

Hans Peter Lehofer

„Das sind meine Prinzipien. Ich habe auch andere.“

Das professorale Gutachten als juristische Allzweckwaffe

- I. Zum professoral-advokatorischen Rechtsgutachten
- II. Wünschenswert: Rollenklarheit und Transparenz
 - A. Rollenklarheit
 - B. Transparenz über AuftraggeberInnen und SponsorInnen
- III. Code of Conduct?

Abstract: Bei Rechtsgutachten von Universitätsangehörigen stellen sich – insbesondere hinsichtlich der Offenlegung von AuftraggeberInnen – wissenschaftsethische Fragen, die in Selbstregulierungsinstrumenten der akademischen Gemeinschaft adressiert werden sollten.

Deskriptoren: Rechtsgutachten; Wissenschaftsethik.

Natürlich könnte hier auch ein Text über Regulierungsbehörden stehen, über spezifische Rechtsfragen von Netzinfrastrukturen, oder vielleicht – aus immer gegebenem Anlass¹ – über *regulatory capture*. Ein generischer Text eben, wie ihn mir die KollegInnen, die dieses Heft initiierten, zutrauten und nahelegten, weil ich offensichtlich immer schon über solche Sachen geschrieben (und viel mehr noch: geredet) habe.² Aber: will das jemand lesen? Und: will ich das schreiben? Mehr noch: was sollte das im „Holoubek-Heft“ des Journals für Rechtspolitik, wo doch rechtspolitisch im Regulierungsbereich

das vorrangig angestrebte Ziel der Stillstand³ ist und *Michael Holoubek* zudem von mir wenig über Regulierungsfragen lesen könnte, was er nicht ohnedies selbst schon besser geschrieben oder gesagt hätte?

Nein, ich als Amateur muss dem Pâtissier zum Geburtstag wirklich keinen Kuchen backen. Ich weiß auch nicht, ob ich überhaupt ein Amuse-Gueule richtig hinbekomme, aber zumindest will ich versuchen, ein kleines Häppchen in einer völlig anderen Geschmacksrichtung anzubieten – ein paar offene Worte zu einer grassierenden Seuche:

I. Zum professoral-advokatorischen Rechtsgutachten

Wer ein paar Tage lang Zeitung liest, wird ihnen fast unweigerlich begegnen, den offenbar unumstößlichen Wahrheiten aus berufenem Munde, aufbereitet in professoralen Rechtsgutachten⁴, die von den AuftraggeberInnen in der Art einer Jagdtrophäe präsentiert werden: Prof. X⁵ erklärt, Maßnahme A sei verfassungswidrig / verfassungskonform, unionsrechtswidrig / unionsrechtlich geboten [nicht Zutreffendes bitte streichen]. Ob in Politik, Zivilgesellschaft oder Wirtschaftsleben, das öffentlich zur Schau gestellte Rechtsgutachten – dessen magische Wirkung übrigens kaum davon abhängt, dass es tatsächlich öffentlich einsehbar wäre⁶ – soll PR-

³ Aka „regulatory certainty“.

⁴ Der Einfachheit halber nenne ich hier Rechtsgutachten, die von Angehörigen wissenschaftlicher Einrichtungen in dieser Rolle und unter Hinweis auf ihre wissenschaftliche Funktion erstattet werden, „professorale Rechtsgutachten“ (auch wenn sie gelegentlich natürlich auch von DozentInnen oder AssistentInnen verfasst werden); klassische Rechtsgutachten, wie sie von AnwaltInnen, auch wenn sie habilitiert sind, ihren MandantInnen gegenüber erstellt werden, sind damit nicht gemeint.

⁵ Die österreichische juristische Welt ist klein, die LeserInnen mögen hier an den einen oder die andere denken; mir geht es aber nicht um Einzelfälle, sondern um Systemisches.

⁶ Vielleicht im Gegenteil: die Veröffentlichung des Rechtsgutachtens trägt eher zur Entzauberung bei, vor allem wenn die Disclaimer offenbar werden („nach den mir erteilten Auskünften“ usw).

¹ Wunderbares Anschauungsmaterial für *regulatory capture* findet, wer das finden mag (es scheinen recht wenige zu sein), im und um den Korruptions-Untersuchungsausschuss.

² Stimmt natürlich nicht, weil das a) mein erstes Leben als Zivilrechtler ausblendet, ich mich b) erst seit etwa 1993 (auch) mit Regulierungsfragen beschäftige und mich c) Regulierungsthemen tatsächlich nur in einem recht geringen Umfang beschäftige.

wirksam die Überlegenheit der eigenen Rechtsposition signalisieren (ich bezeichne diesen Typus des Rechtsgutachtens im Folgenden als „PR-Gutachten“). Manchmal wird die Wirkung freilich ein wenig dadurch gedämpft, dass die jeweilige Gegenseite im Besitz ähnlich unumstößlicher Wahrheiten aus (konkurrierender) professoraler Werkstatt ist.

Andere professorale Rechtsgutachten werden nicht öffentlich präsentiert, sondern kommen vor allem als Beilage zu anwaltlichen Schriftsätzen in gerichtlichen Verfahren zum Einsatz, oder sie werden vorsorglich in den Dokumentenschränken der Unternehmen eingelagert, um im Bedarfsfall eine gerade noch plausible Erklärung für bestimmte Verhaltensweisen liefern zu können. Dass solche Gutachten in Gerichtsverfahren vorgelegt werden, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihre wahre Zielgruppe nicht die Gerichte sind, denn diesen muss die Rechtslage⁷ nicht erläutert werden: „Es gilt der Grundsatz: *iura novit curia*“, richtete der OGH etwa den Parteien aus, die in einem Verfahren sechs professorale Rechtsgutachten vorgelegt hatten.⁸ Hauptzielgruppe dieser Gutachten sind eher Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder von Unternehmen, deren Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihres Vorgehens beschwichtigt werden sollen oder die sich mit diesen Gutachten eine Rechtfertigung für ihr Vorgehen schaffen wollen, gerade weil ihnen klar ist, dass es sich in einer rechtlichen Grauzone bewegt (im Folgenden: „Alibi-Gutachten“).⁹

⁷ Ausgenommen natürlich das ausländische Recht, vgl § 4 Abs 1 IPRG.

⁸ OGH 20.10.2005, 2 Ob 235/05f: „Die Parteien haben in dieser Rechtssache gleich sechs verschiedene, einander teilweise widersprechende private Rechtsgutachten (der Professoren [...]) vorgelegt. Eine solche Vorlage mag zulässig sein (vgl RIS-Justiz RS0041743, RS0043585), der Oberste Gerichtshof ist aber nicht verpflichtet, auf derartige Auftragswerke im Einzelnen einzugehen. Es gilt der Grundsatz: *iura novit curia*.“ Die Gutachtenshäufung gerade in diesem Verfahren – die Auseinandersetzung betraf das auch durch den Korruptions-Untersuchungsausschuss bekannte Behördenfunknetz ADONIS – war wohl kein Zufall.

Vgl zur Bedeutung von Rechtsgutachten – das ADONIS-Urteil zitierend – auch VwGH 2006/08/0333: „Ein privates Rechtsgutachten, das - wie darin ausgeführt - auf Informationen beruht, die dem Gutachter von der beschwerdeführenden Partei erteilt wurden und die mit dem von der Behörde festgestellten Sachverhalt nicht übereinstimmen, vermag keine Verpflichtung der Behörde auszulösen, sich mit den darin ausgeführten rechtlichen Überlegungen im Detail auseinanderzusetzen.“

⁹ Manchmal wird auch die Auffassung vertreten, die Einholung professoraler Rechtsgutachten diene einer Einschüchterung der GegnerInnen. Das mag gegenüber unvertretenen Parteien, die Scheu vor „großen Namen“ haben, vielleicht zutreffen. Bei berufsmäßig vertretenen GegnerInnen kann hingegen der gegenteilige Effekt eintreten: denn diese vermögen oft recht gut einzuschätzen, aus welchen Gründen – und manchmal auch: weshalb

Und schließlich gibt es eine weitere, die Öffentlichkeit scheuende Form des Auftragsgutachtens: die gesponserte Forschung bzw den mit finanzieller Unterstützung erstellten und – ohne Offenlegung der Finanzierung – in unverdächtigen Publikationen platzierten rechtswissenschaftlichen Fachbeitrag.¹⁰ Damit soll der juristische Fachdiskurs beeinflusst werden, sodass bestimmte Themen und Sichtweisen salonfähig und vielleicht sogar zur herrschenden Meinung werden (im Folgenden: „Tarnkappen-Gutachten“).¹¹

Egal ob PR-, Alibi- oder Tarnkappen-Gutachten, gemeinsam ist ihnen, dass sie advokatorisch gedacht sind und auch so eingesetzt werden: zum Erkämpfen, Sichern und Verteidigen von Rechtspositionen. Daran ist nichts auszusetzen – außer der Rollenvermischung von anwaltlicher und wissenschaftlicher Tätigkeit.

II. Wünschenswert: Rollenklarheit und Transparenz

„Der Rechtsanwalt ist verpflichtet“, so haben wir alle aus § 9 Abs 1 RAO gelernt, „die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten.“ Alles zur Vertretung der Partei Dienliche vorbringen, Angriffs- und Verteidigungsmittel in jeder zulässigen Weise gebrauchen – anwaltliche Arbeit ist nicht nur kein Leben im Elfenbeinturm, sie ist auch nicht von wissenschaftlichem Erkenntnisinteresse geleitet. Denn vorzubringen, was zur Vertretung der Partei „für dienlich erachtet“ wird, bedeutet natürlich auch: das weniger Dienliche oder das geradewegs Schädliche nicht vorzubringen.¹²

gerade von welcher Person - solche Rechtsgutachten eingeholt werden. Dennoch wird in solchen Fällen häufig – wieder vor allem zur Beruhigung der eigenen AuftraggeberIn – ein Gegengutachten eingeholt.

¹⁰ Dabei muss die Finanzierung nicht unbedingt direkt für die publizierte Arbeit gewährt werden; es kann zB auch ein internes Rechtsgutachten vorangehen, auf dessen Grundlage dann „unbezahlt“ ein Fachbeitrag entsteht.

¹¹ Eine weitere Entwicklung wäre übrigens das „vorausseilende Rechtsgutachten“: eine Publikation, die schon mit Blick auf mögliche spätere Auftraggeber für Rechtsgutachten in diesem Bereich verfasst wird. Diese Absicht kann man nicht unterstellen, aber manchmal ist man versucht anzunehmen, dass die Möglichkeit späterer Auftragsgutachten bei der Konzeption einer wissenschaftlichen Arbeit zumindest zustimmend in Kauf genommen worden sein könnte.

¹² Zur Vermeidung von Missverständnissen: Natürlich gehört zur anwaltlichen Tätigkeit die unvoreingenommene und gründliche Prüfung der Rechtslage, die unabdingbare Voraussetzung dafür ist, die Mandantschaft *lege artis* zu beraten und zu vertreten. Mir geht es hier aber um die anwaltliche Rolle der Parteienvertretung, die – wie der Name zeigt – parteilich im besten Sinne – im Interesse

Wissenschaftliches Arbeiten hingegen, auch in der Rechtswissenschaft¹³, strebt nach rationaler, nachvollziehbarer, vorurteilsfreier Erkenntnis; es steht WissenschaftlerInnen gerade nicht frei, valide Argumente beiseite zu schieben, bloß weil sie einem persönlich oder vom Auftraggeber / von der Auftraggeberin gewünschten Ergebnis zuwiderlaufen könnten.

Mit anderen Worten: was aus anwaltlicher Sicht geboten sein kann, ist unter dem Gesichtspunkt guter wissenschaftlicher Praxis und wissenschaftlicher Integrität jedenfalls tabu.¹⁴ Dennoch begegnen uns immer wieder „Rechtsgutachten“, die der Sache nach anwaltliche Schriftsätze sind. Oft – nicht immer – gute, manchmal sogar ganz ausgezeichnete Schriftsätze, aber eben parteiergreifend und interessewährend, ausschließlich der AuftraggeberInnen-Zielsetzung dienend. Doch „professoral-advokatorische Rechtsgutachten“ tragen den Widerspruch in sich: gute wissenschaftliche Praxis und advokatorische Parteinahme schließen einander aus. Und so sehr man auch glauben möchte, dass all das, was in professoralen Rechtsgutachten so geschrieben wird, der wahren wissenschaftlichen Überzeugung der jeweiligen AutorInnen – unter Ausblendung jeder Bedachtnahme auf die Interessen der AuftraggeberInnen – entspricht, so schwer ist dies mit den Eindrücken aus der Praxis in Einklang bringen.¹⁵

der MandantInnen – zu sein hat. Klassische anwaltliche Rechtsgutachten, in denen der Mandantschaft vertraulich und intern die Rechtslage dargelegt wird, heben sich übrigens oft wohltuend von manch öffentlichkeitswirksam präsentierten professoralen Rechtsgutachten ab.

¹³ Zeleny, in: Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 395, definiert Rechtswissenschaft im Lichte einer positivistischen Rechtstheorie als „jene (dogmatische) Wissenschaft, die sich mit der objektiven, dh intersubjektiv nachprüfbaren Beschreibung des Gegenstandes ‚positives Recht‘ als Normensystem [...] befasst.“

¹⁴ Wissenschaftliche Integrität verlangt auch, mögliche Interessenkonflikte, wie sie sich im Zusammenhang mit Sponsoren und externen Auftraggebern ergeben können, offen zu legen, und sich gegebenenfalls von einem Vorhaben auch fernzuhalten; vgl dazu etwa das Reglement „Wissenschaftliche Integrität“ der Akademien der Wissenschaften Schweiz, www.akademien-schweiz.ch/dms/D/Portrait/Kommissionen/Integritaet/Reglement_d.pdf; die von der Österreichischen Agentur für wissenschaftliche Integrität veröffentlichten Richtlinien zur Untersuchung von Vorwürfen wissenschaftlichen Fehlverhaltens (http://www.oeawi.at/downloads/Richtlinien_zur_Untersuchung_von_Vorwuerten_wissenschaftlichen_Fehlverhaltens.pdf) enthalten keine spezifischen Regeln für den Umgang mit Interessenkonflikten.

¹⁵ Wer übrigens behauptet (oder gar glaubt), dass man als AuftraggeberIn keine Rechtsgutachten mit den gewünschten Ergebnissen kaufen könne, möge sich an den Rechtsanwalt / die Rechtsanwältin des Vertrauens wenden und sich erkundigen, ob es nicht für die eigene Rechtsauffassung auch die Möglichkeit eines professoralen

Rechtsgutachten weiter an Ansehen verliert. Denn das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Marke „Rechtsgutachten eines Universitätsprofessors / einer Universitätsprofessorin“ dürfte jedenfalls kaum im Steigen begriffen sein.¹⁶ Wenn sich aber in der Öffentlichkeit der Eindruck verfestigt, dass alles und das genaue Gegenteil durch professorale Rechtsgutachten belegt werden kann,¹⁷ schadet dies vor allem auch der seriösen akademischen rechtswissenschaftlichen Forschung.

Ich halte es daher für hoch an der Zeit, dem Vertrauensverlust in professorale Rechtsgutachten entgegenzuwirken. Im Bereich des politischen Lobbying haben Verdachtsmomente in Richtung unlauterer Einflussnahme auf die Willensbildung staatlicher Organe jüngst zu gesetzgeberischen Maßnahmen geführt, vor allem um mehr Transparenz herzustellen. Ohne die professorale Gutachtenserstellung unmittelbar mit Lobbying vergleichen zu wollen, so bestehen doch Parallelen dort, wo es um die Vertretung der AuftraggeberInnen-Interessen geht. Auch bei advokatorisch ausgerichteter Tätigkeit akademischer RechtswissenschaftlerInnen ist Transparenz das Gebot der Stunde:

A. Rollenklarheit

Nichts spricht dagegen, dass ProfessorInnen ihre Expertise in der Praxis verwerten (im Gegenteil: sehr viel spricht dafür!). Wo, wenn nicht von spezialisierten RechtswissenschaftlerInnen, sollen sich AnwältInnen, Unternehmen oder politische EntscheidungsträgerInnen rechtliche Unterstützung in komplexen Rechtsfragen holen – und wo, wenn nicht an Fällen aus der Praxis, soll die akademische Expertise geschärft und der notwendige Realitätsbezug für Forschung und Lehre hergestellt werden?

len Rechtsgutachtens gäbe. Und dann vorsichtig fragen, ob auch für die gegenteilige Rechtsauffassung ein Rechtsgutachten zu bekommen wäre.

¹⁶ Empirische Erhebungen dazu wären interessant, aber aufwendig. Einen gewissen ersten Eindruck vermitteln aber nicht nur Postings in Online-Medien, wenn wieder jemand ein professorales Rechtsgutachten präsentiert, sondern vor allem auch offene Vieraugen-Gespräche mit VertreterInnen von Anwaltschaft und Justiz.

¹⁷ Der Titel dieses Beitrags spielt mit einem Zitat von *Groucho Marx* darauf an. Das Zitat lautet vollständig und im Original: “Those are my principles, and if you don’t like them... well, I have others.”

Wichtig wäre allerdings, parteiliche Unterstützung, jedenfalls soweit sie auch der Öffentlichkeit präsentiert wird, nicht mit der irreführenden Bezeichnung „Rechtsgutachten“ zu versehen. Gute Argumente im Dienste der jeweiligen AuftraggeberInnen werden nicht besser, wenn Ihnen durch die Bezeichnung als „Rechtsgutachten Prof. X“ ein wissenschaftlicher Anstrich gegeben wird.

Akademische RechtswissenschaftlerInnen sollten daher im Sinne der Rollenklarheit stets offenlegen, ob sie gerade als AuftragsgutachterInnen, als BeraterInnen, oder in ihrer ureigensten Rolle als freie, doch dem Streben nach Wahrhaftigkeit verpflichtete WissenschaftlerInnen tätig sind.

B. Transparenz über AuftraggeberInnen und SponsorInnen

Wissenschaftliche Forschung findet nicht im luftleeren Raum statt. Ob Drittmittel „eingeworben“ werden, oder ob ad personam-Aufträge für Rechtsgutachten oder rechtliche Beratung angenommen werden: Interessenkonflikte aufgrund finanzieller Beziehungen sind nicht auszuschließen. Im medizinischen Bereich ist es mittlerweile anerkannte gute wissenschaftliche Praxis, finanzielle Unterstützung von Forschungsarbeiten in geeigneter Weise offenzulegen;¹⁸ im Gefolge der jüngsten Finanzkrise wurde auch die Forderung nach entsprechenden ethischen Richtlinien für ÖkonomInnen verstärkt erhoben.¹⁹ Im juristischen Bereich ist es hingegen noch immer nicht Standard, dass bei Veröffentlichungen oder Fachvorträgen in jedem Fall offengelegt wird, wenn die Arbeit auf Auftragsgutachten zurückgeht oder mit solchen in Zusammenhang steht, durch Drittmittel finanziert wurde oder sonstige – finanzielle oder persönliche – Nahebeziehungen zum Gegenstand der Untersuchung bestehen. Im kleinen Österreich bleibt zwar wenig wirklich verborgen, aber gerade deshalb würde wohl niemandem ein Stein aus der professoralen Krone fallen, wenn vollständige Transparenz in diesem Sinne hergestellt wird.²⁰

¹⁸ Vgl – uva – die Empfehlung der Deutschen Gesellschaft für medizinische Informatik zum Umgang mit Drittmitteln, http://www.gmds.de/pdf/publikationen/empfehlungen/empf_drittmittlethik.pdf

¹⁹ Vgl etwa *Thieme*, Ethik-Regeln in der VWL? (2.2.2012) <http://www.oekonomenstimme.org/artikel/2012/02/ethik-regeln-in-der-vwl/>.

Der Verein für Socialpolitik, die traditionsreichste wirtschaftswissenschaftliche Vereinigung Deutschlands, wird bei der Jahrestagung vom 9. bis 12.9.2012 voraussichtlich einen entsprechenden Ethik-Kodex annehmen; siehe den Entwurf dafür http://www.mem-wirtschaftsethik.de/fileadmin/user_upload/mem-denkfabrik/2012/VfS_Ethikkodex.pdf.

²⁰ Auch beendete Auftragsbeziehungen können nachwirken: wer mit „Rechtsgutachten“ der Sache nach advo-

III. Code of Conduct?

Verhaltenskodices haben gerade wieder einmal Saison. Ich verhehle nicht, dass ich solchen Selbstregulierungsinstrumenten in vielen Bereichen eher kritisch gegenüberstehe. Im Wissenschaftsbetrieb, der geprägt ist von der Freiheit von Forschung und Lehre, könnte ein Code of Conduct aber gute Dienste leisten, um weithin anerkannte Standards zumindest zu dokumentieren. Die Plagiatsaffären haben dazu geführt, dass im universitären Leben mittlerweile praktisch flächendeckend Grundsätze guter wissenschaftlicher Praxis im Umgang mit geistigem Eigentum bekannt gemacht wurden. Mein Vorschlag wäre, diese Grundsätze für den Bereich der Rechtswissenschaften um Standards für den Umgang mit Auftragsgutachten bzw Beratungsleistungen und den sich daraus möglicherweise ergebenden Interessenkonflikten zu ergänzen.

Derzeit wird das professorale Rechtsgutachten oft als eine Art juristische Allzweckwaffe eingesetzt. Zwar kann man an der Wirkungsmacht dieser Waffe zweifeln, zumal sie sich manchmal eher als Blendgranate denn als bunkerbrechend herausstellt; die von ihr ausgehende Gefahr für die Glaubwürdigkeit der Jurisprudenz als wissenschaftlicher Disziplin sollte man aber nicht unterschätzen.

Korrespondenz: HR Dr. Hans Peter Lehofer, Verwaltungsgerichtshof, Judenplatz 11, A-1010 Wien; hanspeter.lehofer@vwgh.gv.at

katorisch tätig war, von dem sollte man zumindest erwarten können, dass er auch § 10 Abs 1 RAO sinngemäß für sich anwendet, und „die Vertretung oder auch nur die Ertheilung eines Rathes“ ablehnt, wenn er die Gegenpartei in derselben oder in einer damit zusammenhängenden Sache vertreten hat (oder in solchen Angelegenheiten früher als RechtsgutachterIn tätig war!).

JusPortal.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...