

**Aufnahmeverfahren für das Diplomstudium  
Rechtswissenschaften an der Universität Wien –  
Auszug aus**

# **Grundbegriffe der Rechtswissenschaften**

4. Auflage

von

**Univ.-Prof. Dr. Franz-Stefan Meissel**  
Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte

**Univ.-Prof. Dr. Helmut Ofner, LL.M.**  
Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung

**ao. Univ.-Prof. Dr. Bettina Perthold-Stoitzner**  
Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht

**Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz**  
Universität Wien, Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Institut für Arbeits- und Sozialrecht

**Mit freundlicher Genehmigung des Verlages Manz  
Ihr verlässlicher Partner im Studium  
[www.manz.at](http://www.manz.at)**



Wien 2020  
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung



## MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

---

Von Montag bis Freitag stehen wir Ihnen gerne beratend zur Seite. Lassen Sie sich von uns über die aktuelle Literatur informieren und testen Sie unser individuelles Kundenservice!

Und: portofreie Lieferung in Österreich bei Buchbestellungen im Web unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung,  
Kohlmarkt 16, 1010 Wien  
MO-FR 10.00 bis 18.00 Uhr

MANZ 

# Erstes Kapitel

## Vom Recht, von den Juristen und von der Juristensprache

### I. Annäherung an den Rechtsbegriff

#### A. Recht als Friedensordnung

Ohne „Recht“ wäre unsere Gesellschaft nicht denkbar. Rechtsnormen bestimmen unser Leben. Sie dienen dazu, das Zusammenleben in der Gemeinschaft zu regeln, dem Einzelnen bestimmte Rechtspositionen (Befugnisse und Pflichten) zuzuweisen und für den Fall des Streites **Konfliktlösungsverfahren** zur Verfügung zu stellen. Wesentliche Aufgabe des Rechts ist damit die Etablierung und die Aufrechterhaltung einer Friedensordnung durch rechtliche Mechanismen.

Die Notwendigkeit einer geregelten Ordnung hat *Thomas Hobbes* (1588 – 1679) in einem berühmten Gedankenexperiment herausgearbeitet: Wie können wir uns das Leben in einem Urzustand ohne Existenz einer staatlichen Ordnung vorstellen? Jeder und jede könnten nach Belieben ihren Bedürfnissen nachgehen, die Freiheit des Einzelnen kennt zunächst keine Schranken. Da jeder ein Recht auf Alles beanspruchen kann, die Güter, die beansprucht werden, aber begrenzt sind, gerät man notwendigerweise aneinander. Aufgrund des Fehlens einer übergeordneten Instanz kommt es bald zum handgreiflichen Streit. Der Stärkere versucht, den Schwächeren zu unterdrücken. Gewalttätigkeit bricht aus und so herrscht in diesem hypothetischen Naturzustand ohne Ordnungssystem ein „Krieg Aller gegen Alle“ (*bellum omnium contra omnes*). Der Ausweg aus dieser Situation besteht in der Annahme eines „Gesellschaftsvertrags“, in dem alle Einschränkungen ihres „Rechts auf Alles“ zugunsten einer übergeordneten Instanz zustimmen. Für *Hobbes* folgt daraus die Notwendigkeit der Einsetzung eines Souveräns, einer Regierung (*government*), deren primäre Aufgabe die Aufrechterhaltung des Friedens und die Gewährleistung der Selbsterhaltung der Bürger ist.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Zur Staatstheorie *Hobbes*‘ siehe etwa *Rawls*, Geschichte der politischen Philosophie (2008) 53 ff.

## B. Zur historischen Entwicklung des Rechtsbegriffs

Von Juristen erwartet man im Allgemeinen präzise und klare Aussagen. Fragt man aber, was denn das Wesen von „Recht“ sei und was genau den Gegenstand von Rechtswissenschaft bildet, so stellt man fest, dass die Antworten darauf sehr unterschiedlich ausfallen. Die Rechtsordnung selbst kann uns dazu nicht weiterhelfen. Eine gesetzliche Definition dessen, was „Recht“ ist, sucht man vergeblich.

Unsere Rechtsordnung enthält unzählige Rechtsvorschriften, die Rechtsbeziehungen regeln und insofern wird oft formuliert, das **Recht im objektiven Sinn<sup>2)</sup>** sei die **Summe aller geltenden Rechtsnormen**. Aber auch diese Definition führt nur zur nächsten Frage, nämlich jener nach dem Geltungsgrund dieser Normen. Diese Probleme beschäftigen seit langer Zeit Philosophie und Rechtswissenschaft, auch Ethnologie und Soziologie haben dazu interessante Beiträge geliefert, ohne dass man aber Einigkeit über die zugrunde zu legenden Definitionsmerkmale erzielen konnte.

Wichtige Impulse zur Entwicklung unserer gegenwärtigen Rechtsbegrifflichkeit stammen insbesondere von *Immanuel Kant* (Trennung von Legalität und Moralität, Recht als System äußerer Freiheitssphären), von den positivistischen Rechtslehren des 19. und 20. Jahrhunderts („Befehlstheorie“ *John Austins*, Theorie des Rechts als zwangsbewehrte Ordnung bei *Max Weber*, die „Reine Rechtslehre“ *Hans Kelsens* und seiner Schüler, die Stufenbautheorie *Adolf Julius Merkl*), von der soziologischen Rechtstheorie (*Eugen Ehrlich*, *Roscoe Pound*), der vor allem im Privatrecht vorherrschenden Interessen- bzw Wertungsjurisprudenz (*Rudolf von Jhering*, *Philipp Heck*, *Josef Esser*, *Karl Larenz*, *Franz Bydlinski*), der Systemtheorie (*Niklas Luhmann*) sowie der Diskurstheorie (*Jürgen Habermas*, *Robert Alexy*). Diese Autoren haben sehr unterschiedliche und zT miteinander inkompatible Ansätze verfolgt; dennoch lässt sich behaupten, dass sie alle zu unserem Mainstream-Verständnis von Recht wichtige Bausteine geliefert haben. Eine genauere Diskussion der jeweiligen Beiträge und Schilderung der Kontroversen dieser unterschiedlichen Konzeptionen erfolgt insbesondere im Rahmen der Gegenstände Rechtsphilosophie und Rechtstheorie.<sup>3)</sup>

Die Problematik des Rechtsbegriffs kann hier nur angedeutet werden. Deshalb wollen wir im Folgenden von dem historisch gewachsenen, konventionellen Rechtsbegriff ausgehen, der heute in der österreichischen Rechtswissenschaft regelmäßig zugrunde gelegt wird.

---

<sup>2)</sup> Vom „Recht im objektiven Sinn“ unterscheidet man die aus diesem abgeleiteten „Rechte im subjektiven Sinn“; mit letzteren meint man die Befugnisse von Rechtsunterworfenen, die von diesen auch rechtsförmig durchgesetzt werden können; siehe dazu unten.

<sup>3)</sup> Dazu etwa *Maier*, Rechtsphilosophie und Rechtsethik (Manz 2019); *Koller*, Theorie des Rechts<sup>2</sup> (1997); *Mahlmann*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie<sup>5</sup> (2018); *Potacs*, Rechtstheorie<sup>2</sup> (2019); *Somek*, Rechtsphilosophie<sup>2</sup> (2018).

## C. Eine Lehrbuchdefinition des Rechts

Als Ausgangspunkt für unsere Annäherung an den Rechtsbegriff dient uns eine – auf die Reine Rechtslehre<sup>4)</sup> zurückgehende – **Lehrbuchdefinition** des geltenden Rechts:

„Unter positivem Recht wird jedes von Menschen für Menschen gesetzte, regelmäßig wirksame (effektive), organisierten Zwang androhende Regulationssystem verstanden.“<sup>5)</sup>

### 1. Von Menschen erzeugtes Recht

a. Das von Menschen „gesetzte“ (dh erzeugt) Recht wird von Juristen als **positives Recht** (*ius positivum*) bezeichnet und häufig mit dem „geltenden Recht“ gleichgesetzt. Das Adjektiv „positiv“ impliziert keine Wertungskomponente, sondern leitet sich sprachlich von lateinisch *ponere* („setzen“) ab.

Der Ausdruck positives Recht dient vor allem der Abgrenzung von solchen Konzeptionen des Rechts, in denen das Recht nicht auf einen menschlichen Rechtserzeugungsvorgang zurückgeführt wird, sondern auf einen „überpositiven“ Geltungsgrund. So wurde von verschiedenen naturrechtlichen Theorien als oberster Geltungsgrund etwa die kosmische Schöpfungsordnung (*Logos* in der stoischen Philosophie), eine göttliche Ordnung (die *lex divina* im christlichen Naturrecht) oder aber die Vernunft (*ratio* im Vernunftrecht der Aufklärung) angenommen. Die Ableitung der Rechtsgeltung von solchen überpositiven Normen wird von *Kelsen* und seinen Schülern als Proponenten eines Rechtspositivismus strikt abgelehnt.

Historisch betrachtet haben Naturrechtskonzeptionen unterschiedliche Funktionen gehabt. Auf der einen Seite kann ihnen eine legitimierende Funktion zukommen, indem sie zB Rechtsregeln auf eine „überpositive“ Geltungsquelle wie „Gott“ oder „die Vernunft“ zurückführen, damit gleichsam überhöhen und gegenüber Kritik abschotten. Die positivistische Ablehnung des Naturrechts ist demgegenüber vom Bestreben nach Aufdeckung solcher „ideologischer Prämissen“ naturrechtlicher Positionen bemüht.

Auf der anderen Seite haben naturrechtliche Konzeptionen auch immer wieder dazu gedient, Rechtsregeln im Hinblick auf religiöse, philosophische und ideologische Wertungen zu kritisieren oder aber bewusst vom geltenden Recht unabhängige „Gegenentwürfe“ zu liefern. So hat etwa für die Herausarbeitung des nach wie vor in Österreich geltenden Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) von 1811 das rationalistische Naturrecht (*Karl Anton von Martini* und *Franz von Zeiller*) wichtige Impulse geliefert. Da das rationalistische Naturrecht als wichtigste

<sup>4)</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> (1960).

<sup>5)</sup> *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 2.

Quelle des Rechts schlechthin die Vernunft und nicht das bis dahin geltende *ius commune* ansah, konnte es das Material des *ius commune* neu ordnen und systematisieren sowie in eine aufklärerisch-liberale Grundauffassung des Privatrechts integrieren.

b. Rechtserzeugung durch Menschen geschieht durch eine **Anordnung der zur Rechtserzeugung befugten Autorität** („Gesetzgebung“ in einem weiten Sinn). Führt die Rechtserzeugung zu niedergeschriebenem Recht, so spricht man auch von „gesetztem Recht“.

c. In manchen Rechtsordnungen ist auch die Rechtserzeugung in Form von **Gewohnheitsrecht** (*consuetudo*) anerkannt. Auch hier liegt insofern ein von Menschen geschaffenes Recht vor, als das Gewohnheitsrecht eine lang andauernde Übung (*usus*) und die Überzeugung der Rechtsgemeinschaft (Rechtsüberzeugung, *opinio iuris ac necessitatis*) darstellt, dass es sich dabei um rechtlich gebotenes Verhalten handle.

Eine Anerkennung von Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle enthält zB Art 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), aber auch im Völkerrecht wird das Völgewohnheitsrecht als Rechtsquelle angesehen.

## 2. Organisierten Zwang androhend

Als wesentliches Merkmal einer Rechtsnorm wird die der Norm inhärente Sanktionsandrohung angesehen. Im Fall der Nichtbefolgung treten Rechtsfolgen ein, die letztlich durch organisierten Zwang durchsetzbar sind. In unserer Rechtsordnung wird dieser organisierte **Zwang durch staatliche Organe** vollzogen.

Unter rechtlichen **Sanktionen** sind nicht nur **Vollstreckungsmaßnahmen** (Androhung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung von Pflichten) und **Strafen** (Geldstrafen, Freiheitsstrafen, strafweiser Vermögensverfall) zu verstehen, sondern auch andere für den Normadressaten unangenehme Folgen wie die **Entziehung von Befugnissen** (zB Führerscheinentzug, Verlust der Berechtigung für ein bestimmtes Gewerbe) oder die **Nichterreichung eines gewünschten Rechtserfolges** (zB Nichtzuerkennung einer angestrebten Baugenehmigung, Unwirksamkeit eines beabsichtigten Rechtsgeschäftes).

Die Sanktionsbewehrung des Rechts findet sich nicht bei allen rechtlichen Phänomenen. So gibt es manchmal Verbote, die nicht mit einer unmittelbaren Sanktion verbunden sind, man spricht hier von einer *lex imperfecta*. Vor allem im Bereich internationalen Rechts spielt auch das sog *soft law* eine große Rolle, darunter versteht man nicht rechtsverbindliche Resolutionen, Absichtserklärungen und Leitlinien (*codes of conduct*). Rechtliche Relevanz kommt dem *soft law* insbesondere im Hinblick darauf zu, dass sich aus ihm im Laufe der Zeit verbindliches *hard law* entwickeln kann.

### 3. Effektivität

Die Geltung von Recht setzt nach der zitierten Definition voraus, dass dem zur Rechtssetzung berufenen Organ im Allgemeinen von den Normadressaten Gehorsam geleistet wird und die von ihm geschaffenen Regeln tatsächlich im **Großen und Ganzen befolgt** werden. Damit ist ein Aspekt der Rechtsbefolgung bzw -akzeptanz angesprochen.

Obwohl die Reine Rechtslehre die Geltung der Rechtsordnung streng normativ deuten möchte und auf die vorausgesetzte sog „Grundnorm“ zurückführt, deren Inhalt darin besteht, die geltende Verfassung zu befolgen, so konzediert sie doch, dass ein Normensystem, dem keinerlei faktische Wirksamkeit zukommt, auch nicht als Rechtsordnung beschrieben werden kann.

Die tatsächliche Wirksamkeit von Rechtsnormen stellt sich nicht nur als eine Funktion der Gewaltandrohung durch einen, über entsprechende Durchsetzungsmacht verfügenden Rechtserzeuger dar, sondern beruht in der Regel auf der **Plausibilität** und „Akzeptanz-Eignung“ der Rechtsnormen. Hervorzuheben ist aber, dass es nicht auf die Effektivität einer einzelnen Regel, sondern auf die **Effektivität der Rechtsordnung insgesamt** ankommen soll.

Dass etwas gesollt ist, ist nicht damit gleichzusetzen, dass dieses Sollen auch tatsächlich befolgt wird. Zwischen **Sein und Sollen** ist begrifflich zu unterscheiden. So betont insbesondere die „Reine Rechtslehre“, dass sich die Rechtswissenschaft nur mit der Beschreibung der Rechtsnormen (dessen, was „gesollt“ ist) beschäftigt; der Inhalt dieser Normen könne nur aus Analyse des Normensystems, nie aber aus einem Sein abgeleitet werden. Aus der Tatsache, dass manche Menschen die Sonntagszeitung entnehmen, ohne sie zu bezahlen, folgt nicht, dass dieses Verhalten rechtlich gesollt ist. Umgekehrt kann man aus der Rechtspflicht, für die Zeitung den entsprechenden Preis zu entrichten, nicht schließen, dass alle auch tatsächlich zahlen. Die Existenz einer Rechtsnorm kann auch nicht empirisch erhoben werden, sondern wird als normative Größe mit dem Begriff „**Geltung**“ erfasst.

### 4. Und die Gerechtigkeit?

a. Vergleichen wir damit nun die Definition, die sich im führenden Zivilrechtslehrbuch findet. *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Band I<sup>15</sup> (2018) Rz 13, definieren das Recht als:

„die für eine Rechtsgemeinschaft verbindliche Ordnung des menschlichen Zusammenlebens, die unter der Anforderung der Gerechtigkeit steht und allenfalls mit Zwang durchgesetzt wird.“

Auffallend ist, dass in dieser Definition explizit auf ein materiales (inhaltliches) Kriterium abgestellt wird, dessen Erfüllung die Qualifikation einer Norm als Rechtsnorm bestimmt: die „Anforderung der Gerechtigkeit“. Damit ist eine **Rechtsidee** angesprochen, der zufolge Recht nicht rein formal be-

stimmt werden kann, sondern auch Gerechtigkeitspostulaten entsprechen muss. Angesichts der häufig ins Treffen geführten Schwierigkeit der Bestimmung dessen, was unter Gerechtigkeit zu verstehen sei, wird in dieser Definition nicht schlechthin Gerechtigkeit als notwendiges Element des Rechts genannt, immerhin aber eine **Orientierung an einer Gerechtigkeitsidee** als immanente Voraussetzung der Rechtsgeltung postuliert.

b. Der Gegensatz zwischen beiden Definitionen erscheint nicht gar so weitgehend, wie man glauben könnte, bezieht man ihn auf unsere geltende Rechtsordnung. Die positivistische Rechtslehre anerkennt, dass die geltende österreichische Verfassung für die Gesetzgebung **inhaltliche Postulate** aufstellt (Garantie von Grundrechten und insbesondere Gleichheitssatz als Sachlichkeitsgebot auch für die Gesetzgebung), die man durchaus als „Anforderungen der Gerechtigkeit“ interpretieren mag. Bestritten wird von den positivistischen Autoren allerdings, dass „die Gerechtigkeit“ schlechthin ein Kriterium für die Rechtsqualität darstellt, zumal keine wissenschaftliche Klarheit dahingehend zu erzielen sei, was unter Gerechtigkeit genau zu verstehen sei (eine Frage, die nach Meinung *Kelsens* nicht wissenschaftlich beantwortbar ist).

Umgekehrt ist auch für jene Autoren, die das Recht als „unter Gerechtigkeitsanspruch stehend“ beschreiben, unbestritten, dass Recht und Gerechtigkeit nicht einfach gleichzusetzen sind und dass die bloße Qualifikation einer Regel als „unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten wünschenswert“ diese noch lange nicht zu einer geltenden Rechtsnorm macht. Die **Erlassung durch das zur Normerlassung kompetente Organ** erscheint für sie vielmehr als eine notwendige (wenngleich nicht zwingend zureichende) Voraussetzung der Rechtsgeltung.

c. Auf die Nikomachische Ethik des *Aristoteles* (384 – 322 v Chr) geht die Unterscheidung zweier Arten von Gerechtigkeit zurück: die austeilende und die ausgleichende Gerechtigkeit.

(i) Gegenstand der **austeilenden Gerechtigkeit** (*iustitia distributiva*) ist die **Zuteilung** von Rechten und Gütern. Als Anwendungsfall der austeilenden Gerechtigkeit kann man den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) sehen, demgemäß grundsätzlich alle StaatsbürgerInnen vor dem Gesetz gleich sind und ihnen insofern gleiche formale Freiheiten zukommen. Aus dem Gleichheitssatz resultiert die Verpflichtung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Differenzierung ist demnach dort zulässig, wo es sachlich gerechtfertigt ist („Sachlichkeitsgebot“).

**Art 7 Abs 1 B-VG:** „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. ...“



Beachte: Verfassungsrechtlich sind auch bestimmte Bevorzugungen zulässig, zB um die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu erzielen. Vgl dazu Art 7 Abs 2 B-VG: „Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.“

(ii) Ausgehend von einer existierenden Güterzuweisung stellt sich die Frage der Gerechtigkeit für die durch die Interaktion von Menschen verursachten **Veränderungen der Güterzuordnung**. Solche Veränderungen können durch Verträge (Tausch im weiten Sinn), aber auch durch rechtswidrigen Eingriff in fremde Güter, zB durch Schädigung einer fremden Sache, zustande kommen. Dies wirft typischerweise folgende Fragen auf: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Tausch von Gütern als gerecht anzusehen? Oder: Wie kann der Schaden in gerechter Weise wieder gut gemacht werden? Diese Probleme gehören in den Bereich der Austauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) bzw der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia correctiva*).

Als Manifestationen der **Austauschgerechtigkeit** sind zB jene Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu sehen, die sittenwidrige Vereinbarungen für unwirksam erklären (§ 879 ABGB) sowie speziell die Bestimmungen über Wucher einerseits (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) und Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*, §§ 934 f ABGB) andererseits, welche grobe Äquivalenzstörungen in Austauschbeziehungen verhindern sollen.

§ 879 Abs 1 ABGB: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

§ 879 Abs 2 ABGB: „Insbesondere sind folgende Verträge nichtig: ...

4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnis steht.“

§ 934 ABGB: „Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Teile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, dass er den Abgang bis zum gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist. Das Missverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.“

Die **ausgleichende Gerechtigkeit** liegt insbesondere den Prinzipien des Schadenersatzrechts (§§ 1293 ff ABGB) zugrunde, demzufolge grundsätzlich der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Schädiger zum Ausgleich des Schadens verpflichtet ist.

Vgl § 1295 Abs 1 ABGB: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“

## D. Das Proprium des Rechts

1. Das Recht stellt in unserer Gesellschaft nicht das einzige Normensystem dar, das menschliches Verhalten zu steuern sucht. So gibt es neben rechtlichen Vorschriften auch solche der Religion („Du sollst Gottes Gebote achten!“), der Moral bzw Ethik („Du sollst Deinem Gewissen folgen!“) oder der gesellschaftlichen Konvention („Wenn Du begrüßt wirst, sollst Du zurückgrüßen!“, „Wenn jemand Dir die Türe aufhält, sollst Du Dich bedanken!“).

Was ist aber das Eigentümliche des Rechts im Vergleich zu diesen anderen Normensystemen? Dass man nicht stehlen oder töten soll, das lehrt doch auch die Religion und die Moral? Dadurch, dass ein Verhalten rechtlich normiert ist, kann es auch in einem rechtsförmigen Verfahren und unter **Androhung von Zwangsmitteln** durchgesetzt werden. Zur Durchsetzung von Rechtspflichten steht in unserer Rechtsordnung ein breites Instrumentarium staatlicher Mittel zur Verfügung, um Rechtspflichten zu implementieren.

Weigert sich jemand zu Unrecht, dem Eigentümer seine Sache herauszugeben, so kann er vom Eigentümer geklagt werden. Wird er dann auf Herausgabe verurteilt und kommt er dieser Verpflichtung wiederum nicht nach, so kann im Wege der zivilrechtlichen Vollstreckung („Exekution“) die Herausgabe erzwungen werden. Letztlich ist damit der Eigentumsherausgabeanspruch mit Zwangsmitteln durchsetzbar.

Im Gegensatz zur staatlichen Rechtsdurchsetzung erzeugt der Verstoß gegen Normen der Religion, der Moral und der gesellschaftlichen Konventionen andere **Arten der „Sanktion“**. Diese bestehen vielleicht in einer priesterlichen Aufforderung zur Umkehr und zur Buße, einem „schlechten Gewissen“ oder aber „verschnupften Reaktionen der Umwelt“. Unter Umständen sind diese Sanktionen für den Betroffenen sogar unangenehmer als es rechtliche Sanktionen wären, sie werden aber nicht durch staatliche Behörden durchgesetzt.

2. Das Gesagte bezieht sich allerdings nur auf Gesellschaften, die durch eine **Ausdifferenzierung der Normensysteme** gekennzeichnet sind. Dieser Trennung von Recht, Religion und Konvention liegt eine bestimmte säkulare und liberale Konzeption zugrunde, die geschichtlich ein relativ rezentes Phänomen darstellt.

Die heute vorherrschende **Trennung von Legalität und Moralität** geht auf den Philosophen *Immanuel Kant* (1724 – 1804) zurück. Für ihn ist das Recht „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des

anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann.“ Funktion des Rechts ist es dabei, den **äußeren Freiraum für die Selbstverwirklichung** abzustecken. Die Frage der Moral bzw Ethik betrifft nach *Kant* hingegen die innere Haltung des Menschen. Ethisch handelt, wer einer gewissenbestimmten inneren Pflicht genügt; legales Handeln setzt demgegenüber bloß die äußere Übereinstimmung des Verhaltens mit den rechtlichen Geboten voraus.

In theokratischen Systemen fehlt typischerweise die Trennung von Staat und Religion. In vielen vorstaatlichen Gesellschaften wiederum fällt es schwer, Recht und Brauch zu trennen, weil spezifisch staatliche Durchsetzungsformen von Verhaltensnormen gar nicht feststellbar sind.<sup>6)</sup> Überall aber wird man gewisse Regeln des Zusammenlebens innerhalb der Gemeinschaft und im Verhältnis nach außen feststellen, die man als „Recht“ ansehen kann. In diesem Sinn lässt sich also behaupten, dass jede Gemeinschaft auch über ein „Recht“ verfügt (*ubi societas, ibi ius*), freilich ist dieses Recht je nach Art der Gemeinschaft mehr oder weniger komplex und differenziert.

---

<sup>6)</sup> Vgl dazu etwa *Wesel, Juristische Weltkunde*<sup>14</sup> (2011) 21 ff; ausführlicher *ders, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften* (1985).

## II. Der Aufbau der Rechtsordnung als Normensystem

Die Rechtsordnung stellt sich uns als ein Normensystem dar. Rechtsnormen sagen uns, was wir sollen (Gebote und Verbote) und was wir dürfen (Ermächtigungen). Rechtsnormen zielen auf die Steuerung des Verhaltens der Normadressaten. Dazu ist ein Zusammenspiel unterschiedlicher Normtypen erforderlich:

- A. die Festlegung der **Verhaltensregeln** der Normunterworfenen (Verhaltensnormen),
- B. die **Regelung der Rechtserzeugung** selbst (Rechtserzeugungsnormen) sowie
- C. die **Organisation des rechtlichen Zwanges** zur Durchsetzung der Verhaltenspflichten (Normvollzugsnormen).

### A. Verhaltensnormen

1. Das Recht ordnet an, wie wir uns verhalten sollen. Es tritt den Rechtsunterworfenen häufig mit dem Anspruch gegenüber, ein bestimmtes Verhalten zu setzen. Dieses kann in einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestehen. Wir sprechen hier von **Verhaltensnormen** oder **Gebotsnormen**.

Da für den Fall der Nichtbefolgung von Verhaltensnormen regelmäßig Sanktionen angedroht sind, die letztlich durch Zwang durchsetzbar sind, werden solche Verhaltensnormen auch als **Zwangsnormen** bezeichnet.

Sucht man nach Beispielen für Verhaltensnormen, so denkt man spontan meist an elementare Regeln des friedlichen Zusammenlebens wie „Du sollst nicht töten!“ und „Du sollst nicht stehlen!“. Im geltenden Recht finden sich diese beiden Verbote im Strafgesetzbuch verankert:

§ 75 StGB: „Wer einen anderen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.“

§ 127 StGB: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen mit dem Vorsatz wegnimmt, sich oder einen Dritten durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen<sup>7)</sup> zu bestrafen.“

Zu den Verhaltenspflichten gehören aber keineswegs nur jene, die mit einer Strafdrohung verbunden sind. Welche Verhaltensregeln ergeben sich aus den folgenden Bestimmungen?

<sup>7)</sup> Was unter „Tagessatz“ zu verstehen ist, ergibt sich aus § 19 StGB: Demgemäß sind Geldstrafen in Tagessätzen zu bemessen, die sich „nach den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsbrechers im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz zu bemessen“ (§ 19 Abs 2 StGB). Für den Fall der Uneinbringlichkeit ist eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen (§ 19 Abs 3 StGB).

§ 231 Abs 1 ABGB: „Die Eltern haben zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen.“

§ 364 Abs 2 ABGB: „Der Eigentümer eines Grundstückes kann dem Nachbarn die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch, Geräusch, Erschütterung und ähnliche insoweit untersagen, als sie das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Unmittelbare Zuleitung ist ohne besonderen Rechtstitel unter allen Umständen unzulässig.“

§ 770 ABGB:<sup>8)</sup> „Ein Pflichtteilsberechtigter kann enterbt werden, wenn er 1. gegen den Verstorbenen eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, 2. gegen den Ehegatten, eingetragenen Partner, Lebensgefährten oder Verwandten in gerader Linie, die Geschwister des Verstorbenen und deren Kinder, Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten sowie die Stiefkinder des Verstorbenen eine gerichtlich strafbare Handlung begangen hat, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, 3. ...“

2. Aus den Verhaltenspflichten ergeben sich umgekehrt Rechte derjenigen, zu deren Schutz diese Normen aufgestellt sind. Können diese Rechte auch rechtsförmig vom Berechtigten durchgesetzt werden, handelt es sich um **subjektive Rechte** oder „Rechte im subjektiven Sinn“.

So ist aus dem oben zitierten § 364 Abs 2 ABGB das subjektive Recht des Eigentümers gegen seinen Nachbar auf Untersagung von Immissionen wie Rauch, Lärm usw abzuleiten, wenn diese das ortsübliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen. Wurde der Pflichtteilsberechtigte enterbt, ohne dass einer der in § 770 ABGB genannten Gründe vorliegt, so kann er die Erben auf Auszahlung seines sog Pflichtteiles klagen.

Subjektive Rechte ergeben sich aus dem Recht im objektiven Sinn, aber nicht jedes Verhalten, das nach dem Recht im objektiven Sinn geboten oder zulässig ist, kann auch von jedermann rechtlich erzwungen werden.

3. Dazu ein Beispiel: Wird mir meine Sache gestohlen, so habe ich als Eigentümer das Recht, meine Sache vom Dieb, aber auch von jedem anderen, der sie in der Folge in seinen Besitz gebracht hat, herauszuverlangen. Als Klage steht mir dazu die Eigentumsklage (*rei vindicatio*) vor einem Zivilgericht zur Verfügung. Ich kann damit mein **Eigentum als subjektives** Recht durchsetzen.

Vgl § 366 Satz 1 ABGB: „Mit dem Rechte des Eigentümers, jeden andern von dem Besitz seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigentumsklage gerichtlich zu fordern.“

<sup>8)</sup> Geändert durch BGBl I 2015/87 (ErbRÄG 2015).

Es besteht gegen den Dieb aber auch ein **Verfolgungsanspruch** des Staates aufgrund des Strafrechts. Als Bestohlerer kann ich die Verfolgung des Diebes bei den Strafbehörden zwar anregen, ein subjektives Recht auf Strafverfolgung kommt mir aber nicht zu. Es liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft, ob sie den Dieb einer Anklage gem § 127 StGB unterzieht.

Ist es nun „Recht“, dass der Dieb verfolgt und bestraft werden soll, oder nicht? Die **Bestrafung** des Diebes ist durchaus „gesollt“, allerdings ermächtigt unser Strafrecht nicht den einzelnen dazu, diese Bestrafung durchzusetzen, sondern sieht dies als eine **staatliche Aufgabe** an, die durch die jeweils kompetenten Behörden wahrzunehmen ist. Fazit: Nach dem „Recht im objektiven Sinn“ (der Summe der geltenden Rechtsnormen) ist eine Bestrafung des Diebes durch Geld- oder Freiheitsstrafe vorgesehen, der Bestohlene hat diesbezüglich aber kein „Recht im subjektiven Sinn.“

## B. Rechtserzeugungsnormen

Wer ist aber zur Erzeugung von Verhaltensnormen befugt? Es ist das Recht selbst, das auch seine eigene Erzeugung regelt. **Rechtserzeugungsnormen** geben an, welche Verfahren eingehalten werden müssen, um neues Recht zu schaffen. Sie ermächtigen dazu, unter bestimmten Voraussetzungen bestehendes Recht zu ergänzen, abzuändern oder aufzuheben.

Ist ein bestimmtes Verfahren zur Rechtserzeugung von der Rechtsordnung vorgesehen, so handelt es sich dabei um eine **Rechtsquelle** (im technischen Sinn).

Beispiele für solche Rechtserzeugungsnormen sind die im B-VG 1920 idF 1929<sup>9)</sup> normierten Regeln für die Schaffung von Bundesgesetzen (dazu ausführlicher unten). Unsere Rechtsordnung ermächtigt aber auch Privatpersonen, im Rahmen der Privatautonomie untereinander Rechte und Pflichten zu begründen. Dies geschieht durch Rechtsgeschäfte. Paradebeispiel eines Rechtsgeschäftes ist der Vertrag: Durch ihn schaffen die Vertragsparteien untereinander Recht. Die römischen Juristen (der Antike) haben dieses Phänomen der Rechtschöpfung durch Privatparteien anschaulich ausgedrückt, indem sie Vertragsklauseln als *lex privata*, dh „privates Gesetz“ bezeichneten.

Von den Rechtsquellen als Verfahren der Rechtserzeugung sind die **Rechts-Erkenntnisquellen** zu unterscheiden, aus denen wir über Rechtsquellen informiert werden. Rechtserkenntnisquellen sind zT amtlicher Natur (zB Bundesgesetzblatt, Landesgesetzblätter, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften), zT beruhen sie auf privater Initiative (zB die von Verlagen publizierten Gesetzesausgaben). Sowohl amtliche als auch private Normsammlungen sind heute über das Internet verfügbar.

<sup>9)</sup> Das „Stammgesetz“ der österreichischen Bundesverfassung ist das Bundesverfassungsgesetz (B-VG). Es trat 1920 erstmals in Kraft und wurde 1929 grundlegend reformiert (BGBl 1930/1), daher wird es als „B-VG 1920 in der Fassung (idF) 1929“ zitiert.

Zu nennen ist hier vor allem das **Rechtssystem** des Bundeskanzleramtes (RIS), welches kostenfrei über österreichisches Bundes- und Landesrecht informiert: <http://www.ris.bka.gv.at>.

Einen umfassenden Zugang zum Gemeinschaftsrecht liefert dagegen: <http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm>.

Im Folgenden sollen die wichtigsten Arten von Rechtsquellen des geltenden Rechts vorgestellt werden. Diese Rechtserzeugungsverfahren unterscheiden sich im Hinblick auf die zur Normsetzung berufene Autorität, im Hinblick auf den Inhalt (abstrakte oder konkrete Regelung) und im Hinblick auf den Adressatenkreis (generell, dh an die Allgemeinheit gerichtet oder an einen nach generellen Merkmalen bestimmten Adressatenkreis oder aber individuell).

## 1. Normen mit generellem Adressatenkreis

Normen mit generellem Adressatenkreis werden auch Gesetzgebung im materiellen Sinn genannt. Nur ein Teil von ihnen kommt aber als Gesetz im formellen Sinn zustande.

### a. Gesetze

Gesetze im formellen Sinn sind generelle Rechtsnormen, die von einem Gesetzgebungsorgan erlassen wurden. In der österreichischen Rechtsordnung gibt es aufgrund der föderalen Struktur Bundesgesetze und Landesgesetze bzw bei Einhaltung der dafür vorgesehenen schwereren Erzeugungsverfahren Bundesverfassungsgesetze und Landesverfassungsgesetze. Gesetzgebungsorgane sind der Nationalrat und der Bundesrat sowie die Landtage. (Ausführlicher zum Weg der Gesetzgebung unten.)

### b. (Innerstaatliche) Verordnungen

Art 18 Abs 2 B-VG ermächtigt jede Verwaltungsbehörde „aufgrund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches“ Verordnungen zu erlassen. Solche Verordnungen sind **generelle Normen** (daher handelt es sich um Gesetzgebung im materiellen Sinn), die aber nicht von einem Gesetzgebungsorgan, sondern von **Verwaltungsbehörden** erlassen werden.

Die in Art 18 Abs 2 B-VG angesprochenen sog **Durchführungsverordnungen** dienen dazu, Gesetze im formellen Sinn näher zu konkretisieren.

Daneben ermächtigt die Verfassung vereinzelt Verwaltungsbehörden auch zur Erlassung gesetzesergänzender oder -ändernder „selbständiger“ Verordnungen.

Ein Beispiel für **gesetzesergänzende** Verordnungen stellen die **ortspolizeilichen Verordnungen** gem Art 118 Abs 6 B-VG dar.

**Art 118 Abs 6 B-VG:** „In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches hat die Gemeinde das Recht, ortspolizeiliche Verordnungen nach freier Selbstbestimmung zur Abwehr unmittelbar zu erwartender oder zur Beseitigung bestehender, das örtliche Gemeinschaftsleben störender Missstände zu erlassen, sowie deren Nichtbefolgung als Verwaltungsübertretung zu erklären. Solche Verordnungen dürfen nicht gegen bestehende Gesetze und Verordnungen des Bundes und des Landes verstoßen.“

### *c. EU-Gesetzgebung*

Von den Verordnungen des nationalen Rechts sind die **Verordnungen des Unionsrechts** zu unterscheiden. EU-Verordnungen sind generelle Normen, die unmittelbar für die Normunterworfenen in den Mitgliedstaaten anwendbar sind. Sie kommen in einem **Gesetzgebungsverfahren** zustande, bei dem die Initiative von der EU-Kommission ausgeht und in der Regel Rat und Europäisches Parlament an der Rechtserzeugung mitwirken müssen.

Auch die ebenfalls in Zusammenwirken von Kommission, Rat und Europäischem Parlament erzeugten **EU-Richtlinien** sind als Gesetzgebung im formellen Sinn anzusehen. Die Richtlinien legen für die Mitgliedsstaaten verbindliche Ziele fest, sind aber erst durch nationale Gesetzgebung umzusetzen und daher grundsätzlich **nicht unmittelbar anwendbar**.

## **2. Normen mit individuellem Adressatenkreis**

Auf der Grundlage genereller Normen sieht unsere Rechtsordnung eine Reihe von Rechtserzeugungsverfahren vor, in denen für einen individuell bestimmten Adressatenkreis Rechte und Pflichten konkretisiert werden.

### *a. Bescheid*

Bescheide sind von Verwaltungsbehörden erlassene Rechtsnormen mit individuell bestimmten Adressaten. Es handelt sich dabei um einen **individuellen, hoheitlichen, an einen Rechtsunterworfenen adressierten Verwaltungsakt**.

Als hoheitliches Verhalten bezeichnet man Rechtsakte der Verwaltung, die aufgrund von staatlichem *imperium* (Hoheitsgewalt) gesetzt werden. **Hoheitsgewalt** impliziert die Befugnis zu autonomer (einseitiger) Rechtssetzung im Rahmen der jeweils gegebenen Kompetenzen.

Durch Bescheid kann das **Bestehen eines Rechtes** festgestellt (Feststellungsbescheid, zB Gewerbebestimmungen) werden, die **Rechtslage gestaltet** werden (Rechtsgestaltungsbescheid, zB Verleihung der Staatsbürgerschaft, Genehmigung einer Anlage, Ernennung eines Beamten) oder aber die Erbringung einer bestimmten **Leistung angeordnet** werden (Leistungsbescheid, zB Entrichtung einer Verwaltungsgebühr, Straferkenntnisse, Abbruchaufträge). Bescheide ergehen aufgrund eines förmlichen Verwaltungsverfahrens.



Zentrale Rechtsgrundlage für das Verwaltungsverfahrenrecht bildet das **Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG, BGBl 1991/51 idgF<sup>10</sup>)**.

Während Bescheide förmliche individuelle Verwaltungsakte sind, die aufgrund eines Verwaltungsverfahrens zustande kommen, sind **Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt** (zB die Vornahme einer Festnahme im Zuge einer unerlaubten Demonstration, vorläufige Abnahme eines Führerscheins) durch Verfahrensfreiheit gekennzeichnet. Gegen solche „faktische Amtshandlungen“ ist gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht zulässig.

Die Parteien des Verfahrens können gegen einen Bescheid in der Regel auch Rechtsmittel (Beschwerde) ergreifen. Erst wenn kein Rechtsmittel mehr offen steht, erlangt die Entscheidung „Rechtskraft“.

### *b. (Verwaltungsrechtliche) Weisung*

Der hierarchische Aufbau der Verwaltungsbehörden ist durch die Weisungsbundenheit der Organe charakterisiert. Weisungen sind von einem Verwaltungsorgan an ein bestimmtes untergeordnetes Organ gerichtete interne Normen.

Vgl dazu **Art 20 Abs 1 B-VG**: „Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe oder ernannte berufsmäßige Organe die Verwaltung. Sie sind, soweit nicht verfassungsgesetzlich etwas anderes bestimmt wird, an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe gebunden und diesen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.“

### *c. Urteil*

Urteile sind von einem **Gericht** erlassene individuelle Rechtsnormen, durch die ein **Rechtsstreit entschieden** wird. Durch Urteil werden für die Parteien des Verfahrens Rechtsverhältnisse gestaltet (Rechtsgestaltungsurteile), bestehende Rechte festgestellt (Feststellungsurteile) oder die Erbringung bestimmter Leistungen angeordnet (Leistungsurteile).

Das Verfahrensrecht unterscheidet zwischen Urteilen im eigentlichen Sinn und den (in der Regel bloß verfahrensleitenden) **Beschlüssen**.

<sup>10</sup>) Gesetze werden üblicherweise mit der Fundstelle in der amtlichen Sammlung zitiert, Bundesgesetze mit ihrer Erstpublikation im Bundesgesetzblatt. Im konkreten Fall wurde das AVG in seiner Stammfassung 1925 erlassen und 1950 sowie 1991 amtlich „wiederverlautbart“ (dh in einer konsolidierten Fassung des geltenden Standes neu publiziert). Mittlerweile wurde das AVG wiederum mehrfach novelliert, worauf der Zusatz „idgF“ = „in der geltenden Fassung“ hinweist. Vgl dazu <http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR11005853/NOR11005853.html>.

Ein Zivilurteil ist die in feierlicher Form „im Namen der Republik“ gefällte Sachentscheidung („**meritorische Entscheidung**“) über das Klagebegehren.

Durch ein **Strafurteil** wird der Angeklagte entweder freigesprochen oder aber eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens schuldig befunden (und dann idR zu einer Strafe verurteilt).

Im Unterschied zu Verwaltungsbehörden sind Richter durch die verfassungsrechtlich verankerte **Unabhängigkeit** im Rahmen ihrer richterlichen Tätigkeit charakterisiert (Art 86 B-VG). Sie sind weisungsfrei und können gegen ihren Willen nicht abgesetzt oder versetzt werden.

Gem Art 87 Abs 3 B-VG sind die bei einem Gericht anfallenden Geschäftsfälle nach einer festen Geschäftsverteilung zuzuweisen, dh dass im Vorhinein für jede Rechtsache festgelegt ist, welche RichterIn oder welcher Richter bzw welcher Senat für sie zuständig ist.

Gerichtsurteilen kommt im österreichischen Recht in der Regel nur für den konkreten Streitfall Verbindlichkeit zu.

Vgl dazu § 12 ABGB: „Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die (...) gefällten Urteile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden.“

Im EU-Recht ist hingegen die Rechtsprechung als Rechtsquelle des Unionsrechts anerkannt („Richterrecht“). Besondere Bedeutung hat dies beim Vorabentscheidungsverfahren gem Art 267 AEUV („Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“). Hier entscheidet der EuGH aufgrund einer Frage nationaler Instanzen über die Auslegung unklarer Bestimmungen der Verträge (EU-Primärrecht), wobei die Rechtsansicht des EuGH in der Folge von der nationalen Instanz ihrer Sachentscheidung zugrunde zu legen ist.

Materiell betrachtet handelt es sich hier um einen Fall der Gesetzgebung durch den EuGH, da seine Rechtsansicht über den Ausgangsfall hinaus als „authentische Interpretation“ des EU-Rechts wirkt. Damit entfaltet die EuGH-Judikatur nicht nur für den Anlassfall Rechtswirkungen, sondern verfügt über generelle Normqualität.

#### *d. Rechtsgeschäfte des Privatrechts*

Zweiseitige Rechtsgeschäfte wie etwa schuldrechtliche Verträge erzeugen individuelles, unter den Vertragsparteien verbindliches Recht. Grenzen der **privat-autonomen Rechtsgestaltung** durch Vertrag ergeben sich insbesondere daraus, dass Verträge weder gegen Gesetze noch gegen die guten Sitten verstoßen dürfen (§ 879 ABGB).

Rechtsgestaltung unter Privatrechtsparteien (*inter privatos*) erfolgt aber auch durch einseitige Rechtsgeschäfte wie zB die Errichtung eines Testaments, eine (in der Regel) formgebundene letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser eine oder mehrere Personen zu Erben (Universalrechtsnachfolger) einsetzt.

## C. Normvollzugsnormen

1. Wie wird der in den Verhaltensnormen angedrohte Zwang ausgeübt? Dies regeln jene Normen, die die staatlichen Behörden mit der Durchsetzung des Rechts, zB durch Erlassung von Bescheiden oder Urteilen ermächtigen. Sie regeln einerseits die Organisation der zur Rechtsdurchsetzung zuständigen Organe (**Organisationsnormen**), aber auch die dabei einzuhaltenden Verfahren (**Verfahrensrecht**).

Diese Normen dienen dem Vollzug der Verhaltensnormen (Zwangsnormen), man nennt sie deshalb auch **Zwangsnormvollzugsnormen**.

Verhalten der Normunterworfenen regelnde Normen (Verhaltensnormen) werden manchmal auch **Primärnormen** genannt, die Normen, die zur Umsetzung und Durchsetzung der Primärnormen das Verhalten der vollziehenden Organe steuern sollen, **Sekundärnormen**.

Während die Verhaltensnormen auch als „**materielles Recht**“ bezeichnet werden, wird für die Vollzugsnormen der Ausdruck „**formelles Recht**“ gebraucht. Das materielle Strafrecht umfasst damit die Normen, die bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe stellen, das formelle Strafrecht hingegen die Regelungen des Strafverfahrens und des Strafvollzuges.

2. Das österreichische Verfassungsrecht geht davon aus, dass zur Vollziehung des Rechts auf der einen Seite **Verwaltungsbehörden** und auf der anderen Seite die Gerichte berufen sind.

§ 1 Jurisdiktionsnorm (JN) bestimmt, dass die „Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen“, soweit dieselben nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind, durch die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgeübt wird.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen (Zivilsachen) erfolgt durch Bezirksgerichte, Bezirksgerichte für Handelssachen, Landesgerichte, Handelsgerichte, durch Oberlandesgerichte (OLG) und durch den Obersten Gerichtshof (OGH).

3. Die Zuweisung der „**bürgerlichen Rechtssachen**“ an die Zivilgerichte in § 1 JN erfordert eine Abgrenzung dieser Materien von anderen Rechtsgebieten. Der Begriff Zivilrecht ist auch kompetenzrechtlich von Bedeutung, da „Zivilrechtswesen“ gem Art 10 Abs 1 Z 6 in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist.

Das positive österreichische Recht erfordert somit die Bestimmung des Begriffs der „Bürgerlichen Rechtssachen“ (Zivilrecht, Privatrecht), dem als Gegenstück der Begriff des Öffentlichen Rechts gegenübersteht. Diese Unterscheidung findet sich vor allem in den römischrechtlich geprägten Rechtsordnungen des *Civil Law*, sie fehlt dagegen im *Common Law*. Normlogisch ist sie jedenfalls nicht zwingend.

#### 4. Exkurs: Zur Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht

Was aber sind „bürgerliche Rechtssachen“ (Privatrecht, Zivilrecht, Bürgerliches Recht)? Bereits im römischen Recht wurde zwischen *ius privatum* (Privatrecht) einerseits und *ius publicum* (Öffentlichem Recht) andererseits differenziert. Das Privatrecht bezieht sich dabei auf die **Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander**, das Öffentliche Recht hingegen auf **Aufbau und Funktionsweise des Staates**.

**Ulpian D 1.1.2:** *Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.* – Öffentliches Recht ist das, was sich auf die Ordnung des römischen Staatswesens bezieht, Privatrecht das, was sich auf das Interesse der einzelnen bezieht.

§ 1 ABGB: „Der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Recht in demselben aus.“

Zur typologischen Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht werden üblicherweise drei Gesichtspunkte herangezogen. Es kommt demnach darauf an, ob es um die **Verfolgung privater oder öffentlicher Interessen** geht, ob ein **hoheitlich handelndes Rechtssubjekt beteiligt** ist, sowie ob die Beteiligten in einem Verhältnis der **Über- und Unterordnung** zueinander stehen oder im Verhältnis der Gleichrangigkeit.

1. Im Privatrecht steht die Verfolgung privater Interessen im Vordergrund, während im öffentlichen Recht Gesichtspunkte des Gemeinwohls und überindividueller Interessen im Vordergrund stehen („**Interessentheorie**“).
2. Öffentliches Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass regelmäßig staatliche Organe beteiligt sind, dh Rechtssubjekte, die hoheitlich handeln und denen Befugnisse zur einseitigen Rechtssetzung zukommen („**Subjektstheorie**“).
3. Öffentliches Recht ist in der Regel durch Über- und Unterordnung der beteiligten Subjekte gekennzeichnet, während im Privatrecht die Rechtssubjekte grundsätzlich im Verhältnis der Gleichrangigkeit einander gegenüberstehen („**Subjektionstheorie**“).
4. Das Privatrecht enthält häufig Regeln, die als **nachgiebiges** Recht (*ius dispositivum*) durch Vereinbarung der Parteien abgeändert werden können; im öffentlichen Recht dominiert dagegen **zwingendes** Recht (*ius cogens*).

Öffentliches Recht wird in der Regel durch Verwaltungsbehörden vollzogen. Eine wichtige Ausnahme bildet das (gerichtliche) Strafrecht, das zum Öffentlichen Recht zählt, aber durch Gerichte (Strafjustiz) vollzogen wird.

Daher ist der Oberste Gerichtshof (OGH) höchste Instanz nicht nur in privatrechtlichen, sondern auch in strafgerichtlichen Verfahren. Neben dem gerichtlichen Strafrecht gibt es auch Verwaltungsstrafrecht, welches von den Verwaltungsbehörden vollzogen wird.

## Zweites Kapitel

# Grundbegriffe des Verfassungsrechts: Österreich als demokratischer Rechtsstaat

### I. Das österreichische Verfassungsrecht

A. „Verfassungsrecht“ ist eines der zentralen Rechtsgebiete, mit denen sich JuristInnen befassen. Das Verfassungsrecht stellt die rechtliche Grundordnung des Staates dar; es handelt sich dabei um **einen politisch äußerst bedeutsamen Teil** der Rechtsordnung. Nach politischen Umbrüchen wird „die Verfassung“ eines Staates oft neu geregelt oder geändert, während die übrigen Rechtsnormen oft – jedenfalls größtenteils – unverändert bleiben und übernommen werden („Rechtsüberleitung“).

Beispiele für solche politischen Umbrüche aus der neueren österreichischen Geschichte, die auch einen **Verfassungsbruch** mit sich brachten, sind der Wechsel von der Monarchie zur Republik in der Folge des Ersten Weltkrieges, der zur Verfassung der Republik Österreich 1920 führte, der Ständestaat 1934 – 1938, der „Anschluss“ an das Deutsche Reich 1938 sowie die Zweite Republik 1945. Über all diese Zeit hindurch war ein Großteil des einfachen Bundesrechts (wie zB das im ABGB kodifizierte Bürgerliche Recht) weitgehend konstant.

B. Im juristischen Sprachgebrauch unterscheidet man Verfassungsrecht im materiellen Sinn und Verfassungsrecht im formellen Sinn.

1. Der Begriff **Verfassungsrecht im materiellen Sinn** wird verwendet, um Regelungen mit einem bestimmten Inhalt zu umschreiben. Verfassungsrecht im materiellen Sinn regelt den Aufbau, die Organisation und die „Machtverteilung“ in einem Staat. Dabei geht es um folgende Fragestellungen:

- Welche grundlegenden Prinzipien gelten für den **Staatsaufbau**?
- Wer ist zur **Rechtssetzung** ermächtigt? Wer erlässt Gesetze?
- Wer konkretisiert die allgemeinen Anordnungen für den Einzelfall?
- Wer **kontrolliert** die Einhaltung der Regelungen der Verfassung, der Gesetze, der Anordnungen von Behörden?
- Wie ist der Einzelne gegenüber dem Staat geschützt? Welche grundlegenden Rechte hat er? Kann er seine Ansprüche mit rechtlichen Mitteln durchsetzen?
- Welche Stellung hat das **Staatsoberhaupt** des Staates?
- Wie ist die Beziehung zu anderen Staaten gestaltet?

2. Zum anderen spricht man von Verfassungsrecht im Zusammenhang mit Regelungen, die in einem bestimmten – aufwändigerem – Rechtserzeugungsverfahren, einer aufwändigeren „Form“, erzeugt wurden (**Verfassungsrecht im formellen Sinn**).

Aufgrund der geltenden Rechtslage ist für einfache Bundesgesetze ein Beschluss des Nationalrates nötig, bei der mindestens ein Drittel der Abgeordneten anwesend sind und die Mehrheit zustimmt; für Bundesverfassungsgesetze bestimmt die österreichische Bundesverfassung:

**Art 44 B-VG:** „(1) Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen können vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden; sie sind als solche („Verfassungsgesetz“, „Verfassungsbestimmung“) ausdrücklich zu bezeichnen.“ Vergleichbares ist für Landesverfassungsrecht vorgesehen.

Verfassungsrecht ist damit in einem aufwändigeren, man sagt auch „schwierigeren“, Verfahren (erhöhte Anwesenheits- und Zustimmungsquoren) als andere (einfachgesetzliche) Regelungen zu erzeugen.

C. Die **Schwierigkeit der Erzeugung** schützt Normen vor Veränderungen. Eine nach den Vorschriften der Erzeugungsform „Bundesverfassungsrecht“ zustande gekommene Norm kann grundsätzlich auch nur durch eine nach derselben (oder einer schwierigeren) Erzeugungsregel zustande gekommene Norm abgeändert oder beseitigt werden. Daraus ergibt sich ua, dass eine als Verfassungsrecht im formellen Sinn erzeugte Regelung nur durch Verfassungsrecht im formellen Sinn geändert oder beseitigt werden kann (im juristischen Sprachgebrauch: „die eine Norm derogiert der anderen“). Ein einfaches Gesetz kann folglich einem Verfassungsgesetz oder einer Verfassungsbestimmung nicht derogieren, sehr wohl aber umgekehrt eine Verfassungsbestimmung einem einfachen Gesetz.

Je nach Schwierigkeit der Erzeugung und Abänderbarkeit von Normen lässt sich in der Rechtsordnung folglich ein „Stufenbau nach der derogatorischen Kraft“ (*Adolf Julius Merkl*) erkennen.

Die **Derogation** setzt allgemein voraus, dass die neue Regel sich auf denselben Geltungsbereich (sachlicher, persönlicher, zeitlicher und territorialer Art) bezieht. Für die Derogation von Rechtsnormen gelten darüber hinaus zwei Maximen.

1. **Lex-Posterior-Regel:** Das spätere Gesetz derogiert dem früheren (lex posterior derogat legi priori).
2. **Lex-Specialis-Regel:** Das speziellere Gesetz derogiert dem allgemeinen (lex specialis derogat legi generali).

Erfasst die neuere Regel nur einen speziellen Fall des bislang von einer anderen Regel erfassten Bereiches, so bleibt die generelle Regel für die übrigen Fälle in Geltung.

D. Grundsätzlich gilt nach österreichischem Recht, dass **Verfassungsrecht im materiellen Sinn durch Verfassungsrecht im formellen Sinn zu erzeugen** ist, wobei die Verfassung selbst einige Ausnahmen vorsieht.

So enthält beispielsweise Art 26 B-VG nähere Regelungen über den Nationalrat und die Wahl seiner Mitglieder. Abs 7 der Bestimmung lautet: „Die näheren Bestimmungen über das Wahlverfahren werden durch Bundesgesetz getroffen“. Damit wird die Ermächtigung erteilt, Verfassungsrecht im materiellen Sinn in einfachgesetzlicher Form zu regeln. Die näheren Regelungen finden sich im „Bundesgesetz über die Wahl des Nationalrates (Nationalrats-Wahlordnung 1992 – NRWO)“.

E. Die Regelungen einer Verfassung beziehen sich immer auf einen bestimmten **Staat** und damit auf ein bestimmtes Gebiet („**Staatsgebiet**“ – man spricht auch vom **territorialen Geltungsbereich**). Für dieses Gebiet – oder einen Teil desselben – gelten auch die Regelungen, die sich aus dieser Verfassung ableiten.

Die Grenzen des österreichischen Staatsgebietes sind weitgehend durch die Regelungen des Staatsvertrages von St. Germain 1919 bestimmt, zT auch durch Völkergewohnheitsrecht (gegenüber der Schweiz und Deutschland). Nicht eindeutig geklärt ist der Verlauf der Staatsgrenze am Bodensee.<sup>24)</sup>

Die Regelungen eines Staates gelten zum Teil für alle Personen, die sich auf diesem Gebiet aufhalten ohne Rücksicht darauf, ob sie Angehörige des Staates sind (zB Straßenverkehrsordnung; „**Territorialitätsprinzip**“), zum Teil gelten Sie nur für Angehörige dieses Staates („**Staatsbürger**“) – und zwar ohne Rücksicht darauf, wo sie sich aufhalten (zB Wahlrecht; „**Personalitätsprinzip**“).

Staaten stehen aber auch mit anderen Staaten in Rechtsbeziehungen. Diese werden durch das **Völkerrecht** geregelt. Völkerrechtliche Regelungen beeinflussen auch das staatliche Recht und haben auch Einfluss auf das Verfassungsrecht eines Staates.

So ist beispielsweise Österreich im Jahr 1958 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäischen Menschenrechtskonvention – EMRK oder MRK) – einer völkerrechtlichen Vereinbarung – beigetreten und hat sich dabei verpflichtet, grundlegende Menschenrechte zu schützen. Im Jahr 1964 wurde die völkerrechtliche Vereinbarung rückwirkend als innerstaatliches Verfassungsrecht in Kraft gesetzt.

Regelungen von **internationalen Organisationen**, bei denen ein Staat Mitglied ist, können auch **unmittelbare Rechtswirkungen** in einem Staat entfalten („**supranationales Recht**“) bzw können den Staat verpflichten, bestimmte Normen zu erlassen (zB im Rahmen der Mitgliedschaft Österreichs bei der EU).

<sup>24)</sup> Vgl dazu eingehender *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>11</sup> (2015) Rz 178 ff.

F. Wenn man von „der österreichischen Verfassung“ spricht, meint man in der Regel das **Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)**. Es wurde 1920 erlassen, 1925 und 1929 wesentlich verändert (novelliert), 1930 wiederverlautbart (weshalb als „Stammfassung“ des Gesetzes BGBl 1930/1 angegeben wird), danach mehrfach geändert, 1934 außer Kraft gesetzt, 1945 wieder in Kraft gesetzt und ist seit dem ununterbrochen in Geltung. Immer wieder erfolgen Novellierungen.

Im sogenannten „**Österreich-Konvent**“ wurde in den Jahren 2003 bis 2005 über eine umfassende Neuregelung der Österreichischen Bundesverfassung diskutiert, die dort erarbeiteten Vorschläge wurden aber nur zum Teil umgesetzt.

Die Bestimmungen des B-VG werden durch andere Verfassungsnormen ergänzt. Wesentliche Rechtsquellen sind dabei insbesondere das „**Staatsgrundgesetz** vom 21. 12. 1867 über die **allgemeinen Rechte der Staatsbürger** für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder“ (abgekürzt: **StGG**). Es regelt – wie der Titel schon sagt – grundlegende Rechte der Bürger; auf Grund von Art 149 Abs 1 B-VG wurde es übergeleitet und gilt es seit Inkrafttreten des B-VG als Bundesverfassungsgesetz weiter. Weiters die bereits erwähnte **Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK oder MRK)**, die allen Menschen bestimmte Rechte einräumt und Einschränkungen dieser Freiheiten nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

Die österreichische Bundesverfassung kennt **kein Inkorporationsgebot**. Als Inkorporationsgebot bezeichnet man die Verpflichtung, alle Verfassungsbestimmungen in einer Urkunde zu normieren.

Anders ist dies etwa nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland geregelt. Art 79 Abs 1 Satz 1 GG normiert: „Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt.“

Daher finden sich im österreichischen Recht auch **Verfassungsbestimmungen**, darunter versteht man in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Bestimmungen, die gem Art 44 B-VG in der für Bundesverfassungsrecht bestimmten erschweren Form erzeugt wurden. Sie sind besonders als „Verfassungsbestimmung“ gekennzeichnet (vgl den bereits zitierten Art 44 Abs 1 B-VG) und normieren in der Regel Ausnahmen von Bestimmungen des B-VG.

Zum Teil wurde versucht, das Bundesverfassungsrecht zu vereinheitlichen. So wurde mit BGBl I 2008/2 ein „Bundesverfassungsgesetz zur Bereinigung des Bundesverfassungsrechts (Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz – 1. BVRBG)“ erlassen, in welchem Verfassungsbestimmungen zum Teil als nicht mehr geltend festgestellt, zum Teil aufgehoben und zum Teil als einfachgesetzliche Regelungen erlassen wurden.



## II. Die Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung

A. Jeder Staat – und damit jede Verfassung – baut auf verschiedenen „Staatsideen“ auf. Solche Staatsideen haben in der österreichischen Bundesverfassung in den sogenannten „**Grundprinzipien**“ (oder „**Baugesetzen**“) ihren Niederschlag gefunden. Dass in der österreichischen Bundesverfassung solche Prinzipien verankert und **vor Änderungen besonders geschützt** sind, kann man aus Art 44 B-VG ableiten. Dieser lautet:

**Art 44 B-VG:** „(3) Jede Gesamtänderung der Bundesverfassung, eine Teiländerung aber nur, wenn dies von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird, ist nach Beendigung des Verfahrens gemäß Art. 42, jedoch vor der Beurkundung durch den Bundespräsidenten, einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen.“

Nach Abs 3 der Bestimmung ist also zwischen einer „**Gesamtänderung**“ **der Bundesverfassung** und einer „**Teiländerung**“ **der Bundesverfassung** zu unterscheiden. Nach herrschender Auffassung erfolgt eine „Gesamtänderung“ dann, wenn die Grundprinzipien der Verfassung geändert werden. Welche Prinzipien das sind, muss der Verfassung durch Interpretation entnommen werden; sie sind (anders als Verfassungsgesetze und Verfassungsbestimmungen) nicht besonders gekennzeichnet. Die Begriffe „Grundprinzipien“ und „Baugesetze“ sind keine verfassungsrechtlichen Termini. Sie wurden von Lehre und Judikatur eingeführt.

B. Die Grundprinzipien stehen also nach Art 44 Abs 3 B-VG unter besonderem Schutz. Sollen sie durch Verfassungsgesetz abgeändert werden, ist ein verfassungsändernder Gesetzesbeschluss nach dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens beim Bundesrat verpflichtend (= obligatorisch) einer **Volksabstimmung** zu unterziehen. Nur wenn bei der Volksabstimmung die unbedingte Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen für den Gesetzesbeschluss stimmt, darf das Gesetzgebungsverfahren fortgesetzt werden.

Weil durch den **Beitritt Österreich zur Europäischen Union** Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung geändert wurden (insb das demokratische, das rechtsstaatliche und das bundesstaatliche) wurde vor Abschluss des völkerrechtlichen Beitrittsvertrages ein gesamtänderndes „Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union“, BGBl 1994/744 erlassen, dessen Artikel I bestimmt: „Mit der Zustimmung des Bundesvolkes zu diesem Bundesverfassungsgesetz werden die bundesverfassungsgesetzlich zuständigen Organe ermächtigt, den Staatsvertrag über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union entsprechend dem am 12. April 1994 von der Beitrittskonferenz festgelegten Verhandlungsergebnis abzuschließen.“

Die Diskussion, ob der Vertrag von Lissabon einer Volksabstimmung unterzogen werden muss, hing mit der Frage zusammen, ob mit diesem Beitritts-BVG auch die

Ermächtigung zum Abschluss von weiteren Verträgen (Änderungen) des EU-Primärrechts erteilt wurde, sofern damit keine weiteren Gesamtänderungen bewirkt werden.

C. Bereits die ersten Artikel des B-VG zeigen Grundprinzipien, auf die die österreichische Verfassung aufbaut:

**Art 1 B-VG:** „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“

**Art 2 B-VG:** „(1) Österreich ist ein Bundesstaat.

(2) Der Bundesstaat wird gebildet aus den selbständigen Ländern:

Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, Wien.

(...)“

Mit diesen Regelungen sind drei Grundprinzipien angesprochen: das **demokratische**, das **republikanische** und das **bundesstaatliche**. Der genauere Inhalt der Grundprinzipien ergibt sich aus den weiteren Bestimmungen der österreichischen Bundesverfassung, etwas den Regelungen über die Gesetzgebung.

Man kann aber aus dem B-VG erkennen, dass der Verfassung auch noch weitere Grundprinzipien zugrunde liegen: So das **gewaltentrennende**, wonach die drei „Staatsgewalten“ Gesetzgebung – Verwaltung – Gerichtsbarkeit unterschieden und voneinander getrennt sind.

Vgl **Art 94 B-VG:** „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

Verfassungsrechtlich garantiert werden – darauf wurde ja bereits hingewiesen – Rechte, die allen Staatsbürgern bzw allen Menschen zustehen und ihnen einen Bereich garantieren, in die der Staat nicht bzw nur aus bestimmten Gründen eingreifen darf (insb persönliche Freiheit, Hausrecht, Meinungsfreiheit, Glaubensfreiheit, Eigentum, ...). Zum Zeitpunkt der Erlassung des B-VG waren derartige „Grundrechte“ bereits garantiert (vgl das StGG 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, das durch Art 149 Abs 1 B-VG als Bundesverfassungsrecht übergeleitet wurde). Aus der Existenz dieser verfassungsgesetzlich garantierten Rechte des Einzelnen, die dem Einzelnen in gewissem Sinn Freiheit vom Staat garantieren, leitet man ab, dass die österreichische Bundesverfassung auch auf einem **liberalen** Grundprinzip aufbaut.

Diese fünf Prinzipien werden durch ein weiteres ergänzt: das **rechtsstaatliche** Grundprinzip. Das rechtsstaatliche Prinzip soll garantieren, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar in der Verfassung begründet sind und Rechtsschutzeinrichtungen vorhanden sind, die dieses gewährleisten können.

Zusammenfassend ist also davon auszugehen, dass der österreichischen Bundesverfassung folgende sechs Grundprinzipien zugrunde liegen:

- das bundesstaatliche
- das demokratische
- das gewaltentrennende
- das rechtsstaatliche
- das liberale
- das republikanische Grundprinzip.

Zwei dieser Grundprinzipien dienen vor allem der **Aufteilung der staatlichen Gewalt**: Es sind dies das gewaltentrennende Grundprinzip und das bundesstaatliche Grundprinzip.

Zwei andere Grundprinzipien dienen vor allem der **Freiheitssicherung**: das demokratische Grundprinzip und das liberale Grundprinzip.

Die Grundprinzipien stehen nicht isoliert nebeneinander, **ihre Funktionen greifen** vielmehr – wie in der konkreten Ausgestaltung der Prinzipien in der österreichischen Bundesverfassung deutlich wird – **ineinander**.

# Drittes Kapitel

## Grundbegriffe des Strafrechts

### I. Allgemeines

A. Aufgabe des Strafrechts ist die Regelung des Zusammenlebens der Menschen im Staat. Das **Strafrecht** ist jener Teil der Rechtsordnung, der regelt, welche Angriffe auf welche Rechtsgüter als **gerichtlich strafbare Delikte** anzusehen sind und welche Sanktionen bei Verwirklichung dieser Delikte von **Strafgerichten (Justiz)** zu verhängen sind. Aufgrund der verhaltenssteuernden Funktion des Strafrechts gibt es keine Strafbarkeit ohne **Verhaltensunrecht**, das entweder in einer vorsätzlichen oder in einer fahrlässigen Tat bzw. Unterlassung liegen kann. Zudem muss das Verhalten dem Betroffenen **subjektiv vorwerfbar** sein. Der Eintritt eines strafrechtlichen Erfolgs (dh Verletzung eines Rechtsguts) allein reicht hingegen nicht aus (**keine Erfolgshaftung** im geltenden Strafrecht).

B. Um die **Ordnungsfunktion** des Strafrechts gewährleisten zu können, ordnet das Strafrecht den Schutz bestimmter Rechtsgüter gegenüber besonders gravierenden Eingriffen an. Zu diesen Rechtsgütern gehören insbesondere Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen, religiöser Frieden, sexuelle Integrität, Landesverrat und Völkermord. Mit dem Wandel der Gesellschaft verändern sich auch die rechtlich geschützten **Werte**. So stellte zB Homosexualität oder Ehebruch bis 1997 noch eine strafbare Handlung dar. Andererseits kamen im Laufe der Jahre schutzbedürftige Rechtsgüter auf, welche bei Inkrafttreten des StGB im Jahr 1975 nicht als schutzbedürftig angesehen wurden, wie etwa Stalking oder Cybermobbing (vgl § 107a StGB). Auch der Schutz der sexuellen Integrität wurde erst in den letzten Jahren zunehmend ausgebaut. Ebenso verändern sich mit dem Wandel der Zeit die technologischen Möglichkeiten, eine Straftat zu begehen, weshalb das **Computerstrafrecht** immer mehr an Bedeutung gewinnt. Zu den wichtigsten Straftatbeständen in diesem Bereich gehören der widerrechtliche Zugriff auf ein Computersystem (§ 118a StGB), die Datenbeschädigung (§ 126a StGB) oder die Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems (§ 126b StGB).

C. Der Kernbereich strafrechtlicher Regelungen findet sich im **Strafgesetzbuch (StGB)**. Es gliedert sich in einen allgemeinen Teil, der die grundlegenden Bestimmungen über die Strafbarkeit der Delikte im Allgemeinen und ihre

Rechtsfolgen regelt. Der besondere Teil besteht im Wesentlichen aus einem umfangreichen Katalog der zentralen strafrechtlichen Delikte. Daneben gibt es aber eine Vielzahl von weiteren Gesetzen, die für die Verwirklichung bestimmter Straftatbestände Strafen androhen, wie zB das Suchtmittelgesetz oder das Finanzstrafgesetz. Diesen ständig wachsenden Bereich bezeichnet man als **Nebenstrafrecht**.

D. Vom Strafrecht zu unterscheiden ist das Privatrecht. Im Strafrecht steht der **Konflikt des Einzelnen mit der Gesellschaft** im Mittelpunkt. Das Opfer spielt dabei keine große Rolle. Das Opfer ist im Strafverfahren mit verhältnismäßig wenigen Rechten ausgestattet. Erlangt die zuständige Behörde im Zuge ihrer Amtstätigkeit von einer strafrechtlich relevanten Handlung Kenntnis, kann das Opfer auf die weitere Verfolgung nicht mehr verzichten. Im **Privatrecht** steht der **Konflikt von Einzelpersonen** untereinander im Mittelpunkt. Dem **Parteiengrundsatz** kommt eine zentrale Bedeutung zu. Es bleibt den betroffenen Personen selbst überlassen, welche Streitigkeiten sie vor Gericht austragen und welche nicht.

## II. Strafen

A. Strafen sind das schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Mittel und werden erst in letzter Konsequenz eingesetzt (**ultima-ratio-Prinzip**). Als Strafen kommen Freiheits- und/oder **Geldstrafen** in Betracht. Die Mindestdauer der Freiheitsstrafe beträgt einen Tag, die Höchstdauer 20 Jahre (§ 18 StGB). Die Geldstrafe wird nach dem **Tagessatzsystem** bemessen und ergibt sich aus der Multiplikation der Höhe mit der Anzahl der Tagessätze. Eine Geldstrafe beträgt zwischen € 4,- und € 5.000,- pro Tag, es müssen mindestens 2 Tagessätze verhängt werden (§ 19 StGB). Die Höhe des Tagessatzes richtet sich nach den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des zu Bestrafenden. Somit unterliegen Menschen mit niedrigerem Einkommen auch einem niedrigeren Tagessatz als Menschen mit hohem Einkommen. Gemäß dem **Einbußesystem** muss die Höhe der Geldstrafe auf einen Betrag festgesetzt werden, der den Lebensstandard des zu Bestrafenden spürbar beeinträchtigt. Zu jeder Geldstrafe ist im Urteil eine Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der Uneinbringlichkeit festzusetzen. Wird die Geldstrafe nach Aufforderung nicht bezahlt, wird der geschuldete Betrag durch Zwangsvollstreckung eingetrieben. Bleibt die Eintreibung der Geldstrafe erfolglos, erfolgt von Amts wegen die Aufforderung zum Antritt der Ersatzfreiheitsstrafe. Es besteht kein Wahlrecht, an Stelle der Geldstrafe lieber die Ersatzfreiheitsstrafe zu verbüßen.

Unter der **Strafzumessung** versteht man die Festsetzung der Dauer der Freiheitsstrafe bzw der Anzahl der Tagessätze. Für die Strafzumessung ist sowohl bei der Geld- als auch bei der Haftstrafe das Ausmaß der Schuld des Täters

unter Einbeziehung von Erschwerungs- oder Milderungsgründen ausschlaggebend. Dem Richter kommt bei der Strafzumessung ein gewisser Ermessensspielraum zu.

Strafen können auch **bedingt**, dh unter Bestimmung einer Probezeit verhängt werden. Die bedingte Strafnachsicht wird **widerrufen**, wenn während der Probezeit eine **strafbare Handlung** begangen wird oder gegenüber Weisungen des Gerichtes oder der Bewährungshilfe **Ungehorsam** geleistet wird.

§ 18 StGB: „(1) Freiheitsstrafen werden auf Lebensdauer oder auf bestimmte Zeit verhängt.

(2) Die zeitliche Freiheitsstrafe beträgt mindestens einen Tag und höchstens zwanzig Jahre.“

§ 19 StGB: „(1) Die Geldstrafe ist in Tagessätzen zu bemessen. Sie beträgt mindestens zwei Tagessätze.

(2) Der Tagessatz ist nach den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsbrechers im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz zu bemessen. Der Tagessatz ist jedoch mindestens mit 4 Euro und höchstens mit 5 000 Euro festzusetzen.“

§ 32 StGB: „(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters.

(2) Bei Bemessung der Strafe hat das Gericht die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und auch auf die Auswirkungen der Strafe und anderer zu erwartender Folgen der Tat auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft Bedacht zu nehmen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen könnte.

(3) Im allgemeinen ist die Strafe umso strenger zu bemessen, je größer die Schädigung oder Gefährdung ist, die der Täter verschuldet hat oder die er zwar nicht herbeigeführt, aber auf die sich sein Verschulden erstreckt hat, je mehr Pflichten er durch seine Handlung verletzt, je reiflicher er seine Tat überlegt, je sorgfältiger er sie vorbereitet oder je rücksichtsloser er sie ausgeführt hat und je weniger Vorsicht gegen die Tat hat gebraucht werden können.“

B. Mit der Verhängung von **Strafen** werden verschiedene **Zwecke** verfolgt. Traditionellerweise sind hier die **Vergeltung**, die **Generalprävention** und die **Spezialprävention** angesprochen.

In der Wissenschaft wird heute der **Vergeltungsgedanke** als selbstständiger Strafzweck mehrheitlich abgelehnt. Bei der **Generalprävention** steht die erzieherische Wirkung der Strafe auf die Allgemeinheit im Vordergrund: Strafen werden angedroht und verhängt, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken.

Der Gedanke der **Spezialprävention** orientiert sich an der individuellen Gefährlichkeit des Einzelnen: Strafen werden angedroht und verhängt, um den Täter von künftigen strafbaren Handlungen abzuhalten und zu rechtstreuem Verhalten zu erziehen.

C. Neben der Verhängung von Strafen kommen als strafrechtliche Reaktionen auch „**vorbeugende Maßnahmen**“ in Betracht. Dabei kommt es nicht auf die Schuld des Täters, sondern ausschließlich auf seine besondere Gefährlichkeit an. Eine vorbeugende Maßnahme ist ein **nicht mit Tadel verbundenes Übel**, das wegen einer strafbaren Handlung von einem Strafgericht aufgrund und nach Maßgabe der besonderen Gefährlichkeit des Täters verhängt wird. Das StGB kennt drei Arten von freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen: die Unterbringung in einer Anstalt für **geistig abnorme Rechtsbrecher**, die Unterbringung in einer Anstalt für **entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher** und die Unterbringung in einer Anstalt für **gefährliche Rückfalltäter**.

D. Da sich in der Praxis herausstellte, dass die Bestrafung zusammen mit der Vorbestrafung des Täters nicht immer eine adäquate Rechtsfolge darstellt, wurde – nach positiven Erfahrungen im Jugendstrafrecht – mit 1.1.2000 die Möglichkeit der **Diversion** eingeführt. Die Staatsanwaltschaft hat gem §§ 198 ff StPO von der Strafverfolgung abzusehen, wenn eine Bestrafung nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Stattdessen leistet der Täter an den Bund einen Geldbetrag, erbringt gemeinnützige Leistungen, bekommt eine Probezeit unter Beiziehung eines Bewährungshelfers auferlegt oder erklärt sich zum außergerichtlichen Tatausgleich bereit. In den außergerichtlichen Tatausgleich ist das Opfer miteinzubeziehen; für einen Ausgleich der Folgen ist grundsätzlich die Zustimmung des Opfers notwendig (§ 204 StPO). Der Diversion sind je nach Schwere der Delikte und des Verschuldens Grenzen gesetzt: Es darf sich weder um schwere Straftaten (keine Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffengericht oder Geschworenengericht) noch um schweres Verschulden des Täters handeln, und der Tod darf keine Folge der Tat sein.

E. Mit einer gerichtlichen Verurteilung wird ein **gesellschaftlicher Tadel besonderen Charakters** ausgesprochen, der zu zahlreichen rechtlichen und tatsächlichen Nachteilen führt. Rechtsfolgen treten **ex lege** ein. Dem Richter kommt kein Ermessensspielraum zu. Mit der gerichtlichen Verurteilung geht der Verlust bestimmter Rechte einher, wie zum Beispiel der Verlust des Wahlrechts zum Nationalrat, der Verlust einer Gewerbeberechtigung, und der Verlust des Rechts auf die Staatsbürgerschaft. Nebenfolgen sind vor allem im sozialen Bereich des Täters zu erwarten. Mit einer strafgerichtlichen Verurteilung kann der Verlust des Arbeitsplatzes verbunden sein, da diese einen Entlassungsgrund darstellen kann. Das Führerscheingesetz enthält die gesetzliche

Vermutung, dass Personen, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt wurden, **nicht verkehrszuverlässig** sind.

Nur vom Gericht verurteilte Personen sind als **vorbekannt** (im engeren Sinn) zu bezeichnen, nur diese werden im Strafregister eingetragen, bis Tilgung eintritt. Mit der **Tilgung** erlöschen alle nachteiligen rechtlichen Folgen, die mit einer Verurteilung verbunden sind. Der Verurteilte gilt ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als „vorbekannt“. Auskunft aus dem Strafregister erhalten ua inländische Behörden, Dienststellen der Bundespolizei und Jugendwohlfahrtsträger. Die Auskunftsmöglichkeit ist bereits vor Tilgung eingeschränkt, wenn eine maximal dreimonatige Freiheitsstrafe verhängt wurde (oder eine maximal sechsmonatige Freiheitsstrafe bei einer Verurteilung vor Vollendung des 21. Lebensjahres) oder bei einer Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher. Sondervorschriften bestehen für Sexualstraftatdelikte. Diese Daten unterliegen nicht der beschränkten Auskunft und können nur bestimmten Behörden, wie etwa den Strafgerichten, Pflugschaftsgerichten oder Dienstbehörden bei Einstellung von Pädagogen erteilt werden. Die Daten sind zwei Jahre nach Ablauf der Tilgungsfrist aus dem Strafregister zu löschen.

Jede Person kann für sich selbst eine **Strafregisterbescheinigung** beim Bürgermeister bzw bei der Landespolizeidirektion beantragen. Ist man nicht vorbestraft bzw besteht hinsichtlich der Verurteilung nur eine beschränkte Auskunftsmöglichkeit, hat die Strafregisterbescheinigung zu lauten: „*Im Strafregister der Republik Österreich – geführt von der Landespolizeidirektion Wien – scheint keine Verurteilung auf.*“ (vgl § 11 StRegG).

F. Wird einem Rechtsbrecher die Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme bedingt nachgesehen oder wird er bedingt entlassen, hat das Gericht gem § 50 StGB, soweit das notwendig oder zweckmäßig ist, um den Rechtsbrecher von weiteren mit Strafe bedrohten Handlungen abzuhalten, **Weisungen** zu erteilen oder **Bewährungshilfe** anzuordnen. Die Gerichte machen hiervon großzügig Gebrauch. Im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz bietet der Verein NEUSTART österreichweit diese Betreuungsangebote an.

### III. Durchsetzung des Strafrechts

A. Die Durchsetzung des Kriminalstrafrechts unterscheidet sich von der Durchsetzung des Verwaltungsstrafrechts. Das Kriminalstrafrecht wird von den **Strafgerichten** durch Einzelrichter, Schöffen- oder Geschworenensenate vollzogen. Das Verfahren ist in der **Strafprozessordnung (StPO)** geregelt. Das Verwaltungsstrafrecht ist dagegen von den **Verwaltungsbehörden**, zB Polizei oder Magistrat, zu vollziehen. Das dabei anzuwendende Recht findet sich im **Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)**.



B. Das Ziel des Strafverfahrens ist die **Wahrheitsermittlung**. Gericht, Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei haben mit allen ihnen rechtlich zur Verfügung stehenden Mitteln die Wahrheit zu erforschen. Im Verfahren gilt **freie Beweiswürdigung**. Der Richter hat nach freier Überzeugung zu entscheiden, was für wahr zu halten ist. Seine Entscheidung muss jedoch rational nachvollziehbar sein.

Der **Offizialgrundsatz** besagt, dass allein der Staat Österreich dazu ermächtigt ist, eine Strafe wegen einer begangenen Straftat zu verhängen. Gemäß dem **Anklagegrundsatz** kann das Strafgericht einen Beschuldigten nur dann rechtmäßig verurteilen, wenn die Anklage von einem berechtigten Ankläger erhoben wurde. Als berechtigter Ankläger kommen sowohl der Staatsanwalt als auch ein Privatankläger in Betracht. Beim Privatankläger handelt es sich in der Regel um den Verletzten selbst. Der Privatankläger darf nur dann Anklage erheben, wenn ein Privatanklagedelikt vorliegt. Ob das der Fall ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht. Darunter fallen zB die Verletzung der Ehre oder die Begehung einer strafbaren Handlung im Familienkreis. Wenn die zur Anklage berechtigten Personen nicht Anklage erheben, darf das Strafgericht nicht von sich aus ein Verfahren einleiten.

Gemäß dem **Legalitätsgrundsatz** müssen die Staatsanwaltschaft und die Kriminalpolizei jedem Anfangsverdacht über eine Straftat von Amts wegen nachgehen. Anklage darf nur dann erhoben werden, wenn eine Verurteilung wahrscheinlich ist.

C. Das justizielle (gerichtliche) Strafverfahren ist durch **erhöhte Verfahrensgarantien** gekennzeichnet. Aufgrund verfassungsrechtlicher Bestimmungen dürfen Freiheitsstrafen, deren angedrohtes Ausmaß drei Monate übersteigt, nur im gerichtlichen Strafverfahren verhängt werden. Dies bringt zum Ausdruck, dass gerichtliches Strafrecht das schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Ordnungsmittel ist und erst herangezogen werden darf, wenn sich andere Maßnahmen als unzureichend erweisen. Dem Beschuldigten kommt die **Unschuldsvermutung** des Art 6 EMRK zugute, welche bis zum rechtskräftigen Nachweis der Schuld gilt. Das Verfahren ist grundsätzlich **öffentlich** zu führen. Die Öffentlichkeit darf nur aus bestimmten Gründen, zB nationale Sicherheit oder schutzwürdige Individualinteressen, ausgeschlossen werden (Art 6 EMRK). Der Beschuldigte darf nicht unter Anwendung von Zwangsgewalt vernommen werden. Er hat ein Recht auf anständige Behandlung, welches auch durch die im Verfassungsrang stehende Bestimmung des Art 3 EMRK abgesichert wird (**Folterverbot**). Der Beschuldigte darf außerdem nicht verpflichtet werden sich selbst zu belasten.

D. Die StPO unterscheidet grundsätzlich zwei Verfahrensabschnitte, das **Ermittlungsverfahren** und die **Hauptverhandlung**. Das Strafverfahren beginnt,

sobald Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zur Aufklärung eines Anfangsverdachts ermitteln. Diesen Abschnitt des Verfahrens bezeichnet man als **Ermittlungsverfahren**. Das Ermittlungsverfahren wird in Kooperation von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei durchgeführt. Das Gericht hat in diesem Abschnitt des Verfahrens lediglich Rechtsschutzfunktion. Es entscheidet über Einsprüche, die bei behaupteter Rechtsverletzung durch Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei im Ermittlungsverfahren vom Betroffenen erhoben werden können. Das Ermittlungsverfahren dient dazu, den Sachverhalt und den Tatverdacht umfassend aufzuklären. Es endet, sobald die Staatsanwaltschaft aufgrund der erlangten Kenntnisse über Verfahrenseinstellung, Diversion oder Anklageerhebung entscheiden kann. Die Staatsanwaltschaft muss Anklage erheben, sobald eine Verurteilung durch das Gericht in der Hauptverhandlung sehr wahrscheinlich ist. Erhebt ein Privatankläger Anklage, entfällt das Ermittlungsverfahren. Mit der Anklageerhebung beginnt die Hauptverhandlung. Sie endet entweder durch ein Urteil, mit dem der Angeklagte frei oder schuldig gesprochen wird, oder durch Einstellung.

#### IV. Strafbares Verhalten

A. Gem § 1 StGB darf eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme nur wegen einer Tat verhängt werden, die unter eine **ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung** fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Damit wird der Grundsatz „**keine Strafe ohne Gesetz**“ (*nulla poena sine lege*) festgehalten. Der Rechtsunterworfenen soll zum Zeitpunkt seines Handelns Klarheit haben, ob dieses erlaubt oder verboten ist und sich daran orientieren können.

Aus diesem Grundsatz resultiert auch ein **Rückwirkungsverbot**, das durch Art 7 EMRK in Verfassungsrang steht. Der Gesetzgeber wird damit in seiner Macht beschränkt, Verhalten rückwirkend als Unrecht zu erklären. Außerdem muss der Tatbestand in seiner Formulierung **hinreichend bestimmt** sein.

Wenn § 1 StGB eine ausdrückliche Strafdrohung verlangt, wird der Richter dadurch beschränkt. Er darf etwaige Straflücken zu Ungunsten des Angeklagten nicht im Wege der Analogie schließen oder vorhandene Strafnormen verschärfen (**Analogieverbot**). Der Rechtsanwender ist im Strafrecht somit enger an die Vorgaben des Gesetzes gebunden als in anderen Rechtsgebieten.

Ein Verhalten ist nur dann strafbar, wenn

- eine Handlung einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt,
- Rechtswidrigkeit gegeben ist
- und Verschulden des Täters vorliegt.

Ein strafrechtlicher Tatbestand weist sowohl objektive als auch subjektive Merkmale auf. Objektive Tatbestandsmerkmale kennzeichnen die Tatumstände, die das äußere Erscheinungsbild des deliktischen Geschehens betreffen. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale beziehen sich auf Umstände, die im psychischen Bereich des Täters liegen (zB Tatvorsatz bei Vorsatzdelikten). Handelt es sich um **Erfolgsdelikte**, muss zwischen der Tathandlung und dem Erfolg ein **Kausalzusammenhang** gegeben sein. Nach der sog **Äquivalenztheorie** ist ein Tun oder Unterlassen kausal für einen Erfolg, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass nicht auch der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele (*conditio sine qua non*).

B. Ein Verhalten, das einen Tatbestand erfüllt, muss nicht unbedingt rechtswidrig sein, also gegen die Rechtsordnung verstoßen. Die Strafrechtsordnung kennt verschiedene **Rechtfertigungsgründe**, bei deren Erfüllen das gesetzte Verhalten (trotz Erfüllens des Tatbestands) als nicht rechtswidrig erachtet wird.

Gem § 3 StGB ist das Verhalten nicht rechtswidrig, wenn der Täter in **Notwehr** gehandelt hat.

**§ 3 StGB:** „(1) Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, dass dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.

(2) Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung (Abs. 1) bedient, ist, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.“

Der **rechtfertigende Notstand** ist ein ungeschriebener, mittels Rechtsanalogie aus der Rechtsordnung abgeleiteter Rechtfertigungsgrund. Eine Notstandssituation liegt vor, wenn **unmittelbar** ein **bedeutender Nachteil** für ein Individualrechtsgut des Notstandstäters oder eines Dritten droht. Für den rechtfertigenden Notstand muss der Eingriff in das fremde Rechtsgut das **einzige Mittel** (*ultima ratio*) darstellen, um ein **höherwertiges eigenes Rechtsgut** zu schützen, von verschiedenen möglichen Mitteln muss darüber hinaus das **schonendste** gewählt werden.

Weitere anerkannte Rechtfertigungsgründe sind das **Anhalterecht** gem § 80 Abs 2 StPO, die private **Selbsthilfe** (abgeleitet aus § 19 in Verbindung mit § 344 ABGB), die **Einwilligung** des Verletzten sowie die Ausübung von **Amts- und Dienstpflichten** (bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung).

§ 80 Abs 2 StPO: „Wer auf Grund bestimmter Tatsachen annehmen kann, dass eine Person eine strafbare Handlung ausführe, unmittelbar zuvor ausgeführt habe oder dass wegen der Begehung einer strafbaren Handlung nach ihr gefahndet werde, ist berechtigt, diese Person auf verhältnismäßige Weise anzuhalten, jedoch zur unverzüglichen Anzeige an das nächst erreichbare Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes verpflichtet.“

C. Mit dem strafrechtlichen Begriff der Schuld verbindet sich ein sozialetisches Unwerturteil. Dem Täter wird seine Tat **vorgeworfen**. Der **Maßstab** der Schuld ist **objektiviert**: Der Schuldmaßstab ist nicht das individuelle Dazufürkönnen des Täters, sondern der maßgerechte Mensch in der Situation des Täters. Der „**maßgerechte Mensch**“ ist jene Modellfigur, die hinter dem Menschenbild des StGB steht, dh der grundsätzlich rechtstreue Mensch, der sich mit der Rechtsordnung verbunden fühlt und sich nach ihr richtet. Damit einer Person ihr Verhalten vorgeworfen werden kann, muss sie **einsichts- und schulfähig** sein. Gem § 11 StGB handelt nicht schuldhaft, wer zur Zeit der Tat wegen einer Geisteskrankheit, wegen einer geistigen Behinderung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einer diesen Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (**Zurechnungsunfähigkeit**).

Die Strafmündigkeit Minderjähriger beginnt mit Vollendung des 14. Lebensjahres (§ 4 JGG), davor gilt man als schuldunfähig und damit strafrechtlich nicht verantwortlich. **Jugendliche** sind nur strafbar, wenn sie reif genug sind, das Unrecht ihrer Taten einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Bei Jugendlichen, die noch nicht 16 Jahre alt sind, kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen, wenn es sich um ein Vergehen handelt und den Jugendlichen kein schweres Verschulden trifft. Ebenso kann von einer Verfolgung abgesehen werden, wenn der Jugendliche bereit ist, den Schaden, der durch seine Tat entstanden ist, wieder gutzumachen. § 5 JGG setzt das Höchstmaß der Strafen gegenüber Erwachsenen auf die Hälfte herab.

Liegen **Entschuldigungsgründe** (zB Rechtsirrtum, entschuldigender Notstand) vor, ist eine Bestrafung nicht möglich. Es werden verschiedene **Verschuldensgrade** (Vorsatz, Fahrlässigkeit, aber auch zT spezielle Grade des Vorsatzes wie zB Wissentlichkeit oder Absichtlichkeit) unterschieden. Viele Delikte können nur vorsätzlich begangen werden (zB Mord), andere dagegen auch fahrlässig („Fahrlässigkeitsdelikte“). Gem § 7 StGB ist, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, **nur vorsätzliches Handeln strafbar**.

§ 4 StGB: „Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt.“

§ 5 StGB: „(1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung **ernstlich für möglich hält** und sich mit ihr **abfindet**.“

(2) Der Täter handelt **absichtlich**, wenn es ihm darauf ankommt, den Umstand oder Erfolg zu verwirklichen, für den das Gesetz absichtliches Handeln voraussetzt.

(3) Der Täter handelt **wissentlich**, wenn er den Umstand oder Erfolg, für den das Gesetz Wissentlichkeit voraussetzt, nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält.“

§ 6 StGB: „(1) Fahrlässig handelt, wer die **Sorgfalt außer acht lässt**, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm **zuzumuten** ist, und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht.

(2) Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, dass er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.“

*Beispiel:* § 125 StGB: „Wer eine fremde Sache zerstört, beschädigt, verunstaltet oder unbrauchbar macht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

Nur vorsätzlich begangene Sachbeschädigung ist strafbar, da das Gesetz eine fahrlässige Sachbeschädigung nicht kennt.

D. Nicht nur das vollendete Delikt, sondern auch der **Versuch** ist strafbar. Versuch liegt vor, wenn jemand mit einem bestimmten Verhalten einen strafbaren Erfolg herbeiführen möchte, dieser Erfolg jedoch aus welchem Grund auch immer nicht eintritt. Ein versuchtes Delikt ist nur strafbar, wenn es vorsätzlich begangen wird. Der Täter kann von einem Versuch strafbefreiend zurücktreten, wenn er **freiwillig** von der Ausführung absieht oder den Erfolgseintritt verhindert.

*Beispiel:* X steigt in das Antiquitätenlager der Y ein, um ihr das Gemälde eines berühmten Malers zu stehlen. Bevor sie jedoch mit dem Bild das Lager wieder verlassen kann, wird sie bereits von der Polizei angehalten. X ist strafbar wegen versuchten Einbruchdiebstahls (§§ 127, 129 Abs 1 Z 1 StGB).

E. Strafbar macht sich nicht nur der unmittelbare Täter, dh derjenige, der eine strafbare Handlung ausführt, sondern auch derjenige, der einen anderen dazu bestimmt, eine strafbare Handlung auszuführen (**Bestimmungstäter**). Der Bestimmungstäter muss im unmittelbaren Täter den Handlungsentschluss wecken. Ebenso strafbar macht sich auch der **Täter durch sonstigen Beitrag (Beitragstäter)**. Darunter fällt jede Person, die einen psychischen oder physischen Beitrag zum strafbaren Verhalten leistet.

*Beispiel:* A raubt eine Bank aus. Um den Bankangestellten ordentlich Angst einzujagen, bedroht er sie mit einer Waffe, die er sich von C geliehen hat. C wusste, wofür A die Waffe benötigt. C macht sich wegen Raubes durch sonstigen Beitrag (§ 142 StGB) strafbar.

F. Ein strafbares Delikt kann auch durch Unterlassen erfüllt werden. Das Gesetz sieht zum Teil ausdrücklich die Strafbarkeit eines Nichtstuns vor

(zB Imstichlassen des Verletzten). Verlangt das Gesetz nicht ausdrücklich ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Handlung, ist die Begehung durch Unterlassen nur dann strafbar, wenn man aufgrund einer besonderen Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist. Eine solche Pflicht besteht etwa zwischen Ehegatten oder zwischen Eltern und ihren Kindern („**Garantenstellung**“).

*Beispiel:* A sieht, wie seine Ehefrau B in einen Teich fällt. Er weiß, dass B nicht schwimmen kann. Trotzdem lässt er sie im Stich und geht davon. B stirbt. A ist strafbar wegen Mordes durch Unterlassen.

## V. Delikte

Der Besondere Teil des StGB beinhaltet, beginnend mit § 75 StGB, die verschiedenen Straftatbestände.

Nach der Systematik des Gesetzes handelt es sich dabei um strafbare Handlungen gegen **Leib und Leben** (§§ 75 ff StGB), **Schwangerschaftsabbruch** (§§ 96 ff StGB), strafbare Handlungen gegen die **Freiheit** (§§ 99 ff StGB), gegen die Ehre (§§ 111 ff StGB), Verletzungen der **Privatsphäre** und bestimmter Berufsgeheimnisse (§§ 118 ff StGB), strafbare Handlungen gegen fremdes **Vermögen** (§§ 125 ff StGB), **gemeingefährliche** strafbare Handlungen und strafbare Handlungen gegen die **Umwelt** (§§ 169 ff StGB), strafbare Handlungen gegen den **religiösen Frieden** und die Ruhe der Toten (§§ 188 ff StGB), strafbare Handlungen gegen **Ehe und Familie** (§§ 192 ff StGB), strafbare Handlungen gegen die **sexuelle Integrität** und Selbstbestimmung (§§ 201 ff StGB), **Tierquälerei** (§ 222 StGB), strafbare Handlungen gegen die Zuverlässigkeit von **Urkunden** und Beweiszeichen (§§ 223 ff StGB), gegen die Sicherheit des Verkehrs mit Geld, Wertpapieren, Wertzeichen und **unbaren Zahlungsmitteln** (§§ 232 ff StGB), **Hochverrat** (§§ 242 ff StGB), Angriffe auf **oberste Staatsorgane** (§§ 249 ff StGB), **Landesverrat** (§§ 252 ff StGB), strafbare Handlungen gegen das **Bundesheer** (§§ 259 f StGB), strafbare Handlungen bei **Wahlen** und Volksabstimmungen (§§ 261 ff StGB), strafbare Handlungen gegen die **Staatsgewalt** (§§ 269 ff StGB), gegen den **öffentlichen Frieden** (§§ 274 ff StGB), gegen die **Rechtspflege** (§§ 288 ff StGB), Verletzungen der **Ampflicht** (§§ 302 ff StGB), Amtsanmaßung und Erschleichung eines Amtes (§§ 314 f StGB), Störung der Beziehungen zum Ausland (§§ 316 ff StGB) und Völkermord (§ 321 StGB).

Daneben finden sich zahlreiche Strafbestimmungen auch in anderen Gesetzen („Nebengesetzen“), wie zB im Bankwesengesetz, im Datenschutzgesetz, im Jugendgerichtsgesetz, im Mediengesetz, im Militärstrafgesetz, im Suchtmittelgesetz, im Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, im Waffengesetz und im Verbotsgesetz.

### III. Das Recht der Europäischen Union

#### A. Die „Verfassung“ der Europäischen Union

##### 1. Die Europäische Union

Mit dem „**Beitrittsvertrag**“ vom 24. Juni 1994 trat Österreich der EU bei; durch diesen Beitritt wurde Österreich auch Mitglied der EG (früher: EWG), der EGKS und der EAG.

Die EU ist eine vertraglich begründete Staatenverbindung, die auf die Schaffung einer Politischen Union der Völker Europas abzielt.

Ausgangspunkt der heutigen EU bilden die drei Europäischen Gemeinschaften: Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) wurde im Jahre 1951, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG) wurden im Jahre 1957 („Verträge von Rom“) von den Gründungsstaaten Deutschland, Frankreich, Italien, Luxemburg, Belgien und den Niederlanden gegründet.

Seitdem hat sich die Union in mehreren Beitrittswellen erheblich vergrößert (derzeit sind 27 Staaten Mitglieder der EU). Das und ein immer größeres Integrationsinteresse machen immer wieder Anpassungen der Verträge nötig.

Die letzte Änderung erfolgte durch den **Vertrag von Lissabon**, der am **1.12. 2009 in Kraft** getreten ist.

Der Vertrag von Lissabon ändert die beiden Kernverträge der EU, nämlich den Vertrag über die Europäische Union (EUV) und den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Der letztere heißt von nun an Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

Die EU erhält nunmehr ausdrücklich **Rechtspersönlichkeit** (Art 47 EUV) und tritt gem Art 1 EUV die Rechtsnachfolge der EG an. Ein Beitritt zur EMRK ist gem Art 6 EUV vorgesehen, bis dato allerdings noch nicht erfolgt.

Zum 31.1.2020 ist mit Großbritannien erstmals ein Mitgliedstaat der Europäischen Union aus der Union ausgetreten.

##### 2. Die Organe der EU

Die wichtigsten Organe der EU sind der Europäische Rat, der Rat der Europäischen Union, die Kommission, das Europäische Parlament und der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH).

Weitere Organe der EU sind beispielsweise der Rechnungshof, die Europäische Zentralbank, der Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie der Ausschuss der Regionen.

### a. Europäischer Rat

Das politische Leitungsorgan der EU ist der **Europäische Rat**; er besteht aus den **Staats- und Regierungschefs** der Mitgliedstaaten sowie dem für zweieinhalb Jahre vom Europäischen Rat gewählten **Präsidenten des Europäischen Rates** und dem Präsidenten der Kommission. Weiters nimmt der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik an seinen Arbeiten teil (Art 15 Abs 2 EUV). Der Europäische Rat tritt mindestens zweimal pro Halbjahr zusammen. Er legt die **großen Leitlinien** der Europäischen Politik fest.

**Art 15 Abs 1 EUV:** „Der Europäische Rat gibt der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür fest. Er wird nicht gesetzgeberisch tätig.“

### b. Der Rat der Europäischen Union

Der Rat der Europäischen Union ist gemeinsam mit dem Europäischen Parlament der **Gesetzgeber** der EU (Art 16 Abs 1 EUV).

Dem Rat gehören je ein **Vertreter der nationalen Regierungen** aller EU-Mitgliedstaaten an. An den Tagungen nehmen die jeweiligen **Fachminister** teil: die Außenminister, die Wirtschafts- und Finanzminister, die Landwirtschaftsminister usw.

Jedes Land hat eine bestimmte Anzahl von Stimmen im Rat, die sich in etwa nach der Bevölkerungszahl der einzelnen Länder richtet, wobei die Stimmen zugunsten der kleineren Länder gewichtet sind. Die meisten Entscheidungen sind **Mehrheitsentscheidungen**; heikle Fragen, beispielsweise der Steuer-, der Asyl- und Einwanderungspolitik oder der Außenpolitik, erfordern hingegen **Einstimmigkeit**. Die Stimmenthaltung von Mitgliedstaaten steht dem Zustandekommen von Beschlüssen des Rates nicht entgegen (Art 238 Abs 4 AEUV).

### c. Die Europäische Kommission

Die Europäische Kommission ist das **Exekutivorgan** der EU. Sie vertritt und verteidigt die Interessen ganz Europas (Art 17 Abs 1 EUV). Die Kommission ist ein Kollegialorgan, in dem jeder Staat ein Mitglied stellt, wobei diese dann aber von den Mitgliedstaaten weisungsunabhängig sind. Jede(r) KommissarIn ist für einen bestimmten Politikbereich zuständig. Eine Verkleinerung der Kommission ist vorgesehen, bis jetzt allerdings wegen divergierender politischer Interessen der Mitgliedsstaaten noch nicht erfolgt.

Weitere Mitglieder der Kommission sind die Präsidentin der Kommission (2019: *Ursula von der Leyen*) und der Hohe Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik (2019: *Josep Borrell*). Weil der Rat Rechtsakte in der Regel nur auf Vorschlag der Kommission erlassen kann (**Initiativmonopol**), wird die



Kommission auch „Motor der Gemeinschaft“ genannt; sie ist in der Praxis überaus wichtig.

Eine besondere Rechtsstellung kommt dem (vom Europäischen Rat gewählten) **Hohen Vertreter für Außen- und Sicherheitspolitik** zu, der die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik leitet. Der Hohe Vertreter ist einer der Vizepräsidenten der Kommission, führt den Vorsitz im Rat „Auswärtige Angelegenheiten“ und nimmt auch an den Arbeiten des Europäischen Rates teil.

**Art 18 Abs 2 EUV:** „Der Hohe Vertreter leitet die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Union. Er trägt durch seine Vorschläge zur Festlegung dieser Politik bei und führt sie im Auftrag des Rates durch. Er handelt ebenso im Bereich der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik.“

#### *d. Das Europäische Parlament*

Das Europäische Parlament (EP) besteht aus 705 (nach dem erfolgten EU-Austritt Großbritanniens; davor 751) Mitgliedern (mindestens 6, maximal 96 Abgeordnete pro MS), die durch Volkswahl in den einzelnen Mitgliedstaaten gewählt werden; das EP hat – im Gegensatz zu innerstaatlichen Parlamenten wie dem österreichischen – **keine selbständige Rechtssetzungsbefugnis**, sondern lediglich – unterschiedlich ausgestaltete – **Mitwirkungsrechte** bei einzelnen Rechtssetzungsakten. Das Europäische Parlament (Präsident 2019: *David Sassoli*) und der Rat der Europäischen Union bilden gemeinsam **die Haushaltsbehörde** der Europäischen Union, die jährlich die Ausgaben und Einnahmen der Union festlegt. Darüber hinaus kommen ihm Beratungs- und Kontrollaufgaben zu. Die Mitwirkungsrechte des EP wurden in den letzten Jahren schrittweise erweitert.

#### *e. Der Europäische Gerichtshof (EuGH)*

Der EuGH hat die Aufgabe der Rechtskontrolle bei der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts (Art 19 Abs 1 EUV). Seinen Entscheidungen wird **rechtsfortbildende Kraft** beigemessen; sie sind daher in der Praxis überaus bedeutend.

Jeder Mitgliedstaat entsendet für jeweils 6 Jahre einen Richter an den EuGH. Der EuGH entscheidet je nach Wichtigkeit der Sache entweder im Plenum, als Große Kammer mit 13 Richtern oder als Kammer mit drei oder fünf Richtern.

Neben den Richtern kommt den **Generalanwälten** eine besondere Bedeutung zu. Ihre Aufgabe besteht in der Erstellung von vorbereitenden, für den EuGH unverbindlichen Gutachten, den sog **Schlussanträgen**. Die Schlussanträge werden zusammen mit dem Urteil in der amtlichen Sammlung veröffentlicht und geben regelmäßig Aufschluss über die rechtlichen Hintergründe der Entscheidung.

Die wichtigsten Aufgaben des EuGH:

**Vorabentscheidungsverfahren:** Jedes letztinstanzliche nationale Gericht eines Mitgliedstaates ist verpflichtet, in Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, deren Beantwortung für die von ihm zu treffende Entscheidung erforderlich ist, einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH zu stellen. Ausschließlich der EuGH ist dazu berufen, über zweifelhafte, noch nicht entschiedene Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu entscheiden („Auslegungsmonopol“ des EuGH). Dadurch soll eine einheitliche Rechtsanwendung in den Mitgliedstaaten sichergestellt werden. Der EuGH entscheidet auf diesem Weg auch über die Gültigkeit von EU-Rechtsakten, insb über Sekundärrecht. Unterinstanzliche Gerichte haben bei Zweifeln bezüglich der Auslegung des Unionsrechts ebenso das Recht, einen Antrag auf Vorabentscheidung an den EuGH zu stellen, sind dazu allerdings nicht verpflichtet.

**Vertragsverletzungsverfahren:** Der Gerichtshof überwacht auch, ob die Mitgliedstaaten ihren unionsrechtlichen Verpflichtungen nachkommen. Klageberechtigt ist in diesem Fall die EU-Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat.

Die **Nichtigkeitsklage** zielt auf die Überprüfung und Nichtigerklärung rechtsverbindlicher Akte eines Organs der EU ab. Klageberechtigt sind die Mitgliedstaaten und die Organe der EU. Außerdem kann jede natürliche oder juristische Person Klage erheben, sofern sie gegen an sie gerichtete oder sie unmittelbar und individuell betreffende Rechtsakte vorgehen will.

## B. Rechtsquellen des Unionsrechts

### 1. Die Verträge (Primärrecht)

Die obersten Rechtsquellen des Unionsrechts sind der EUV und der AEUV samt Anhängen und Protokollen (**Primärrecht**). Das Primärrecht legt die Ziele der EU, ihre Grundprinzipien, Handlungsmöglichkeiten und Aufgabengebiete fest. Ein Teil dieser Bestimmungen richtet sich an die Mitgliedstaaten oder die EU selbst, ein anderer Teil ist **unmittelbar anwendbares Unionsrecht**, das auf die einzelnen Rechtsunterworfenen direkt anwendbar ist. Darin liegt die Besonderheit der EU gegenüber anderen völkerrechtlichen Zusammenschlüssen von Staaten und führt zu der Bezeichnung **supranationales Recht**.

Gem Art 6 EUV sind auch die **Grundrechte**, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Rechtsgrundsätze Teil des Unionsrechts. Ebenso rechtsverbindlich ist die Grundrechtecharta der EU.

**Allgemeine Rechtsgrundsätze:** Erwähnt werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze in den Verträgen in Art 6 Abs 3 EUV und Art 340 Abs 2 AEUV. Sie sind aber als ungeschriebene Rechtsquellen des (primären) Unionsrechts anerkannt und wurden maßgeblich durch grundlegende Entscheidungen des EuGH entwickelt.

Der AEUV nennt weitere Rechtsquellen (sog **sekundäres Unionsrecht**), von denen als die wichtigsten die Verordnungen und Richtlinien des Rates zu nennen sind.

Unbestritten ist der **Vorrang des Primärrechts** vor dem Sekundärrecht. Das Primärrecht ist der Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts. Ausfluss dieses Vorranges ist das vom EuGH formulierte Gebot der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts.

### 2. Verordnungen

**Verordnungen** sind generell-abstrakte Rechtsnormen, die ebenfalls **unmittelbar** anwendbares Recht für die Rechtsunterworfenen schaffen. Sie müssen bzw dürfen nicht weiter in nationales Recht transformiert werden. Bei Verordnungen handelt es sich gewissermaßen um „europäische Gesetze“.

### 3. Richtlinien

**Richtlinien** sind für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich des zu erreichenden **Zi-les verbindlich**, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen grundsätzlich die Wahl der Form und Mittel; diese müssen jedoch so gewählt werden, dass sie das Richtlinienziel bestmöglich erreichen können (effet utile). Richtlinien

sind also grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedürfen der **Umsetzung in nationales Recht**.

Wer innerhalb der Mitgliedstaaten zur Richtlinienumsetzung berufen ist, bestimmt sich nach nationalem Recht. Probleme können sich insb in **Bundesstaaten** wie Österreich oder Deutschland ergeben. Nach außen trifft die Umsetzungspflicht den Mitgliedstaat, sodass die Umsetzungsversäumnis durch den Gliedstaat zu einer Vertragsverletzung führt. Art 23d Abs 5 B-VG verpflichtet daher die österreichischen Bundesländer, Maßnahmen zu treffen, die in ihrem selbständigen Wirkungsbereich zur Durchführung von Rechtsakten im Rahmen der Europäischen Union erforderlich werden; kommt ein Land dieser Verpflichtung nicht rechtzeitig nach und wird dies vom Gerichtshof der Europäischen Union gegenüber Österreich festgestellt, so geht die Zuständigkeit zu solchen Maßnahmen, insb zur Erlassung der notwendigen Gesetze, auf den Bund über.

Ausnahmsweise können nach der Rsp des EuGH auch Richtlinien **unmittelbar anwendbar sein**, nämlich dann, wenn sie in einem Mitgliedstaat nicht fristgerecht umgesetzt worden sind. Unmittelbar anwendbar können nur jene Bestimmungen sein, die prinzipiell auf die **Begünstigung** Einzelner abzielen, und die inhaltlich in einer für eine unmittelbare Anwendung hinreichenden Weise **bestimmt und unbedingt** sind. Da die unmittelbare Anwendbarkeit nicht zu Lasten von Privaten gehen soll, hat der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit von RL-Bestimmungen *inter privatos* abgelehnt. Die unmittelbare Anwendbarkeit gilt daher nur **gegenüber dem Staat (sog vertikale Wirkung)**.

**EuGH C-91/92 Faccini Dori:** Ein Gewerbetreibender hat mit Frau Faccini Dori am Mailänder Bahnhof außerhalb seiner Geschäftsräumlichkeiten einen Vertrag über einen Englischkurs abgeschlossen. Die Verbraucherschutzrichtlinie sieht dafür ein Widerrufsrecht des Verbrauchers vor, Italien hatte diese Richtlinie aber nicht umgesetzt. Der EuGH entschied, dass der Verbraucher das Widerrufsrecht gegenüber dem Gewerbetreibenden, mit dem er einen Vertrag geschlossen hat, nicht auf die Richtlinie selbst stützen und vor einem nationalen Gericht geltend machen kann. Das nationale Gericht hat jedoch, wenn es vor oder nach der Richtlinie erlassene nationale Rechtsvorschriften anwendet, deren Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten (richtlinienkonforme Auslegung).

#### 4. Weitere Rechtsquellen

Daneben gibt es **Beschlüsse**, die verbindliche Rechtsakte im Einzelfall sind (zB im Wettbewerbsrecht); **Empfehlungen** und **Stellungnahmen** sind nicht verbindlich.

# Fünftes Kapitel

## Grundbegriffe des Privatrechts

Im Folgenden soll auf einige fundamentale Aspekte des Privatrechts eingegangen werden. Dabei steht das **Allgemeine Privatrecht** (Bürgerliche Recht, Zivilrecht) im Vordergrund, dh jene Teile des Privatrechts, die jedermann betreffen bzw betreffen können.

Als Sonderprivatrechte bezeichnet man dagegen zB das Unternehmensrecht (früher: Handelsrecht), das Wertpapierrecht, das Recht des gewerblichen Rechtsschutzes (Patent-, Marken- und Musterrecht, Recht des unlauteren Wettbewerbs), das Arbeitsrecht und das Konsumentenschutzrecht.

In der systematischen Erfassung des Privatrechts wird nach wie vor (zB in den Standardlehrbüchern) die sog pandektistische Gliederung (die auf die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts zurückgeht und die zB der Kodifikation des deutschen BGB zugrunde liegt) verwendet; demnach wird das materielle **Bürgerliche Recht** in den **Allgemeinen Teil**, das (wiederum in Allgemeinen Teil und Besonderen Teil aufgegliederte) **Schuldrecht**, das **Sachenrecht**, das **Familienrecht** (inkl Eherecht) und das **Erbrecht** eingeteilt.

Wichtigste Rechtsquelle des bürgerlichen Rechts ist nach wie vor das 1811 erstmals kundgemachte **Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch** (ABGB).

Das ABGB stellt eine durch das rationalistische Naturrecht geprägte Kodifikation des allgemeinen Privatrechts dar. Kodifikation bedeutet dabei die zusammenfassende systematische Regelung eines größeren Rechtsgebietes. Seit dem Inkrafttreten wurde das ABGB freilich vielfach novelliert.

Viele Materien sind heute außerhalb des ABGB in sog Nebengesetzen geregelt.

Zu nennen sind hier etwa das KSchG (Konsumentenschutzgesetz), das FAGG (Fern- und Auswärtsgeschäftegesetz), das VKrG (Verbraucherkreditgesetz), das HIKrG (Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz), das EheG (Ehegesetz), das EPG (Eingetragene Partnerschaftsgesetz), das MRG (Mietrechtsgesetz), das EKHG

(Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz), das ECG (E-Commerce-Gesetz), das GBG (Grundbuchgesetz), das IPRG (Internationale Privatrechtsgesetz), die EU-Verordnungen Rom I-III, die Erbrechts-VO, das PStG (Personenstandsgesetz), das PHG (Produkthaftungsgesetz), das WEG (Wohnungseigentumsgesetz).

## I. Privatautonome Rechtsgestaltung durch Vertrag

### A. Vertragsfreiheit

1. Zentralidee des Privatrechts ist die **Privatautonomie**, die Möglichkeit der autonomen Rechtsgestaltung. Jeder Mensch wird von unserer Rechtsordnung als Rechtssubjekt, dh als Träger von Rechten und Pflichten gesehen (Rechtsfähigkeit, ausführlicher dazu unten). Rechtssubjekte können Träger eines Vermögens sein. Über dieses Vermögen können die Berechtigten grundsätzlich selbst frei verfügen bzw darauf bezügliche Verpflichtungen eingehen.

2. Aufgrund der Privatautonomie steht es den Rechtssubjekten frei, durch **Rechtsgeschäfte** ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten. Mit dem Ausdruck Rechtsgeschäft werden abstrakt eine ganze Reihe von verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten zusammengefasst. Unter einem Rechtsgeschäft versteht man im juristischen Sprachgebrauch eine **Willenserklärung, die auf die Erzielung von Rechtswirkungen gerichtet ist**.

Dazu gehört die einvernehmliche Festlegung von Rechten und Pflichten (in Form von Verträgen) ebenso wie die einseitige Kündigung eines Vertragsverhältnisses oder die Erteilung einer Weisung (zB des Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer).

Während ein Rechtsgeschäft Erklärungscharakter hat und vom Willen getragen ist, Rechtswirkungen herbeizuführen, haben die sog **Realakte** (zB Schaffung eines künstlerischen Werkes, Zeugung eines Kindes) keine Erklärungsbedeutung, können aber durchaus Rechtsfolgen auslösen (zB Urheberrecht des Künstlers, Elternrechte und -pflichten).

3. Insb durch Verträge gestalten Privatrechtssubjekte einvernehmlich untereinander (**inter partes**) Rechtsverhältnisse. Sie schaffen damit Rechte (zB Forderungen) und Pflichten (zB Schulden) oder verändern bestehende Rechte durch Verfügungen.

Durch **Verfügungen** werden bestehende Rechte übertragen (zB das Eigentum an einer Sache an jemanden anderen weitergegeben) oder verändert (zB der Eigentümer räumt an seiner Sache jemandem anderen ein beschränktes Recht ein). Durch **Verpflichtungsgeschäfte** werden Forderungsrechte eingeräumt, indem zB vertraglich bestimmte Leistungen zugesagt werden.

4. Unser heutiges Vertragsrecht ist gekennzeichnet durch das Prinzip der Vertragsfreiheit. Die **Vertragsfreiheit** inkludiert

- (i) die **Abschlussfreiheit**, dh die Freiheit der Entscheidung, ob überhaupt ein Vertrag abgeschlossen wird und die Freiheit der Wahl des Vertragspartners,
- (ii) die **Freiheit hinsichtlich des Inhalts** der Vereinbarung (in den Grenzen von § 879 ABGB) sowie schließlich
- (iii) eine weitgehende **Freiheit der Form** des Vertragsabschlusses (Formfreiheit, vgl § 883 ABGB).

5. Schranken für den Inhalt von Rechtsgeschäften ergeben sich aus gesetzlichen Verboten und den guten Sitten (§ 879 ABGB).

**§ 879 Abs 1 ABGB:** „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

Bei der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften ist zwischen absoluter Nichtigkeit (die von Amts wegen wahrzunehmen ist) und relativer Nichtigkeit (Anfechtbarkeit) zu unterscheiden. Absolute Nichtigkeit liegt vor, wenn gegen Gesetze verstoßen wird, die dem Schutz der Allgemeininteressen (zB öffentliche Ordnung und Sicherheit) dienen. Zielt ein gesetzliches Verbot auf den Schutz der rechtlichen Interessen einer Partei, so liegt es im Regelfall in deren Ermessen, ob sie das Geschäft anfigt und damit (dh bei erfolgreicher Anfechtung) unwirksam macht.

Neben der Erlaubtheit stellt auch die (dauernde) Unmöglichkeit eine Schranke für Rechtsgeschäfte dar: Gem § 878 ABGB sind Rechtsgeschäfte *a priori* ungültig, die auf etwas „geradezu Unmögliches“ gerichtet sind (darunter subsumiert die herrschende Auffassung rechtlich Unmögliches oder faktisch Absurdes).

6. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Privatautonomie im Privatrecht sind viele gesetzliche Regelungen des Privatrechts nachgiebiges Recht (**ius dispositivum**), dh sie werden durch abweichende Regelungen der Parteien verdrängt. Diese Regeln des Privatrechts gelten nur, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren.

Zwingendes Recht (**ius cogens**), das durch Parteienvereinbarung nicht abdingbar ist, begegnet in jenen privatrechtlichen Bereichen, bei denen der Gesetzgeber ein besonderes öffentliches Interesse oder aber ein besonderes Schutzbedürfnis einer der Parteien anerkennt.

Zwingendes Recht aufgrund **öffentlicher Interessen** findet sich zB im Bereich des Ehe- und Familienrechts, wo zB die Form der Eheschließung aber auch ein Teil der eherechtlichen und familienrechtlichen Pflichten zwingend ausgestaltet sind.

Besondere **Schutzbedürfnisse einzelner Vertragsteile** finden sich va im Konsumentenschutzrecht, im Mietrecht und im Arbeitsvertragsrecht, wo der Gesetzgeber jeweils davon ausgeht, dass eine der Parteien strukturell schwächer ist und daher eines besonderen gesetzlichen Schutzes bedarf. Regelungen zu-

gunsten der KonsumentInnen, zugunsten der MieterInnen und zugunsten der ArbeitnehmerInnen sind daher in der Regel zwingendes Recht.

In diesen Fällen handelt es sich meist um einseitig zwingendes Recht („**relativ zwingendes Recht**“, im Gegensatz zu „**absolut zwingendem Recht**“, das sich jeglicher Abänderung durch die Parteien entzieht), dh sie können zugunsten der geschützten Vertragspartei durch noch günstigere Parteienvereinbarung sehr wohl verdrängt werden. Besteht zugunsten des Mieters eine Mietobergrenze, so darf sehr wohl billiger an ihn vermietet werden; ein Mindestlohn darf überzahlt werden usw.

7. Vor allem in Monopolsituationen ist die Abschlussfreiheit unter Umständen eingeschränkt und es besteht ein **Kontrahierungszwang**, dh eine Partei, die Leistungen öffentlich anbietet, kann rechtlich verpflichtet sein, Verträge abzuschließen. Ein solcher Kontrahierungszwang ergibt sich zT aus speziellen gesetzlichen Vorschriften (zB §§ 4 f NahVersG; §§ 15 ff ElWOG), zT wird er aus allgemeinen Regeln des Zivilrechts (Persönlichkeitsschutz in Verbindung mit dem Rechtsmissbrauchsverbot) abgeleitet.

Nach der Judikatur besteht ein Abschlusszwang für alle monopolartigen Unternehmen, die Leistungen anbieten, die ein Durchschnittsmensch normalerweise oder in Notfällen benötigt. Monopolartige Unternehmen dürfen ihre Übermacht nicht unsachlich ausüben und dürfen ihre öffentlich angebotenen Leistungen nur aus sachlichen Gründen einem Einzelnen verweigern.

Eine Einschränkung der Abschlussfreiheit, wenn auch kein Kontrahierungszwang, ergibt sich auch aus dem GIBG (Gleichbehandlungsgesetz), das in bestimmten Bereichen, vor allem in der Arbeitswelt, eine Diskriminierung aufgrund besonders verpönter Merkmale verbietet (Geschlecht, sexuelle Orientierung, ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter).



## Sechstes Kapitel

# Grundbegriffe der Rechtsdurchsetzung: Verfahrensrechte

### I. Grundlagen

A. Recht regelt menschliches Verhalten unter Androhung von staatlichen Zwangsmitteln. Diese dürfen aber vom Staat nicht willkürlich festgelegt werden. Sie sind – dem Erfordernis des **rechtsstaatlichen Prinzips** entsprechend – gesetzlich vorbestimmt und werden in einem **rechtlich geregelten Verfahren** individuell von einem **dazu ermächtigten Staatsorgan** (einer „Behörde“) festgelegt. In der Regel geschieht dies durch Urteil (eines Gerichtes) oder Bescheid (einer Verwaltungsbehörde), da im Hinblick auf das gewaltenteilende Prinzip zur Vollziehung auf der einen Seite Verwaltungsbehörden und auf der anderen Seite Gerichte berufen sind.

Man bezeichnet Regelungen, die regeln, wie die individuellen Akte zu erzeugen sind, als **Verfahrensrecht**. Verfahrensrecht und Organisationsrecht bilden zusammen die „Zwangsnormvollzugsnormen“ oder auch „Sekundärnormen“ – man spricht auch von „**formellem Recht**“ (im Unterschied zum „materiellen Recht“, dem der Inhalt von Rechten und Pflichten zu entnehmen ist).

Auch wenn man bei staatlichen Zwangsmitteln zunächst an Bestrafung – und damit verfahrensrechtlich an Strafprozessrecht – denken mag, ist das nicht der einzige Fall eines rechtlichen „Zwanges“. Wenn die Rechtsordnung jemandem ein **subjektives Recht** einräumt, so muss letztlich rechtlich garantiert sein, dass dieses **durchgesetzt** werden kann – und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein öffentlichrechtliches Recht – etwa die Verleihung eines akademischen Grades – oder um ein privatrechtliches – etwa das Recht auf Schadenersatz – handelt. In all diesen Fällen regelt das Verfahrensrecht, wie diese Ansprüche durchgesetzt werden können.

Das Verfahren dient einerseits dazu, den Sachverhalt, der sich tatsächlich ereignet hat, festzustellen („Sachverhaltsermittlung“). Diesem Zweck dient die Beweisaufnahme. Andererseits ist der festgestellte Sachverhalt rechtlich zu würdigen. Beides fließt in die individuelle Entscheidung der Behörde ein.

B. **Verfassungsrechtlich** sind bestimmte **Vorgaben** für die Normierung von Verfahrensrecht vorgesehen:

## Art 6 MRK – Das Recht auf ein faires Verfahren:

„(1) Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und **unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht**, das über **zivilrechtliche Ansprüche** und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen **strafrechtlichen Anklage** zu entscheiden hat. Das **Urteil** muss **öffentlich** verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden, oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen, oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde, in diesem Fall jedoch nur in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang.

(2) Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird **vermutet**, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte **unschuldig** ist.

(3) Jeder **Angeklagte** hat mindestens (englischer Text) insbesondere (französischer Text) die folgenden **Rechte**:

- a) in möglichst kurzer Frist in einer für ihn verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden;
- b) über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu verfügen;
- c) sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines **Verteidigers** seiner Wahl zu erhalten und, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- d) Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken;
- e) die unentgeltliche Beiziehung eines **Dolmetschers** zu verlangen, wenn der Angeklagte die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder sich nicht darin ausdrücken kann.“

Anmerkung: Die in Abs 1 verwendeten Begriffe „Gericht“ („*tribunal*“), zivilrechtliche Ansprüche („*civil rights*“) und strafrechtliche Anklage („*criminal prosecution*“) decken sich nicht mit den innerstaatlichen Begriffen, sondern werden eigenständig interpretiert.

Auch das B-VG enthält verfahrensrechtliche Grundsätze. Insbesondere sind dabei zu nennen das Recht auf den gesetzlichen Richter gem Art 83 B-VG.

**Art 83 B-VG:** „(2) Niemand darf seinem **gesetzlichen Richter** entzogen werden.“

Diese Regelung wird heute so verstanden, dass die Zuständigkeiten aller Behörden ausdrücklich normiert sein müssen.

Für das **Zivilverfahren** und das **Strafverfahren** bestimmt das B-VG:

**Art 90 B-VG:** „(1) Die **Verhandlungen** in **Zivil- und Strafrechtssachen** vor dem erkennenden Gericht sind **mündlich und öffentlich**. Ausnahmen bestimmt das Gesetz.“

**Art 92 B-VG:** „(1) Oberste Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen ist der **Oberste Gerichtshof**.“

Für das **Strafverfahren** gilt darüber hinaus:

**Art 90 B-VG:** „(2) Im Strafverfahren gilt der **Anklageprozess**.“

**Art 90a B-VG:** „**Staatsanwälte** sind Organe der Gerichtsbarkeit. In Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen nehmen sie Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr. Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe getroffen.“

**Art 91 B-VG:** „(1) Das Volk hat an der Rechtsprechung mitzuwirken.

(2) Bei den mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen, die das Gesetz zu bezeichnen hat, sowie bei allen politischen Verbrechen und Vergehen entscheiden **Geschworene** über die Schuld des Angeklagten.

(3) Im Strafverfahren wegen anderer strafbarer Handlungen nehmen **Schöffen** an der Rechtsprechung teil, wenn die zu verhängende Strafe ein vom Gesetz zu bestimmendes Maß überschreitet.“

Das Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit normiert:

**Art 6 BVG – persönliche Freiheit:** „(1) Jedermann, der **festgenommen** oder angehalten wird, hat das Recht auf ein Verfahren, in dem durch ein **Gericht** oder durch eine andere **unabhängige Behörde** über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entschieden und im Falle der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird. Die Entscheidung hat binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung hätte vorher geendet.

(2) Im Fall einer **Anhaltung** von unbestimmter Dauer ist deren Notwendigkeit in angemessenen Abständen durch ein Gericht oder durch eine andere unabhängige Behörde zu **überprüfen**.“