

Literatur

Honsell, Heinrich: Was ist Gerechtigkeit? 2. Auflage. 272 Seiten, C. H. Beck/Manz/Stämpfli, München/Wien/Bern 2023. Softcover. € 29,-. Manz ISBN 978-3-214-25142-0.

Die meisten glauben, gerecht zu sein. Aber niemand weiß so genau, was Gerechtigkeit ist. Oder doch *Heinrich Honsell*, ein international renommierter Kenner des antiken Rechts, aber auch des österreichischen, schweizerischen und deutschen Rechts? „Verführerischen“, aber auch – was bei Rechtsbüchern eher selten ist – spannenden Zugang zu seiner Zweitaufgabe gewährt uns *Honsell* in seinem Vorwort zur Neuauflage, weitgehend identisch auf der Einbandrückseite: „Sie [scil die Gerechtigkeit] lässt sich nicht in einer abstrakten, allgemeingültigen Definition erfassen. Beschreiben kann man aber ihre einzelnen Aspekte, die zwar für sich allein und isoliert den Begriff nicht vollständig erklären, jedoch in ihrer Zusammenschau ein Bild ergeben“ (eigene Hervorhebung). *Honsells* tiefgründige und hochwissenschaftliche Suche dieses Mosaiks erweist sich – so viel schon vorweg – als solche nach einem wohl unabänderlichen Naturrecht, dem das positive Recht bei existentiellen Widersprüchen weichen muss. Dazu will sich der Rezensent von vornherein „outen“. Er hat zwar als Student in seiner ersten juristischen Lehrveranstaltung – abgehalten vom hochgeschätzten Kollegen *Peter Apathy* – auf die Frage nach dem Wesen des Rechts dieses mit Gerechtigkeit gleichgestellt, nun kann er *Honsell* zwar darin folgen, dass Gerechtigkeit das (mE nie erreichbare) Ideal der Rechtsordnung ist, hat aber dem Glauben an ein Naturrecht abgeschworen (vgl nur *Kerschner*, Juristische Methodenlehre [2023] 134 ff). Trotz dieser subjektiven Prämissen des Rezensenten ist für ihn der Kampf *Honsells* um die Gerechtigkeit und für ein Naturrecht höchst aufschlussreich und weiterführend. Da *Honsell*, auch als ausgezeichnete Vertreter des Römischen Rechts, seine Fährte bei der antiken Rechtsordnung, nämlich beim Griechischen und Römischen Recht aufnimmt und dabei sehr häufig Originalzitate, sogar in altgriechischer Schrift, dem wissbegierigen Leser bietet, dient das Studium des Werks auch zum Aufwärmen von Latein und Altgriechisch. Zum Thema Gerechtigkeit darf auch noch auf das ebenfalls höchst lesenswerte Werk von *Holzleithner*, Gerechtigkeit (2009) hingewiesen werden.

Nun aber der Reihe nach: In neun Kapiteln kommt *Honsell* vom Allgemeinen, beginnend mit „Gerechtigkeit – Geschichte und Idee“ (S 1–52) über das Verhältnis von Gerechtigkeit und Recht (siehe vor allem IV. Kapitel „Naturrecht und Positivismus“ [S 105–150], V. Kapitel „Gesetz und Auslegung“ [S 151–167]) zum Besonderen, nämlich im – vielleicht etwas zu lange geratenen – VI. Kapitel „Gerechtigkeit und Strafe“ (S 177–202), zu ganz konkreten und höchst aktuellen Gerechtigkeitsfragen wie Tierschutz (S 203–206), „Nationalökonomie und Gerechtigkeit“ (VIII. Kapitel, S 207–228), „Globale Gerechtigkeit“ (IX. Kapitel, S 229–248), wo sich *Honsell* zuletzt einer dem Rezensenten sehr naheliegenden Frage „Umweltschutz und Klimawandel“ zuwendet. Im abschließenden X. Kapitel finden sich Zusammenfassung und Schluss (S 249–254). Ein recht ausführliches Sachregister (S 255–264) schließt das Werk über die ewige Gerechtigkeitsfrage und lässt raschen Zugang zu spezifischen konkreten Fragen einschließlich konkreter Beantwortung zu.

Wegen der großen Fülle an Ideen, Thesen und Fragestellungen *Honsells* zur Gerechtigkeit kann in einer Besprechung nur eine Auswahl näherer Befassung möglich sein. Dem Leser des Werks muss ja auch noch die eine oder andere Überraschung bleiben.

Zwei Prinzipien, nämlich die Achtung der Menschenwürde und das Gemeinwohl, sollen das Naturrecht prägen (S 1 ff). So leitet *Honsell* sein Kapitel Recht und Gerechtigkeit ein. In Fn 10 erfahren wir, dass *ius* ursprünglich nicht nur Recht, sondern auch Soße, Saft, Brühe bedeutet hat, eine Zuordnung, die mE auch heute noch oft zutreffen mag.

Die älteste einschlägige Aussage findet *Honsell* (S 6) bei *Hesiods* „Recht des Stärkeren“, ähnlich bei *Thrasymachos*. Ob dieses Sein heute wirklich durch die Menschenrechte überwunden ist, erscheint mE mehr als fraglich und damit auch *Honsells* Sichtweise (S 6), dass die allen Menschen zustehenden universellen Menschenrechte das Bild einer zeitlosen und an weltweit geltenden Werten orientierten Rechtsanthropologie ergäben. Es ist wohl nur ein Idealzustand.

Widerspruch erfordert auch die Behauptung (S 9), dass es bei „Umwelt- und Generationengerechtigkeit“ weniger um Gerechtigkeit als um Vernunft und Zweckmäßigkeit gehe (der jetzt oft bemühte „Hausverstand“?). ME ist dabei ein ganz wichtiger Kern ausstehend Gerechtigkeit betroffen. Versteht man wie *Rawls* unter Gerechtigkeit „Fairness“ (S 9) bzw (S 10) „Toleranz“ (wie *Kelsen*), so bleibt beides höchst blass.

Honsell wendet sich (S 24 ff) nun näher der verteilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit zu. Erstere („*sum cuique tribuere*“) soll sich vorwiegend im öffentlichen Recht und zwar in der Leistungs- und Bedarfsgerechtigkeit finden. Im Umweltrecht ist dieses mE bei weitem noch nicht gefunden. *Honsell* wendet sich dabei gegen das viel diskutierte Grundeinkommen, weist andererseits auf die Schweizerische „Mehrwertabschöpfung“ bei Umwidmung von Liegenschaften hin (S 34), was für den Rezensenten auch ein Vorbild für Österreich sein könnte. *Honsells* These, dass „3 % plus“ Wirtschaftswachstum aus Umweltgründen nicht mehr vertretbar sei (!), kann der Rezensent vorbehaltlos zustimmen.

Die „ausgleichende Gerechtigkeit“ (S 40 ff) finde sich vornehmlich im Privatrecht, vor allem bei den Grenzen der Privatautonomie (etwa jetzt unzureichend im Strommarkt).

Im Kapitel über Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit zitiert *Honsell* zur Freiheit völlig zutreffend *Cicero*: *Wir sind schließlich alle Diener des Gesetzes, damit wir frei sein können!* Das spricht mir aus der Seele.

Zum liberalen Rechtsdenken (S 60 ff) zitiert *Honsell* wichtige, heute leider fast schon vergessene Aufforderungen, nämlich „*sapere aude*“ (wage zu wissen, denke selbst) und „*gaudere discere*“ (lerne dich zu freuen). Wenn *Honsell* in Fn 64 meint, dass auch in Österreich, nämlich in Art 5 StGG die Sozialpflichtigkeit des Eigentums grundgelegt sei, so ist das bisher dem Rezensenten mangels Hinweises im Wortlaut verborgen geblieben.

Völlig zu Recht kritisiert *Honsell* hingegen übermäßige EU-Regelungen, wodurch die Privatrechts-Gesellschaft durch übertriebene Lenkung bedroht sei (S 65 f). Manches sei gar nicht von den Mitgliedstaaten erfüllbar, wie etwa bei Luftreinhaltung und Energiewirtschaft. Das sieht der Rezensent freilich ganz anders. Da fehlt es mE nur am Umsetzungswillen. Leider geht *Honsell* näher nur auf die soziale Marktwirtschaft, nicht aber auf die ökosoziale Marktwirtschaft ein, von Kostenanlastung und Verursacherprinzip ist nichts zu finden.

Im Kapitel „Gleichheit“ kommt *Honsell* nicht an der – gerade auch in der Antike überaus ausgeprägten – Ungleichheit der Sklaven, aber auch der Frauen vorbei (S 69 ff). Zu aktuellen Fragen dazu, wie „Gendern“, Ehe für alle und Chancengleichheit (diese sei in Art 2 Abs 3 chBV garantiert!) nimmt *Honsell* klar Stellung.

Zu „Maß und Wahrheit“ (S 87 ff) analysiert *Honsell* auch die „rechtliche Argumentation“: Sie sei keine Erkenntnistheorie, sondern Argumentationstheorie auch mit volitiven Elementen. Das passt mE aber wenig zur zutreffenden Kritik *Honsells* an der Interessenabwägung und dem beweglichen System *Wilburgs* (S 99 f): Sie sei eine Art juristisches Sandhaufentheorem und „Wägen ohne Waage“.

Ganz breiten Raum findet bei *Honsell* das Verhältnis „Naturrecht und Positivismus“ (S 105–166). Bei den Griechen, aber auch Römern (*Cicero*) sei das Naturrecht göttlichen Ursprungs. Freilich ist – so der Rezensent – im Namen Gottes schon – um es vorsichtig auszudrücken – viel schlimmes „Unheil“ begangen worden.

Zu Recht weist denn auch *Honsell* (S 122) darauf hin, dass das Naturrecht erst durch die Aufklärung im 18. Jahrhundert von der Bevormundung durch die Theologie befreit worden ist. Damit ist das Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht freilich nicht geklärt. Viele leugnen heute – so auch der Rezensent – den Vorrang des Naturrechts (vgl nochmals *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 134 ff). *Kant* (S 123) sieht darin nur ein moralisches Gesetz, während *Bentham* als scharfer Kritiker des Naturrechts vom „Unsinn auf Stelzen“ spricht. Und viele Rechtspositivisten verlagern verbrecherische Gesetze auf die Ebene individueller Gewissensentscheidungen. Dem steht auch der Rezensent als Vertreter einer normativen Interessenjurisprudenz sehr nahe. Denn auch die Radbruch'sche Formel, die Grenze des positiven Rechts sei die „Unerträglichkeit“, hilft mE kaum weiter. *Honsell* verweist (S 128) die Grundrechte der GRC als untere Schwelle unter der „Unverträglichkeit“. Das scheint mir inkonsequent, da sich das Naturrecht ja gerade durch die Unabhängigkeit vom positiven Recht auszeichnen soll. ME ist es auch eher ein Wunsdenken *Honsells*, wenn er meint (S 130), die Rechtsprechung sei nach hA (!) auch an die Idee eines materiell gerechten Rechts gebunden. Da bin ich eher bei *Kelsens* „Metaphysik der Naturrechtslehre“, nämlich dass aus dem Sein kein Sollen folgt. Die mE zutreffende Sicht haben bereits *Hofmann*, *Isensee* und *Dreier* formuliert (siehe zu diesen S 134): Die Gerechtigkeit sei schon in der deutschen (und mE auch österreichischen) Rechtsordnung adaptiert (besser wäre vielleicht „adoptiert“ gewesen) und verwirklicht worden. Dagegen dringt auch *Honsell* nicht mit seiner Behauptung durch, Naturrecht sei unentbehrlich, das „Rechtsgefühl“ bzw. *Judiz* weisen den richtigen Weg. Dagegen: Im „Gefühl“ gibt es ganz große Unterschiede. Wie „strittig“ auch das Naturrecht ist, zeigt sich evident bei der Diskussion zum übergesetzlichen Notstand (S 135 ff), aber auch trotz §§ 7 und 16 ABGB an der Abtreibungsdiskussion (zu dieser *F. Bydlinski*, Erkenntnis von Naturrecht und heutige Rechtsordnung, in Seifert, Wie erkennt man Naturrecht? [1998] 109 [109 ff]; kritisch dazu *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 134 ff).

Honsell (S 141) versucht auch, drei „übliche Einwendungen“ gegen das Naturrecht zu entkräften, wobei der mE wichtigste Einwand, nämlich ganz unterschiedliche Ergebnisse der Naturrechtstheorie, weitgehend fehlt (zu diesen sachlich oft grob divergierenden Ansichten siehe wieder *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 136). Hinter dem positiven Recht steckt doch das „Gorgonenhaupt der Macht“ (so *Kelsen*, Diskussionsbeitrag, in *VVDStRL* 3 [1927] 55 oben; „Wer die Macht hat, hat sie auch über das Recht“, so *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² [2022] Rz 474): Die Macht also als bestimmende Determinante des Rechts.

Eine für die konkrete Rechtsanwendung ganz wichtige Frage erörtert *Honsell* (S 144 ff) unter „Strenges Recht und Billigkeit“: Nicht strenges, sondern billiges Recht solle herrschen! *Zeiller* hat sich zum ABGB deutlich da-

gegen ausgesprochen (vgl *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I [1811] 69 ff). *Honsell* dagegen (S 145) will, dass die Einzelfallgerechtigkeit die Oberhand behalten soll! Und im Lande *Kelsens* (S 149) gelte noch immer ein „erstaunlicher Formalismus“! Gerade bei Fristen und Formpflichten ist das – entgegen *Honsell* – besonders sinnvoll und erklärte Absicht des Gesetzgebers.

Zu „Gesetz und Auslegung“ (S 151 ff) erkennt *Honsell* zu Recht, dass die Normen oft mehr erweitert als eingeschränkt werden. Sein Beispiel einer Sinnfrage zum Abseits beim Fußballspiel kann man auch ganz anders als *Honsell* sehen. Das zeigt, wie verschiedene Sinne man in eine Norm hineintragen kann, wenn man das nur will!

Zutreffend hält *Honsell* (S 152 ff) eine Gesetzesinflation als Zeichen schlechten Staates. Er kritisiert besonders dabei die EU, deren überbordende Bürokratie und die „genuine“ europäische Methodenlehre. Ob das aber alles mit Gerechtigkeit zusammenhängt?

In dem nicht minder wichtigen Kapitel zur *Auslegung* (S 158–176) widmet sich *Honsell* dem Sinn von Normen (*Celsus*: „vim et potestatem“) und der *Analogie* (schon *Julian*: „ad similia“). Die teleologische Reduktion dürfe aber nach *Honsell* völlig zutreffend nicht auf einer subjektiv gewünschten Gesetzesberichtigung beruhen (S 161 f). Wohl auch wegen der damit verbundenen Gefahren hat das chBGER erst 1995 (!) die teleologische Reduktion akzeptiert!

Gewisses Wohlgefallen bei *Honsell* scheint der Satz *Platons*: Nicht das Gesetz soll herrschen, sondern ein Mann königlicher Gesinnung (sic: „Richterkönigtum“) gefunden zu haben (S 165 f). Vielleicht fast bedauernd setzt *Honsell* aber nach: Das gehe aber bei einer Demokratie nicht.

Zum sehr ausführlichen Kapitel „Strafrecht und Gerechtigkeit“ (S 167–202) nur zwei kritische Anmerkungen: *Honsell* wendet sich mE zu Unrecht gegen die Annahme vorsätzlicher Tötung bei Straßenrennen (dolus eventualis!). *Honsell* spricht sich auch gegen Unternehmens- und Staatenbußgelder (S 147). Das kann man freilich wieder ganz anders sehen.

Nun folgt quasi der *Besondere Teil*: Zum Tierschutz (S 203 ff) fordert *Honsell* zwar auch Gerechtigkeit, will den Tieren aber keine Rechtssubjektivität einräumen (siehe dazu aber auch *Wagner/Bergthaler/Krömer/Grabmair* [Hg], Eigenrechtsfähigkeit der Natur [2022] insbesondere 110 ff). Zur Nationalökonomie (S 207 ff) übt *Honsell* scharfe Kritik an der Geldpolitik des EZB und der Klimapolitik der EU: Diese letztere sei gar nicht Aufgabe der EU! Dem muss aber schärfstens widersprochen werden (vgl nur Art 191 AEUV). Und Klimaschutz ist Teil des Umweltschutzes!

Zur Generationengerechtigkeit (S 223 ff) bringt *Honsell* zunächst sehr überlegenswerte Gedanken zur Erbschafts-, Schenkungs- und Vermögenssteuer, aber auch zum Ehegattensplitting und zur Steuervermeidung internationaler Konzerne.

Unter Aspekten „globaler Gerechtigkeit“ kritisiert *Honsell* zunächst überzeugend das „Preisdesign“ der EU („Merit-Order“), da kein Wettbewerb verschiedener Stromproduktionsarten bestehe (S 230 Fn 373). Zu „Krieg und Frieden“ wünscht sich *Honsell* ein – freilich utopisches – militärisches Monopol der UNO. Nicht nur auf Zustimmung wird *Honsells* Vorschlag zur Genfer Flüchtlingskonvention stoßen: Existenznot, Hunger infolge von Natur- und Klimakatastrophen sowie Bürgerkriege müssten auch beachtliche Fluchtgründe sein. Und die Verhinderung von Rettungen im Mittelmeer seien Völkerrechtsverbrechen (!) (S 236).

Zu „Krieg und Frieden“ plädiert *Honsell* für „humanitäre Interventionen“, Nothilfe sei auch ohne Beschluss

des Sicherheitsrats der UNO möglich (S 238). Der Autor verweist weiters auf das Römische Statut aus 1998, in dem Angriffskriege unter Strafe gestellt worden sind und der IStGH geschaffen worden ist.

Im letzten Kapitel geht *Honsell* näher auf Umweltschutz und Klimawandel ein (S 241–248). Schutzmaßnahmen seien – schon wiederholend – eher Gebot der Vernunft als der Gerechtigkeit. Da kann der Rezensent aber überhaupt nicht mit (Generationenverantwortung!). *Honsell* sieht aber dann doch (S 242) die menschliche Existenzgrundlage gefährdet, es sei höchste Zeit zur Umkehr.

Was nun bei *Honsell* folgt, kann der Rezensent in keiner Weise teilen: E-Autos hätten eine ungünstigere Umweltbilanz als Verbrennungsmotoren (solange die Energiewirtschaft nicht dekarbonisiert sei), der CO₂-Handel führe zu sozialen Verwerfungen (Klimabonus wird nicht erwähnt), Klimaziele seien heute nicht erreichbar, deren Erzwingung mache keinen Sinn, das dBVerfG mache realitätsferne Politik, Atom- und Kohlenutzung sei vorübergehend zu verlängern, Klimaneutralität von Deutschland werde Erderwärmung nicht aufhalten; dazu darf der Rezensent auf sein RdU-Editorial 2023, 221 verweisen. Zu guter Letzt (S 247 f) wendet sich *Honsell* aber dann doch (wieder) gegen das ständige Wirtschaftswachstum. Das sei auch ökonomisch nicht begründbar. Vordringlich sei die gerechte Verteilung der Beitragskosten zur Zielerreichung. Leider geht *Honsell* dabei nicht näher auf das so wichtige und archaische Verursacherprinzip ein.

Es bleibt das von *Honsell* zum Schluss entwickelte schöne Bild und dabei zu hoffen, dass es nicht zur Schimäre verblasst, weil (nur) das Recht des Stärkeren gilt (S 254): „*Es bleibt die Aufgabe, die Welt humaner und gerechter zu machen und Natur und Umwelt für künftige Generationen zu bewahren.*“ Wie wahr! Ein spannendes und wichtiges Buch, das auch Widerspruch herausfordert!

Ferdinand Kerschner

Hausmann, Eva Maria / Vonkilch, Andreas (Hg): Österreichisches Wohnrecht – WEG. 5. Auflage. 1399 Seiten, Verlag Österreich, Wien 2023. Gebunden. € 289,-. ISBN 978-3-7046-9182-8.

Nach der WEG-Novelle 2022 ist (kurz vor Erscheinen der 2. Auflage des GeKo) die lang ersehnte 5. Auflage zum WEG von *Hausmann/Vonkilch* erschienen. Als Mit Herausgeberin fungiert nun *Eva Maria Hausmann*, die Kommentierungen von *Till Hausmann* wurde von keinem geringeren als Senatspräsident des OGH *Johann Höllwerth* übernommen. Der strukturierte Aufbau wurde

ebenso wie die Tiefe der Kommentierung beibehalten. Sämtliche Neuerungen durch die WEG-Novelle 2022 sind umfangreich kommentiert (so etwa zu § 16 WEG Rz 59a ff, insbesondere zur nicht ganz eindeutigen Bestimmung über die Pflicht zur Tragung der Folgekosten [Rz 59 f], zu § 20 WEG, insbesondere dem Finanzierungsermessens [Rz 55a] und den heiklen mit dem Datenschutz verbundenen Auskunfts- und Informationspflichten inklusive Zustellanschriften [Rz 63a ff] oder zu § 24 WEG Rz 36a ff über die neue „Mehrheitsfindung“). Erfreulich ist an diesem Kommentar die Tatsache, dass großteils neben einer Darstellung der Rsp auch die eigenen Meinungen unter Einbeziehung auch gegenteiliger Ansichten ausführlich dargelegt werden. Durch diese mehrgleisige Verbindung ist es nicht nur möglich, im Kommentar Argumente für den eigenen Standpunkt zu finden, sondern bei diesem nicht hilfreicher Kommentierung auf zitierte Gegenstimmen oder Rsp zurückzugreifen; auch eigene Überlegungen werden kritisch hinterfragt (so etwa zu § 10 WEG Rz 20 [in diesem Sinn hat zwischenzeitlich auch der OGH am 19.07.2023 in 5 Ob 233/22h entschieden]). Hervorzuheben sind weiter die gerade im Verwaltungsbereich sehr hilfreichen Ausführungen zum Können und Müssen des Verwalters (§ 20 WEG Rz 24 ff), wobei auch die im Verwalterkreis vielfach für Unsicherheit sorgende ÖNORM B1300 Eingang in die Kommentierung findet (§ 20 WEG Rz 33), vor allem aber die zahlreichen Ausführungen zu den Problemen im Zusammenhang mit der Umsatzsteuer (§ 32 WEG Rz 63) und der Jahresabrechnung, so etwa zur „rätselhaften“ Fälligkeitsbestimmung (§ 34 WEG Rz 38 ff, insbesondere 41).

Angenehm ist es auch, dass trotz vielfacher Erweiterung der Kommentierung die bisherige Nummerierung (verständlicherweise trifft dies bei den vom Autorenwechsel betroffenen Paragraphen nicht gänzlich zu) beibehalten wurde. Als kleine Kritik (wenngleich man das als „jammern auf hohem Niveau“ ansehen darf) sei angemerkt, dass leider zu zwei in der Praxis wesentlichen Problemkreisen keine Auseinandersetzung mit der Literatur (zB zur Nichtigkeit bei § 2 WEG Rz 21 ff, § 3 WEG Rz 76 oder § 9 WEG Rz 38 nicht mit *Knoll*, Sanierung von fehlerhaft begründetem Wohnungseigentum, wobl 2022, 415 oder zur Vorplatzproblematik bei § 2 WEG Rz 48 nicht mit *Prader/Punt*, Der Vorplatz – das wohnungseigentumsrechtliche Chamäleón, immolex 2018, 278) erfolgte.

Alles in allem aber ist der neue Kommentar wie bisher ein Muss für jeden mit der Materie befassten Rechtswissenschaftler, spätestens seit der Haftungsentscheidung des OLG Wien 25.07.2023, 33 R 72/23k sei dies auch jedem Immobilienverwalter nahegelegt.

Christian Prader

Verleger: Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Österreich. – Schriftleitung: Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger und Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Altenberger Straße 69, 4040 Linz, Österreich. – Assistenz der Schriftleitung: Univ.-Ass. Mag. Simone Hörandner und Univ.-Ass. Mag. Tanja Weilguny. – Redaktion: Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Österreich. – Satz: Datagroup Int., Timișoara. – Druck: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn. – Verlagsort: Wien.

Gedruckt in Ungarn