung im formellen Sinne bezeichnet haben, sondern auch aus dem ergibt, was wir dort als Geltung im materiellen Sinn charakterisierten, und endlich, dass Interpretation nach dem gegenwärtigen Sprachgebrauch und nach den gegenwärtigen Sitten und Gebräuchen ein wesentliches Erfordernis des Verfahrens ist, das zur Ermittlung des materiell geltenden Rechtes führt. Es ist das Prinzip der gleichmässigen Rechtsunterworfenheit aller Rechtssubjekte, der im Begriff des Rechtsstaates (in der englischen Sprache so bedeutungsvoll mit dem Ausdruck *rule of law* gekennzeichnet) enthalten ist und das allen Rechtsunterworfenen gleichmässig das Gefühl der Rechtssicherheit geben soll. Es ist vielleicht nur allzu zutreffend wenn Stone seine Ausführungen mit dem Ausdruck der Hoffnung schliesst, dass die wachsende Erkenntnis der schöpferischen Kraft des Urteils höherer und insbesondere desjenigen

35 a.a.O.S. 1.200.

36 Anm. 23.

höchster Instanz dazu führen möge, dass die Gerichte offen und bewusst sich die Suche nach der gerechteren Regelung zur Aufgabe machen: Dies kann allerdings nur dann sinnvoll sein, wenn man in der Suche nach Gerechtigkeit nicht eine bloss philosophische Forschertätigkeit erblickt, die ein Platonisches Ideal zu ergründen sucht, sondern als gerecht in einem praktischen Sinne diese Lösung anspricht, die dem formell und materiell geltenden Recht im Wege der Interpretation ermidelt wurde und im Einklang mit der zur Zeit herrschenden Auffassung der Rechtsunterworfenen und deren praktischen Durchführung steht.