

Elektronischer Sonderdruck

Festschrift
für
Thomas Simon
zum 65. Geburtstag

Land, Policey, Verfassung

Herausgegeben von

Gerald Kohl
Christian Neschwara
Thomas Olechowski
Josef Pauser
Ilse Reiter-Zatloukal
Miloš Vec

■ VERLAG
■ ÖSTERREICH

ao. Univ.-Prof. Dr. Gerald Kohl
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Neschwara
Univ.-Prof. Dr. Thomas Olechowski
Dr. Josef Pauser, MSc
Univ.-Prof. Dr. Ilse Reiter-Zatloukal
Univ.-Prof. Dr. Miloš Vec

Josef Pauser ist Leiter der Bibliothek des Verfassungsgerichtshofes. Die übrigen HerausgeberInnen lehren und forschen gemeinsam mit Thomas Simon am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.

Gedruckt mit Unterstützung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien



universität
wien

Rechtswissenschaftliche
Fakultät

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der HerausgeberInnen bzw. der AutorInnen oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2020 Verlag Österreich GmbH, Wien

www.verlagoesterreich.at

Gedruckt in Ungarn

Satz: Josef Pauser, Wien

Foto: Miloš Vec, Wien [Thomas Simon an einem Strand im Landkreis Hualien

(七星潭 = Qī-Xīng Tán), Taiwan, 23.3.2015]

Druck und Bindung: Prime Rate Kft., 1044 Budapest, Ungarn

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen

Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über

<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-8596-4 Verlag Österreich

Inhaltsverzeichnis

<i>Miloš Vec</i> Über Thomas Simon	1
<i>Sima Avramović</i> Legal Transplants and the Power of Customary Law – An Example of the Serbian Civil Code (1844) and the Turkish Civil Code (1926)	23
<i>Dalibor Čepulo</i> The ABGB and the House-Community in the Croation Legal System: Legal Irritant and Normative Plurality	35
<i>Karl Härter</i> Die Policey der Hamster, Sperlinge, Raupen und Heuschrecken: „Schädliche Tiere“ und „Ungeziefer“ in der preußischen Policeygesetzgebung der Frühen Neuzeit	73
<i>Stefan Hammer</i> Sozialkontrakt und Vertragsbegriff	93
<i>Johannes Kalwoda</i> Franz von Thun-Hohensteins (1868–1934) Beurlaubung als altösterreichischer Statthaltereivizepräsident von Dalmatien	113
<i>Gerald Kohl</i> Reisen bildet. Charles Brickdale und das Grundbuch in Österreich	125
<i>Gerhard Luf</i> Über die Begegnung von Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie im Diskurs über die Menschenrechte	153
<i>Franz-Stefan Meissel</i> Aequitas austriaca – Zur Billigkeit als Rechtsquelle in der Kodifikationsgeschichte des ABGB	167
<i>Heinz Mohnhaupt</i> Reisen, vergleichen, erkennen. Zu Praktiken juristischer Erkenntnis durch Komparatistik	191
<i>Christian Neschwara</i> „das erste so ruhmvolle, gar bald von anderen Staaten nachgeahmte Beispiel“. Die allgemeinen Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzes von 1803	209

Inhaltsverzeichnis

<i>Thomas Olechowski</i> Staatsrat und Staatsregierung in der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs. Ein Gutachten Hans Kelsens vom Dezember 1918	221
<i>Josef Pauser – Martin P. Schennach</i> „zu abstellung der laster und leichtfertigkeit“. Eine Bozner Policeyordnung von 1523	235
<i>Richard Potz</i> Neuer Wein in alte Schläuche? Aktuelle Entwicklungen im Religionsverfassungsrecht der Zweiten Republik	259
<i>Ilse Reiter-Zatloukal</i> Richtermaßregelung und Rechtsstaatlichkeit in Österreich 1934–1938	277
<i>Stefan Schima</i> Die strafrechtliche Behandlung der Abwendung vom Christentum in der Rechtsgeschichte Österreichs	301
<i>Christoph Schmetterer</i> Die boshafte Beschädigung und Gefährdung in Bezug auf Eisenbahnanlagen	325
<i>Gabriele Schneider</i> Frühneuzeitliche Policeygesetzgebung zur Bekämpfung von Armut und Bettel in Wien und Niederösterreich unter Karl VI.	339
<i>Michael Stolleis</i> Migrationen: Wallonen und Pfälzer nach Magdeburg	357
<i>István Szabó</i> Die Entthronung Karls IV. in Ungarn 1921	373
<i>Magdolna Szigeti</i> Der verfassungsrechtliche Weg zum Sozialismus in Ungarn	385
<i>Dietmar von der Pfordten</i> Transformationen des ius naturale – Wie ontologisch war das Recht der Natur?	395
<i>Christian Waldhoff</i> Polizeistrafrecht im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert als misslungener transdisziplinärer Diskurs	409
<i>Stephan Wendehorst</i> Der Imperial Turn in Geschichte, Rechtsgeschichte und geltendem Recht	437
Schriftenverzeichnis Thomas Simon	459
Autorinnen- und Autorenverzeichns	475

Aequitas austriaca – Zur Billigkeit als Rechtsquelle in der Kodifikationsgeschichte des ABGB

Franz-Stefan Meissel

I. Vorbemerkungen

Das Verhältnis von Recht und Billigkeit gehört zu den großen Themen der Privatrechtsgeschichte, es betrifft zentrale methodische Fragen der Jurisprudenz und eignet sich wie kaum ein anderes für eine multiperspektivische historische und vergleichende Analyse.¹ Die folgenden Erkundungen können dazu freilich nur einem kleinen Ausschnitt gewidmet sein: Nachzugehen ist der Rolle der Billigkeit als Rechtsquelle in der Kodifikationsgeschichte des ABGB. Die Rückbesinnung auf die historischen Wurzeln der Debatte über die Billigkeit und ihre strukturellen Komponenten ist aber nicht nur von rechtshistorischem Interesse, sie mag auch dabei helfen, den Spuren der Billigkeit im modernen Recht nachzugehen, wo sie nicht unter diesem expliziten Terminus auftritt, sondern in mehr oder weniger camoufflierter Form in der Rechtsfindung wirksam ist. Forscht man nach der spezifischen Funktion der Billigkeit im Rechtsquellenkanon des österreichischen Privatrechts, so kann man dies in Form einer Geschichte des Verschwindens und der Wiederkehr erzählen.

Wendet man sich zunächst im Rahmen der Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts im 18. Jahrhundert der Rolle der Billigkeit zu, beobachten wir die unvermeidliche Marginalisierung der Billigkeit als Rechtsquelle und ihre Verwandlung in eine gesetzliche, rechtsimmanente Figur. Die Wiederkehr der Billigkeit, wenn auch meist nicht mehr unter diesem Namen, wohl aber

¹ Daher erscheint es als ein passendes Sujet gerade für einen Juristen vom Zuschnitt unseres lieben Jubilars Thomas Simon, der sich in seiner Zeit an der Universität Wien ja besonders der Verfassungsgeschichte und den Grundfragen der Privatrechtsmethodik inklusive der Rechtsquellenlehre verschrieben hat. Meine eigene Beschäftigung mit dem Thema geht auf eine Einladung zu einer Tagung an der Universität Montpellier zurück, welche von Boudevijn Sirks (Oxford) und Yves Mauten (Montpellier, nunmehr Fribourg) organisiert wurde. Siehe dazu bereits MEISSEL, *Les transformations* 53–74.

der Sache nach, findet sich dann in rezenten gesetzlichen, vor allem aber doktrinären Tendenzen, in denen sich die Suche nach einer für den Einzelfall adäquaten Lösung im Spannungsfeld mit den generellen und abstrakten Regelungen des Gesetzes manifestiert. Denn das ist ja seit der Epikie-Lehre des Aristoteles² die Essenz der Billigkeit: Die Korrektur des generellen Rechts zur Durchsetzung individualisierter Gerechtigkeit.

Bereits für die Antike handelt es sich dabei aber nicht, wie häufig vereinfachend angenommen wird, um eine Gegenüberstellung von Recht und Gerechtigkeit, sondern um die Unterscheidung einer Gerechtigkeit, die in der Befolgung des Gesetzes (*nomos*) besteht und einer Gerechtigkeit, für die das Element der Güte und Zuneigung bestimmend ist. Im antiken Kontext ist dabei zu bedenken, dass sich die Rechtsordnung viel mehr als eine bloße Ansammlung gesetzlicher Regelungen darstellt. *Leges publicae* sind rar und regeln bestenfalls Teilaspekte.³ Neben den Gesetzen gibt es folglich andere Rechtsquellen, wie insbes. das Amtsrecht des Prätors und der anderen Magistrate mit *ius edicendi*, aber auch die *responsa prudentium*, denen bekanntlich ebenfalls der Rang einer eigenständigen Rechtsquelle zukam.⁴ Daher ist die Billigkeit auch keine bloß moralische Kategorie, sondern eine eminent juristische.⁵ Auch als Gegensatz zu *ius strictum* verweist sie nicht auf eine außerjuristische Werteordnung, sondern auf eine, das Gesetzesrecht umsetzende,⁶ dieses ergänzende und korrigierende Rechtsschicht.

Dies gilt im klassischen römischen Recht besonders für jene Einrichtungen, welche der Billigkeit zum Durchbruch verhelfen wollen, die auf dem Edikt des Prätors und den darin vorgesehenen Innovationen beruhen, wie z. B. der *exceptio doli*.⁷ Ein anschauliches Beispiel dazu bietet der berühmte Text des Javolen,⁸ in dem die *rei vindicatio* des Eigentümers an einer *exceptio doli* scheitert: Wenn der Eigentümer Ego dem Tu eine Sache übergibt, damit Tu sie im Namen des

² ARISTOTELES, Eth. Nic. 5,14; 1137a 31–1138a 3.

³ Wengleich die aktuelle romanistische Forschung zurecht betont, dass auch *leges publicae* eine wichtige Privatrechtsquelle bildeten, vgl. nur MANTOVANI, Legum multitudo.

⁴ Gai Institutiones 1.2; Papinianus (2 def) D 1.1.7.

⁵ Vgl. Paulus (15 quaest) D 50.17.90: *In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est.*

⁶ Vgl. Celsus (29 dig) D 1.3.18 29: *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.*

⁷ Aus der reichen Literatur zur *aequitas* im römischen Recht siehe etwa KASER, Römisches Privatrecht I 194f.; WIEACKER, Römische Rechtsgeschichte I 506ff.; Nörr, Rechtskritik 32ff., 113ff.; SANTUCCI, Aequitas (darin insbesondere die Beiträge von VACCA, L’Aequitas 21ff.; WALDSTEIN, „Aequitas naturalis“ 43ff.; TALAMANCA, L’Aequitas nelle costituzioni 53ff.); MANTOVANI, SCHIAVONE, Testi e problemi; sowie KLEITER, Entscheidungskorrekturen besonders 30ff.

⁸ IAVOLENUS (6 epist) D 39.5.25.

Ego dem Titius schenke (*si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares*), Tu die Sache aber vereinbarungswidrig im eigenen Namen dem Titius schenke, so scheitere zwar streng rechtlich betrachtet (*quantum ad iuris suptilitatem*) der zivile Eigentumserwerb des Titius am mangelnden dinglichen Recht des Tu, einer Rückforderung durch Ego wird aber nach einer „wohlwollenderen Lösung“ (*benignius est*) die durch das prätorische Recht geschaffene *exceptio doli* entgegengehalten. Einrichtungen des *ius civile* und des *ius honorarium* stehen hier einander gegenüber, aber auch die Regel (des *ius civile*) zur Eigentumsübertragung (im Sinn von *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*) und ein, dem Schutz des Vertrauens dienendes Rechtsprinzip (das später als Verbot des *venire contra factum proprium* bezeichnet werden sollte⁹).

Deutlich wird dies aber auch schon bei dem von Cicero, *De officiis* 3,16,67 überlieferten Rechtsstreit aus republikanischer Zeit, in dem Crassus unter Bezugnahme auf das *ius* und der Redner Antonius mit dem Argument der *aequitas* plädierte.¹⁰ Im konkreten Fall hatte M. Marius Gratidianus von C. Sergius Orata ein Grundstück gekauft und es später an ihn zurückverkauft. Bei der dem Rückverkauf dienenden Manzipation unterließ er es, den Käufer Orata darauf aufmerksam zu machen, dass das Grundstück mit einer Servitut belastet ist. Für den Kläger Orata machte Crassus (vermutlich im Rahmen einer *actio auctoritatis*,¹¹ der Sache nach gilt wohl Ähnliches auch bei der *actio empti*¹²) geltend, dass sein Anspruch nach *ius civile* bestehe, weil er es verabsäumt habe, auf die Servitut *in mancipio* hinzuweisen. Antonius hält dem unter dem Gesichtspunkt der *aequitas* entgegen, dass Orata im konkreten Fall nicht schutzwürdig sei, weil er ja vom Bestehen der Servitut ohnedies gewusst habe. Auch dabei wird eine Rechtsregel, die durch Interpretation der Zwölf Tafelgesetzregeln zum *auctoritatem praestare* im Laufe der Zeit im *ius* etabliert war (und sich dann auch im Rahmen der Konkretisierung der *bona fides* bei der *actio empti* sinngemäß wiederfindet), relativiert durch ein Prinzip, das man etwas frei mit *scienti non fit iniuria* beschreiben könnte, welches auf die mangelnde Schutzwürdigkeit im konkreten Einzelfall abzielt.

Für die Interpretation dieser im prätorischen Recht verwurzelten Behelfe zur Verwirklichung der Billigkeit, aber auch für das, dem *ius civile* zuzurechnende *oportere ex fide bona* bei den *bonae fidei iudicia*, ergibt sich im klassischen römischen Recht ein weites Betätigungsfeld für die *iuris consulti* und damit auch für die *scientia iuris*. Es sind die Juristen, die in ihrer Beratung der Parteien und des

⁹ Dazu ausführlich ISOLA, *Venire contra factum proprium*.

¹⁰ CICERO, *De officiis* 3,16,67.

¹¹ Vgl. etwa BRÄGGER, *Actio auctoritatis* 50.

¹² Eine Diskussion im Rahmen eines *bonae fidei iudicium* vermutet offenbar SCHERMAIER, *Bona fides* 392.

index im Prozess das Konzept der Billigkeit argumentativ weiterentwickeln. Etwas kanalisiert und möglicherweise eingeschränkt wird diese Freiheit der Juristen bei der Entfaltung der Billigkeit allerdings durch das spätere Kaiserrecht, wenn z. B. von Konstantin die Entscheidung zwischen *ius* und *aequitas* als Prärogative des Kaisers betont wird.¹³ Bemerkenswert ist aber, dass derselbe Kaiser nur zwei Jahre vorher¹⁴ von einem Vorrang von *iustitia aequitasque* gegenüber dem *ius strictum* spricht und dabei klar wird, dass auch für ihn *iustitia* und *aequitas* keine dem positiven Recht entgegengesetzten, sondern diesem immanente Größen darstellen. Erst die Ergänzung des *ius strictum* um die Regeln und Prinzipien der *aequitas* ergeben damit das vollständige Bild der Rechtsordnung in der römischen Antike.

II. Vom Verschwinden der Billigkeit im Laufe der Kodifikationsgeschichte des ABGB

Das Verhältnis von Gesetz und Billigkeit unterliegt im Kodifikationszeitalter und infolge der Herausbildung des modernen Rechtsstaates einem fundamentalen Wandel. Im selben Ausmaß, in dem das Gesetz zur exklusiven Rechtsquelle wird, verringert sich die Berufung auf die Billigkeit.¹⁵ Dies zumindest ist die allgemeine Tendenz, die wir auch in der österreichischen Rechtsentwicklung seit dem 18. Jahrhundert nachvollziehen können: Die Billigkeit wird abgelöst durch umfassend angelegte gesetzliche Regelungen. Diese ersetzen die zuvor dem weiten Ermessensspielraum des Richters anheimgestellte Orientierung am *bonum et aequum* und ähnlichen Kategorien.

Sehr häufig sind diese gesetzlichen Regelungen aber dispositiver Natur, so dass über den Umweg der Auslegung, vor allem einer an der hypothetischen Absicht redlicher Parteien angelehnten ergänzenden Auslegung, Billigkeitsüberlegungen in der Praxis sehr wohl wieder einfließen können. Eine andere Rückkehr der Billigkeit ergibt sich auch über die dem Richter als Rechtsanwender eingeräumte Befugnis zur Rechtsfindung *per analogiam* in jenen Fällen, in denen das Gesetz lückenhaft erscheint.

¹³ C 1.14.1 (aus dem Jahr 316): *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.*

¹⁴ C 3.1.8 (aus dem Jahr 314): *Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.*

¹⁵ Zum Folgenden siehe etwa SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“; WESENER, *Aequitas* 81–105, besonders 96ff.

A. Billigkeit als Rechtsquelle im älteren Recht

In den österreichischen Landesordnungen erscheint im 17. Jahrhundert die natürliche Billigkeit noch als selbstverständliche Komponente des Kataloges der Rechtsquellen. So ordnet etwa die Landtafel für Österreich ob der Enns von 1616/1629 an, dass die Auslegung im Fall des Zweifels nicht nur nach dem allgemeinen Landtsgebrauch und den Rechten, sondern auch nach der natürlichen Billigkeit und Ehrbarkeit erfolgen soll.¹⁶

Dass dies auch noch Mitte des 18. Jahrhunderts die gängige Gerichtspraxis gewesen sein dürfte, ergibt sich aus einer Schrift, die vor kurzem von Christian Neschwara¹⁷ wiederentdeckt und ediert wurde: Josef Ferdinand Holger führt darin 1753 aus, dass auch „nachgesetzte Gerichtsstellen“, um nicht fortwährend den Hof um Rechtsauskünfte angehen zu müssen mit Billigung des Hofes sich selbst der Analogie, des Rückgriffes auf die opinio von Rechtslehrern und eben auch der natürlichen Billigkeit bedienen.¹⁸ Zur Befugnis der Gerichte führt Holger zwei Argumente an: Zum einen fände sich in mehreren österreichischen Landessatzungen die Handlungsanweisung an den Richter „und in anderen dergleichen Fällen et cetera“. Zum anderen habe aber auch der Landesfürst auf Anfragen „öfters in duncklen Vorfällen“ geantwortet, dass der Anfragende „sein Amt von selbst denen Rechten gemäß zuhandeln, und die rechtliche Erkantnis zuschöpfen wissen werde“.

¹⁶ Landtafel für Österreich ob der Enns von 1616/1629 IV 1 § 3: „so sollen die undeutliche und zweifliche Reden nach dem algemainen Landtsgebrauch, den Rechten und natürlicher Billigkhait und Erbarkhait gemäß verstanden und ausgelegt werden. Dazu ausführlicher WESENER, Bedeutung der österreichischen Landesordnungsentwürfe 613–631, hier 619; WESENER, Aequitas 85, Fn 16, 96, 106.

¹⁷ NESCHWARA, Älteste Quellen.

¹⁸ HOLGER, Anmerckungen 191: „In Ausdeutung der Gesäz hat man sich zuvorderist an den klaren, Landes-üblichen Wort-Verstand gehalten, bey sich geäusserten Anstand die Wort mit den Sin des Gesazgebers zuvereinbaren getrachtet, und zu gründlicheren Begriff der Landesfürstl[ichen]: Willens-Meinung die etwo beygeruckte Ursach des Gesazes reif miterwogen; in solcher Ausdeutung des Rechtens aber, weilen dißfals ein besonderes oesterreichisch-maaßgebiges Gesaz nicht vorhanden, sich hauptsächlich nach der algemeinen Rechts-Lehre gerichtet. Jedoch haben in Oesterreich die nachgesetzten Gerichts-Stellen, um den Hof nicht fortwürrig mit Anfragen, und erbittenden Rechts-Erläuterungen anzulaufen, bißhero ungeirret, und ohne aller höherer Ahndung, in zweifelhaften sowohl bürgerlich- als peinlichen Rechts-Begebenheiten sich der Anwend- Ausdehn- und Ausdeutung des Rechtens von einem gleichen Fall auf den anderen gebrauchet und dieses mit guter Befugnus ... erfolget, eben dadurch aber der Richter, dass er zu Entscheidung verflochten- und zweifelhafter Rechts-Fragen die Rechten von Fall zu Fall ausdehnen, allenfalls sich der Meinung deren Rechts-Lehrer brauchen, oder auch die natürliche Billichkeit zu Hilf nehmen könne...“

B. Billigkeit als Prärogative des aufgeklärten Herrschers

In der Epoche Maria-Theresis verändert sich im Zusammenhang mit dem großen Projekt einer Zivilrechtskodifikation im Codex Theresianus die Perspektive. Nun wird – ganz im absolutistischen Geist – die Billigkeit als eine Prärogative des Herrschers bzw. des Gesetzgebers gesehen. Es entspricht dem Ideal des aufgeklärten Monarchen, selbst im Rahmen der umfassenden gesetzlichen Normierung auch die natürliche Billigkeit umzusetzen, der Gesetzgeber entzieht den Richtern aber zugleich die Befugnis zur Rechtskorrektur, ja auch die Befugnis zur Interpretation zweifelhafter Bestimmungen.

So heißt es etwa in dem von Josef Azzoni (1712–1760) ausgearbeiteten „Vorentwurf zum Codex Theresianus“, dass der Richter „keine Ausdehnung von einem Fall auf den anderen oder Einschränkung auf gewisse Fälle“ vornehmen und auf keinen Fall unter Berufung auf eine „eingebildete Billigkeit“ gegen den Inhalt des allgemeinen Rechts entscheiden dürfe.¹⁹ Und im Codex (I Cap I § V n. 81) wird eine strikte Bindung an den Wortlaut des Gesetzes angeordnet und die Auslegung nach dem Sinn des Gesetzes untersagt;²⁰ auch wird es allen Richtern ausdrücklich verboten, unter dem „nichtigen Vorwand einer von der Schärfe der Rechte unterschiedlichen Billigkeit“ von einer klaren Vorschrift abzugehen.²¹ Im Fall der Unklarheit ist eine förmliche Anfrage an den Hof zu richten, um eine autoritative Interpretation zu erhalten.²² Nur dort, wo er vom Gesetz dazu ermächtigt werde, bestimmte Umstände nach der natürlichen Billigkeit zu beurteilen, dürfe dies der Richter.²³

¹⁹ AZZONI, Vorentwurf, Von Ausdeitung deren rechten und der natürlichen Billigkeit: „2. Daß ferner keinerley Ausdehnung von einem Fall auf den anderen oder Einschränkung auf gewisse Fälle, noch sonstige Ausdeitung zugelassen werden solle; am allerwenigsten eine eingebildete Billigkeit entgegen den Inhalt dieses allgemeinen Rechts vorgeschuet werden könne.“

²⁰ Codex Theresianus (1758) I Cap I § V n. 81: „Jedermann ist an die ausdrücklichen Worte Unserer Gesetzen in ihrem wahren und allgemeinen üblichen Verstand gebunden. Niemandem ist daher gestattet, sich einer rechtskräftigen Ausdeutung Unserer Gesetzen anzumaßen, noch unter dem Vorwand eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinn des Gesetzes solche auf einerlei Weise zu erweitern oder einzuschränken.“ Vgl. aber n. 87, wo der Richter durch Gesetz angewiesen wird, bestimmte Umstände „nach der natürlichen Billigkeit zu beurteilen.“

²¹ Ebd. § V n. 82: „Wir verbieten auch allen Richtern, unter dem nichtigen Vorwand einer von der Schärfe der Rechten unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschrift Unserer Gesetzen im Mindesten abzugehen.“

²² Ebd. § V n. 83: „Wo ferne dem Richter ein Zweifel vorfiele, ob ein vorkommender Fall in dem Gesetz begriffen seie oder nicht, oder da ihme das Gesetz selbst dunkel schiene, oder ganz besondere und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung des Gesetzes entgegenständen, so ist die maßgebige Erklärung des Gesetzes allemal bei Uns anzusuchen.“

²³ Ebd. § V n. 87.

Diese Bestimmungen wurden in der Sitzung der Kompilationskommission vom 13. Oktober 1772 durchaus kontrovers diskutiert.²⁴ So wies Hofrat von Goldegg darauf hin, dass „der Fall doch selten vorkomme, dass der Wortlaut einer Norm genüge, um die richterliche Entscheidung zu begründen“ und plädierte daher dafür, den Richter zu ermächtigen „entweder aus der Ursach oder Sinn des Gesetzes oder Combination der Gesetzen selbst oder aus denen allgemeinen Grundregeln“ zu schöpfen. Er setzte sich mit diesem, dem heutigen § 7 ABGB nahekommenden Vorschlag aber nicht durch, vielmehr hielt die Kommission dagegen, „daß dem Richter unmöglich eine *interpretatio legis* eingeräumt werden könne, ohne die ganze bei Verfassung des neuen Gesetzbuches gehegte Absicht zu vereiteln“.

Der Codex Theresianus trat bekanntlich nie in Kraft. Die restriktive Tendenz der absolutistischen Rechtstheorie fand aber eine, freilich nicht ganz so weitgehende Umsetzung im Josephinischen Gesetzbuch, in dem die Vorrangstellung des auf der obersten Gewalt des Landesfürsten beruhenden Gesetzes deutlich zum Ausdruck kommt. So dürfen Gewohnheiten nicht gegen das Gesetz verstoßen²⁵ und gelten nur insoweit, als Gesetze auf sie verweisen oder der Landesfürst sie (zumindest stillschweigend) bewilligt.²⁶ Die Ausübung von gesetzeskorrigierender Billigkeit ist dem Landesfürsten vorbehalten, so z.B. bei Rechtsirrtum oder Rechtsunkenntnis.²⁷

Für die Normunterworfenen gilt hingegen strenge Gesetzesbindung: „Niemand ist berechtigt, sich einer rechtskräftigen Auslegung anzumassen, noch unter dem Vorwande eines Unterschieds zwischen den Worten und dem Sinn der Gesetze, solche zu erweitern, oder einzuschränken. Auch soll kein Richter unter Vorschützung einer von der Strenge der Rechte unterschiedenen Billigkeit von der klaren Vorschrift der Gesetze abgehen.“²⁸ Auf die natürliche Billigkeit darf (und muss) der Richter nur dort Rücksicht nehmen, „wo der Richter durch die Gesetze selbst angewiesen wird, auf Personen, Zeit, Ort und andere Umstände zu sehen“.²⁹

Der „Höhepunkt judizieller Restriktion“³⁰ zeigt sich auch darin, dass der Richter bei einem Zweifel „ob ein vorkommender Fall in dem Gesetze begrif-

²⁴ Dazu der Bericht und die folgenden Zitate bei HARRAS VON HARRASOWSKY, Codex Theresianus 4, 22 Fn 17.

²⁵ Josephinisches Gesetzbuch I 1 Nr 9.

²⁶ Ebd. Nr 14.

²⁷ Ebd. Nr 3: „Dem Landesfürsten bleibt jedoch vorbehalten, bey besonderen Umständen Jedemdem, der durch Nichtkenntniß, oder Rechtsirrtum an seinem rechte oder Vermögen Nachtheil litte, eine außerordentliche Rechtshilfe angedeihen zu lassen.“

²⁸ Ebd. Nr 24.

²⁹ Ebd. Nr 24 Satz 3.

³⁰ So SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“ 29; allerdings könnte man auch argumentieren, dass hier immerhin dem Richter explizit die Rechtsfindung durch Analogie zugestanden wird.

fen“ sei, oder „falls besondere, und sehr erhebliche Bedenken der Beobachtung desselben entgegen stünden“ die „Belehrung allzeit von dem Landesfürsten“ zu suchen habe. Immerhin ist die Rechtsfindung per Analogie den Richtern nun doch gestattet, „doch soll ein solcher Fall jedesmal dem Landesfürsten angezeigt werden“.³¹ Die Auffassung der Billigkeit im aufgeklärten Absolutismus josephinischer Prägung erinnert damit an die Leitidee der konstantinischen Konstitution C 1.14.1 aus dem Jahr 316, die sowohl für die Rechtsauslegung als auch die Zulassung der *aequitas* ein Monopol des Herrschers beansprucht.

C. Ratio legis statt Billigkeit?

Im Zuge der Schaffung der weiteren Kodifikationsgeschichte, die letztlich zum ABGB 1811 führt, lassen sich zwei Tendenzen ausmachen:

1. Die restriktive Sicht hinsichtlich der Interpretation unklaren oder lückenhaften Gesetzesrechts wird weitgehend aufgegeben. Den Richtern, die ja nun als Teil der zentralisierten und professionalisierten Verwaltung des aufgeklärten Staates gesehen werden,³² wird ausdrücklich die Befugnis zur Interpretation des Gesetzes auch nach der „klaren *ratio legis*“ eingeräumt, auch dürfen sie Lücken des Gesetzes durch Analogie schließen.

2. Der Terminus Billigkeit aber wird tunlichst vermieden; die Vorstellung, dass in einer Einzelfallentscheidung vom generellen Gesetz abgewichen werden kann, widerspricht dem Exklusivitätsanspruch des Gesetzes und auch der Selbstbindung des aufgeklärten Monarchen des späten 18. Jahrhunderts, der sogar sich selbst die Befugnis zur Erlassung eines „Machtspruches“ *contra legem* versagt.³³

Im Zuge der Begutachtung des Entwurfes Martini kam es zu kontroversen Diskussionen um die Erlaubtheit und den Stellenwert einer *ratio-legis*-Argumentation. Während manche Stände eine strikte Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut forderten, hatten andere eine Präferenz für die Zulässigkeit der Berücksichtigung der natürlichen Billigkeit im Einzelfall auch in Fällen eines entgegenstehenden Wortlautes. Für die erste Richtung stehen die Äußerungen der Stände von Tirol und Schlesien zum Entwurf Martini aus 1792, welche „jede nur auf den Sinn eines Gesetzes stützende Auslegung“ strikt ablehnten.³⁴

Hingegen sprachen sich die Stände von Kärnten ausdrücklich dagegen aus, dass „der Richter auch damals an das Gesetz gebunden sein solle, wenn der selbsteigene Geist des erlassenen Gesetzes eine Abweichung davon“ erfordere, und die Stände in Niederösterreich empfahlen, dass dem Richter gestattet wer-

³¹ Josephinisches Gesetzbuch I 1 Nr 26 am Ende.

³² Zur Relevanz der Ausbildung und der Verlässlichkeit des Richterstandes im Zusammenhang mit dem Ausmaß der richterlichen Freiheit siehe SCHOTR, „Rechtsgrundsätze“ 76ff.

³³ Ebd. 81ff.

³⁴ HARRAS VON HARRASOWSKY, Codex Theresianus 5, 10 Fn 6, dort auch die folgenden Zitate.

den soll „bei einem sich äußernden Unterschiede zwischen den Worten des Gesetzes und dem auffallenden Sinne desselben sich nach diesem letzteren zu benehmen, auf gleiche Art von der wörtlichen gesetzlichen Vorschrift und der hierin enthaltenen Strenge der Rechte abzuweichen, und vielmehr der natürlichen Billigkeit Platz zu geben, wenn diese Billigkeit mit dem Sinne jener Vorschrift ungezweifelt vereinbar ist“.

In der Gesetzgebungskommission bekämpfte Hofrat Franz Georg von Keß³⁵ dann die „Anträge, welche nach seiner Meinung dazu führen könnten, daß man sich unter dem Vorwande, im Sinne des Gesetzes zu handeln, mit dem Wortlaut desselben in Widerspruch setzen würde. Dadurch wäre die Gleichförmigkeit der Gesetzanwendung sehr gefährdet, und Jedermann die Versuchung nahegelegt, das Gesetz nach seinem Sinn zu beugen“. Ganz typisch für die Zeitströmung des aufgeklärten Absolutismus josephinischen Zuschnitts erscheint es, wenn Keß die Billigkeit nur dem Gesetzgeber, nicht aber der Gerichtsbarkeit zuordnet: Die Billigkeit soll nicht dem Richter als Leitfaden dienen, wohl aber sei es die Pflicht des Landesfürsten, „sich bei der Gesetzgebung von der Billigkeit leiten zu lassen, welche die Gerechtigkeit von der Härte unterscheidet. Dem gegebenen Gesetze gegenüber dürfe man aber Niemandem mehr gestatten, sich unter dem Vorwande der Billigkeit der Anordnung des Gesetzgebers zu entziehen.“ Mit Berufung auf Montesquieu hob Keß auch hervor, daß Manches, was für den Einzelnen unbillig scheine, „im Interesse der Gesamtheit unerläßlich wäre“.³⁶

Bei der Sitzung vom 11. Jänner 1796 sprach sich dann die Mehrheit dagegen aus, dass dem Richter gestattet sei, im Zweifel über die Anwendung eines Gesetzes nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden; vielmehr solle der Richter in einem solchen Fall die Belehrung des Gesetzgebers anrufen.³⁷

D. Rekurs auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“

Letztlich fand sich dann aber im (West-)Galizischen Gesetzbuch eine weitgehend auf Martinis Vorschlag zurückgehende Fassung, die sehr wohl wieder als Subsidiarquelle im Fall der Lücke einen Rekurs auf Rechtsgrundsätze vorsah. Erweisen sich weder Interpretation (in allen ihren Varianten) noch Analogie als ausreichend, wird der Rechtsanwender ermächtigt, als subsidiäre Rechtsquelle auf die „allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätze“ zu rekurrieren.³⁸

³⁵ HARRAS VON HARRASOWSKY, Codex 5, 11 Fn 6.

³⁶ Ebd. Fn 6.

³⁷ Ebd. Fn 6.

³⁸ OFNER, Protokolle I, IV: § 18: Einem Gesetze darf in der Auslegung und Anwendung kein anderer Sinn beigelegt werden, als der, welcher nach den Regeln der Sprache aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte, und ihres Zusammenhanges, oder auch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers deutlich hervorleuchtet. § 19: Findet aber der Richter einen

Während *Martini* für diesen Fall ursprünglich die natürlichen Rechtsgrundsätze (d.h. Naturrecht) vorgesehen hatte, wurde dies im Laufe der Beratung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verändert³⁹, „weil die Lehrer des Naturrechts in gewissen Grundsätzen unter sich selbst nicht einig sind“.⁴⁰ Das (West-)Galizische Gesetzbuch verweist dann allerdings in der promulgierten Form auf die „allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätze“.

In der Beratung des ABGB in der Hofkommission wurde in der Sitzung vom 4. Jänner 1802 der von der Universität zu Innsbruck gemachte Einwand aufgegriffen, der Ausdruck „allgemeine Rechtsgrundsätze“ könne zur falschen Auffassung verleiten, dass damit die Regeln des gemeinen (römischen) Rechts gemeint seien. Dem Bedenken stimmt der Referent Zeiller zu, indem er erklärt, dass das gemeine (d.h. römische) Recht „ja eben durch das neue Gesetzbuch aufgehoben werden“ soll und die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechts „ja auch nur natürliche Rechtsgrundsätze“⁴¹ seien.

Diskutiert wird in dieser Sitzung auch die Regelung des Landrechts in Kärnten, das eine Vorlagepflicht an die oberste Behörde für jene Fälle vorsah, in denen ein unterer Richter aufgrund von natürlichen Rechtsgrundsätzen eine Entscheidung fällen möchte. Zeiller mildert diesen Vorschlag, indem er anregt, dass die Richter in einem solchen Fall nur *ex post* am Ende des Jahres der Hofkommission in Gesetzessachen Bericht erstatten soll. Dies würde der Hofkommission ermöglichen, die Richter zu belehren, falls der Fall auch ohne Rückgriff auf natürliche Rechtsgrundsätze aufgrund des positiven Gesetzes hätte gelöst werden können und dabei auch eine Missbrauchskontrolle auszuüben. Zugleich werde der Gesetzgeber aber auch in die Lage versetzt, von allfälligen Lücken zu

Rechtsfall durch die Worte des Gesetzes nicht geradezu entschieden, so muß er in seinem Urtheile auf den natürlichen Sinn des Gesetzes, er muß ferner auf die Gründe eines anderer damit verwandter Gesetze, und auf ähnliche im Gesetze bestimmt entschiedene Fälle Rücksicht nehmen: bleibt ihm der Rechtsfall nach all diesem noch zweifelhaft, so muß er ihn mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten, und reiflich erwogenen Sachumstände nach den allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätzen entscheiden.

³⁹ MARTINI, Entwurf Martini: § 11: Die Worte des Gesetzes müssen nach ihrer eigentlichen Bedeutung und dem gemeinüblichen Sprachsinne genommen und verstanden werden. § 12: Findet der Richter einen Rechtsfall durch die Worte des Gesetzes nicht entschieden, so muß er auf den erklärten Sinn desselben, auf Gründe eines andern damit verwandten Gesetzes, auf ähnliche Fälle, die im Gesetz bestimmt entschieden sind, Rücksicht nehmen, und darnach sein Urtheil fällen; bleibt ihm noch ein Zweifel übrig, so hat er denselben mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und erwogenen Sachumstände nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. § 13: Eine Abänderung oder gar die Aufhebung des Gesetzes, so wie Erläuterungen desselben können nur durch ausdrückliche Willenserklärung des Gesetzgebers geschehen.

⁴⁰ In: HARRAS VON HARRASOWSKY, Codex 5, 11 Fn 6.

⁴¹ OFNER, Protokolle I, 23.

erfahren und darauf gesetzgebend zu reagieren.⁴² Zeillers Vorschlag hätte die Freiheit des Richters, den Einzelfall auf der Basis natürlicher Rechtsgrundsätze zu entscheiden, grundsätzlich beibehalten, wohl aber eine gewisse Nachkontrolle durch die Hofkommission vorgesehen.

Den Mitgliedern der Hofkommission (Präsident Rottenhann, Vizepräsident Haan, Hofräte Sonnenfels, Schmidfeld, Aichen, Ehrenberg, Strobl, Lyro) erschien aber auch dieser Kompromissvorschlag zu einschränkend: Es sei gefährlich, „wenn man die Richter, wie es in dem Josephinischen Gesetzbuche der Fall wäre, auf den bloßen Buchstaben des Gesetzes beschränke“, sodass die Fassung des (späteren) § 7 ABGB entsprechend der Vorlage Martinis ohne jegliche Vorlagepflicht beschlossen wurde.

E. Billigkeit als moralische Kategorie bei Kant und Zeiller

Die Diskreditierung der Billigkeit gegen Ende des 18. Jahrhunderts zeigt sich nicht zuletzt in den Äußerungen Immanuel Kants, für den die Billigkeit als Tugendpflicht außerhalb des Rechts steht und damit der vom Recht zu trennenden Sphäre der Moralität zugehörig ist. Kant identifiziert in seiner Rechtslehre ein wenig vereinfachend das Recht mit dem (gleichsam mathematisch bestimmbar) strengen Recht und grenzt dieses von der Billigkeit als Tugend, die für ihn eine Kategorie des Gewissens darstellt, ab. Die Billigkeit gehöre, so Kant, nur vor das himmlische, nicht aber das irdische Gericht: „Der Sinnspruch (*dictum*) der Billigkeit ist nun zwar: „das strengste Recht ist das größte Unrecht“ (*summum ius summa iniuria*); aber diesem Übel ist auf dem Wege Rechtens nicht abzuhelpen, ob es gleich eine Rechtsforderung betrifft, weil diese für das Gewissensgericht (*forum poli*) allein gehört, dagegen jede Frage Rechtens vor das bürgerliche Recht (*forum soli*) gezogen werden muß.“⁴³

Dementsprechend charakterisiert Kant die Billigkeit in der „Metaphysik der Sitten“ auch als eine „stumme Gottheit, die nicht gehöret werden kann“.⁴⁴

Diese Lehre Kants wird von seinem österreichischen Gefolgsmann Franz von Zeiller⁴⁵ in seinem Natürlichen Privatrecht rezipiert⁴⁶ und beeinflusst damit

⁴² Vgl. OFNER, Protokolle I, 23f.

⁴³ KANT, Metaphysik 342.

⁴⁴ Ebd. 342 mit Fn 2.

⁴⁵ SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“ 87f.

⁴⁶ ZEILLER, Natürliches Privatrecht 10f.: „In jenen Fällen aber, worin der Berechtigte aus Pflicht der Güte (Billigkeit, Menschenliebe) von seinem strengen Rechte ablassen soll, ruft ihm die moralische Vernunft (die innere Stimme des Gewissens) zu, daß seine strenge Forderung unerbittlich sei, sein Recht ist dann zwar ein äußeres, aber kein inneres Dürfen.“ Vgl. ZEILLER, Natürliches Privatrecht³ 19: [Der Gesetzgeber] „handhabt das Recht durch den angedrohten Zwang, ohne sich in dem Gesetzbuche auf die Lehren der Moral oder Religion zu berufen ... Jeder wird in dem, nach dem Gesetze ihm zuständigen

die theoretische Position jenes Mannes, der die Endfassung des ABGB als Referent der Hofkommission in Gesetzessachen entscheidend mitbestimmt. In seinem Vortrag in der ersten Sitzung der Beratung des ABGB am 21. Dezember 1801 führt Zeiller aus, dass die Gerechtigkeit des Gesetzes vor allem in der Respektierung der Freiheit (in die nicht ohne Not eingegriffen werden dürfe) sowie der Rechtssicherheit und Gleichheit bestehe. Das Erzwingen von Moralität und Pflichten der Güte sei dagegen ein „Widerspruch der Gesetzgebung“. Die Billigkeit und Wohltätigkeit sei „dem Gewissen der Bürger anheim gestellt“, könne aber nicht vom Gesetz erzwungen werden.⁴⁷

F. Keine Befugnis zur richterlichen Gesetzeskorrektur

So ist es auch nicht verwunderlich, dass bei der Schaffung des ABGB ein von der Freiburger Juristenfakultät gemachter Vorschlag nicht realisiert wurde. Diese hatte in ihrer Stellungnahme zum Entwurf des ABGB die Zulässigkeit einer richterlichen Gesetzeskorrektur im Ausnahmefall („wenn aus der wörtlichen Auslegung eines an sich zwar klaren Gesetzes wegen vorkommender, ganz besonderer, vom Gesetzgeber nicht vorhergesehenen Umstände eine offenbare Ungerechtigkeit oder Ungereimtheit folgen sollte“) befürwortet. Nach diesem Vorschlag wäre den natürlichen Rechtsgrundsätzen nicht nur die Funktion einer subsidiären Rechtsquelle bei Scheitern aller Formen analoger Lückenfüllung zugekommen, sondern sie hätten den Charakter einer dem positiven Recht übergeordneten naturrechtlichen Rechtsschicht erlangt, ähnlich wie dies der Epikie-Lehre des Aristoteles entsprach.⁴⁸

Die Ablehnung dieses Freiburger Vorschlags entsprach ganz der theoretischen Position Zeillers, von der oben schon die Rede war. Dieser sieht die „bürgerliche Ordnung“ in Gefahr, wenn sich der einzelne zum „Richter über das

Rechte, wäre dessen Ausübung auch unbillig oder lieblos, durch die öffentliche Macht geschützt.“; 20: „Wer die Pflichten der Güte vernachlässiget, handelt lieblos und unmoralisch; ihne jedoch zum Wohlthum durch Zwang anzuhalten, ist eine, alle Freyheit und Geselligkeit zerstörende Ungerechtigkeit. Der Vorwand, die Moralität zu befördern, kann in allen diesen Fällen den Zwang nicht rechtfertigen. [...] So macht ja eben der ungewzwungene gute Wille das Wesen und den Werth der Moralität aus.“

⁴⁷ OFNER, Protokolle I, 7.

⁴⁸ Vorschlag der Freiburger Juristenfakultät (1797) zu § 12 Entwurf Martini (abgedruckt bei SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“ 18; laut Schott, aaO 23 vermutlich auf Initiative von Joseph Anton Petzek (1745–1804) zurückgehend): „Da der Gesetzgeber ein Mensch ist, folglich unmöglich immer alle Umstände und deren unendliche Modifikationen vorhersehen kann, so könnte am Ende dieses § noch füglich hinzugesetzt werden: Dieses nämlich [dh. der Rückgriff auf die „allgemeinen und natürlichen Rechtsgrundsätze“] hat auch der Richter zu tun, wenn aus der wörtlichen Auslegung eines an sich zwar klaren Gesetzes wegen vorkommender, ganz besonderer, vom Gesetzgeber nicht vorhergesehenen Umstände eine offenbare Ungerechtigkeit oder Ungereimtheit folgen sollte.“

Gesetz“ erheben würde. Dem redlichen Manne, der von der Widerrechtlichkeit des Gesetzes überzeugt zu sein glaubt, gezieme es bloß, seine Gründe dem Gesetzgeber vorzulegen und damit eine Korrektur durch den Gesetzgeber anzuregen.⁴⁹ Zeiller betont in seinem Kommentar auch, „dass der Richter in dem gegenwärtigen Gesetzbuche nicht so, wie in dem Römischen Rechte, und in vielen Commentaren über dasselbe, auf die Billigkeit in seinen Entscheidungen Rücksicht zu nehmen, angewiesen wird.“⁵⁰ Der Rücksichtnahme auf individuelle Verhältnisse im Einzelfall stehe der Wert der Berechenbarkeit und der Gleichförmigkeit der Entscheidung gegenüber: „Ein Gerichtshof ist keine Behörde der Wohltätigkeit, er ist, wie schon das Wort andeutet, dazu bestimmt jedem (ohne Unterschied des Standes und Vermögens) sein Recht zuzuteilen.“⁵¹ Soweit es die Fürsorge um bestimmte „minder Mächtige“, d. h. Gruppen wie Minderjährige, Geisteskranke oder Abwesende erfordere, liege es am Gesetzgeber deren Schutz vorzusehen und auch bei der Gefahr der Übervorteilung im Geschäftsverkehr gäbe es entsprechende gesetzliche Vorkehrungen (wie die Regeln über *laesio enormis* und Wucher). Dies werde zwar manchmal auch Billigkeit genannt, sei aber ein Aspekt der gesetzgeberischen Gerechtigkeit. Im Übrigen sei vom Richter auf Billigkeit nur dort Rücksicht zu nehmen, wo ihn das Gesetz selbst dazu anhalte, wie etwa bei der Auslegung von Verträgen und deren Ergänzung, die gemäß § 914 ABGB nach den Absichten der Parteien und den Übungen des redlichen Verkehrs zu erfolgen haben.⁵²

III. Vom Wiederauftauchen der Billigkeit

A. Billigkeit als gesetzliche Kategorie

1. Wie wir gesehen haben, ist das Verschwinden der Billigkeit selbst im ABGB 1811 kein vollständiges. Die Billigkeit verliert ihren Rang als eine dem Gesetz

⁴⁹ ZEILLER, Commentar I, 67 (im Zusammenhang mit dem subsidiären Rekurs auf die natürlichen Rechtsgrundsätze): „Noch größer aber wäre die Kühnheit, sich, gegen alle bürgerliche Ordnung zum Richter über die Gesetze aufzuwerfen, und unter dem Vorwande, daß sie mit den natürlichen nicht übereinstimmen, selbe verschmähen zu wollen. Dem redlichen Manne, der, nach genauer Prüfung, von der Widerrechtlichkeit eines Gesetzes überzeugt zu seyn glaubt, ziemt es bloß, seine Gründe dem Gesetzgeber vorzulegen.“

⁵⁰ Ebd. 69.

⁵¹ Ebd. 69.

⁵² Ebd. 70: „Aber auch der Richter muss da, wo die Äußerungen des Willens (eines Erblassers oder vertragmachenden Teils) zweifelhaft oder unvollständig sind, zur Vermutung Zuflucht nehmen, was die Handelnden zur Absicht gehabt und was sie, wenn ihnen der zweifelhafte Fall vorgeschwebt hätte, bei einer (vorauszusetzenden) rechtlichen und billigen Denkungsart ausdrücklich verabredet haben würden. Hier besteht also die Billigkeit in einer richtigen (logischen) Auslegung der Willenserklärungen.“

gleichwertige Rechtsquelle. Sie spielt nur mehr als abgeleitete Größe dort eine Rolle, wo das Gesetz ausnahmsweise ausdrücklich eine Entscheidung nach Billigkeit verlangt. Im ABGB 1811 ist dies etwa bei der Billigkeitshaftung des § 1310 ABGB der Fall, eine (möglicherweise von der Regelung des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten⁵³ mitbeeinflusste⁵⁴) Regelung, der Zeiller ursprünglich skeptisch gegenüber gestanden war.⁵⁵ Weitere Bestimmungen, die auf die Billigkeit ausdrücklich Bezug nehmen sind § 500 ABGB („billige Rücksicht“ bei der Bestimmung des Triebviehs bei einem Weiderecht), § 904 ABGB (bei bloß persönlicher, nicht vererblicher Pflicht ist die Erfüllungszeit vom Richter „nach Billigkeit“ festzusetzen, auch wenn die Verpflichtungszeit der Willkür des Verpflichteten anheimgestellt ist) und § 1325 ABGB („ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld“).

Die zumindest subsidiäre Bedeutung des Naturrechts hingegen, welches in den natürlichen Rechtsgrundsätzen des § 7 ABGB angesprochen ist, hat in der Praxis nur eine geringe Rolle gespielt⁵⁶ und wurde von der pandektistischen Doktrin des 19. Jahrhunderts, die das Naturrecht ablehnte, geradezu geleugnet.⁵⁷ Von diesen von der deutschen pandektistischen Wissenschaft beeinflussten Autoren, wie insbesondere dem jungen Joseph Unger wurden auch die wenigen Relikte der Billigkeit wie § 1310 ABGB ausdrücklich abgelehnt.⁵⁸

⁵³ ALR I, 6, §§ 41ff.; vgl. dazu GRÄFF u. a., Ergänzungen 1, 305ff., wo die vom römischen Recht abweichende Regelung mit der Billigkeit begründet wird.

⁵⁴ Allerdings fand sich eine auf die konkrete Einsichtsfähigkeit abstellende Haftung eines an sich deliktunfähigen Schädigers auch bereits im Codex Theresianus, Kapitel 22 § 9; HARRASOVSKY, Codex 4, 501.

⁵⁵ Vgl. OFNER, Protokolle II, 189, 204f., 439.

⁵⁶ Zur (bescheidenen) Bedeutung der natürlichen Rechtsgrundsätze in der Judikatur des OGH vgl. GAMPL, „Natürliche“ Rechtsgrundsätze in der Judikatur der k.k. Höchstgerichte 51ff. (bes 53ff.); GAMPL, Die „natürlichen“ Rechtsgrundsätze in der Höchstgerichts-Judikatur der Republik 399; etwas positiver hingegen die Einschätzung von BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre 481ff., bes 492f. Zu den natürlichen Rechtsgrundsätzen vgl. auch DERS., Fundamentale Rechtsgrundsätze; MAYER-MALY, Die natürlichen Rechtsgrundsätze 853; SCHAMBECK, Die natürlichen Rechtsgrundsätze 479.

⁵⁷ UNGER, System 1, 71: „[...] die Rechtsanalogie ist vollkommen ausreichend, um jeden sich ergebenden Fall im Geiste des bestehenden Rechts zu lösen, und in der Aufstellung des Naturrechts im § 7 des bürgerlichen Gesetzbuches ist nichts anderes als die Befriedigung eines rein theoretischen Dranges der Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches zu sehen.“

⁵⁸ Ebd. 72 Fn 20: „Übrigens herrscht in den modernen Gesetzbüchern in manchen Punkten ... ein Billigkeitsdespotismus ..., so zB beruhen die Vorschriften der §§ 1304 und 1310 ABGB offenbar auf einer zu weit getriebenen Rücksicht auf die Billigkeit.“ In ähnlich abwertender Weise UNGER, System 2, 232f.: „Von dieser Regel [gemeint: Ersatzpflicht nur bei Deliktfähigkeit] macht jedoch das bürgerliche Gesetzbuch im § 1310 ... eine singuläre (wohl nicht zu rechtfertigende) Ausnahme, welche als eine Ruine des älteren germanischen Rechtssystems in den modernen Rechtsbau in fremdartiger Weise herüberraagt“. Zur Haltung des späten Unger, der § 1310 als gerechten Interessenausgleich interpretiert, HOFMEISTER, Die Rolle Zeillers 107–126 (hier 123) unter Verweis auf UNGER, Handeln

Das Bild ändert sich aber gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als die soziale Frage, die Sensibilität für die Rücksichtnahme auf die Benachteiligten und die Suche nach einem gerechten Interessenausgleich in das Zentrum der juristischen Debatte gelangen. Nun wird die Offenheit des ABGB und die in § 7 angelegte richterliche Freiheit bei der Entscheidungsfindung neu entdeckt und geschätzt. Derselbe Unger, der als junger Mann in seinem System eine gesetzpositivistische Position bezogen hatte, betont nun die Freiheit des Richters, zwar nicht *contra legem*, wohl aber *praeter legem* Recht zu schaffen und zu sprechen.⁵⁹ § 7 ABGB gebe dem Richter „eine rechtsschöpferische quasi-legislatorische Machtvollkommenheit“ [...] Mag man nun unter den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ was immer verstehen, jedenfalls ist in dieser gesetzlichen Bestimmung anerkannt, daß der Richter anderswo als aus dem positiven Gesetz das *in concreto* anzuwendende Recht zu schöpfen und zu sprechen hat.“⁶⁰

2. Im Zuge der Vorbereitungen zur dritten Teilnovelle zum ABGB wurde aufgrund der „suggestiven Kraft mancher Sätze“ des BGB⁶¹ über eine stärkere Verankerung des Prinzips von Treu und Glauben im ABGB diskutiert. So wollte man die Anregung aufgreifen, den Spuren des BGB folgend, „im Gesetz ausdrücklich die Harmonie zwischen Recht und Moral zu verkünden“.⁶² Der Gesetzgeber der Teilnovellen beschränkte sich schließlich aber darauf, in § 879 ABGB der Gesetzwidrigkeit die Sittenwidrigkeit als Nichtigkeitsgrund an die Seite zu stellen (wobei betont wurde, dass dies in Wahrheit „schon bisher kaum ernstlich bezweifelt worden“ sei, dass auch „nach österreichischem Recht *turpes stipulationes* null und nichtig sind“⁶³) und die sittenwidrige Schädigung in § 1295 zu regeln. Hingegen wurde es in der dritten Teilnovelle unterlassen, eine dem § 242 BGB oder Art. 4 ZGB entsprechende allgemeine Bestimmung zu Treu und Glauben ins Zivilrecht aufzunehmen.⁶⁴

134ff.; zu Ungers methodischem Eklektizismus, der ihn als frühen Vertreter der Interessen- bzw. gar der Wertungsjurisprudenz erscheinen lässt, MEISSEL, Joseph Unger 17–33, besonders 23ff.; MATHIASCHITZ, „Handeln“ 100ff.

⁵⁹ UNGER, Revision 389–406 (hier 398f.).

⁶⁰ UNGER, Revision 399f.

⁶¹ Kommissionsbericht, 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session, 151.

⁶² Ebd. 258.

⁶³ Ebd. 138.

⁶⁴ Vgl. ebd. 151, 258; OGH 28.11.1967 4 Ob 353/67 = SZ 40/154. Vgl. aber auch 2 Ob 375/64 = SZ 38/72: Die Grundsätze von Treu und Glauben und von dem Vertrauen auf die Übung des redlichen Verkehrs sind als sittliche Grundsätze so allgemein anerkannt (§§ 863, 914 ABGB), sodaß es zur Anwendung dieser Grundsätze keiner besonderen Gesetzesbestimmungen in jedem einzelnen Fall bedarf. (Begründung der Zulässigkeit der Gegeneinrede der Arglist gegenüber Verjährungseinrede trotz Vergleichsverhandlungen).

Anknüpfungspunkt für die Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben im geltenden österreichischen Zivilrecht bilden somit § 879 und § 1295, aber auch § 863 und § 914 ABGB. Das Fehlen einer allgemeinen Bestimmung zu Treu und Glauben führt aber dazu, dass in der österreichischen Judikatur die z. B. in der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu § 242 BGB entwickelten Fallgruppen und Anwendungsfelder nach wie vor nicht zur Gänze anerkannt sind.⁶⁵ Anerkannt wird aber in der Judikatur z. B. eine (gesetzlich nicht normierte und mit dem Wortlaut des § 1502 ABGB in einem Spannungsverhältnis stehende) Gegeneinrede der Arglist in Fällen, in denen trotz Vorliegen von Vergleichsverhandlungen später vom Beklagten die Verjährung des Anspruchs geltend gemacht wird.⁶⁶

3. Zur Wiederkehr der Billigkeit gehören neben den Änderungen durch die Teilnovellen⁶⁷ auch noch verschiedene andere gesetzliche Bestimmungen des 20. Jahrhunderts, in denen im Zivilrecht die Richter angewiesen werden, nach Billigkeit im Einzelfall zu urteilen.

Dazu zählen Normen wie z. B. die im Jahre 1978 eingeführte Bestimmung des § 83 Ehegesetz, derzufolge die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse (im Fall von Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe) „nach Billigkeit“ vorzunehmen sei. Dabei werden vom Gesetzgeber auch die im Einzelfall zu berücksichtigenden Kriterien angeführt: es ist auf „Gewicht und Umfang des Beitrags jedes Ehegatten zur Schaffung des ehelichen Gebrauchsvermögens und zur Ansammlung der ehelichen Ersparnisse sowie auf das Wohl der Kinder Bedacht zu nehmen“ sowie auf „Schulden, die mit dem ehelichen Lebensaufwand zusammenhängen“. Erst vor wenigen Jahren wurde zugunsten eines Ehegatten, den das überwiegende Verschulden an der Scheidung

⁶⁵ Vgl. KRAMER, Verwirkung 540 (554f.); RUMMEL, ABGB, § 863 ABGB Rz 2; WHITTAKER, ZIMMERMANN, Good Faith 7ff. (50f.).

⁶⁶ OGH 1 Ob 158/74 SZ 47/104: Das Gesetz anerkennt (z. B. in Abs. 1 Kundmachungspatent: „allgemeine Grundsätze der Gerechtigkeit“, in § 7 ABGB: „natürliche Rechtsgrundsätze“, in §§ 879, 1295 Abs. 2: „gute Sitten“) sittliche Grundsätze, zu deren Anwendung es keiner Gesetzesbestimmung bedarf. Treu und Glauben durchbrechen daher selbst die geschriebene Norm; sie können auch der Berufung auf § 1502 ABGB entgegengehalten werden. OGH 9 ObA 186/95: Die Anordnung des § 1502 findet dort ihre Grenze, wo sie mit tragenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, insbes den natürlichen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch gerät. Methodisch rechtfertigt BYDLINSKI, Methodenlehre 493f., diese Judikatur durch eine teleologische Reduktion des § 1502 ABGB, der nicht auf Fälle anzuwenden sei, in denen innerhalb der Verjährungsfrist eine aktuell zweckmäßige, aber noch nicht klageweise Rechtsverfolgung vorgelegen sei. Zum Meinungsstand und zur Kritik an dieser Judikatur vgl. VOLLMAIER, § 1502 in: FENYVES, KERSCHNER, VONKILCH: Klang Kommentar Rz 8f. mwN.

⁶⁷ Dazu gehört auch § 848a ABGB, demzufolge in einem Teilungsverfahren die aus einer Dienstbarkeit oder einer anderen dinglichen Last zu ziehenden Nutzungen „wie es allen Interessen billigerweise entspricht“ festzulegen sind.

trifft und der daher nach den allgemeinen Regeln keinen Unterhaltsanspruch gegen den Exgatten hat, ein „Unterhalt nach Billigkeit“ (§ 68a EheG) eingeführt, wenn ein gemeinsames Kind gepflegt und erzogen wird (§ 68a Abs. 1 EheG) oder aufgrund der bisherigen einvernehmlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse die Selbsterhaltung nicht zugemutet werden kann (§ 68a Abs. 2 EheG).

Nach einer Novellierung im Jahr 2002 (BGBl I 2002/104) ist gemäß § 393 Abs. 2 ABGB beim Fund von unschätzbaren Sachen und Gegenständen von erheblicher Bedeutung der Lohn des Finders, der ansonsten prozentuell im Gesetz geregelt ist, nach Billigkeit festzulegen. Auch in vielen anderen Gesetzen finden sich einzelne Bestimmungen, in denen der Richter ermächtigt wird, einzelne Fragen nach Billigkeit zu entscheiden. Eine ganz eigenständige Bedeutung kommt der Billigkeit in Schiedsverfahren zu, in denen nach § 603 ZPO die Schiedsrichter nur dann nach Billigkeit entscheiden dürfen, wenn sie dazu von den Parteien des Schiedsvertrages ermächtigt wurden.

Ein besonders bemerkenswertes Beispiel der Delegation von schwierigen Wertungsfragen an Tribunale durch eine Verweisung auf Billigkeit stellt auch das Gesetz aus 2001 über den Entschädigungsfonds zugunsten von Opfern des Nationalsozialismus dar,⁶⁸ in dem die Billigkeit in zweifacher Weise angesprochen ist, im sog. Entschädigungsverfahren nach Billigkeit einerseits und in der Figur der „extremen Ungerechtigkeit“ andererseits:

a) Im Entschädigungsverfahren nach Billigkeit werden verschiedene Kategorien von Schäden ersetzt, auch wenn diese nur wahrscheinlich gemacht und nicht im Einzelnen nachgewiesen werden können; allerdings erfolgt die Entschädigung hier mit pauschalen Summen, die den ursprünglichen Schaden nur zu einem kleinen prozentuellen Teil abdecken.

b) Rechtstheoretisch von besonderem Interesse ist weiters die Figur der „extremen Ungerechtigkeit“, welche sich in den Regeln zur Naturalrestitution von Liegenschaften, die mittlerweile im Bundeseigentum stehen, findet. Für solche Fälle ist der Schiedsinstanz für Naturalrestitution die Befugnis eingeräumt, eine Rückgabe ausnahmsweise selbst dann zu empfehlen,⁶⁹ wenn es eine rechtskräftige negative Entscheidung der zuständigen Organe nach Ende des Weltkriegs oder einen Vergleich gegeben hat, sich diese Entscheidung oder der Vergleich aber aus heutiger Sicht als „extrem ungerecht“⁷⁰ darstellt. Hier können zum

⁶⁸ Bundesgesetz über die Einrichtung eines Allgemeinen Entschädigungsfonds für Opfer des Nationalsozialismus und über Restitutionsmaßnahmen (Entschädigungsfondsgesetz) sowie zur Änderung des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes und des Opferfürsorgegesetzes, BGBl I 2001/12.

⁶⁹ Die Schiedsinstanz für Naturalrestitution richtet ihre Empfehlungen an den zuständigen Bundesminister.

⁷⁰ Zum Begriff der extremen Ungerechtigkeit AZIZI, Gössler, *Extreme Ungerechtigkeit* 415–436; FOLZ, *The Arbitration Panel* 895–907; GRAF, „Arisierung“ 746–756; DERS., *Privat- und*

Nachteil der NS-Opfer bereits rechtskräftig entschiedene Fälle neuerlich überprüft werden, sofern sie mit der heutigen Einschätzung der Rechtslage nicht übereinstimmen, wobei die Motivation des Gesetzgebers ausdrücklich in einer moralischen Verantwortung (für die umfassende Entschädigung der NS-Opfer) liegt. Zu betonen ist, dass nach der Entscheidungspraxis der österreichischen Organe aber auch für die Prüfung der extremen Ungerechtigkeit die Wertungen der Rechtsordnung und nicht moralische Kategorien als solche maßgeblich sind.⁷¹

B. Billigkeit „in disguise“

Billigkeit kehrt der Sache nach aber auch in Zusammenhängen wieder, in denen das Wort Billigkeit selbst nicht verwendet wird. Hier möchte ich nur kurz auf zwei Phänomene in Lehre und Rechtsprechung hinweisen, in denen funktionale Äquivalente zu Korrekturen des „strengen Rechts“ durch Billigkeit gesehen werden könnten: die Lehre vom „beweglichen System“ Walter Wilburgs und die mit der Konstitutionalisierung des Privatrechts einhergehende grundrechteorientierte „verfassungskonforme Interpretation“ auch im Privatrechtsbereich.

1. Im Allgemeinen weist die österreichische Zivilistik der Billigkeit zwar nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zu. Nach herrschender Lehre ist sie nur in den gesetzlich eingeräumten Fällen zu berücksichtigen, es kommt ihr aber keineswegs die Stellung einer selbständigen Rechtsquelle zu.⁷² Selbst Walter Wilburg als Vertreter eines „Beweglichen Systems“ verwehrt sich gegen die Freiheit,

tonomie 545–554; MEISSEL, Unrechtsbewältigung 42–46; RECHBERGER, Ist Ungerechtigkeit komparationsfähig 59–65.

⁷¹ Vgl. dazu etwa Schiedsinstanz für Naturalrestitution, Entscheidung Nr. 3, 2003 (abgedruckt in: Allgemeiner Entschädigungsfonds, AICHER, KUSSBACH, REINISCH, Entscheidungen 1, 56–109); Schiedsinstanz für Naturalrestitution, Entscheidung Nr. 88, 2006 (abgedruckt in: Allgemeiner Entschädigungsfonds, AICHER, KUSSBACH, REINISCH, Entscheidungen 3 126–183).

⁷² Vgl. EHRENZWEIG, System 1, § 14, 66: „Denn es ist nicht die einzige und nicht einmal die wichtigste Aufgabe der Gesetzgebung, überall den Anforderungen der Billigkeit, wie sie der einzelne Rechtsfall ergibt, zu entsprechen. Denn es ist nicht die einzige und nicht einmal die wichtigste Aufgabe der Gesetzgebung, Normen zur Entscheidung der (als vergangener und daher als unabänderlich feststehend gedachten) Rechtsfälle zu schaffen (richterlicher Standpunkt); vielmehr haben die Rechtsnormen in erster Linie die Aufgabe, durch ihr bloßes Vorhandensein (nicht durch ihre Anwendung als Entscheidungsquelle) das Verhalten der Menschen zu beeinflussen. Daher kann es sich leicht ergeben, daß eine Norm (zB eine Formvorschrift) so segensreich wirkt, daß dagegen die Unbilligkeit, zu der ihre (sekundäre) Verwertung als Entscheidungsquelle führt (also zB die Umstoßung eines echten, wohlüberlegten Testaments wegen eines Formfehlers) gar nicht ins Gewicht fällt (politischer Standpunkt).“ Der Richter darf sich nach *Ehrenzweig* über bestehende Gesetze nicht hinwegsetzen; nur wenn der Richter „schlechthin auf die Grundsätze der Billigkeit verwiesen wird“, darf er sich – selbst über zwingende – Gesetze hinwegsetzen, wenn es im Einzelfall erforderlich ist, um ein passendes Ergebnis zu erzielen.

einfach nach Billigkeit zu entscheiden.⁷³ Vielmehr nimmt er die gesetzlichen Regelungen als Ausgangspunkt, betrachtet sie aber als bloße Basiswertungen, die in einer beweglichen Weise auf Einzelfälle angepasst werden können. Treffen in einem konkreten Fall die vom Gesetzgeber für eine bestimmte Rechtsfolge vorausgesetzten Elemente des Tatbestands nicht alle zu, so soll nach *Wilburg* die Rechtsfolge dennoch eintreten können, wenn die vorhandenen Elemente das Fehlen eines gesetzlich vorgesehenen Elements gleichsam „aufwiegen“.

So wird etwa bei Arzthaftungsfällen vertreten, dass auch eine nicht nachgewiesene Kausalität der Schädigung bei zumindest Möglichkeit der Verursachung und nachgewiesenem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten zu einer anteiligen zivilrechtlichen Verantwortung führen kann. So etwa wenn einem Krankenhaus Fehlverhalten vorwerfbar ist, aber nicht bewiesen werden kann, ob dieses Fehlverhalten oder aber ein Zufall den Schaden tatsächlich verursacht hat. Hier wird im Anschluss an *Wilburg* von einem Teil der Lehre und auch der Judikatur eine Schadensteilung zwischen Patienten und Klinik vertreten.⁷⁴

Wenn *Wilburg* dennoch Billigkeit als Rechtsquelle ablehnt, so liegt dem ein sehr enger und von vornherein pejorativ besetzter Begriff der Billigkeit zugrunde. *Wilburg* scheint die Billigkeit als vage Entscheidungsbefugnis des Richters zu verstehen, die diesem einräume, nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Dass aber in dem von ihm selbst propagierten Modell des Beweglichen Systems, welches ja durchaus darauf ausgerichtet ist, einen Einzelfall unter Bedachtnahme auf die spezifischen Umstände zu entscheiden, traditionelle Elemente des Billigkeitskonzepts enthalten sind, ist offensichtlich und wurde in der Methodenlehre, die *Wilburgs* einflussreicher Schüler *Franz Bydlinski* verfasst hat, auch völlig zu Recht erkannt.⁷⁵

2. Mein allerletzter Punkt betrifft richterliche Korrekturen gesetzlicher Regeln im Privatrecht, die durch die Höherrangigkeit des Verfassungsrechts provoziert sind und häufig die Form einer „verfassungskonformen Auslegung“ annehmen.⁷⁶ Dieses Phänomen, das man auch als „Konstitutionalisierung des Privatrechts“ bezeichnet, führt ebenfalls zu einer Rückkehr zu Figuren der Billigkeit: So etwa wenn der österreichische Verfassungsgerichtshof bei der Auslegung von neuen gesetzlichen Regeln zur Namensführung in der eingetragenen Partnerschaft aufgrund einer „verfassungskonformen Interpretation“ die Gleichheit der Namensführung von verheirateten und eingetragenen Paaren herbeiführt und so über das

⁷³ WILBURG, Entwicklung 6; DERS., Zusammenspiel 346ff.; vgl. auch BYDLINSKI u.a., Bewegliches System.

⁷⁴ BYDLINSKI, Haftung 1ff. (8ff.); DERS., Haftungsgrund 3ff.; KOZIOL, Österreichisches Haftpflichtrecht 1, 66ff.; dagegen bereits WELSER, Solidarische Schadenshaftung 38ff.; WELSER, ZÖCHLING-JUD, Bürgerliches Recht II, 374f. mwN in Fn 86.

⁷⁵ BYDLINSKI, Methodenlehre 363ff.

⁷⁶ Zur Problematik der verfassungskonformen Auslegung vgl. insbes. Pöschl, Zukunft 14ff.

Verfassungsprinzip der Gleichheit eine Lösung schafft, die man auch als billig ansehen muss.⁷⁷ Oder wenn vom österreichischen Obersten Gerichtshof unter Berufung auf verfassungsrechtliche Grundrechte, die im ABGB als „angeborene Rechte“ in § 16 ABGB anerkannt sind, bei der Interpretation des Zivilrechts Spielräume geschaffen werden, die über jene Rechte hinausgehen, die sich in einfachen Gesetzen finden⁷⁸ oder umgekehrt, zum Schutz der Persönlichkeit Schranken statuiert werden, die in einfachen Gesetzen nicht ausdrücklich vorgesehen sind.⁷⁹

IV. Schluss

Die Billigkeit nimmt im Laufe der europäischen Rechtsgeschichte viele verschiedene Formen an. In der Rechtsentwicklung in Österreich hat sich ihr Spielraum vielfach geändert und doch taucht sie immer wieder auf – manchmal auch, ohne dass der Begriff der Billigkeit selbst verwendet wird.

Zwar wurde der Anwendungsbereich der Billigkeit als eigene Rechtsquelle durch den modernen Rechts- und Verfassungsstaat zugunsten der Gesetze massiv zurückgedrängt. Dies lässt sich vor allem an der Kodifikationsgeschichte des ABGB exemplarisch nachvollziehen. Zugleich bedient sich aber der österreichische Gesetzgeber selbst im ABGB und in vielen anderen Zusammenhängen des Verweises auf die Billigkeit, um Gerichten die Entscheidungsfindung bei schwierigen Wertungsfragen zuzuschieben. Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung verschiebt dies dabei das Gewicht vom parlamentarischen Gesetzgeber hin zur Gerichtsbarkeit. In Form der Technik der verfassungskonformen Interpretation schließlich finden wir heute in verstärktem Maße ein Phänomen, das strukturell eine Korrektur von Gesetzen unter Berufung auf höherrangige Prinzipien erlaubt, wie es uns aus der Dogmengeschichte des römischen Rechts im Zusammenhang mit der *aequitas* seit der Antike bestens bekannt ist.

⁷⁷ Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 3.3.2012 (VfSlg 19.623).

⁷⁸ Zur Erweiterung der Rechte auf freie Werknutzung über jene hinaus, die im Urheberrechtsgesetz ausdrücklich geregelt sind vgl. OGH 23. 10. 2001, 4 Ob 127/01g – Medienprofessor; dazu näher MEISSEL, Verfassungsrechtliche Aspekte 386f.

⁷⁹ So bejahte der OGH in seiner Entscheidung vom 27.2.2013, 6 Ob 256/12h, den Anspruch einer Person, dass es unterlassen werde, sie gegen ihren Willen zu fotografieren und stützte dies auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das aus § 16 ABGB in Verbindung mit Art 8 EMRK abgeleitet wurde; dazu MEISSEL, § 16 ABGB, in: FENYVES, KERSCHNER, VONKILCH, Klang Kommentar Rz 107 Fn 409.

Literatur

- Allgemeiner Entschädigungsfonds, Josef AICHER, Erich KUSSBACH, August REINISCH, Entscheidungen der Schiedsinstanz für Naturalrestitution, Bd. 1 (Wien 2008).
- Allgemeiner Entschädigungsfonds, Josef AICHER, Erich KUSSBACH, August REINISCH, Entscheidungen der Schiedsinstanz für Naturalrestitution, Bd. 3 (Wien 2010).
- Fiorentina AZIZI, Günter GÖSSLER, Extreme Ungerechtigkeit und bewegliches System, in: Juristische Blätter 128 (2006) 415–436.
- Peter BÖHMER, Ronald FABER, Die Erben des Kaisers: Wem gehört das Habsburgvermögen? (Wien 2003).
- Rafael BRÄGGER, Actio auctoritatis (Berlin 2012).
- Franz BYDLINSKI u. a., Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (= Forschungen aus Staat und Recht 73, Wien 1986).
- DERS., Fundamentale Rechtsgrundsätze: Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät (Wien 1988).
- DERS., Haftung bei alternativer Kausalität, in: Juristische Blätter 81 (1959) 1–13.
- DERS., Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, in: Michael ENZINGER (Hg.): Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts: Festschrift Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag (Wien 1993) 3–10.
- DERS., Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (Wien 21991).
- Armin EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, H. 1: Allgemeiner Teil (Wien 21951).
- Attila FENYVES, Ferdinand KERSCHNER, Andreas VONKILCH (Hgg.): Großkommentar zum ABGB - Klangkommentar (Wien 32012/2014).
- Hans-Peter FOLZ, The Arbitration Panel for In Rem Restitution and its Jurisprudence. Extreme Injustice in International Law, in: Ulrich FASTENRATH a.o., From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma (Oxford 2011) 895–907.
- Inge GAMPL, Die „natürlichen“ Rechtsgrundsätze in der Höchstgerichts-Judikatur der Republik Österreich, in: Ex aequo et bono. Festschrift für Willibald M. Plöchl (Innsbruck 1977) 399–408.
- DIES., Die „natürlichen“ Rechtsgrundsätze in der Judikatur der k. k. Höchstgerichte Österreichs, in: Gerhard FROTZ (Hg.), Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag (Wien 1973) 51–60.
- Heinrich GRÄFF u. a., Ergänzungen und Erläuterungen des allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft, Bd. 1 (1843).
- Georg GRAF, „Arisierung“ und Restitution, in: Juristische Blätter 123 (2001) 746–755.
- DERS., Privatautonomie und extreme Ungerechtigkeit. Kritische Anmerkungen zur Entscheidungspraxis der Schiedsinstanz, in: Juristische Blätter 129 (2007) 545–554.
- Philipp HARRAS von HARRASOWSKY (Hg.), Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band IV: Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Bd. 1 (Wien 1886).
- DERS., Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Band V: Die Umarbeitungen des Codex Theresianus, Bd. 2 (Wien 1886).
- Herbert HOFMEISTER, Die Rolle Zeillers bei den Beratungen zum ABGB, in: Walter SELB, Herbert HOFMEISTER (Hgg.) Forschungsband Franz von Zeiller: (1751–1828) Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte (= Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten, Bd. 13, Wien–Graz–Köln 1980) 107–126.

- Lisa ISOLA, *Venire contra factum proprium. Herkunft und Grundlagen eines sprichwörtlichen Rechtsprinzips* (= Wiener Studien zu Geschichte, Recht und Gesellschaft, Bd. 6, Wien 2017).
- Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, in: Wilhelm WEISCHEDEL (Hg.), *Werkausgabe* in 12 Bänden, Bd. 8 (Frankfurt am Main 1968).
- Max KASER, *Das römische Privatrecht: 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München ²1971).
- Tobias KLEITER, *Entscheidungskorrekturen mit unbestimmter Wertung durch die klassische römische Jurisprudenz* (= Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte 102, München 2010).
- Helmut KOZIOL, *Haftpflichtrecht I* (Wien ²1980).
- DERS., *Österreichisches Haftpflichtrecht II: Haftung für eigenes und fremdes Fehlverhalten* (Wien ³2018).
- Gerhard KRAMER, *Verwirkung und Anspruchsverlust durch stillschweigenden Verzicht*, in: *Juristische Blätter* 84 (1962) 540ff.
- Dario MANTOVANI, Aldo SCHIAVONE (Hgg.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (Padua 2007).
- Dario MANTOVANI, *Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht* (aus dem Italienischen übersetzt von Ulrike BABUSIAUX, Freiburg 2018).
- Michael MATHIASCHITZ, *„Handeln auf eigene Gefahr“*. Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „ex utilitate communi“ (jur. Diss, Univ. Wien 2017).
- Theo MAYER-MALY, *Die natürlichen Rechtsgrundsätze als Teil des geltenden österreichischen Rechts*, in: Dorothea MAYER-MALY, Peter M. SIMONS (Hgg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen: Gedächtnisschrift für René Marcic* (Berlin 1983) 853–864.
- Franz-Stefan MEISSEL, *Unrechtsbewältigung durch Rechtsgeschichte? Zum Begriff der „extremen Ungerechtigkeit“ im Entschädigungsfonds-Gesetz*, in: *Juridikum* 15 (2003) 42–46.
- DERS., *Verfassungsrechtliche Aspekte des § 16 ABGB*, in: Clemens JABLONER u. a. (Hgg.), *Vom praktischen Wert der Methode: Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag* (Wien 2011) 371–390.
- DERS., *Les transformations du discours sur l'équité: quelques remarques sur le rôle de l'équité dans le droit autrichien*, in: Boudewijn SIRKS, Yves MAUSEN (Hgg.), *Aequitas – Équité – Equity* (Montpellier 2015) 53–74.
- DERS., *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen „Pandektistik“*, in: Hans-Peter HAFERKAMP, Tilman REPGEN (Hgg.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik?* (Tübingen 2017) 17–33.
- Christian NESCHWARA, *Die ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB* (= *Fontes rerum Austriacarum*: 3. Abteilung: *Fontes iuris* 22, Wien 2012).
- Dieter NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* (= Bayerische Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse, Abhandlung n. F. 77, München 1974).
- Julius OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. 1 (Wien 1889).
- DERS., *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. 2 (Wien 1889).
- Magdalena PÖSCHL, *Die Zukunft der Verfassung* (Wien 2010).

- Walter RECHBERGER, Ist Ungerechtigkeit komparationsfähig?, in: *Juridikum* 17 (2005) 59–65.
- Peter RUMMEL (Hg.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* (Wien ³2003).
- Herbert SCHAMBECK, Die natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB, in: Peter FISCHER, Heribert Franz KÖCK, Alfred VERDROSS (Hgg.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie: Internationale Festschrift für Stephan Verosta zum 70. Geburtstag* (Berlin 1980) 479–496.
- Martin SCHERMAIER, Bona fides im römischen Vertragsrecht, in: Luigi GAROFALO (Hg.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Bd. 3 (Padova 2003).
- Clausdieter SCHOTT, „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln (= *Schriften zur Rechtsgeschichte* 9, Berlin 1975).
- Jakob Fortunat STAGL, Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer aequitas, in: Dario MANTOVANI, Aldo SCHIAVONE (Hgg.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (= *Pubblicazioni del CEDANT* 3, Pavia 2007) 675–713.
- Mario TALAMANCA, L'Aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico, in: Gianni SANTUCCI (Hg.), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli* (Padova 2006).
- DERS., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. 1 (Leipzig 1856).
- DERS., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. 2 (Leipzig 1859).
- DERS., *Handeln auf eigene Gefahr* (Jena ³1904).
- DERS., Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 31 (1904) 389–406.
- Letizia VACCA, L'Aequitas nell'interpretatio prudentium. Dai giuristi „qui fundaverunt ius civile“ a Labeone, in: Gianni SANTUCCI (Hg.), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli* (Padova 2006).
- Wolfgang WALDSTEIN, „Aequitas naturalis“ e „ius naturale“, in: Gianni SANTUCCI (Hg.), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli* (Padova 2006).
- Rudolf WELSER, Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht, in: *Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (1968) 38–49.
- DERS., Brigitta ZÖCHLING-JUD, *Bürgerliches Recht II* (Wien ¹⁴2015).
- Gunter WESENER, Aequitas naturalis, „natürliche Billigkeit“, in der privatrechtlichen Dogmen- und Kodifikationsgeschichte, in: Margarethe BECK-MANNAGETTA, Helmut BÖHM, Georg GRAF (Hgg.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts: Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag* (Wien 1996) 81–106.
- DERS., Zur Bedeutung der österreichischen Landesordnungsentwürfe des 16. und 17. Jahrhunderts für die neuere Privatrechtsgeschichte, in: Louis CARLEN, Fritz STEINEGGER (Hgg.), *Festschrift Nikolaus Grass zum 60. Geburtstag*, Bd. 1 (Innsbruck 1974/75) 613–631.
- Simon WHITTAKER, Reinhard ZIMMERMANN, Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape, in: Simon WHITTAKER, Reinhard ZIMMERMANN (Hgg.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge 2000) 7–62.
- Franz WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte: Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur: Abschn. 1: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik* (München 1988).

Walter WILBURG, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (Graz 1950).

DERS., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts (= Archiv für die civilistische Praxis 163, 1964) 346–379.

Franz von ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie: Erster Band (Wien 1811).

DERS., Das natürliche Privat-Recht (Wien 1802).

DERS., Das natürliche Privat-Recht (Wien ³1819).