

1. Teil:

Grundlagen des Rechts

Das öffentliche Recht ist wesentlicher Bestandteil der Rechtsordnung. Voraussetzung für das Verständnis der Besonderheiten des öffentlichen Rechts sind Grundkenntnisse über das Recht im Allgemeinen. Daher sollen zunächst allgemeine Fragen des Rechts, nämlich *Rechtsbegriff*, *Rechtsnorm*, *Rechtsquellen*, die *juristischen Tätigkeiten* (Subsumtion, Interpretation) sowie die *Unterscheidung in öffentliches und privates Recht* erörtert werden. 1

1. Kapitel: Grundbegriffe des Rechts

I. Rechtsbegriff

A. Allgemeine Definition

Unter Recht soll in der Folge ein System von von **zuständigen Rechtssetzungsorganen gesetzten, wirksamen und zwangsbewehrten Anordnungen** verstanden werden. Man bezeichnet einzelne Anordnungen auch als *Rechtsnormen*, *Rechtsvorschriften*, *Rechtsregeln* oder *Bestimmungen* und die Summe aller in einer Rechtsgemeinschaft geltenden Rechtsvorschriften als die **positive Rechtsordnung**. Dabei ist mit „positiv“ gemeint, dass als Rechtsnormen nur Anordnungen gelten, die von dazu ermächtigten Rechtssetzungsorganen, also letztlich von Menschen, erzeugt werden (lat: „*legem ponere*“ = Recht setzen). Das gesamte Recht eines Staates (dessen Rechtsordnung) ist verankert in den *Rechtsquellen* (vgl Rz 72 ff). 2

Die Bildung des Rechtsbegriffes ist kein Akt der Rechtskenntnis, sondern eine letztlich von Zweckmäßigkeitüberlegungen (hier vor allem von didaktischen Erwägungen) getragene **Entscheidung**. Die gegebene Definition orientiert sich an Inhalt und Eigenart der österr Rechtsordnung, ohne zu verkennen, dass auch andere Umschreibungen des Rechtsbegriffes denkbar sind.

B. Wesensmerkmale des Rechtsbegriffs

a) „**Von zuständigen Rechtssetzungsorganen gesetzt**“ bedeutet, dass nur solche Anordnungen als Recht gelten sollen, die von dazu ermächtigten Personen, also den zuständigen Organen, erzeugt werden. Zur Rechtsetzung zuständig können *Einzelorgane* (zB BPräs), *Kollegialorgane* (zB NR, BReg, GemRat) oder auch die *Rechtsgenossen* sein (zB in Form der Volksabstimmung). Welche Organe in einem Staat zur Rechtsetzung befugt sind, bestimmt die **Verfassung** (vgl Rz 74 ff). 3

Nicht als positives Recht gelten „präpositive“ (*staatlichem Recht vorgelegerte*) Normen, die aus allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen abzuleiten, nicht aber von staatlichen Rechtsetzungsorganen erzeugt sind (zB Verbot der Sklaverei und des Menschenhandels; Forderung nach weitgehender rechtlicher Gleichstellung von Mensch und Tier). Die Staatsorgane sind nach dem B-VG an Gesetz (vgl Art 18 B-VG) und Verfassung, nicht aber an präpositive Gerechtigkeitspostulate gebunden (zur Unterscheidung von Positivismus und Naturrechtslehre vgl Rz 19 ff).

- 4 b) Mit „**wirksam**“ (effektiv) ist gemeint, dass nur solche Vorschriften als Recht zu qualifizieren sind, die von den Rechtsunterworfenen **befolgt** und von Staatsorganen *im Großen und Ganzen* **angewendet** werden. „Wirksam“ ist eine Rechtsvorschrift vor allem dann, wenn ihre Missachtung durch *staatlichen Zwangsakt* sanktioniert wird (zB Verhängung einer Strafe). Der Rechtscharakter fehlt folglich bei „Normen“, die nicht mehr befolgt bzw angewendet werden, denen also *keine verbindliche Wirkung* (mehr) zukommt (zB außer Kraft getretene Bestimmungen der GewO 1859).
- 5 c) „**Zwangsbewehrt**“ bedeutet, dass die Befolgung von Rechtsvorschriften nicht dem Willen der Normunterworfenen anheimgestellt ist. Rechtsnormen sind verbindlich (vgl zB Rz 72); ihre Befolgung ist Pflicht der Normunterworfenen. Werden Rechtsvorschriften nicht befolgt, sind sie **mit Hilfe staatlichen Zwangs** durchzusetzen (Verhängung von Strafen; Abnahme von Dokumenten; Wegnahme von Befugnissen etc). Mit Hilfe staatlichen Zwangs durchgesetzt werden können zunächst **Gebots-** und **Verbotsnormen** (vgl Rz 9 ff).

Beispiel: Fährt jemand alkoholisiert mit seinem PKW, verletzt er damit das **Verbot des Lenkens eines Kfz in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand** (§ 14 Abs 8 FSG iVm § 37 a FSG), das **zwangsweise durchgesetzt** werden kann: VwOrgane dürfen einen alkoholverdächtigen Lenker anhalten (§ 97 StVO) und an der Weiterfahrt hindern (zB durch Abnahme der Fahrzeugschlüssel; § 5 b StVO). Ferner kann der Führerschein vorläufig abgenommen werden (§ 39 FSG). Schließlich ist über den Lenker (bei Nachweis der Alkoholbeeinträchtigung) mit Bescheid eine **Verwaltungsstrafe** zu verhängen (§ 37 a FSG) und ist ihm die Lenkberechtigung für bestimmte Zeit zu entziehen (§ 24 iVm § 7 FSG).

Mit **staatlichem Zwang** durchgesetzt werden können aber auch **Ermächtigungs-** (vgl Rz 13) sowie **Erlaubnisnormen** (vgl Rz 14). Zwar kann niemand gezwungen werden, von einer Ermächtigung, einen Rechtsakt zu setzen, Gebrauch zu nehmen; wenn aber ein Rechtsunterworfener oder ein Staatsorgan von einer Erlaubnis- oder Ermächtigungsnorm Gebrauch nimmt und einschlägige Handlungen setzt, darf dies nur in *Übereinstimmung* mit der Erlaubnis- oder Ermächtigungsnorm, also in *rechtmäßiger Weise*, geschehen. Wird hingegen von einer Erlaubnis- oder Ermächtigungsnorm in rechtswidriger Weise Gebrauch genommen, ist mit zwangsweise durchzusetzenden Rechtsfolgen zu rechnen.

Beispiele: (1) *Generelle Normen* (zB Gesetz, VO, Staatsverträge) werden auf Grund von **Ermächtigungsnormen** erlassen. Ihre Erzeugung beruht nicht auf einer **durchsetzbaren Rechtspflicht**. So sind zB **Gesetzgebungsorgane** auf Grund der Kompetenznormen (insb Art 10–15 B-VG) ermächtigt, rechtspolitisch notwendige Gesetze zu erlassen (vgl Rz 295). Erlässt ein Gesetzgeber ein Gesetz, zu dessen Erlassung er nach den Kompetenzbestimmungen *nicht zuständig* ist, ist als Sanktion vorgesehen, dass der VfGH ein solches kompetenzwidriges Gesetz aufheben kann (vgl Rz 326).

(2) Als **Erlaubnisnorm** ist zB der „Gemeingebrauch“ an öffentlichen Gewässern gestaltet. Gemäß § 8 Abs 1 WRG ist jedermann in öffentlichen Gewässern der Gebrauch des Wassers zum Baden, Waschen, Tränken, Schwimmen und Schöpfen, dann die Gewinnung zB von Sand, Schotter, Steinen und von Eis (ohne besondere Vorrichtungen) „*unentgeltlich erlaubt*“. Entnimmt jemand aus einem Fluss mit kleinem Förderband Sand, erfolgt diese Entnahme nicht mehr „*ohne besondere Vorrichtung*“. Dafür kann über die betreffende Person eine Verwaltungsstrafe verhängt werden.

d) Mit dem Begriff „**Anordnung**“ wird zum Ausdruck gebracht, dass Inhalt einer Rechtsvorschrift stets die *Vorschreibung eines menschlichen Verhaltens* (also ein Befehl, ein „Sollen“) ist. Rechtliche Anordnungen sind ihrem Sinn nach „*Sollenssätze*“, denen durch tatsächliches Verhalten der Menschen zu entsprechen ist. Mit Hilfe rechtlicher Anordnungen beabsichtigt der Staat eine *Ordnung* und *Steuerung menschlichen Verhaltens*. **6**

Beispiel: Gemäß § 7 StVO „hat“ der Lenker eines Fahrzeuges soweit als möglich „rechts“, also am rechten Fahrbahnrand, zu fahren („Rechtsfahrgebot“). Die meisten Fahrzeuglenker kommen dieser Verhaltensanordnung dadurch nach, dass sie mit ihrem Fahrzeug tatsächlich am rechten Fahrbahnrand fahren. Führt ein Lenker in der Fahrbahnmitte und verletzt er damit das Rechtsfahrgebot, kann dieses rechtswidrige Verhalten sanktioniert werden (zB Verhängung einer Verwaltungsstrafe; Schadenersatz bei Verursachung eines Verkehrsunfalls).

II. Begriff der Rechtsnorm; Arten von Rechtsnormen

Wie dargetan, versteht man unter Rechtsordnung die Gesamtheit der in einem Staat geltenden Rechtsnormen (Rechtsvorschriften). Die **Rechtsnorm** ist daher zentraler Begriff jeder Rechtsordnung. In der Folge ist zu klären, was unter einer Rechtsnorm zu verstehen ist. Anschließend sind die verschiedenen Arten von Rechtsnormen zu erläutern.

A. Begriff der Rechtsnorm; Rechtsnorm als Sinn eines Willensaktes

Hans Kelsen hat zur Frage der Rechtsnorm grundlegende Aussagen getroffen, denen hier – stark verkürzt – gefolgt werden soll (vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre² [1960] 4 ff). Grundsätzlich ist unter jedweder Norm, somit auch unter einer Rechtsnorm, eine Anordnung, ein **Befehl** zu verstehen, dass sich **7**

ein Mensch in bestimmter Weise **verhalten soll**. Der Sinn einer Rechtsnorm ist seiner inneren Zweckrichtung nach auf das **Verhalten von Menschen** gerichtet, indem ihnen etwas *geboten*, *verboten* oder auch etwas *erlaubt* wird, oder sie *ermächtigt* werden, eine bestimmte Rechtsnorm zu setzen. Insofern sind Rechtsnormen stets **Willensakte**. Diejenige Person, die zB gebietet oder verbietet, will, dass sich diejenige Person, an die ein Gebot oder Verbot gerichtet ist, entsprechend dem Gebot oder Verbot **verhalten soll**. Nicht gesagt ist damit, dass sich die betreffende Person tatsächlich dem Gebot bzw Verbot entsprechend verhält.

Beispiel: Erlauben Eltern einem heranwachsenden Kind abends bis 22:00 Uhr auszugehen, liegt der Sinn dieser Willensäußerung darin, dass das Kind spätestens bis 22:00 Uhr zuhause sein soll. Kinder anderer Eltern werden dadurch nicht verpflichtet, weil sich die Anordnungsbefugnis der Eltern nur auf ihr eigenes Kind bezieht.

Die Norm als **spezifischer Sinn eines auf das Verhalten von Menschen gerichteten Aktes** ist vom natürlichen Willensakt zu unterscheiden. Zwar ist ein „Sollen“ zunächst der (subjektive) Sinn des Willensaktes eines Menschen; kommt hinzu, dass der Willensakt auch objektiv den Sinn eines Sollens hat, ist er als Rechtsnorm zu bezeichnen. Dies ist namentlich der Fall, wenn das Verhalten, auf das ein Willensakt intentional gerichtet ist, nicht nur vom Standpunkt der den Akt setzenden Menschen, sondern auch vom Standpunkt unbeteiligter Dritter (zB anderer Bürger) als gesollt angesehen wird.

Beispiel: Die 183 Abgeordneten des NR beschließen ein Gesetz, mit dem für die Benützung der Bundesautobahnen die Entrichtung einer Maut vorgeschrieben wird. – Der Sinn dieses Willensaktes ist nicht auf die 183 Abgeordneten des NR beschränkt, sondern gilt für jeden Benützer einer Autobahn, weil der Willensentscheidung der Abgeordneten in Form eines Gesetzes kraft Verfassung **allgemeine Verbindlichkeit** zukommt.

- 8 Der Staat erlässt rechtliche Anordnungen/Rechtsnormen, um menschliches Verhalten zu steuern („*Sozialsteuerung*“), indem er *Gebote/Verbote* aufstellt, *Erlaubnisse* erteilt oder *Ermächtigungen* (zur Rechtsetzung) einräumt. Man kann daher zwischen Gebots- und Verbotsnormen sowie Erlaubnis- und Ermächtigungsnormen unterscheiden.

B. Gebotsnormen

- 9 a) **Gebotsnormen auferlegen (rechtliche) Pflichten. Gebotsnormen** verpflichten zu einem Tun oder Unterlassen. Im Verwaltungsrecht begegnet es häufig, dass Rechtsvorschriften ein Tun oder Unterlassen gebieten, also *Pflichten auferlegen*. Solche Gebotsnormen sind idR verknüpft mit **Sanktionsnormen**. Diese ermächtigen Staatsorgane, bei Verletzung rechtlicher Gebote/Pflichten eine Sanktion (zB Verwaltungsstrafe) zu verhängen (vgl Rz 13).

Beispiele: (1) Gemäß § 7 StVO besteht ein **Rechtsfahrgebot**. Wer die Pflicht, rechts zu fahren, verletzt, ist von der VwBehörde zu bestrafen (§ 99 Abs 3 StVO). Wer durch Verletzung des Rechtsfahrgebots einen Unfallschaden verschuldet, ist vom Gericht zum *Ersatz des Schadens* zu verpflichten.

(2) Errichtung und Betrieb gewerblicher Betriebsanlagen (zB Tischlereibetrieb, Restaurant) bedürfen gemäß § 74 Abs 2 GewO einer behördlichen Genehmigung. Dieses an die Inhaber gewerblicher Betriebsanlagen gerichtete **Gebot** wird durch eine Strafnorm abgesichert, die gebotswidriges Verhalten unter Strafe stellt. Gemäß § 366 Abs 1 Z 2 GewO ist mit Geldstrafe bis zu € 3.600 zu bestrafen, wer eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage *ohne erforderliche Genehmigung* errichtet oder betreibt.

b) Sanktionslose Pflichten. Ausnahmsweise kann eine Regelung auch so gestaltet sein, dass zwar eine Pflicht, etwas zu tun oder zu unterlassen, jedoch keine Sanktion (bei Verletzung der Pflicht) vorgesehen ist. Eine solche Regelung ist als „*unvollständige Rechtsnorm*“ („*lex imperfecta*“) zu qualifizieren, weil – ähnlich einer gesellschaftlichen Norm – bei Verletzung keine Sanktion vorgesehen ist. 10

Beispiel: Gemäß § 68 Abs 6 StVO müssen Kinder unter 12 Jahren beim Radfahren einen Sturzhelm verwenden. Eine Verletzung dieser „**Sturzhelmpflicht**“ ist weder *zivilrechtlich* noch *verwaltungsrechtlich* sanktioniert. So begründet das Nichttragen eines Helms bei einem Verkehrsunfall *kein Mitverschulden* iS des § 1304 ABGB (vgl § 68 Abs 6 letzter Satz StVO). Außerdem liegt eine Verwaltungsübertretung nicht vor, wenn ein Kind seiner Pflicht zum Tragen eines Sturzhelms und die Eltern ihrer Pflicht, dafür zu sorgen, dass das Kind einen Sturzhelm trägt, nicht nachkommen (vgl § 99 Abs 6 lit e StVO).

C. Verbotsnormen

Verbotensnormen sind darauf gerichtet, **menschliches Verhalten zu untersagen**. 11

a) Ausdrückliche Verbote. Ein Verbot kann ausdrücklich als solches normiert sein: Nach § 76 a StVO ist in einer Fußgängerzone grundsätzlich „*jeglicher Fahrzeugverkehr verboten*“. Gemäß § 16 Abs 1 ForstG ist „*jede Waldverwüstung verboten*“. Nach § 11 Abs 1 TabakG ist Tabakwerbung – von Ausnahmen abgesehen – verboten.

Ein solches Verbot bliebe bloßer Appell, wenn nicht staatliche Behörden im Falle des Zuwiderhandelns gegen eine Verbotsnorm zur Bestrafung ermächtigt wären. Erst auf Grund solcher *Ermächtigungsnormen* können rechtliche Verbote mit Hilfe **staatlichen Zwangs** durchgesetzt werden (vgl § 99 Abs 3 lit a StVO: Strafermächtigung wegen Verletzung des Fahrverbots in Fußgängerzonen; § 174 Abs 1 Z 3 ForstG: Strafermächtigung wegen Waldverwüstung; § 14 Abs 1 Z 3 TabakG: Strafermächtigung wegen verbotswidriger Tabakwerbung).

b) Sonstige Verbote. Verbote werden in Rechtsvorschriften nicht nur durch Verwendung des Rechtsbegriffs „*verboten*“, sondern auch durch andere 12

sprachliche Formulierungen zum Ausdruck gebracht. Wesentlich ist, dass auch in solchen Fällen rechtswidriges Verhalten sanktioniert, also eine Behörde zur Verhängung einer Sanktion (zB einer Strafe) *ermächtigt* ist.

Beispiele: (1) Gemäß § 20 Abs 2 GewO dürfen sich nur Personen mit abgelegter Meisterprüfung als „Meister“ bezeichnen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss ein (nicht ausdrücklich bestimmtes) Verbot des Inhalts, dass sich Personen *ohne erfolgreich abgeschlossene Meisterprüfung* nicht als „Meister“ bezeichnen dürfen. Das Verbot wird abgestützt durch eine Strafnorm: Personen, die sich entgegen § 20 Abs 2 GewO als „Meister“ bezeichnen, sind zu bestrafen (vgl § 368 GewO).

(2) Gemäß § 32 StbG verliert die österr Staatsbürgerschaft, „*wer freiwillig in den Militärdienst eines fremden Staates eintritt*“. Damit ist ein Verlusttatbestand (in Bezug auf die Staatsbürgerschaft) bestimmt. Der Verlust kann dadurch vermieden werden, dass ein Staatsbürger nicht in den Militärdienst eines fremden Staates eintritt, was einem diesbzgl **Verbot** gleichkommt.

D. Ermächtigungsnormen

13 Rechtsnormen können Staatsorganen oder Rechtsunterworfenen die Befugnis (**Ermächtigung**) einräumen, **Rechtsnormen** (zB Gesetze, VO) und **sonstige Rechtsakte** (zB Bescheide) zu erlassen, **Vollzugshandlungen** durchzuführen (zB Durchführung einer Verwaltungsvollstreckung in Bezug auf einen rechtswidrig errichteten Badesteg) oder **Rechtsgeschäfte** abzuschließen (zB Abschluss eines Kaufvertrags). Man bezeichnet solche Normen als **Ermächtigungsnormen**.

Erwähnt seien zB die **Kompetenzbestimmungen** (Art 10–15 B-VG), die den Bundes- und die Landesgesetzgeber zur Erlassung von Gesetzen in den ihnen zugewiesenen Materien *ermächtigen* (vgl Rz 295). Die Erlassung von Gesetzen unterliegt insofern staatlicher Sanktion, **als ein kompetenzwidrig erlassenes Gesetz** vom VfGH aufgehoben werden kann (vgl Rz 324 ff).

Auch die Erlassung von **VO** liegt üblicherweise im rechtspolitischen Ermessen zuständiger VwOrgane (vgl Rz 812 ff).

Beispiele: Gemäß den Landes-NaturschutzG sind die LReg *ermächtigt*, erhaltungswürdige Landschaftsteile mit VO zu Naturschutz- oder Landschaftsschutzgebieten zu erklären. – Gemäß § 76 a StVO können Straßenstellen oder ganze Gebiete dem Fußgängerverkehr durch VO vorbehalten und dadurch zu Fußgängerzonen erklärt werden.

Hingegen ist die Erlassung **individueller Normen** (zB Bescheide) zumeist **rechtlich geboten** und insoweit „*Amtspflicht*“ der Behörde.

Beispiel: Beantragt ein Seilbahnunternehmen die wasserrechtliche Genehmigung zum Betrieb einer Beschneiungsanlage, hat die BezVBeh darüber mit Bescheid abzusprechen. Unterlässt sie dies, kann das Seilbahnunternehmen (als Sanktion für die Verletzung der Entscheidungspflicht) **Säumisbeschwerde** beim Landes-VwG erheben (vgl Rz 521).

E. Erlaubnisnormen

Schließlich gibt es Rechtsnormen, die ein **bestimmtes menschliches Verhalten erlauben**. Dabei kann zwischen zwei Formen unterschieden werden: Die Erlaubnis kann unmittelbar auf **genereller Rechtsvorschrift** (zB Gesetze) beruhen oder durch **behördlichen Akt** (nach Maßgabe gesetzlicher Voraussetzungen) eingeräumt werden. 14

Beispiel: Gemäß § 4 ÖZG „dürfen“ Verkaufsstellen (zB Lebensmittelgeschäfte) an Werktagen grundsätzlich von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr, an Samstagen bis 18:00 Uhr offen gehalten werden. Aus dieser Erlaubnisnorm kann im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass das Offenhalten von Verkaufsstellen an Werktagen vor 6:00 Uhr und nach 21:00 Uhr bzw an Samstagen vor 6:00 Uhr und nach 18:00 Uhr unzulässig, also verboten ist (zu den sonstigen Verboten vgl Rz 12). – Zu einer anderen Erlaubnis, nämlich dem Gemeingebrauch gemäß § 8 WRG vgl Rz 5.

Viele Tätigkeiten sind an eine (*verwaltungs*)*behördliche Genehmigung* gebunden. In solchen Fällen darf die jeweilige Tätigkeit nur durchgeführt werden, wenn hierfür eine **staatliche Erlaubnis** in Form einer verwaltungsbehördlichen Genehmigung vorliegt („**Erlaubnisvorbehalt**“). Solche Erlaubnisse sind auf Grund von Ermächtigungsnormen zu erteilen (vgl Rz 13).

Beispiele: Errichtung eines Gebäudes nach Einholung einer baubehördlichen Genehmigung; Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit erst nach Gewerbeanmeldung; Benützung eines Waldstücks für den Bau einer Straße erst nach Einholung einer Rodungsbewilligung.

III. Sein und Sollen; Recht und Wirklichkeit

Schon *David Hume* erkannte, dass zwischen einem „Sein“ (Tatsachen) und einem „Sollen“ (Normen) ein kategorialer, dem menschlichen Bewusstsein vorgegebener Unterschied besteht. Darauf beruht eine Grundeinsicht juristischen Denkens, nämlich dass die Rechtsnormen („Sollen“) vom *tatsächlichen Verhalten der Menschen* („Sein“) zu unterscheiden sind. Es handelt sich – logisch gesehen – um unterschiedliche Denkkategorien. Rechtsvorschriften sind „*Sollenssätze*“: Sie „existieren“ nicht wie Gegenstände (zB wie ein Tisch), sondern sie haben eine spezifische Existenz, die nach Kelsen in ihrer *Geltung* (vgl Rz 43) besteht (*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² [1960] 9). Folge der Unterscheidung zwischen „Sein“ und „Sollen“ ist, dass der Geltungsgrund einer Norm wiederum nur die Geltung einer anderen Norm sein kann. So ergibt sich zB die Geltung von Gesetzen aus einer übergeordneten Verfassung, in welcher die Erzeugung von Gesetzen geregelt ist (zum Stufenbau vgl Rz 112 ff). 15

Von den Rechtsnormen zu unterscheiden sind der *erlebbaren Wirklichkeit* zugehörige *Seinstatsachen*, also das tatsächliche Verhalten von Menschen, die **gesellschaftliche Wirklichkeit**. In der Folge sollen das Verhältnis zwischen Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit dargestellt sowie Seinsbezüge des Rechts aufgezeigt werden.

A. Dualismus von Sein und Sollen

- 16 a) **Rechtsnormen („Sollen“)**. Rechtsnormen bringen ein **Sollen** in Form von Geboten, Verboten, Ermächtigungen oder Erlaubnissen zum Ausdruck (vgl Rz 7 ff). Rechtsnormen ordnen an, *dass* eine Handlung oder Unterlassung gesetzt werden soll, damit bestimmte Rechtsfolgen eintreten oder vermieden werden (vgl Rz 31 ff). Rechtsnormen sind **Sollensätze**, sie enthalten *keine Aussage über Seinstatsachen*.

Beispiel: Das NAG bestimmt, dass Ausländer, die nicht EU-Bürger sind („Drittstaatsangehörige“) und die sich länger als 6 Monate im Bundesgebiet aufhalten wollen (zB ausländische Arbeitnehmer, Studierende), über einen dem Aufenthaltzweck entsprechenden Aufenthaltstitel verfügen müssen (vgl § 8 iVm § 1 NAG; „Sollen“).

b) **Seinstatsachen („Sein“)**. Aus der rechtlichen Anordnung, dass etwas sein soll, folgt nicht zwingend, dass es auch tatsächlich so ist. Von den Rechtsnormen ist eben das tatsächliche Verhalten der Menschen, die gesellschaftliche Wirklichkeit, kategorial zu unterscheiden. Das Verhältnis zwischen Recht und Wirklichkeit kann ein Zweifaches sein: Menschen können sich *entsprechend den Rechtsvorschriften* („rechtskonform“) verhalten; Recht und Wirklichkeit stimmen überein. Menschen können sich aber auch *entgegen den Rechtsvorschriften* („rechtswidrig“) verhalten; zwischen Recht und Wirklichkeit besteht ein Widerspruch.

Beispiel: Viele Drittstaatsangehörige verfügen über einen vorgeschriebenen Aufenthaltstitel (§ 8 NAG) und halten sich daher rechtmäßig im Bundesgebiet auf („Sein“; Übereinstimmung von Sein und Sollen). Es gibt aber auch Ausländer, die ohne Aufenthaltstitel und folglich *rechtswidrig* im Bundesgebiet aufhältig sind („Sein“; Widerspruch zwischen Sein und Sollen).

- 17 c) **Keine „normative Kraft des Faktischen“**. Rechtsnormen lassen sich nicht unmittelbar aus einem Sein, sondern stets nur aus **anderen Rechtsnormen** ableiten (zum Stufenbau der Rechtsordnung vgl Rz 112 ff). Die sog „**normative Kraft des Faktischen**“, wonach tatsächliches, dauerhaft geübtes Verhalten zu einer verbindlichen Regel führen soll, vermag im demokratischen Verfassungsstaat die Geltung von Rechtsnormen nicht zu begründen. Dies ist Sache der zuständigen Rechtsetzungsorgane (vgl Rz 797 ff).

Beispiel: In den Raumordnungsg der Länder ist vorgesehen, dass Bauten auf als „Grünland/Freifläche“ gewidmeten Grundstücken nicht errichtet werden dürfen (Bauverbot; „Sollen“). Im Widerspruch dazu wurden oftmals Häuser auf derart gewidmeten Grundflächen **konsenslos errichtet** („**Schwarzbauten**“; gesellschaftliche Wirklichkeit; „Sein“). Aus der häufigen (gesetzwidrigen) Errichtung von „Schwarzbauten“ („Sein“) folgt nicht, dass die landesrechtlichen Bauverbote nicht mehr zu beachten wären. Aus *faktischem Verhalten kann nämlich keine neue Rechtsnorm entstehen*; diese Aufgabe kann nur das zuständige Rechtsetzungsorgan wahrnehmen. Und in der Tat wurde in Tirol ein LG über die ausnahmsweise Zulässigkeit von Gebäuden im Freiland LGBl 1994/11 und verbunden damit eine Art „Generalamnestie“ für Schwarzbauten erlassen. Der VfGH hob dieses Gesetz jedoch wegen Gleichheitswidrigkeit auf (VfSlg 14.681/1996).

B. Seinsbezüge des Rechts

Recht wird in einer **konkreten gesellschaftlichen Wirklichkeit** zweckgerichtet erzeugt und verwirklicht, also von Rechtsunterworfenen befolgt, andernfalls von Staatsorganen zwangsweise durchgesetzt. Es wäre daher verfehlt, zu meinen, Recht und Wirklichkeit bestünden gänzlich beziehungslos nebeneinander. Es gibt wichtige **Seinsbezüge des Rechts**, wie zB:

- Die Haupttätigkeit des Juristen besteht in der Unterstellung *bestimmter Seinstatsachen* („*Sachverhalt*“) unter eine Rechtsnorm. Diese spezielle Verknüpfung von Sein und Sollen wird als „**juristischer Syllogismus**“ bezeichnet (vgl Rz 54).
- Recht gilt im Wesentlichen nur dann, wenn es vom zuständigen Rechtsetzungsorgan erzeugt und von den Menschen „im Großen und Ganzen“ **tatsächlich befolgt** wird. Die tatsächliche Befolgung einer Rechtsvorschrift (Wirksamkeit/Effektivität) ist also *Bedingung für ihre Geltung*. Wird eine Rechtsvorschrift von den *Normunterworfenen* nicht mehr beachtet und von den Staatsorganen nicht mehr zwangsweise durchgesetzt, verliert sie ihre Geltung (näher dazu Rz 44).
- Der Inhalt von Rechtsvorschriften wird vielfach von **Seinstatsachen** geprägt und bestimmt.

Beispiel: Nach den Baurechtsvorschriften der Länder haben Gemeindebehörden Grundstücke als für die Errichtung von Gebäuden geeignet zu erklären („*Bauplatzerklärung*“). Der Grund für diese Regelung liegt in der Seinstatsache, dass es *von Natur aus* Grundstücke von unterschiedlicher Bodenbeschaffenheit gibt, nämlich solche, die eine Bebauung erlauben, und solche, die eine Bebauung nicht zulassen (zB sumpfiger Boden, Steilhang).

- Bestehende, allenfalls zu verändernde Seinstatsachen sind vielfach der Grund für die **Erzeugung neuen Rechts**. Häufig ist beabsichtigt, gesellschaftlichen Entwicklungen mit Hilfe des Rechts entgegenzuwirken (sog „**Steuerungsfunktion des Rechts**“).

Beispiel: Der Gütertransit mit LKW bei Nacht hat namentlich an den stark frequentierten Verkehrsrouten bei der Bevölkerung zu erheblicher Lärmbelästigung und Gesundheitsgefährdungen geführt (gesellschaftliche Wirklichkeit; „*Sein*“). Zur Vermeidung dieser Verkehrsbelastung wurde 1995 durch § 42 Abs 6 StVO ein *Nachfahrverbot für LKW über 7,5 t* auf allen Straßen erlassen („*Sollen*“).

IV. Positives Recht und Naturrecht; das Gerechtigkeitsproblem

„Recht“ wird üblicherweise mit Hilfe **formaler Kriterien** umschrieben, nämlich als zwangsbewehrte Normenordnung, die von Rechtsunterworfenen zu befolgen und mit Zwang durchzusetzen ist. Sind aber – so die Frage – für den Rechtsbegriff auch **inhaltliche Kriterien** maßgeblich? Muss staatliches Recht

„gerecht“ sein, damit es als geltend qualifiziert werden kann? Damit ist die Grundsatzfrage nach dem Verhältnis des positiven, staatlichen Rechts zu außer-gesetzlichen Gerechtigkeitsvorstellungen gestellt. Darauf gibt es zwei unterschiedliche Antworten, den *Rechtspositivismus* und die *Naturrechtslehren*.

A. Rechtspositivismus

- 20 a) **Recht ist gleich staatliches Recht.** Der Rechtspositivismus setzt den Rechtsbegriff mit dem staatlichen (also vom Menschen) erzeugten Recht gleich. Als Recht gilt daher die Gesamtheit staatlich erzeugter, zwangsbewehrter Normen. Verneint wird, dass „die“ **Gerechtigkeit schlechthin** als ein für alle Menschen verbindlicher, somit absoluter Wert erkennbar sei. Mangels Erkennbarkeit von absoluten Gerechtigkeitsvorstellungen wird die *Existenz außerstaatlicher/präpositiver Rechtsnormen* geleugnet. Staatliches Recht gilt daher unabhängig davon, ob dessen Rechtssätze als „gerecht“ qualifiziert werden. Der Rechtspositivismus anerkennt auch staatliche Normen mit **verwerflichem, geradezu verbrecherischem Inhalt** als geltendes Recht. Ein *Widerstandsrecht* gegen staatliches „(Un-)Recht“ ist dem Rechtspositivismus fremd.

Zahlreiche mit brutalem Staatszwang durchgesetzte **Rechtsvorschriften des NS-Staates** verdeutlichen die Problematik des Rechtspositivismus. Für ihn waren zB die „Nürnberger Rassengesetze“ mit ihrem menschenverachtenden Eheverbot zwischen „Ariern“ und „Juden“ ebenso geltendes Recht wie die auf Führererlass beruhende „Endlösung“ der Juden mit der staatlichen Erlaubnis zur massenhaften Vernichtung menschlichen Lebens, obwohl diese „Rechtsvorschriften“ im krassen Widerspruch zu *Menschenwürde* und *Gerechtigkeit* standen.

- 21 b) **Absolute Gerechtigkeit nicht erkennbar.** Der Rechtspositivismus leugnet die Erkennbarkeit absoluter Werte und einer *absoluten Gerechtigkeit*. Er räumt aber die Möglichkeit **relativer Gerechtigkeit** ein, zu der sich bestimmte Personen und soziale Gruppen bekennen, die aber für andere Personen und Gruppen nicht verbindlich ist. Recht und Gerechtigkeit sind streng getrennt (sog „**Trennungsthese**“). (Relative) Gerechtigkeitsvorstellungen können einen **außerrechtlichen Wertungsmaßstab** für die Beurteilung staatlichen Rechts abgeben.

Beispiel: Der Freispruch eines Football-Stars vom Vorwurf des Doppelmordes durch ein US-amerikanisches Gericht wurde von der Mehrheit der weißen Bevölkerung als „*ungerecht*“, von der *überwiegenden* Mehrheit der schwarzen Bevölkerung hingegen als „*gerecht*“ beurteilt. An der Gültigkeit des Gerichtsurteils vermögen diese (relativen) Gerechtigkeitsvorstellungen nichts zu ändern.

B. Naturrecht

- 22 a) **Zum Verhältnis Naturrecht/positives Recht.** Das Naturrechtsdenken geht von der Geltung **nicht gesetzter, außerstaatlicher Rechtsnormen** aus, die entweder der menschlichen Vernunft vorgegeben (zB rationalistische Natur-