Friedrich Harrer

Entwicklungsstufen der Rechtsfindung

VERLAG ÖSTERREICH

Berliner Wissenschafts-Verlag

Vorwort

Das Unternehmensrecht tangiert außergesetzliche Aspekte nicht selten. Das Verlassenschaftsprovisorium und der Nachfolgevermerk beruhten (vor der Überleitung in Gesetzesrecht) nach hM auf einer gewohnheitsrechtlichen Grundlage. Auch die Etablierung der GmbH & Co KG wird mitunter gewohnheitsrechtlich qualifiziert. – Große Bedeutung für das Unternehmensrecht hat die höchstrichterliche Rechtsfortbildung[1]. Die rechtliche Zuordnung dieses Phänomens ist umstritten. Ein führendes Erläuterungswerk zur Methodenlehre empfiehlt, Gewohnheitsrecht und Richterrecht weiterhin zu trennen[2]. Die vorliegende Studie rückt demgegenüber die Gemeinsamkeiten in den Vordergrund und skizziert Vorschläge für eine Neuorientierung.

Walter Berka, *Wilhelm Brauneder*, *Thomas Finkenauer*, *Alexander Harrer*, *Iris Harrer*, *Ernst. A. Kramer*, *Matthias Neumayr*, *Walter Pfeil*, *Manuel Steiner*, *Patrick Warto*, *Jörg Weilhartner* und *Wolfgang Wohlmayr* schulde ich Dank für wertvolle Gespräche und hilfreiche Ideen.

Unermüdliche Materiallieferanten waren Frau *Julia Toferer* und Herr *Manuel Steiner*.

Die umsichtige Bearbeitung des Typoskripts lag in den bewährten Händen von Frau *Theresa Pfeifenberger*. Das Sachverzeichnis hat Herr *Manuel Steiner* angefertigt.

Die Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Paris Lodron Universität Salzburg und die Evers-Marcic-Stiftung haben diese Publikation durch Druckkostenzuschüsse unterstützt.

Eine besondere Ehre und Freude ist es, dass ich dieses Buch Christian Meier zum 16. Februar 2019 widmen darf. Christian Meier hat die Welt der Antike

1 *G. Nowotny*, OGH als gefährlicher Gesetzgeber? Gedanken eines Höchstrichters, FS Hügel (2016) 297 ff; vgl auch *Mülbert*, Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 214 (2014) 188 ff.

2 *Kramer*, Juristische Methodenlehre[5] (2016) passim.

einem großen Publikum nahe gebracht und, fachübergreifend, Verbindungslinien aufgezeigt und Zusammenhänge plausibilisiert[3]. – Ad multos annos!

Salzburg, am 1. August 2018 *Friedrich Harrer*

3 Vgl beispielhaft Von Athen bis Auschwitz. Betrachtungen zur Lage der Geschichte (2001); Das Gebot zu vergessen und die Unabweisbarkeit des Erinnerns. Vom öffentlichen Umgang mit schlimmer Vergangenheit (2010); Der Historiker und der Zeitgenosse. Eine Zwischenbilanz (2014).

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII

A. Einführung 1

B. Gewohnheitsrecht in neuerer Zeit 7
I. Allgemeines 7
II. Meinungsstand 8
III. Stellungnahme 10
IV. Themenfelder (Gewohnheitsrecht und verwandte Problemlagen) 15
1. Verlassenschaftsprovisorium 15
2. Nachfolgevermerk 17
3. GmbH & Co KG 18
4. Kapitalerhaltung bei der GmbH & Co KG 21
5. Kapitalherabsetzung bei der GmbH & Co KG – Gewohnheitsrecht in statu nascendi 22
6. Actio pro socio 24
7. Feststellung des Beschlussergebnisses 25
8. Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters 26
9. Eigenkapitalersatzrecht 28
10. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz 30
11. Kettenarbeitsverträge – Umsetzung (Nichtumsetzung) der RL 1999/70/EG 32
12. Trauerschäden 34
V. Folgerungen, weitere Vorgehensweise 37

C. Rechtshistorischer Teil 39
I. Allgemeines 39
II. Die Lehre von den Rechtsquellen – thematische Einschränkungen 49
III. Ausgewählte Epochen der Rechtsfindung 51
1. Vorbemerkungen 51

2. Das frühe Griechentum 55
3. Das archaische Griechenland 63
a) Vorbemerkungen 63
b) Legislative Vielfalt 66
4. Rom 68
5. Die fränkische Zeit (Epoche der „Volksrechte“) 76
6. Mittelalter 79
a) Grundlagen 79
b) Die kaiserliche Gesetzgebung 80
c) Rezeption 84
d) Kanonisches Recht 89
7. Gesetzgebung der Territorien und Städte 91
8. Das Zeitalter der Kodifikationen 92
a) Ausgangslage 92
b) Historische und politische Bezüge 95
c) Die Kodifikation des deutschen Zivilrechts 103

D. Rechtserneuerung im Zeitalter der Kodifikationen 107
I. Allgemeines 107
II. Rechtserneuerung und Systemvergleich 108
III. Kritische Überlegungen zum (tradierten) Begriff des Gewohnheitsrechts und Vorschläge für eine Neuorientierung 111
1. Die Übungen der Verkehrskreise 111
2. Höchstrichterliche Aufgaben 117
3. Die höchstrichterliche Rechtsfortbildung in der Praxis: der Informationsanspruch im GmbH-Recht und der Trauerschaden als Beispiele 122
4. Höchstrichterliche Rechtsprechung und lex lata 127
5. Höchstrichterliche Rechtsfortbildung und juristisches Schrifttum 134

E. Zusammenfassung 137

Stichwortverzeichnis 145
Personenverzeichnis (Auswahl) 147

A. Einführung

Diese Studie möchte einen Beitrag zum modernen Rechtsquellenverständnis leisten. Im Mittelpunkt dieses Rechtsquellenverständnisses steht das Gesetz. Die Frage, ob weitere Rechtsquellen in Betracht zu ziehen sind, begegnet allenfalls als Randthema[1]. In Bezug auf das Gewohnheitsrecht hat sich eine strikt ablehnende Haltung[2] nicht durchsetzen können. Einvernehmen besteht darüber, dass die praktische Bedeutung des Gewohnheitsrechts bescheiden sei und es – vor allem im Hinblick auf die hohe Regelungsdichte – nur selten zur Ausbildung gewohnheitsrechtlicher Regeln kommen könne[3].

Einen anschaulichen Beleg für die Auseinandersetzung – oder besser: für die fehlende Auseinandersetzung – mit dem Gewohnheitsrecht liefert das Schicksal des Art 4 4. EVHGB. Die Bestimmung hatte folgenden Wortlaut: „In Handelssachen sind die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts nur insoweit anzuwenden, als nicht die besonders für Handelssachen geltenden Gesetze etwas anderes bestimmen. Unter diesen Gesetzen ist auch das Gewohnheitsrecht zu verstehen".

Im Zuge der HGB-Reform ist die gesamte 4. EVHGB, also auch der zitierte Art 4, ersatzlos aufgehoben worden. Die Mat führen dazu aus, dass Art 4 S 2 4. EVHGB einerseits „umstritten", andererseits „entbehrlich" sei[4].

Diese Sichtweise erscheint nicht ohne Weiteres verständlich. Nach § 10 ABGB kann auf Gewohnheitsrecht „nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden". Art 4 S 2 4. EVHGB regelte, dass man unter den für Handelssachen geltenden Gesetzen auch das Gewohnheitsrecht zu verstehen habe. Eine unbefangene Deutung dieser Normen scheint das Verständnis nahe zu legen, dass Art 4 S 2 4. EVHGB die Ausnahme von der Regel statuierte: Grundsätzlich kann

1 Der Stand der Diskussion ist nachgewiesen unter B. I. und II.

2 Namentlich *Robert Walter* ist in diesem Zusammenhang zu nennen (B. Fn 5); vgl aber auch die Rsp des VfGH ebendort.

3 S dazu B.II.

4 EBRV 1058 BlgNR 22. GP, 80.

man Gewohnheitsrecht nicht anwenden; das gilt aber dann nicht, wenn sich ein Gesetz auf Gewohnheitsrecht beruft. Art 4 S 2 4. EVHGB war ein Gesetz und verwies auf die Anwendbarkeit des Gewohnheitsrechts für Handelssachen. – Die in den Mat zur Aufhebung des Art 4 S 2 4. EVHGB gelieferte Begründung will nicht recht einleuchten[5].

Das Schrifttum hat sich mit diesem Problem kaum befasst[6]. Der Reform-Kommentar übergeht die Thematik[7]. Überwiegend herrscht wohl die Auffassung vor, dass sich die Rechtslage nicht geändert habe[8]: Eine Bedachtnahme auf Gewohnheitsrecht ist im Unternehmensrecht möglich; von nennenswerter Relevanz kann man jedoch kaum sprechen.

Die hier vertretene Position unterscheidet sich von diesem Verständnis. Bedeutende Problemfelder konnten im Wege des Gewohnheitsrechts geregelt werden. Nicht selten hat der Gesetzgeber Lösungen, die sich gewohnheitsrechtlich etabliert haben, übernommen. Namentlich das Handels- oder Unternehmensrecht bietet anschauliche Beispiele[9].

Auch das Arbeitsrecht soll in die Erörterungen einbezogen werden. Eine der bedeutendsten Entwicklungen dieses Rechtsgebietes, nämlich der sog arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, kann wohl nur gewohnheitsrechtlich verstanden werden[10]. Besonderes Interesse verdient in diesem Zusammenhang die Anerkennung, die der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz durch den *Gesetzgeber* gefunden hat[11].

Das im Rahmen dieser Studie verfolgte Anliegen beschränkt sich allerdings nicht auf das typische oder, wie *Franz Bydlinski* gesagt hat, „wirkliche"

5 S die vorangehende Fn. – Eine einführende Darstellung des öffentlichen Rechts präsentiert weiterhin (unbeeindruckt von der Aufhebung des Art 4 4. EVHGB) das „Handelsgewohnheitsrecht" als Ausnahme von dem Grundsatz, dass Gewohnheitsrecht keine selbständige (innerstaatliche) Rechtsquelle sei („seit alters her als Rechtsquelle anerkannt"); *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht[6] (2013) Rz 108.

6 Vgl dazu die Angaben in Fn 7 und 8.

7 *Krejci* (Hrsg), Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im UGB und im ABGB (2007).

8 Repräsentativ *Artmann/Herda*, in Jabornegg/Artmann, UGB[2] Vor § 1 Rz 24 (mit weiteren Belegen). Aus der Streichung des Art 4 4. EVHGB hat man also nicht den Wegfall des Gewohnheitsrechts im Unternehmensrecht abgeleitet; anders wohl nur *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht (2006) 15, der in der Tat die Meinung vertritt, dass sich nach der Aufhebung dieser Bestimmung „jede Diskussion" über Gewohnheitsrecht im Bereich des Handelsrechts erübrige.

9 Repräsentatives Anschauungsmaterial wird unter B.IV.1.–9. dargestellt.

10 S B.IV.10.

11 § 18 Abs 1 BPG.

Gewohnheitsrecht[12]. Die Bedeutung des Gewohnheitsrechts reicht zwar erheblich weiter als dies allgemein angenommen wird[13]. Gleichwohl ist einzuräumen, dass die Relevanz dieser Materie eine letztlich überschaubare bleibt.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Gewohnheitsrecht erscheint vor allem auch deshalb geboten, weil weiterführende Einsichten in Bezug auf das *Rechtsquellenverständnis* zu erwarten sind. Wenn es zutrifft, dass eine lang dauernde Rechtsübung oder ein lang dauerndes Rechtsverständnis die Entstehung von Recht bewirken kann, dann drängt sich geradezu die Frage auf, ob nicht auch – unter bestimmten Voraussetzungen – eine homogene Spruchpraxis eine Rechtsquelle bilden kann[14]. Das Verhältnis zwischen Gewohnheitsrecht und Richterrecht ist näher zu sondieren[15].

Auch bei einer Untersuchung, die sich mit Rechtsquellen beschäftigt, erscheint es naheliegend, vornehmlich die Vorgaben und Wertungen der Gesetze zu prüfen. Die vorliegende Studie setzt die Schwerpunkte gleichwohl anders. – Mit dem Gewohnheitsrecht befasst sich § 10 ABGB. Auffällig ist zunächst, dass der Tatbestand übergangen wird. Die Norm erklärt oder definiert den Begriff nicht. Es wird nur gesagt, dass man sich auf Gewohnheitsrecht lediglich dann stützen könne, wenn sich ein Gesetz darauf berufe. Ein Gesetz, das die Regelungsaufgabe an das Gewohnheitsrecht weiterdelegiert, erscheint freilich als eine ungewöhnliche Maßnahme. Der Verdacht drängt sich auf, dass die Verfasser der Norm eine Entfaltung des Gewohnheitsrechts nicht fördern wollten.

Es ist in der Tat nicht zweifelhaft, dass namentlich *Franz von Zeiller* dem Gewohnheitsrecht ablehnend gegenüberstand[16]. Allerdings hat diese reservierte Haltung in § 10 ABGB Gesetzeskraft erlangt und somit könnte man den Standpunkt einnehmen, dass das Ergebnis hinzunehmen sei.

Die Zurückweisung des Gewohnheitsrechts im kodifikatorischen Kontext überrascht freilich nicht. Die umfassende Regelungsambition lässt es geradezu naheliegend erscheinen, dass auf außergesetzliches Recht (etwa

12 *Bydlinski*, in Klang², ABGB IV/2 (1976) 167.

13 Vor allem der Abschnitt „Themenfelder“ (B.IV.) sondiert diese Belege.

14 S dazu D.III.

15 Das Gewohnheitsrecht und das Richterrecht sind jenseits des Gesetzesrechts anzusiedeln. Im modernen Recht ist freilich die Bedeutung des Richterrechts ungleich größer als jene des Gewohnheitsrechts.

16 Zusammenfassend *Brauneder*, Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) I Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900 (2014) 172 ff, 174: „Man kann also festhalten, dass das ABGB, und zwar auch im Spiegel von Zeillers Kommentar, kaum Gewohnheitsrecht neben sich duldet“.

Gewohnheitsrecht) grundsätzlich nicht mehr zurückgegriffen werden soll[17]. Hinzu kommt, dass § 10 ABGB vielfältige gewohnheitsrechtliche Entwicklungen nicht verhindert hat[18] und Ausbildungen des Gewohnheitsrechts die Billigung des – modernen – Gesetzgebers fanden[19]. Vor diesem Hintergrund kann die Einsicht, dass *Franz von Zeiller* das Gewohnheitsrecht abgelehnt hatte, nicht das Ende der Diskussion bilden.

Die Haltung des historischen Gesetzgebers, die sich in § 10 ABGB manifestiert hat, kann man wie folgt zusammenfassen: Das Gewohnheitsrecht hat ausgedient, weil die Idee der Rechtskodifikation verwirklicht werden konnte[20]. – Der Befund betreffend die aktuelle Rechtslage wird zeigen: Das Gewohnheitsrecht hat nicht ausgedient, es erfüllt wichtige Aufgaben; der moderne Gesetzgeber billigt und legitimiert die Entstehung von Gewohnheitsrecht[21].

Die Problematik berührt allgemeine, grundsätzliche Themen. Die Kodifikationsidee harmoniert offensichtlich mit der Vorstellung, dass nur mehr eine Rechtsquelle, eben das Gesetz, erforderlich sei. Die Entwicklung zeigt aber, dass Rückgriffe auf das Gewohnheitsrecht (oder vielleicht besser: außergesetzliche Rechtsentwicklungen) nicht nur erfolgen, sondern auch die Anerkennung durch den Gesetzgeber finden.

Ein weiterer Aspekt sollte berücksichtigt werden. Freilich wusste *Zeiller*, dass auch die beste Kodifikation nicht jeden Fall regeln oder lösen könne. Diese Einsicht würde prima facie dafür sprechen, auf Gewohnheitsrecht *nicht* zu verzichten. Einen Grund dafür, dass *Zeiller* anders entschieden hat, lieferte seine *politische Überzeugung*. *Zeiller* war der Aufklärung verbunden[22] und daher sollte die Lückenfüllung nicht durch den Rückgriff auf alte (gewohnheitsrechtlich) verdichtete Regeln, sondern im Geist der Aufklärung, nämlich mit Hilfe der natürlichen Rechtsgrundsätze erfolgen.

Die Idee, den Richter, der mit einem lückenhaften Gesetz konfrontiert ist, auf die natürlichen Rechtsgrundsätze zu verweisen, mag zunächst Sympathien hervorrufen. Die weitere Entwicklung belegt, dass § 7 S 2 ABGB auf einer

17 Anders hat noch der Codex Bavaricus (1756) entschieden; der Codex hält in § 15 S 1 die Kriterien fest, die eine Entstehung von Gewohnheitsrecht voraussetzt. Im Übrigen sind das kodifizierte Recht und das Gewohnheitsrecht ebenbürtige Rechtsquellen (die rechtmäßige Gewohnheit hat nach § 15 Codex Bavaricus „vim Legis“ und hebt „das ältere geschrieben – oder ungeschriebene Recht allerdings auf“); eine dem Gewohnheitsrecht aufgeschlossene Haltung nimmt heute die Schweiz ein; s unten D. Fn 87.

18 S unten B. IV.

19 S beispielhaft B.IV.1., 2., 6., 10.

20 Näher dazu C.III.8.

21 S dazu vor allem die „Themenfelder“ (B.IV.).

22 S D.III.

Fehlentscheidung beruht. Die Bestimmung ist totes Recht geblieben[23]. Die natürlichen Rechtsgrundsätze eignen sich nicht als zivilrechtliche Orientierungshilfe.

Es bleibt also festzuhalten, dass die gesetzliche Konzeption angreifbar erscheint. Die ablehnende Haltung gegenüber dem Gewohnheitsrecht ist sachlich nicht hinreichend reflektiert und begründet worden. Die – als Alternative zum Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht gedachte – Etablierung der natürlichen Rechtsgrundsätze hat die erwartete Resonanz nicht erfahren. Es überrascht daher nicht, dass namentlich die Praxis mit § 7 S 2 ABGB wenig anfangen konnte[24]. Auch die Position des neueren Gesetzgebers ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben. In der jüngsten „Grundsatzentscheidung" der Legislative zum Gewohnheitsrecht kommt § 10 ABGB nicht vor[25].

Das Gewohnheitsrecht erfüllte und erfüllt im modernen Recht bedeutende Aufgaben; vor allem deshalb erscheint eine vertiefte Befassung mit dieser Rechtsquelle geboten. Die These, dass das Gewohnheitsrecht (oder vielleicht besser: außergesetzliches Recht[26]) eine praktisch relevante Materie darstellen sollte, entspricht allerdings, wie gesagt, nicht einem gefestigten Verständnis. Der folgende Abschnitt bietet eine Übersicht über gewohnheitsrechtliche Wirkungszusammenhänge in neuerer Zeit. Die „Themenfelder" (IV.) werden auch zeigen, dass das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zur höchstrichterlichen Rechtsfortbildung erneuter Reflexion bedarf[27].

23 Das hat schon *Savigny* vorhergesehen; s unten D. III.
24 Zum Schrifttum s D. Fn 109 f.
25 Zur Aufhebung des Art 4 4. EVHGB s schon oben bei Fn 4.
26 Dazu B.IV.
27 Dazu unten D.III.