

1. Kapitel: Grundbegriffe des Rechts

Dworkin, Law's Empire (1986); Hart, The Concept of Law (1961); Kelsen, Reine Rechtslehre² (1960).

Das vorliegende Werk ist dem öffentlichen Recht gewidmet. Auch das 1 öffentliche Recht ist freilich nur ein (wenn auch ein wesentlicher) Bestandteil der Gesamtrechtsordnung. Voraussetzung für das Verständnis der Besonderheiten des öffentlichen Rechts sind dementsprechend Grundkenntnisse über das Recht im Allgemeinen. Daher werden zunächst allgemeine Fragen des Rechts, nämlich *Rechtsbegriff*, *Rechtsquellen*, die *juristischen Tätigkeiten* (Subsumtion, Interpretation) sowie die *Unterscheidung in öffentliches und privates Recht* erörtert.

I. Begriff der Rechtsnorm; Arten von Rechtsnormen

Koller, Theorie des Rechts (2001); Potacs, Rechtstheorie² (2019); Somek, Rechtstheorie (2017).

A. Begriff der Rechtsnorm; Rechtsnorm als Sinn eines Willensaktes

Der britische Rechtstheoretiker H. L. A. Hart hat im ersten Kapitel seines 2 Werks über den „Begriff des Rechts“ treffend festgehalten, dass die Rechtswissenschaft wohl die einzige akademische Disziplin ist, in der (sogar weitgehende) **Uneinigkeit über ihren Gegenstand** besteht. Was Recht ist, ist eine bis heute viel diskutierte Frage. Sie zu beantworten heißt eine Festlegung zu treffen. Diese Festlegung kann – in einer theoretischen Perspektive – nur bedingt richtig oder falsch, freilich mehr oder weniger zweckmäßig sein. Bei der Suche nach einer zweckmäßigen Festlegung ist Originalität kein zwingender Mehrwert. Die folgende Darstellung orientiert sich dementsprechend grundsätzlich (und stark verkürzend) am Werk des österr Rechtsgelehrten Hans Kelsen.

Recht ist in diesem Verständnis eine „soziale Technik“, die dazu eingesetzt wird, **menschliches Verhalten zu steuern**. Diese Verhaltenssteuerung erfolgt mit Hilfe von Normen. Eine „Norm“ bezeichnet, dass etwas sein oder geschehen, vor allem aber, dass sich jemand in einer bestimmten Art verhalten *soll*. Dieses „Sollen“ lässt sich dabei als Summe von Ge- und Verboten (Anordnungen) begreifen, die aber neben dem „Müssen“ auch ein „Können“ oder „Dürfen“, also auch Ermächtigungen und Erlaubnisse umfasst. Nachdem derjenige, der sich der sozialen Technik der Normsetzung bedient (Normsetzer), will, dass diejenigen, an die seine Anordnungen gerichtet sind, sie befolgen sollen, begeg-

net uns das in der Norm verkörperte Sollen zunächst bloß als subjektiver Sinn eines Willensaktes.

Einen objektiven Sinn entfaltet der Akt, wenn er für den Adressaten verbindlich ist, weil seine Setzung durch eine höhere Norm ermächtigt ist. Als objektives Sollen tritt die Norm in Existenz. Sie *gilt*. Schon infolge des Ermächtigungszusammenhangs, der Voraussetzung für die Erzeugung von Normen ist, lassen sich Normen als System beschreiben, in dem die Geltung der untergeordneten Elemente jeweils von der Geltung der übergeordneten Elemente abhängig ist. Es kommt damit zu einer Hierarchie von Normen, einem Stufenbau von über- und untergeordneten Elementen.

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 Norm zu bezeichnen. Dies ist der Fall, wenn das Verhalten, auf das ein Willensakt intentional gerichtet ist, unabhängig vom Standpunkt der den Akt setzenden Menschen 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 Benutzer einer Autobahn, weil der Willensentscheidung der Abgeordneten in Form eines Gesetzes kraft Verfassung **allgemeine Verbindlichkeit** zukommt.

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

B. Gebotsnormen

- 4** a) **Gebotsnormen auferlegen (rechtliche) Pflichten.** Gebotsnormen verpflichten zu einem Tun oder Unterlassen. Im Verwaltungsrecht ist 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 8).

Beispiele:

(1) 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.

(2) An die Missachtung einer Rechtspflicht können weitere nachteilige Folgen geknüpft sein: Wer das Rechtsfahrgesetz gemäß § 7 StVO verletzt, ist von der VwBehörde zu bestrafen (§ 99 Abs 3 lit a StVO). Wer durch Verletzung des Rechtsfahrgesetzes einen Unfallschaden verschuldet, hat zusätzlich zur Verwaltungsstrafe *Schadenersatz* zu leisten.

b) Sanktionslose Pflichten. Ausnahmsweise kann eine Regelung auch so 5 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.

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* iSv § 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

Verbotsnormen sind darauf gerichtet, **menschliches Verhalten zu untersagen**. 6

a) Ausdrückliche Verbote. Ein Verbot kann ausdrücklich 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 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG) ist Tabakwerbung – von wenigen Ausnahmen abgesehen – verboten.

Ein solches Verbot bliebe bloßer Appell, wenn nicht staatliche Behörden im Falle des Zu widerhandelns 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 lit a Z 3 ForstG: Strafermächtigung wegen Waldverwüstung; § 14 Abs 1 Z 4 TNRSG: Strafermächtigung wegen verbotswidriger Tabakwerbung).

b) Sonstige Verbote. Verbote werden in Rechtsvorschriften nicht nur 7 durch Verwendung des Rechtsbegriffs „*verboten*“, sondern auch durch andere 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 § 21 Abs 3 GewO dürfen sich 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 § 21 Abs 3 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*“. Der Verlust kann also dadurch vermieden werden, dass ein Staatsbürger nicht in den Militärdienst eines fremden Staates eintritt, was einem diesbezgl Verbot gleichkommt.

D. Ermächtigungsnormen

8

Rechtsnormen können Staatsorganen oder auch einzelnen Rechtsunterworfenen die Befugnis (**Ermächtigung**) einräumen, andere **Rechtsnormen** (zB Gesetze, VO, Bescheide, Auslobungen) 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**.

Zu den Ermächtigungsnormen zählen prominent 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 293). Die Erlassung von Gesetzen unterliegt insofern staatlicher Sanktion, **als ein kompetenzwidrig erlassenes Gesetz** vom VfGH aufgehoben werden kann (vgl Rz 322 ff).

Gemäß Art 18 Abs 1 B-VG ist jede Verwaltungsbehörde ermächtigt in ihrem Wirkungsbereich „auf Grund der Gesetze Verordnungen“ zu erlassen (vgl Rz 548 ff).

Beispiele: Hinzutreten einfachgesetzliche Sonderermächtigungen: Gemäß den Landes-NaturschutzG sind die LReg *ermächtigt*, erhaltungswürdige Landschaftsteile mit VO zu Naturschutz- oder Landschaftsschutzgebieten zu erklären. Gemäß § 76a StVO können Straßenstellen oder ganze Gebiete dem Fußgängerverkehr durch VO vorbehalten und dadurch zu Fußgängerzonen erklärt werden. Demgegenüber *hat* gemäß § 9 Abs 3 EmissionszertifikateG der zuständige BM mit Verordnung nähere Vorschriften zur Emissionsmeldung durch Anlagenbetreiber zu erlassen.

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

Beispiel: Beantragt ein Seilbahnunternehmen die wasserrechtliche Genehmigung zum Betrieb einer Beschneiungsanlage, hat die BVB darüber mit Bescheid abzusprechen. Unterlässt sie dies, kann das Seilbahnunternehmen (als Sanktion für die Verletzung der Entscheidungspflicht) **Säumnisbeschwerde** beim LVwG erheben (vgl Rz 681 ff).

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.

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.

Viele Tätigkeiten sind an eine (*verwaltungs-)*behördliche Genehmigung gebunden. In solchen Fällen darf die jeweilige Tätigkeit nur durchgeführt werden, wenn hiefür eine **staatliche Erlaubnis** in Form einer verwaltungsbehördlichen Genehmigung vorliegt („**Erlaubnisvorbehalt**“). Solche Erlaubnisse sind auf Grund von Ermächtigungsnormen zu erteilen (vgl Rz 8).

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.

II. Sein und Sollen; Recht und Wirklichkeit

I. Augsberg, Die Normalität der Normativität, JZ 2020, 425; S. Augsberg, Der „naturalistische Fehlschluß“ als juristische Argumentationsfigur, ARSP 2008, 461; Bezemek, The Normative Force of the Factual: A Positivist’s Panegyric, in Bersier ea (Hrsg) The Normative Force of the Factual (2019) 65.

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 um unterschiedliche Denkkategorien. Rechtsvorschriften sind „*Sollensätze*“: 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. 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).

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. Dichotomie von Sein und Sollen

- 11 a) **Rechtsnormen** („Sollen“). Rechtsnormen bringen ein **Sollen** in Form von Geboten, Verboten, Ermächtigungen oder Erlaubnissen zum Ausdruck (vgl Rz 4 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**, die auf das Sein bezogen sind, aber über das Vorliegen oder das Nichtvorliegen bestimmter Umstände keine Aussage treffen. Insofern lässt sich das Verhältnis von Sein und Sollen, von Fakt und Norm, als **Dichotomie** bezeichnen.

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 Aufenthaltszweck 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, auf die die Rechtsnorm bezogen ist, zu unterscheiden. In diesem Bezug kann das Verhältnis zwischen Recht und Wirklichkeit 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 Rechtsnorm 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 Fremde, die ohne Aufenthaltstitel und folglich *rechtswidrig* im Bundesgebiet aufhältig sind („Sein“; Widerspruch zwischen Sein und Sollen).

- 12 c) Eine „normative Kraft des Faktischen“? Wie zuvor bereits dargelegt, entstehen Rechtsnormen im Zusammenspiel mit einer höherrangigen Ermächtigung der Rechtsnormerzeugung. Rechtsnormen lassen sich dementsprechend nur aus **anderen Rechtsnormen** ableiten (zum Stufenbau der Rechtsordnung vgl Rz 112 ff). Der sog. „**normativen Kraft des Faktischen**“, wonach tatsächliches, dauerhaft geübtes Verhalten zu einer verbindlichen Regel führen soll, kommt im demokratischen Verfassungsstaat, der Rechtssetzung stets als Ergebnis der Normsetzung durch ermächtigte Organe begreift, nur dann rechtserzeugende Qualität zu, wenn auf diesem Weg erzeugte Regeln (insb in Form von Gewohnheitsrecht – vgl dazu Rz 108) von der Rechtsordnung anerkannt werden.

Abseits dessen ist die Rechtserzeugung ausschließlich Sache der zuständigen Rechtsetzungsorgane (vgl Rz 342 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 ohne entsprechende Anordnung 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 LGBI 1994/11 und verbunden damit eine Art „Generalamnestie“ für Schwarzbauten erlassen. Der VfGH hob dieses Gesetz jedoch wegen Gleichheitswidrigkeit auf (VfSlg 14.681/1996).

Ungeachtet der Ermächtigung zur Rechtserzeugung in der positiven Rechtsordnung über eine als verbindlich wahrgenommene Praxis, kann faktisches Verhalten dazu beitragen, die **Wirksamkeit einer Rechtsnorm** und darüber ihre Geltung zu unterminieren. „*Desuetudo*“ (Abgehen von der Normbefolgung durch die Normadressaten) benimmt eine anderweitig in Einklang mit der Rechtsordnung gesetzte Norm ihrer Geltungsbedingung (dazu gleich unten sowie Rz 44).

B. Seinsbezüge des Rechts

Recht wird in der **konkreten gesellschaftlichen Realität** 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:

- Eine entscheidende Tätigkeit 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 nicht mit ihrer Geltung gleichzusetzen, sie ist aber *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** vorgeprägt und bestimmt.

Beispiel: Nach den Baurechtsvorschriften der Länder haben Gemeindebehörden Grundstücke als für die Errichtung von Gebäuden geeignet zu erklären („*Bauplatzerklarung*“). 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). Zuweilen verweisen Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder auf Seinstatsachen (Verweisungsnormen) und machen sie so zum Inhalt der Rechtsnorm; oft handelt es sich hier um Erfahrungswerte, gesellschaftliche Anschaufungen oder technische und mathematische Grundsätze. So hat die zuständige Behörde nach § 77 Abs 3 GewO im Rahmen von Betriebsanlagengenehmigungsverfahren „Emissionen von Luftschadstoffen jedenfalls nach dem Stand der Technik zu begrenzen“.

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

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

III. Positives Recht und Naturrecht; das Gerechtigkeitsproblem

Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (1992); Fuller, The Morality of Law (1964); Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review 1958, 593; Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? (1953); Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105; Rawls, A Theory of Justice (1971).

- 14 Die bisherige Annäherung an den Begriff des Rechts erfolgte überwiegend formal. 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 außergesetzlichen Gerechtigkeitsvorstellungen gestellt. Darauf gibt es, grob unterschieden, zwei Antworten, jene der Vertreter des *Rechtspositivismus* und jene der Vertreter von *Naturrechtslehren*.

A. Rechtspositivismus

- 15 a) **Recht ist gleich staatliches Recht.** Der Rechtspositivismus setzt den Rechtsbegriff mit dem staatlichen (also vom Menschen) erzeugten Recht (lat: „*legem ponere*“ = Recht setzen) gleich. Als Recht gilt daher die Gesamtheit staatlich erzeugter, insgesamt zwangsbewehrter Normen. Verneint wird dabei, dass

„die“ **Gerechtigkeit schlechthin** als ein für alle Menschen verbindlicher Wert erkennbar sei. Mangels Erkennbarkeit absoluter Gerechtigkeitsvorstellungen wird die *Existenz außerstaatlicher/präpositiver Rechtsnormen*, von deren Beachtung das positive Recht abhängig wäre, geleugnet. Staatliches Recht gilt daher unabhängig davon, ob dessen Rechtssätze als „**gerecht**“ qualifiziert werden. Der Rechtspositivismus erkennt auch staatliche Normen mit **verwerflichem, geradezu verbrecherischem Inhalt** dem Grunde nach als geltendes Recht. Ein *Widerstandsrecht* gegen staatliches „(Un-)Recht“ ist dem Rechtspositivismus auf theoretischer Ebene fremd.

Zahlreiche mit brutalem Staatszwang durchgesetzte **Rechtsvorschriften des NS-Staates** verdeutlichen eine keineswegs unproblematische Konsequenz rechtspositivistischen Denkens. Aus einer solchen Perspektive waren zB die „Nürnberger Rassengesetze“ mit ihrem menschenverachtenden Eheverbot zwischen „Ariern“ und „Juden“ geltendes Recht, obwohl diese „Rechtsvorschriften“ im krassen Widerspruch zu grundlegenden Anforderungen von *Menschenwürde* und *Gerechtigkeit* standen. Das allerdings bedeutet keineswegs, dass eine theoretische Perspektive wie die des Rechtspositivismus aus einer moralischen Perspektive (unten Rz 24–25) den Erlass oder die billige Beachtung derartiger Rechtsvorschriften entschuldigt. Im Gegenteil: Eine konsequent rechtspositivistische Perspektive verhält die Rechtsunterworfenen moralisch ohne Weiteres dazu, sich gegen Unrecht im Mantel des Gesetzes zu stellen, *gerade weil* das so erkannte Unrecht als geltendes Recht anzusehen ist. Aus der Binnenperspektive der rechtlichen Ordnung bleiben derartige Akte des Widerstands oder des zivilen Ungehorsams indes rechtswidrig.

b) Absolute Gerechtigkeit nicht erkennbar. Der Rechtspositivismus leugnet die Erkennbarkeit absoluter Werte und einer *absoluten Gerechtigkeit*. Er räumt aber ohne weiteres 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 indes einen **außerrechtlichen Wertungsmaßstab** für die Beurteilung staatlichen Rechts abgeben.

Beispiel: Der Freispruch eines Football-Stars vom Vorwurf des Doppelmordes in einem aufsehenerregenden Geschworenenprozess vor einem US-amerikanischen Gericht wurde, wie empirisch nachgewiesen werden konnte, 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

a) Zum Verhältnis Naturrecht/positives Recht. Das Naturrechtsdenken geht, etwas zugespitzt, von der Geltung **nicht gesetzter, außerstaatlicher Rechtsnormen** aus, die entweder der menschlichen Vernunft vorgegeben (zB rationalistische Naturrechtslehre) oder kraft göttlicher Anordnung festgelegt

sind (zB christliche Naturrechtslehre). Die Rechtsordnung besteht danach aus (unabänderlichen) **naturrechtlichen Grundsätzen** und (änderbaren) **staatlichen Rechtsvorschriften**. Beide sind gleichermaßen *verbindlich für die Menschen*. Das Naturrecht bildet die Grundlage und Schranke für die staatliche Rechtsetzung. Diese hat naturrechtliche Grundsätze zu beachten und darf diese nicht verletzen. Dem Naturrecht widersprechendes („ungerechtes“) staatliches Recht ist (so jedenfalls eine zugespitzte naturrechtliche Position) **nichtig** und **unverbindlich**. Gegen die Durchsetzung „ungerechten Rechts“ steht Rechtsunterworfenen ein **Widerstandsrecht** zu.

Beispiele: (1) Als naturrechtliche Sätze werden häufig allgemeine, über die Zeiten hinweg bestehende Grundsätze qualifiziert, wie etwa: „*suum cuique tribuere*“ („Jedem das Seine geben“), „*pacta sunt servanda*“ („Verträge sind einzuhalten“), „*Die Würde des Menschen ist unantastbar*“, das *Recht auf Notwehr* oder die *Menschenrechte*.

(2) *Sklaverei* und *Sklavenhandel* widersprechen dem „natürlichen Recht“ jedes Menschen auf Freiheit und dürfen daher durch staatliches Gesetz nicht erlaubt werden. Geschieht dies dennoch, handelt es sich um eine (aus Sicht des Naturrechts) unverbindliche Rechtsvorschrift.

(3) Nach christlichem Naturrecht genießt *menschliches Leben, ungeborenes menschliches Leben* eingeschlossen, absoluten Schutz. Die Straffreiheit des *Schwangerschaftsabbruchs* (§ 97 StGB) verstößt dagegen ebenso wie die Erlaubnis zu *aktiver Sterbehilfe bei schwer kranken Menschen*.

18 b) Die Radbruch'sche Formel. Unter dem Eindruck des vom nationalsozialistischen Staat (scheinbar) „legal“ verübten Staatsunrechts kam es in der unmittelbaren Nachkriegszeit zu einer Renaissance des Naturrechtsdenkens. Berühmt wurde die von *Gustav Radbruch* (1878–1949) entwickelte „**Radbruch'sche Formel**“. Danach gebührt im Konflikt zwischen staatlichem Recht und Gerechtigkeit aus *Gründen der Rechtssicherheit* dem positiven staatlichen Recht der Vorzug, „es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so **unerträgliches Maß** erreicht, dass das Gesetz als ein ‚unrichtiges Recht‘, der Gerechtigkeit zu weichen hat“. Denn, so *Radbruch*, „wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebgt wird, wo die **Gleichheit**, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts **bewußt verleugnet** wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“. Diese Formel fand Eingang in die Rsp des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Im Übrigen kommt die naturrechtliche Ausrichtung des Bonner GG in der Bindung von vollziehender Gewalt und Rsp an „**Gesetz und Recht**“ (Art 20 Abs 3 Bonner GG) ebenso zum Ausdruck wie im **Widerstandsrecht** aller Deutschen gegen Personen, die es unternehmen, die Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung zu beseitigen (Art 20 Abs 4 Bonner GG). Derartige Anordnungen sind freilich ihrerseits, wie die in Art 1 GG verankerte Würde des Menschen, Teil des positiven Rechts.

19 c) Naturrechtliche Ansätze im positiven Recht. Auch in der österr Rechtsordnung gibt es positive Rechtsvorschriften mit **naturrechtlichem In-**