Eckpunkte angewandter juristischer Methodenlehre: Theorie trifft Praxis

Der Beitrag schnell gelesen -

Die angewandte juristische Methode bestimmt den Inhalt der Rechtsordnung und damit auch die gerichtliche Entscheidung im konkreten Fall. Aufbauend auf zwei früheren JAP-Beiträgen (s Kerschner/Kisch, JAP 2022/2023, 213 ff und Kerschner/Mayr, JAP 2021/2022, 4ff) weist der Verfasser den großen Einfluss der Methodenlehre auf die gerichtliche Praxis nach. Dabei

werden mehrere wichtige neue Entwicklungen in der Judikatur des OGH aufgezeigt, die gerade auch pro futuro in Rechtsprechung und Lehre zu beachten sein werden.

Bürgerliches Recht

JAP 2024/2025/29



Univ.-Prof. i. R. Dr. FERDINAND KERSCHNER lehrte Zivil- und Umweltrecht an der Universität Linz.

Inhaltsübersicht:

- A. Entwicklung und Einstimmung
- B. Die bindenden Rechtsanwendungsregeln des ABGB
- C. Die Kernfrage bei einem praktischen Fall zum Schwure: der (nicht) im Testament angegebene Beweggrund
- D. Zu den Grenzen der historischen Auslegung
- E. Ganz wichtiges Neues zur Wortlautinterpretation
- F. Zum Nachdenken bei einer systematisch-teleologischen Auslegung
- G. Zu (umstrittenen) Analogievoraussetzungen
- H. Im Zweifel für oder gegen Analogie?
- Analogien und teleologische Reduktionen aus der neueren Praxis
 - 1. Verfehlte Analogien
 - a) Verjährung von Bereicherungsansprüchen
 - b) Analogie zu § 1266 ABGB
 - 2. Verfehlte Ablehnung einer teleologischen Reduktion
 - 3. Zutreffende Ablehnungen von Analogien
 - a) Keine Analogie zu § 25 c KSchG beim Pfandrecht
 - b) Keine unzulässige Rechtsfindung
- J. Ein juristisches Rätsel für alle: zum nachträglichen Wertewandel eine nicht einfache methodische Aufgabe für die LeserInnen zum Abschluss
- K. Rechtsfortbildung contra legem unzulässig!

leistet haben: "Der gute Jurist spricht nicht über Methode, er hat Methode." Dieses auch heute noch weit verbreitete Sprichwort hat viel juristisches Unheil angerichtet. Denn zum einen will wohl jeder ein guter Jurist sein, zum anderen fördert, ja fordert der Satz das sogenannte "Judiz", das Rechtsgefühl, vom Autor als "subjektives Vernunftsrecht" bezeichnet.

Warum ist das so? In Österreich verfügen wir – zum Glück³ – über rechtlich verbindliche Rechtsanwendungsregeln in den §§ 6, 7 ABGB,⁴ die nach ganz hA grundsätzlich für die gesamte österreichische Rechtsordnung, also auch für das gesamte öffentliche Recht gelten.

Die noch immer wohl hA in Österreich fühlt sich freilich — wie bereits angedeutet – den §§ 6, 7 ABGB nicht sonderlich verpflichtet, hängt vor allem der sogenannten "objektiv"-teleologischen Auslegung an: 5 Das Gesetz müsse klüger als sein Verfasser sein; 6 so als ob eine Norm selbst klug sein kann. Dabei geht es um eine ganz gewaltige und entscheidende praktische Frage: Denn die Auslegungsmethode bestimmt den Inhalt der Rechtsordnung! 7 Wir werden das gleich näher sehen. Und Methodenfragen – so wieder treffend Rüthers 8 – sind schließlich Verfassungsfragen: Auf dem Spiel stehen das demokratische, rechtsstaatliche Prinzip und Grundsätze der Gewaltenteilung und der Gesetzesbindung (Legalitätsprinzip). Juristisch-methodische Blindflüge können so nun auch von Einzelnen in Form einer "Individualbeschwerde" beim VfGH nach Art 140 Abs 1 lit d B-VG wegen verfassungswidriger Judikatur angefochten werden.

A. Entwicklung und Einstimmung

Bei den juristischen Methoden geht es um die Arbeitsmittel, "Werkzeuge" des Rechtsanwenders.¹ Aufbauend auf den bisher vom Autor (und Co-Autor:innen) erschienenen JAP-Beiträgen² stehen hier einerseits nun die enorme praktische Bedeutung der Methodenregeln in der gerichtlichen Praxis und andererseits neueste methodologische Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre im Blickfeld.

Letztlich ist es die entscheidende Kernfrage: Sucht der Jurist zum gewünschten (!) Ergebnis die passende Methode oder hat er mittels der gesetzlich vorgegebenen, also rechtskonformen Methode die richtige rechtskonforme Entscheidung zu suchen? Manche (viele?) Rechtsanwender lassen sich vom ersten, oft einfacheren Pfad verführen. Einen nicht geringen Beitrag zu dieser Verführung mag Ernst Rabels zugeschriebener "Denkspruch" ge-

¹ Siehe dazu die Vielfalt dieser Arbeitsmittel bei Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik für Juristen⁷ (2022) 37 ff.

² Siehe Kerschner/Mayr, Die Rangordnung der Interpretationsmethoden, JAP 2021/2022, 4ff und Kerschner/Kisch, Zu den gesetzlichen Grenzen der Analogie – Über dem ABGB muss die Analogie wohl grenzenlos sein! JAP 2022/2023, 213ff.

³ Anders in Deutschland, wo der Gesetzgeber des BGB es bewusst der Rechtswissenschaft überlassen hat, diese methodische Lücke zu schließen. Methodenchaos und Methodensynkretismus waren wie auch mangelnde Gesetzesbindung und Rechtsunsicherheit die Folgen.

⁴ Dazu gleich näher unten B.

S Vgl nur Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I Rz 99 ("zentrale Rolle") mwH.
 So Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie³ 111f; ebenso Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 112.

⁷ So treffend und überzeugend Bernd Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014) 40.

Siehe n\u00e4her Kerschner, Juristische Methodenlehre (2022) 162 mwN; R\u00fctthers etwa in JZ 2011, 917.



B. Die bindenden Rechtsanwendungsregeln des ABGB

Man glaubt es kaum, welche geistigen Phantasien aufgebracht werden, um die §§ 6, 7 ABGB ihrer Kernaussagen und ihrer Verbindlichkeit zumindest weitgehend zu entkleiden: Sie seien höchstens "Ansätze", zu relativieren, ja sogar "unlogisch".9 Dabei ist aber (fast) alles in den §§ 6, 7 ABGB so klar, dass es auch juristische Laien leicht verstehen können.

Die zentralen bindenden Bestimmungen der juristischen Methodenlehre finden sich in §§ 6, 7 ABGB. Sie entfalten Bindung grundsätzlich für die gesamte Rechtsordnung.10

§ 6 ABGB: "Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet."

§ 7 ABGB: "Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden."

(Jeweils eigene Hervorhebungen).

Kurz zu diesen klaren "Aufträgen" an die Rechtsanwender:11 Die "klare Absicht des Gesetzgebers" ist sowohl Auslegungsziel als auch vorrangiges Auslegungsmittel. Und eben: kein ande-

Drei "Auslegungsmethoden" sind vorgegeben (§ 6 ABGB): Wortlaut - Systematik - historische Auslegung. Die teleologische steckt in letzterer: Es geht um die Zwecke bzw Wertungen, die aus dem Recht, der Rechtsordnung selbst zu entnehmen sind. Und nicht um subjektives Vernunftsrecht.12

Die Richter sind "Diener des Gesetzes" (stehen also nicht über dem Gesetz!), keine Komponisten, sondern Orchestermitglieder, bisweilen freilich auch (zulässigerweise in engem Rahmen) Solisten bzw Dirigenten!

Der Vorrang der Absicht des historischen Gesetzgebers ergibt sich augenscheinlich aus § 6 ABGB ("kein anderer Verstand") und höherrangig aus den oben genannten verfassungsrechtlichen Prinzipien.

§§ 6,7 ABGB enthalten somit ein sogenanntes "Dreistufen-Modell":13

1. Stufe:

Historische Auslegung iZm grammatikalischer und systematischer Auslegung (§ 6 ABGB).

Lösung für "zweifelhafte Rechtsfälle" iSd § 7 ABGB - umfasst einerseits auch noch teleologische Auslegung nach gesetzlichen Wertungen, andererseits vor allem aber Analogie und teleologische Reduktion nach "ähnlichen in den Gesetzen entschiedenen Fällen" (Gesetzes- oder Einzelanalogie) oder "anderen damit verwandten Gesetzen" (Gesamt- oder Rechtsanalogie).14

3. Stufe

Dritte und noch immer umstrittene Stufe bilden die "natürlichen Rechtsgrundsätze" iSd § 7 ABGB, wenn die ersten beiden Stufen versagen. Viel spricht dafür, dass diese Stufe wegen des später in Kraft getretenen verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzips verfassungswidrig ist.15 Vertretbar erscheint die Meinung, dass damit die höchsten Rechtsgrundsätze gemeint sind. Wenn man dabei aber auch auf metajuristische, rechtsethische oder rechtsideologische Wertungen abstellen will,16 so begibt man sich damit aber außerhalb der positivierten Rechtsordnung.

Die noch hA will keine Rangordnung, keinen "Stufenbau" der "Arbeitsmittel" wie hier vertreten anerkennen: Es soll bei widersprechenden Ergebnissen in einer Gesamtabwägung die Stärke der einzelnen Methoden entscheiden. Mangels vorgegebener Gewichtung (!) ähnelt allerdings diese Vorgangsweise einem Selbstbedienungsladen - anything goes!

Zurück zum Werkzeugvergleich: Verwendet ein Tischler schlechte oder gar falsche Werkzeuge, wird er schlechte oder gar falsche Werke hervorbringen. Verwendet der Jurist falsche oder gar gesetzeswidrige Methoden, so wird aus dem Recht Un-

C. Die Kernfrage bei einem praktischen Fall zum Schwure: der (nicht) im Testament angegebene Beweggrund17

Kurz der maßgebliche Sachverhalt: Im Jahr 2007 setzt die Erblasserin ihren Neffen und dessen Frau als Alleinerben ein. Einen Monat nach Besachwalterung der Erblasserin im Jahr 2016 setzt sie allerdings einen Bekannten zum Alleinerben ein. Wie es im Verfahren festgestellt worden ist, sei sie dabei der (irrigen) Annahme gewesen, der vorher eingesetzte Neffe und seine Familie hätten ihre Besachwalterung angeregt, sie in einem Pflegeheim unterbringen wollen und hätten ihr Dokumente, Wertsachen und Geld weggenommen. All dies entsprach - so das Gericht nicht den Tatsachen. Das (irrige) Motiv war im Testament aber nicht angegeben.

Um wieviel es in diesem Erbrechtsstreit gegangen ist, kann der Entscheidung nicht entnommen werden. Rein hypothetisch könnte es sich allenfalls um ein größeres oder großes Vermögen gehandelt haben.

Die Kernfrage: Muss das irrige Motiv im Testament selbst angegeben sein (dann wäre Anfechtung hier nicht möglich) oder reicht es, wenn es - wie im konkreten Fall - außerhalb des Testaments angegeben worden ist? Im maßgeblichen § 572 ABGB steht nur "angegebener Beweggrund". Vor dem ErbRÄG 2015 war die hA (so auch der Verfasser) letzterer Meinung. 18 Die Absicht des Gesetzgebers des ErbRÄG 2015 war aber völlig eindeutig anders: In der Regierungsvorlage und hier letzten einschlägigen Äußerung ist ein bewusster Widerspruch zum vorherigen Ministerialentwurf enthalten, nämlich dass das Motiv "in der Verfügung" angegeben sein muss. Nach der historischen Auslegung ist deren Ergebnis somit völlig eindeutig: Eine Testa-

MANZ 9 04 | 2024/2025

⁹ Zu alledem Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 6 Rz 1ff, insb Rz 6. 10 Zur Auslegung des Unionsrechts siehe ausführlich Rebhahn in Fenyves/

Kerschner/Vonkilch, ABGB³ Nach §§ 6, 7.

¹¹ Und nicht nur zu "Vorschlägen", "Empfehlungen" oder "Hinweisen"; vgl näher Kerschner, Juristische Methodenlehre 25.

Näher zu diesem Kerschner, Juristische Methodenlehre 18, 35, 136, 152.
 Vgl vor allem Kehrer, Gesetzeskonforme Methodik (2013) 21 ff; dann auch Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6,7 Rz 15f.

¹⁴ Dazu schon näher Kerschner/Kisch, JAP 2022/2023, 213ff.

¹⁵ So überzeugend Rüffler, JRP 2002, 65f; diesem folgend Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik 69.

¹⁶ So etwa (wie F. Bydlinski in Seifert [Hrsg], Wie erkennt man Naturrecht [1998] 126) auf die Rechtsidee, die aus Kriterien der Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit bestehen soll; dazu kritisch Kerschner, Juristische Methodenlehre 135; vgl auch Honsell, Was ist Gerechtigkeit² (2023) und dazu Kerschner, JBI 2024, 138ff.

¹⁷ Siehe näher zum Fall den OGH 21. 3. 2023, 2 Ob 40/24 g, JEV 2024, 165 ff mit Anm Kerschner

¹⁸ Siehe etwa Kerschner, Zum Motivirrtum beim Testament nach altem und neuem Recht, in FS Eccker (2017f) 520f.

mentsanfechtung wegen Motivirrtums ist im konkreten Fall danach ausgeschlossen. ME sprechen daher auch teleologische Gründe (wegen Missbrauchsgefahr durch mündliche Abreden¹⁹ Abschaffung des mündlichen Testaments im ErbRÄG 2015!) gegen den OGH, der gegen die historische Auslegung entschieden hat. Dessen maßgebliches Argument: Es gäbe keine Rangordnung der Methoden.

Man sieht: Die Methode bestimmt den Inhalt der Rechtsordnung und im konkreten Fall auch, wer ein Vermögen erbt.

D. Zu den Grenzen der historischen Auslegung

Auch zur Beruhigung jener, die der historischen Auslegung eher skeptisch gegenüberstehen: Sie genießt natürlich keinen absoluten Vorrang.20 Dazu nur in aller Kürze:

- Auch Materialien sind natürlich auslegungsbedürftig. In unserem Motivirrtumsfall besteht allerdings kein Zweifel: Klarer kann die Absicht des Gesetzgebers gar nicht ausgedrückt sein.
- Die in den Materialien erkennbare Absicht des Gesetzgebers muss sich letztlich im Gesetzgebungsprozess durchgesetzt haben. Im Motivirrtumsfall hat nach der RV keine Diskussion mit widersprüchlichen Meinungen mehr stattgefunden.
- ▶ Die gesetzgeberische Absicht bzw deren Zwecke/Interessen müssen sich also im Gesetzgebungsprozess letztlich durchgesetzt haben!
- ▶ Jedenfalls besteht also auch wenn man keinen Vorrang vertritt - Konsultationspflicht bzw beim Abgehen von der Absicht des Gesetzgebers Begründungspflicht. Das ist in unserem Motivirrtumsfall durch den OGH kaum geschehen. Man habe es schon immer so gemacht. Trotz überwiegender gegenteiliger Lehre setzte sich der OGH kaum mit deren Sachargumenten auseinander (Argumentationsresistenz!).
- ▶ Wenn die Materialien maßgeblich oder gar allein auf einer klar falschen Rechtsauffassung beruhen, dann sprechen die besseren Gründe dafür, dass nicht der historischen Auslegung zu folgen ist.
 - Beispiel: Der Annahme von Präklusivfristen in den Materialien zum neuen Gewährleistungsrecht, aber auch zu § 6 DHG,21 liegen falsche dogmatische Erläuterungen zugrunde.22
- Die allenfalls schwere Zugänglichkeit von Materialien ("archivarischer Fleiß") stellt heute in den allermeisten Fällen keine Grenze historischer Auslegung mehr dar: Fast alle Materialien sind heute digital zugänglich, so etwa auch der ABGB-Kommentar von Zeiller.

E. Ganz wichtiges Neues zur Wortlautinterpretation

Nach bisheriger herrschender Judikatur musste die historische Absicht des Gesetzgebers ihren Niederschlag zumindest im äußerst möglichen Wortsinn gefunden haben, um berücksichtigt werden zu können²³ (Lex-lata-Grenze). Schon gar nicht dürfe sie dann zugrunde gelegt werden, wenn sie im Widerspruch zum Wortlaut steht. Das hat der 10. Senat nun in einer mE revolutionären Entscheidung ganz zutreffend korrigiert:24 Es ging - verkürzt ausgedrückt - um die Rückforderung von Kinderbetreuungsgeld: Laut den Materialien zum neugefassten § 89 Abs 4 ASGG sollte dieser - ohne Legisvakanz - ab 1. Jänner 2022 gelten. Im Gesetz ist aber der 1. Mai 2022 genannt. In der Rz 64 der Entscheidung findet sich die folgende Aussage: "In Fällen, in denen das Gesetz in seinem wörtlichen Verständnis offenbare Wertungswidersprüche in der Rechtsordnung provozieren müsste..., ist die Heranziehung von historischem Interpretationsmaterial erforderlich." Es geht darum, "einem eindeutig erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der mit der Gesetzessystematik und ihren zugrunde liegenden Wertungen im Einklang steht, über einen unzulänglich formulierten Gesetzestext hinaus zum Durchbruch zu verhelfen ..." Das ist Wasser auf die Mühlen des Verfassers.25 Der 10. Senat weist ebenso völlig überzeugend darauf hin, dass auch bei einer Analogie nach § 7 ABGB der eindeutige Gesetzeswortlaut keine unübersteigbare Grenze juristischer Argumentation darstellt. Wie wahr, denn auch bei der Analogie wird der Wortlaut ergänzt, bei der teleologischen Auslegung reduziert!26

Ohne die vom OGH genannten Voraussetzungen (s oben) darf man allerdings vom eindeutigen Wortlaut nicht abgehen. So versteht daher der OGH in einem anderen Fall zu Unrecht unter "Aufwendungen zur Baureifmachung" gegen diesen klaren Wortlaut im Rahmen der Enteignungsentschädigung bei der Rückwidmung von Bauland auch die dadurch bewirkte Verkehrswertminderung.²⁷ Das ist mE methodisch völlig unhaltbar.

F. Zum Nachdenken bei einer systematischteleologischen Auslegung

Das Verhältnis zwischen § 354 ABGB (allgemeiner Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Eigentümers bei Störungen) zu § 422 ABGB (Selbsthilfe bei grenzüberhängenden Ästen bzw bei grenzüberwachsenden Wurzeln) ist noch immer höchst umstritten.28 Nachdem die Judikatur in den letzten Jahren ein weitgehendes Nebeneinander mit uU gravierenden Kostenfolgen angenommen hat,29 "rudert" sie wieder zurück: § 422 ABGB sei - so im Ergebnis - lex specialis. Das trifft zu, und § 354 ABGB ist dazu lex generalis. Die beiden Anspruchsgrundlagen weisen aber verschiedene Rechtsfolgen auf: § 354 ABGB führt zur Kostentragung des Störers, während § 422 ABGB zu jener des Gestörten führt. Insofern besteht ein Wahlrecht des Gestörten: Die Selbsthilfe dient dem Rechtsfrieden, der Gestörte muss zur Störungsbeseitigung seinen Nachbarn nicht anzeigen oder klagen bzw braucht seinen Nachbarn auch nicht auf seinen eigenen Grund lassen.30 Das ist nach § 354 ABGB anders - eben auch kostenmäßig. Das Ergebnis beruht auf logisch-systematischer Interpretation: Die beiden Bestimmungen verfolgen im nachbarrechtlichen System ganz verschiedene Zwecke und Interessen.

¹⁹ Siehe näher Kerschner/Felbauer, JEV 2020, 20.

Vgl schon Kerschner, Juristische Methodenlehre 90 ff.

²¹ Siehe "Ausschlussfristen" in AB 653 Blg NR 10. GP 3

²² So zutreffend und n\u00e4her Jabornegg, Verj\u00e4hrung und Verfall von Arbeitnehmerrechten, in FS Reischauer (2010) 198 (204) und Reischauer in Rummel/ Lukas/Geroldinger, ABGB4 (2024) § 1449 Rz 80ff.

²³ Vgl etwa OGH 1 Ob 60/72, SZ 45/41; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 103.

²⁴ OGH 9. 7. 2024, 10 Ob 582/23s.

²⁵ Der 10. Senat stützt sich dabei auf mehrere Vorentscheidungen, aber auch auf Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB3 §§ 6, 7 Rz 101.

²⁶ Auch Kodek (in Rummel/Lukas, ABGB4 § 6 Rz 102 aE) weist darauf hin, dass bei mangelnder Deckung im Wortlaut dem Willen des historischen Gesetzgebers "uU durch analoge Rechtsanwendung Rechnung getragen werden"

²⁷ Vgl dazu näher Kerschner, Rückwidmung von Bauland – Entschädigung – Haftung, in FS Schulev-Steindl (2024) 282 f. 28 Da in diesen Fällen Substanzbeeinträchtigungen und keine bloßen Immis-

sionen vorliegen, greift eben nicht § 364 ABGB, sondern § 354 ABGB. ²⁹ OGH 13. 9. 2021, 10 Ob 22/21, RdU 2022, 126 mAnm *Wagner/Kerschner*.

³⁰ So schon Wagner/Kerschner, RdU 2022, 132.



G. Zu (umstrittenen) Analogievoraussetzungen³¹

In der österreichischen Zivilrechtsjudikatur herrscht geradezu eine Analogiemanie:32 Und das rührt auch davon, weil man davon ausgeht, dass die Voraussetzungen einer analogen Anwendung "weniger streng" seien.33 Dagegen hat bereits Ihering im 19. Jahrhundert zutreffend gemeint, dass die Analogie eine größere Geschicklichkeit der Abstraktion und ein feineres Unterscheidungsvermögen als die Interpretation erfordere!34 Entgegen Leitners These³⁵ ist der Satz richtig, dass eine Analogie schon deshalb abzulehnen ist, weil gar keine Lücke vorliegt. Jede Analogie setzt nach zutreffender hA eine planwidrige Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung voraus, wobei es um den Plan des Gesetzgebers und nicht um jenen des Rechtsanwenders geht. Das Erfordernis einer solchen Lücke ergibt sich völlig eindeutig aus § 7 ABGB: "Läßt sich ein Rechtsfall weder ... noch entscheiden ... "Und diese (echte, aber auch unechte) Lücke³⁶ kann eben nur durch eine analogiefähige Norm (als 2. Voraussetzung) geschlossen werden: Das hat unlängst auch der OGH wieder betonen müssen.37 Und es ist nur dann eine Norm analogiefähig, wenn der ungeregelte Fall dem geregelten wertungsund interessengemäß gleich oder zumindest weitreichend ähnlich ist.

Beispiel: Die bis zur Geltung des neuen § 1319b ABGB38 nicht gesondert geregelte Baumhaftung ist der geregelten Bauwerkehaftung gem § 1319 ABGB nicht ausreichend ähnlich.39

H. Im Zweifel für oder gegen Analogie?

Diese überaus bedeutsame Frage ist höchst umstritten. In vielen Fällen ist in der Praxis zweifelhaft, ob eine ausreichende Wertungs- und Interessenähnlichkeit vorliegt. Da eine Analogie (und auch die teleologische Reduktion - bei dieser fehlt die Ausnahme) Klarheit des Plans des Gesetzgebers (stichhaltige Gründe) voraussetzt, ist richtigerweise entgegen der noch überwiegenden zivilrechtlichen Ansicht im Zweifel gegen Analogie und damit für den Umkehrschluss zu entscheiden; so auch aus der Lehre Schauer, U. Torggler, Kerschner, Gerstberger und aus der Judikatur nun ebenso der OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b: "Im Übrigen wäre schon im Zweifel kein Analogieschluss zu ziehen."40 Gerstberger⁴¹ spricht iZm der teleologischen Reduktion von einer "allgemein anerkannten Zweifelsregel" (eigene Hervorhebung). Das wäre zu bejubeln, greift aber wohl hoffentlich nur kommenden allgemeinen Einsichten vor.

Aber auch der VwGH42 hat sich kürzlich, wie aber schon seit langem,43 auf eine solche Zweifelsregel für das öffentliche Recht berufen: "Da das öffentliche Recht, im besonderen das Verwaltungsrecht, schon von der Zielsetzung her nur einzelne Rechtsbeziehungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zu regeln bestimmt ist, muss eine auftretende Rechtslücke in diesem Rechtsbereich im Zweifel als beabsichtigt angesehen werden." In der Sache hält der VwGH zutreffend § 79e GewO (Änderung von Auflagen) nicht auf Verfahren nach dem MinroG für analog anwendbar. Analogie sei - so der VwGH - nur dann gerechtfertigt, wenn das Gesetz sonst nicht vollziehbar wäre. Damit wären aber mE nur echte Lücken44 betroffen. Das meint der VwGH aber wohl nicht. Völlig zutreffend stellt der VwGH aber ohnehin darauf ab, ob dieselben (?) Wertungsgesichtspunkte unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes vorliegen, eine verfassungsbedenkliche Ungleichbehandlung solle durch die Analogie vermieden werden!

Daher: In dubio contra analogiam.

I. Analogien und teleologische Reduktionen aus der neueren Praxis

1. Verfehlte Analogien

a) Verjährung von Bereicherungsansprüchen

Ein regelrechtes Jammertal ist die Judikatur zur Verjährung von Bereicherungsansprüchen, für die "an sich" laut Gesetz mangels Sonderregel die allgemeine 30-jährige Verjährung gem § 1478 ABGB gilt. Die OGH-Judikatur hat aus dieser Regel die (eher seltene) Ausnahme gemacht.⁴⁵ Man muss es drastisch formulieren: Verfehlter kann eine solche weittragende Analogie mit riesiger praktischer Bedeutung fast nicht sein: Die gesondert geregelten kurzen 3-jährigen Fristen gem §§ 1480 und 1486 ABGB gelten nur für rechtlich geschuldete(!) periodische Leistungen bzw für Entgeltsansprüche aus wirksamen Rechtsgeschäften des täglichen Lebens. Diese Basiswertung ist gerade beim Gegenstück - fehlendes Grundgeschäft und Rückforderung des Schuldners - hier beim Bereicherungsanspruch Gläubiger nicht gegeben. Der ursprüngliche Schuldnerschutz wird ins Gegenteil beim völlig anderen Rückabwicklungsverhältnis verkehrt!46 ME liegt eine verfassungswidrige, weil enteignende, zumindest enteignungsgleiche Judikatur vor, die man mit "Individualbeschwerde" beim VfGH nach Art 140 Abs 1 lit d B-VG bekämpfen kann und auch müsste.47

b) Analogie zu § 1266 ABGB

Die Rsp und Teile der Lehre bejahen für ehepaktsähnliche Schenkungen zwischen Ehegatten eine Analogie zu § 1266 ABGB, der den Widerruf von Ehepakten regelt.48 Ehepakte sind nun aber keine Schenkungen, für die andere Regeln gelten (grundsätzlich verschuldensunabhängig), und keine umfassen-

³¹ Vgl dazu auch Kerschner/Kisch, Zu den gesetzlichen Grenzen der Analogie -Über dem ABGB muss die Analogie wohl grenzenlos sein! JAP 2022/2023,

^{32 5913-}mal wird im RIS "analog" zitiert, 3035-mal "Analogie"; RIS-Abfrage 18. 12. 2024

³³ So beurteilt Anzenberger die diesbezügliche OGH-Rechtsprechung; vgl ders in ÖJZ 2024, 13.

Siehe dazu Kerschner, Besprechung von Xiao Wei, Iherings Methode und Iherings Dogmatik (2024) 67.

³⁵ Vgl Max Leitner, "Eine Analogie ist schon deshalb abzulehnen, weil gar keine Lücke vorliegt", ecolex 2021/209, 306 ff.

Dazu näher *Kerschner*, Juristische Methodenlehre 103 ff.

³⁷ Siehe ganz zutreffend OGH 6 Ob 178/22 b, 28. 6. 2023, Rz 151 (Aktionärsklage bei wechselseitiger Beteiligung).

38 Haftrechts-Änderungsgesetz 2024, BGBI I 2024/33.

³⁹ Anders aber unzutreffend die bisher hA; dagegen schon Kerschner, Grenzen der Baumhaftung, SV 2015, 12 ff.

Der 6. Senat verweist dabei auf U. Torggler in Torggler (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung und die Grenzen (2019) 55f, Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 7 Rz 10 und Kerschner, Juristische Methodenlehre (2022) 106ff. 41 JBI 2021, 746.

⁴² VwGH 15, 10, 2024, Ra 2023/04/0272.

VWGH 15, 10, 2024, Na 2023)
 Vgl etwa VwGH VwSlg 9677A/1978; weitere Nachweise bei Egger, Untätigkeit im Öffentlichen Recht (2020) 156 FN 805. Egger selbst stimmt dem VwGH, in der Sache völlig zu; aaO 156.

44 Zu diesen Kerschner, Juristische Methodenlehre 103f.

⁴⁵ Vgl Severin Kietaibl, NZ 2024/126, 440 ff: § 1487 ABGB schlage auch auf die aus der Vertragsbeseitigung resultierende Leistungskondiktion durch, so dass der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch ebenfalls binnen drei Jahren verjährt; dabei Verweis auf Madl in ABGB-ON 1.07 § 1487 RZ 10.

⁴⁶ Vgl schon mehrfach dazu kritisch Kerschner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch,

ABGB³ § 877 Rz 44f und Vor §§ 1431–1437 Rz 60 ff.

Friedlich – weil zutreffend – nun aber OGH 2. 4. 2024, 3 Ob 234/23t: Die Aufzählung in § 1487 ABGB (ua bei Irrtumsanfechtung) ist taxativ und einschränkend auszulegen: Sowohl Widerruf nach § 1266 ABGB als auch Bereicherungsanspruch verjähren nach 30 Jahren! Zum Problem zuletzt auch Hüttenmayr, Anm zu OGH 25. 9. 2024, 1 Ob 85/24t; RdU 2025, 41f.

⁴⁸ Vgl zuletzt OGH 2. 4. 2024, 3 Ob 234/23t.

den (!) Regelungen der Ehe in wirtschaftlicher Hinsicht. Wo ist die Grenze?⁴⁹ Es fehlt die ausreichende Wertungsähnlichkeit!

2. Verfehlte Ablehnung einer teleologischen Reduktion

Durch das FamRÄG 2009 sollen nach der eindeutigen, klaren Absicht des Gesetzgebers Vorausvereinbarungen über eingebrachte, ererbte oder von Dritten geschenkte Ehewohnungen grundsätzlich "korrekturresistent"50 sein. Daher tritt die überwiegende Lehre für eine teleologische Reduktion des § 97 Abs 2 EheG ein.51 Zumindest in einem obiter dictum (entscheidungserheblich ging es um eine während der Ehe erworbene Ehewohnung) hat der OGH nun eine solche teleologische Reduktion abgelehnt⁵² und damit doch - mE entgegen der klaren Absicht des Gesetzgebers - zumindest gewisse gerichtliche Korrekturen (vor allem auch bezüglich Verzicht auf Ausgleichzahlungen) zugelassen. Sowohl die gesetzliche Regelung als auch die neue OGH-Entscheidung sind mE großteils missglückt und schwer verständlich.

3. Zutreffende Ablehnungen von Analogien

Abschließend sollen aber auch neuere einschlägige OGH-Entscheidungen kurz angeführt werden, in denen völlig zutreffend auf Umkehrschluss entschieden worden ist:

a) Keine Analogie zu § 25 c KSchG beim Pfandrecht53

§ 25c KSchG begründet bei persönlicher Interzession (Bürge/ Mitschuldner/Garant) eine Hinweispflicht des Kreditgebers auf schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Kreditnehmers: Aus dem eindeutigen Wortlaut ist die Absicht des Gesetzgebers erkennbar, dass davon nicht das Pfandrecht erfasst werden soll, da der Wert des verpfändeten Vermögens ohnehin begrenzt ist.

b) Keine unzulässige Rechtsfindung

Wenn in den Materialien zu einem Gesetz eine Frage ausdrücklich geregelt ist, so liegt keine Rechtsfindung vor: Die Regeln über die Waisenpension für Stiefkinder sind mangels Lücke nicht analog für Kinder von Lebensgefährten anzuwenden; so völlig zutreffend der 10. Senat des OGH 9. 7. 2024, 10 Ob S 39/24 v.

J. Ein juristisches Rätsel für alle: zum nachträglichen Wertewandel - eine nicht einfache methodische Aufgabe für die LeserInnen zum Abschluss

Der Verfasser ersucht die Leser, ihm bei der Lösung einer ziemlich schwierigen methodischen Frage zur Dienstnehmerhaftung zu helfen: Es geht um folgende Konstellation: Ein Dienstnehmer (DN) schädigt bei der Einbringung seiner Dienstleistung einen "Dritten": ZB ein Kranführer (DN) verschuldet bei einem Passanten einen Sach- oder Personenschaden. Der geschädigte Passant klagt erfolgreich den Kranführer. Kann dieser bei seinem Dienstgeber (DG) Regress nehmen? Das im Jahr 1967 in Kraft getretene Dienstnehmerhaftungsgesetz (DHG) sieht zwar in § 3 einen Rückgriff des DN gegen den DG grundsätzlich vor, das aber nur unter restriktiven Voraussetzungen. Vor allem wird eine Eigenhaftung des DG gegenüber dem geschädigten Dritten gem § 1313 a bzw 1315 ABGB für den Regress vorausgesetzt. Im konkreten deliktischen Fall haftet der DG dem Dritten weder nach § 1313a ABGB (Kranführer ist nicht Erfüllungsgehilfe) noch nach § 1315 ABGB, wenn der DN soweit nicht "untüchtig" oder "gefährlich" iSd § 1315 ABGB ist.54 Seit dem Jahr 1984 – also fast 20 Jahre nach Inkrafttreten des DHG - bejaht der OGH eine verschuldensunabhängige Risikohaftung des DG für "arbeitsadäquate" Schäden des DN analog § 1014 ABGB.55 Und in unserem Fall liegt zweifellos ein arbeitsadäquater Schaden des DN vor: Seine Haftpflicht gegenüber dem Passanten ist sein Schaden.

Der Verfasser hat bisher stets vertreten, dass § 3 DHG als lex specialis vorgeht und den § 1014 ABGB analog verdrängt, sodass insofern für die Drittschadensfälle keine Lücke vorliege. Inzwischen sind dem Verfasser aber gewisse Zweifel gekommen, da man in der Risikohaftung analog § 1014 ABGB einen nachträglichen Wertungswandel des Gesetzgebers (der Gerichte?) sehen könnte. Liegt hier allenfalls doch eine nachträgliche Lücke vor? Worin besteht die Lücke? Bejahendenfalls: Wie ist diese zu schließen? Freilich führen nicht alle faktischen oder rechtlichen Änderungen zu einer nachträglichen Lücke. 56 War diese Änderung des regulatorischen Umfelds (neue Judikatur zu § 1014 ABGB) dem Gesetzgeber des DHG unvorhersehbar bzw unplanbar?57 Und war sie eine maßgebliche Änderung?

Zudem hat ja nicht der Gesetzgeber selbst unmittelbar etwas geändert, sondern der OGH. Aber hat hier diese Judikaturänderung (Analogie zu § 1014 ABGB) nicht doch die gleiche Wirkung wie eine Gesetzesänderung? Geht es vielleicht gar nicht um eine nachträgliche Lücke, sondern um eine Normenkonkurrenz, die nach der Posteriorregel zu lösen ist? Sind gar beide Regeln nebeneinander anzuwenden (verschiedene Tatbestände?), sodass der DN wählen kann?

Wenn man eine zu füllende Lücke bejaht, wird dann § 3 DHG zur Gänze "ausgehebelt"? Oder entspricht etwa ein "compositum mixtum" aus § 1014 ABGB und § 3 DHG - etwa wie beim Eigenschaden des DN - am besten der Absicht des Gesetzgebers bzw des OGH?

Fragen über Fragen, zu deren Beantwortung der Verfasser dringend Hilfe durch die Leser benötigt. Für die drei besten methodischen Stellungnahmen wird jeweils ein Buchpreis vom Autor ausgelobt und zur Verfügung gestellt.58

K. Rechtsfortbildung contra legem unzulässig!

Für den Verfasser ist eine Rechtsfortbildung contra legem, also gegen eine klare Rechtslage, eindeutig unzulässig. Dabei würde man sich eindeutig gegen die Absicht des Gesetzgebers wenden. Schon die Grenzen solcher, von manchen behaupteter "Ausnahmen" sind nicht erkennbar.59

Maßgebliche methodische Einwände gegen die Analogie zu § 1266 ABGB nun auch bei Christandl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1246 Rz 16 ff.

⁵⁰ Der Richter kann also solche Vereinbarungen nicht verändern

⁵¹ Vgl etwa Kerschner/Sagerer-Foric/Schoditsch, Familienrecht⁷ (2020) Rz 2/116 mwN.

⁵² OGH 24. 10. 2024, 1 Ob 95/24p.

⁵³ OGH 26. 6. 2024, 9 Ob 37/24t. 54 Vgl dazu etwa Kerschner, Juristische Methodenlehre 122 mwN.

Vgl dazu näher etwa Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB3 § 1014 ABGB Rz 89 ff.

Siehe dazu Kerschner, Juristische Methodenlehre 124ff.

Zu einem solchen Fall aus letzter Zeit Berghuber, Umgründungen: Ein Beispiel methodischer Herausforderungen der FlexCo, RdW 2025, 20 bei FN 49.

Zusendungen bitte an ferdinand.kerschner@jku.at. Vgl aber die Ansätze, solche Rechtsfortbildungen contra legem zu rechtfertigen, bei Harrer/Neumayr, Rechtsfortbildung contra legem, in FS Lovrek (2024) 315ff.