

Abstracts

Clemens Jabloner

Der Sachverhalt im Recht How the Facts enter into the Law

This article deals with the “facts” role in the application of the law, whereby one has to separate the “facts of reality” – things as they are – and the “matters of fact” as established by a court when rendering a judgment. The law being a normative order, an order of “ought”, it can process facts of reality only by transforming them into “matters of fact”, which designates their re-entry in the legal system. Hence the author construes the finding of fact as being a separate, procedural act of law, its formula being: “The court deems it established”. Of course, the “matter of fact” itself is often layered and contains normative elements that it transforms to factual ones. This repeated transformation is prone to errors and conceals accountability in the relation between the court and expert-witnesses, which is a quite current problem. An even increased cooperation is not a change for the better, instead, the separation between scientific knowledge and decision making should be made transparent.

Michael Potacs

Umgehung im Wirtschaftsverwaltungsrecht Circumvention in Administrative Business Law

The paper elaborates the characterization of the phenomenon of the circumvention of law as a competition between literal and teleological interpretation. Circumvention can therefore be seen as a consequence of a “semantic incompleteness” of a legal provision. The most reasonable method to solve this problem seems to be analogy as it enables the consideration of the purpose of the law. However, it must be taken into account that many provisions of business administrative law provide sanctions under administrative criminal law where the prohibition of analogy as an expression of the principle “nulla poena sine lege” must be regarded. The author considers “weaker” requirements for the prohibition of analogy in administrative criminal law in respect of a “flexible system of interpretative criteria”.

Philipp Scheibelreiter

Aristoteles vor dem Prätor: Von der Ethik der Einrede Aristotle in front of the praetor? On the ethic of the exception

It is an often quoted common place that Greek philosophy played an important role in the development of Roman legal science. In this paper there will be taken a closer look on the formation of the so called *exceptio*, the defendant's remedy in civil procedure. Some passages from Aristotle's Rhetoric, but also the main argument of the plaintiff in a famous court speech written by the Athenian orator Hyperides deal with the same problem as the Roman *exceptio doli*. Following the trace of the Roman legal remedy back to its early beginnings, one comes across the edict that Quintus Mucius Saevola proposed for the province of Asia (1st Century BC), which contains so called *exceptio Muciana*. As it will be shown its wording could have been inspired by the jurist's philosophical background, which also could demonstrate a connection between peripatetic rules and Roman legal practice.

Bettina Spilker

Mehrwertsteuerbetrug – kein Ausweg? VAT fraud – no solution?

EU member states are losing, according to an estimation by the European Commission, more than 150 billion Euro in revenues every year due to VAT fraud. The vulnerability and susceptibility to fraud is inherent to the European Value Added Tax (VAT) system. VAT is collected on every stage of the supply chain. According to the principle of neutrality, VAT can be deducted if both parties to the transaction are VAT-registered businesses. Consequently tax authorities are refunding businesses the input VAT they have paid to their suppliers. Therefore, only the final consumer is burdened with the tax. Carousel fraud is conducted by the suppliers not paying the collected VAT to the tax authorities whilst the recipients of the services or goods are deducting VAT. This results in a loss of revenue. The general reverse charge system, where VAT is collected only on the final stage of the supply chain, would not only make carousel fraud impossible but also simplify the VAT system for businesses and tax authorities. The European Commission has so far rejected proposals to adopt the general reverse charge mechanism in favour of short-term solutions for containing fraud.

Von Clemens Jabloner, Wien*)

Der Sachverhalt im Recht

- I. Einleitung: Rechtsverstand und Sachverstand
 - II. Der Sachverhalt als Teilrechtsakt
 - III. Der janusköpfige Sachverhalt
 - IV. Zur Möglichkeit einer Rollenverteilung
- Literatur

I. Einleitung: Rechtsverstand und Sachverstand

„Wer Geld mit dem Vorsatz nachmacht oder verfälscht, dass es als echt und unverfälscht in Verkehr gebracht werde, ist mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen“, lautet es in § 232 Abs 1 StGB: Tatbestand und Rechtsfolge.

Jemand kopiert Euronoten, um damit seine Opernkarten zu bezahlen. Dieses Verhalten passt unter den Tatbestand, was wiederum die Rechtsfolge auslösen soll. Der Tatbestand ist also erfüllt, wenn ihm etwas Konkretes entspricht. Da aber nur eine Aussage über eine Tatsache – und nicht diese selbst – subsumierbar ist, bildet erst diese den Sachverhalt, also die im Urteil festgehaltene Tatsache.¹⁾ Die so umschriebene „juristische Subsumtion“ ist das wichtigste Werkzeug der Rechtsanwendung: Wenn ein rechtlicher Tatbestand erfüllt ist, soll ein dazu ermächtigter Mensch die vorgesehene Rechtsfolge setzen.²⁾

*) Antrittsvorlesung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien am 3. Dezember 2015. Das Manuskript wurde am 8. März 2016 fertiggestellt. Die Vortragsform wurde beibehalten, einige Ergänzungen und Anmerkungen aufgenommen. Für begleitende Kritik und wertvolle Anregungen danke ich *Magdalena Pöschl, Robert Rebhahn, Robert Schick, Ulrich Wagrاندl* und *Klaus Zeleny*. Der Aufsatz ist bereits in ZÖR 2016, 199, erschienen.

¹⁾ Als „Rechtsanwendung“ wird hier die Erzeugung einer Rechtsnorm niedrigerer Stufe oder schon die Setzung des Zwangsaktes verstanden – dazu *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 239. Das Recht verweist auf Tatsachen freilich auch, wenn es die „Rechtsbefolgung“ steuert, also „*jenes Verhalten, an dessen Gegenteil der Zwangsakt der Sanktion geknüpft ist*“ – vgl *Kelsen*, aaO 242. Auch bei der Rechtsbefolgung kann es schwierig sein, die von einem selbst gesetzten oder zu setzenden Tatsachen einzuschätzen, etwa im Steuerrecht. Im Folgenden soll es aber allein um die – der Rechtsbefolgung oder Rechtsverletzung – nachfolgende prozessuale Rechtsanwendung gehen.

²⁾ Mit „Sachverhalt“ ist also im Folgenden eine sprachförmige Behauptung von Tatsachen gemeint. „Tatsachen“ sind empirisch feststellbare konkrete Zustände oder Vorgänge – vgl etwa *Petschek/Stagel*, *Der österreichische Zivilprozess* (1963) 215.

Bevor die zur Vollziehung des Gesetzes berufene Behörde – sei sie ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde – die Rechtsfolge setzt, muss sie somit eine zweifache Aufgabe lösen: Zum einen hat sie den rechtlichen Rahmen für Tatbestand und Rechtsfolge zu bestimmen, zum andern die im rechtlichen Rahmen vorgegebenen Tatsachen zu ermitteln und in die Form des „Sachverhalts“ zu bringen.³⁾ Ersteres ist eine normativ-dogmatische, letzteres eine logisch-empirische Aufgabe.⁴⁾ Beide sind Erkenntnis – also „Wissensfunktionen“, die Behörde braucht Rechtsverstand⁵⁾ und Sachverstand. Und beide Funktionen münden in eine Entscheidung, also eine „Willensfunktion“, deren Ausdruck ein Rechtsakt, ein begründetes Urteil – oder schon ein Zwangsakt – ist.

Den Rechtsverstand muss die Behörde ganz allein haben: *iura novit curia*. Ihr Sachverstand hingegen kann so sehr gefordert sein, dass sie Unterstützung braucht.⁶⁾ Für die Verfügung über den Sachverstand gibt es unterschiedliche rechtstechnische Modelle. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Das auch sachkundige Organ, die mit Sachkundigen bestückte Kollegialbehörde, der in die Verwaltungsbehörde organisatorisch eingegliederte Amtssachverständige, der sachkundige Beirat, schließlich die Nutzung privaten Sachverständs.⁷⁾

Werden Rechts- und Sachverstand in Personalunion ausgeübt, treten die in diesem Beitrag behandelten Differenzierungen zwar psychologisch weniger ins Bewusstsein als dort, wo die beiden Funktionen auf verschiedene Menschen aufgeteilt sind. Das ändert aber nichts an der grundsätzlichen Problematik. Wenn der Sachverständige ins Spiel kommt, wird sie eben nur besonders deutlich. Die alleinige Aufgabe des Sachverständigen besteht darin, bestimmte Tatsachen zu ermitteln und vermöge seines besonderen Erfahrungswissens zu

³⁾ Vgl etwa *Engisch*, Einführung in das juristische Denken⁹ (1996) 57.

⁴⁾ Dabei werden konkrete, individualisierte Tatsachen, allgemeine Erfahrungssätze und logische Folgerungen miteinander verknüpft – vgl *Wolff*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts² (1947) 165 und eingehend *Petschek/Stagel* (Fn 2) 215. Zu den „Erfahrungssätzen“ vgl *Rechberger*, Die Überprüfung von Erfahrungssätzen in der Revisionsinstanz, ÖJZ 1974, 113; zur Problematik richterlicher „Alltagstheorien“ auch *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen³ (1999) Rz 266.

⁵⁾ Ein altertümlicher, hier aber gut passender Ausdruck.

⁶⁾ Vgl § 52 Abs 1 AVG. Zur Frage, ab wann die Behörde einen nicht schon gesetzlich vorgeschriebenen Sachverständigen beziehen muss, vgl die bei *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹¹ (2019) Rz 361 wiedergegebene Judikatur des VwGH.

⁷⁾ Vgl eingehend *Merli*, Instrumente der Integration von Sachverstand in *WiR* (Hrsg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 173–188 und *Atilmayr*, Der Sachverständige in *Atilmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Sachverständigenrecht² (2015) Rz 1.021–1.035. Zur Deutung des Sachverständigen im Zivilprozess vgl etwa *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren⁸ (2010) Rz 809.

klären: Befund und Gutachten. Die Aufgabenteilung zwischen Rechts- und Sachverstand kann – wo sie personalisiert ist – sogar als ein besonderes Element der Gewaltentrennung angesehen werden.⁸⁾

Das auf Ergänzung angelegte Verhältnis zwischen dem Rechtsverstand und dem ausgelagerten Sachverstand war schon immer heikel und ist in der Literatur schon oft erörtert worden.⁹⁾ Heute werden die Probleme nur noch deutlicher: Sie treten zunächst als Befangenheitsfragen auf: So hat der VfGH auf Antrag des OGH die unbeschränkte Doppelrolle des Sachverständigen im Strafprozess – im Ermittlungs- und dann im Hauptverfahren – verworfen.¹⁰⁾ Im Verwaltungsverfahren ist die Rolle der Amtssachverständigen im Hinblick auf Art 6 EMRK bedenklich.¹¹⁾

Noch tiefer als diese Themen liegt die Frage der Grenzziehung: Einerseits geht es um die manchmal abstrakt kritisierte, praktisch aber oft gar nicht unwillig hingegenommene Ohnmacht des Rechtsverstandes gegenüber dem Sachverstand. Quer und längs durch die Rechtsordnung nehmen wir wahr, dass auf die inhaltliche Gestaltung des Rechts, sei es durch das Gesetz, sei es durch das Gericht, verzichtet wird, dass ein müder Rechtsetzer dem Sachverstand vielleicht allzu sehr vertraut. Sicher steht dahinter, dass in einer stetig komplexer werdenden Welt immer mehr Sachverstand verlangt wird. Im Ergebnis kann dies freilich zu einer „Entstaatlichung des Rechts“ führen: Von Fachkreisen entworfene Standards und Normierungen werden blindlings ins Recht übernommen. Auf diese Weise können bestimmte Interessen am demokratischen Prozess vorbei durchgesetzt werden.¹²⁾ Ein Problem zumindest der demokratischen Legitimation ist dies allemal.¹³⁾

Andererseits gibt es aber auch die – gegenläufige – Tendenz, dass Themen gesetzlich oder gerichtlich geregelt werden, von denen man meinen könnte, für sie sei doch allein der Sachverstand zuständig. Diese Problematik tritt nur noch schärfer hervor, wenn wir es mit einem sachverständigen Angeklagten zu tun

⁸⁾ So von *Klecatsky*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 1961, 309 (311). Demgegenüber sieht der VwGH freilich keinen Befangenheitsgrund darin, dass ein Mitglied des entscheidungsbefugten Organs zugleich die Stellung eines amtlichen Sachverständigen bekleidet und sein Gutachten als Entscheidungsgrundlage erstellt (VwSlg 8303 A/1972; VwGH 31. 1. 1995, 92/05/0230).

⁹⁾ Vgl nur *Kaufmann*, Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen, JZ 1985, 1065.

¹⁰⁾ VfGH 10. 3. 2015, G 180/14 ua.

¹¹⁾ Vgl *Merli*, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverstand, ZfV 2015, 28 (29) und Walzel von Wiesentreu, Sachverständigenbeweis und Fairness des Verfahrens in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu (Fn7) Rz 2.065–2.073.

¹²⁾ Vgl grundlegend *Eisenberger*, Innovation im Recht (2016) 118, 128.

¹³⁾ Vgl näher *Eisenberger* (Fn 12) 150; *Jablonek*, Private Rechtssetzung – Begriff und verfassungsrechtlicher Rahmen in *WiR* (Hrsg), Privatisierung der Rechtssetzung (2018) 1 (18).

haben, zum Beispiel mit einem Arzt, der – wie in einem aktuellen Fall – seine medizinische Beurteilung nicht am Strafrecht messen lassen möchte.¹⁴⁾ Beide Tendenzen treffen zusammen, wenn zwar ein staatlicher Regelungsimpuls besteht, dieser aber sogleich an Fachkreise delegiert wird.

Im Folgenden soll versucht werden, die skizzierten Probleme etwas näher zu beleuchten. Es fällt auf, dass der Sachverhalt oft wie zwischen der normativen und der faktischen Sphäre oszillierend wahrgenommen wird. Im Folgenden geht es darum, genau diese Unklarheit zu beseitigen. Gelingt dies, könnten wir eine schärfere – und ideologiekritische – Sicht auf die genannten Probleme gewinnen.

II. Der Sachverhalt als Teilrechtsakt

A. Sein und Sollen

Verstehen wir das Recht als Normenordnung und betreiben demgemäß eine normative, das Recht beschreibende Rechtswissenschaft, so steht und fällt alles mit der konsequenten Unterscheidung von Sein und Sollen, Normen und Tatsachen, Erkennen und Wollen.¹⁵⁾ Das Recht besteht aber nicht um seiner selbst willen, es soll das Leben der Menschen steuern, will also angewendet werden. Dabei stößt das Recht naturgemäß hart an die Tatsachen und muss sie einbeziehen, ohne seinen normativen Charakter einzubüßen.

Das Verbindungsstück zwischen diesen beiden Sphären ist der erst in der modernen Rechtssprache so bezeichnete „Sachverhalt“.¹⁶⁾ Mit seiner Hilfe verarbeitet das Recht – hier in seiner gerichtlichen Konkretisierung – die Tat-

¹⁴⁾ Vgl. G. Springer, Sterbehilfe: Zwischen Lebenserhaltung und Strafverfolgung, Der Standard, 11. 11. 2015, derstandard.at/2000025482604/Sterbehilfe-Zwischen-Lebenserhaltung-und-Strafverfolgung, abgefragt am 26. Februar 2019.

¹⁵⁾ Für eine ganz andere Sicht, die ohne die rigorose Trennung von Sein und Sollen auskommt vgl etwa Winkler, Das Recht und die Rechtswissenschaft (2013) 42: „Sachverhalt“ ist dort „die Einheit eines konkreten sinn- und zweckhaften Verhaltens“.

¹⁶⁾ § 6 des VwGG 1875 (RGBl 1876/36), sprach noch vom „*Thatbestand*“. Bei Tezner, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens² (1925) 231, wird zwar der Sache nach zwischen den „*k o n k r e t e n* [Sperrung im Original], *rechtlich bedeutsamen Tatsachen*“ und dem „*abstrakten gesetzmäßigen Tatbestand*“ unterschieden, aber es findet sich noch kein spezifischer Gebrauch des Terminus „Sachverhalt“. Im Stichwortverzeichnis, ebd 899, wird unter „Sachverhalt“ auf den „Tatbestand“ verwiesen. Hingegen verwendet die ZPO (RGBl 1895/113 idGF) seit 1895 durchgehend den Ausdruck „Sachverhalt“ (§§ 172, 184, 287 etc). Erst mit dem VwGG BGBl 1930/153 (§§ 42f) wird – wohl in Nachziehung zur Terminologie des AVG 1925 (§ 56 Abs 1) – nun vom „Sachverhalt“ gesprochen; vgl Ringhofer, Der Sachverhalt im verwaltungsgerichtlichen Bescheidprüfungsverfahren in *Lehne/Loebenstein/Schimetschek* (Hrsg), Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1976) 351 (357). Auch in der StPO (Stammfassung RGBl 1873/113, wiederverlautbart 1945, 1960 und 1975) findet sich bereits die moderne Terminologie (vgl zB § 91 der Stammfassung).

sachen. Diese Koppelung ist auch notwendig, weil ein soziales System mit seiner Umwelt nur über bestimmte Schnittstellen kommunizieren kann.¹⁷⁾ Die sorgsam gehütete Grenze zwischen Normen und Tatsachen wird also an bestimmten Grenzstationen durchlässig. An diesen Stellen erhalten die Tatsachen aber nun nicht einfach eine „freie Passage“, sondern werden vielmehr transformiert, übersetzt, importiert, wie auch immer. Das ist die Funktion des Sachverhalts.¹⁸⁾

B. Die Wahrheit des Sachverhalts

Das Gericht ermittelt die Tatsachen, in dem es die gesetzlichen Regelungen über das Beweisverfahren anwendet. Heute verlangen die Gesetze, dass das Gericht die wahren Tatsachen feststellt, indem es logisch-empirisch vorgeht und so zu den entsprechenden Schlüssen gelangt. Rechtshistorisch ist das keineswegs selbstverständlich, wenn wir an das Gottesurteil oder auf das unter der Folter erpresste Geständnis denken.

Noch immer können die Verfahrensregelungen freilich mehr oder weniger intensiv vorschreiben, welche Quellen herangezogen werden dürfen und welche nicht („Verwertungsverbote“) und allenfalls auch in welcher Hierarchie. Sowohl die Beweisaufnahme als auch die Beweiswürdigung können – in einem verfassungsrechtlichen Rahmen (Art 6 EMRK) – geregelt sein. Darüber hinaus gilt aber der Grundsatz der „freien Beweiswürdigung“, eine Spielart des richterlichen Ermessens,¹⁹⁾ hier bei der Anwendung des Verfahrensrechts. Damit ist nicht Willkür gemeint, bleibt das Gericht doch verpflichtet, nachprüfbar schlüssig im „Sinne der Denkgesetze“ zu folgern.²⁰⁾ Schließlich muss sich die Behörde grundsätzlich der zumindest „überragenden Wahrscheinlichkeit“ der Tatsachen gewiss sein, ihre bloße Möglichkeit genügt nicht. Allerdings kann das Verfahrensrecht weitergehende Abschwächungen vorsehen, etwa wenn bereits die „Glaubhaftmachung“ oder der „erste Anschein“ genügen. Erst wo es dem Gericht nicht mehr gelingt, zwischen alternativen Tatsachen abzuwägen, greift – im Strafrecht – die „in dubio pro reo-Regel“²¹⁾

Die freie Beweiswürdigung ist in mehrfacher Beziehung zentral: Zum einen ist sie der Ausdruck eines Paradigmenwechsels, eben weg vom mittelalterlichen Inquisitionsprozess, der Wahrheit mit absoluter Gewissheit gleichsetzte

¹⁷⁾ Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993) 440.

¹⁸⁾ Eine zweite Koppelung ergibt sich – im Prozess der Rechtskonkretisierung eine Stufe höher – durch die Deutung des Gleichheitssatzes als „Sachlichkeitsgebot“ – vgl. *Funk*, Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen in *Aicher/Funk* (Hrsg.), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 1 (11).

¹⁹⁾ *Ringhofer*, Strukturprobleme des Rechts. Dargestellt am Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 (1966) 25.

²⁰⁾ Zum Folgenden vgl. *Kolonovits/Muzak/Stöger* (Fn 6) Rz 325 ff und die dort zitierten Entscheidungen des VfGH.

²¹⁾ Vgl. *Engisch* (Fn 3) 69.

und in der Gier danach zur Folter griff – bis die Einsicht in die Ineffizienz dieser Methode die Oberhand gewann.²²⁾ Rationaler – und nebenbei auch humaner – sind empirisch gewonnene Befunde und das Vertrauen auf die Urteilskraft des Gerichts. Zum anderen ist dieses moderne Rechtsverständnis sehr gut mit einem modernen Wissenschaftsverständnis vereinbar, nach dem die Wissenschaft keine absoluten Wahrheiten liefern kann, sondern (nur) überprüfbare Thesen.

Es ist zwar einzuräumen, dass im Zuge eines Prozesses letztlich alles verhandelt wird, also auch die Wahrheit.²³⁾ Doch in der hier relevanten Innensicht sieht sich das Gericht durchaus einer Korrespondenztheorie der Wahrheit verpflichtet: Die den Sachverhalt feststellenden Aussagen werden als Spiegel der wirklichen Zustände oder Gegebenheiten verstanden.²⁴⁾ Die Beweiswürdigung kompensiert also nur jene Unsicherheit, die im wissenschaftlichen Falsifikationsprozess, der ja kein Ende hat, nach und nach abgebaut – oder aber auch wieder aufgebaut wird. Im Prozess, der rechtskräftig zu einem Ende kommen muss, erledigt das – für den gegebenen Fall – das Gericht.

Dieser Grundsatz der sogenannten „materiellen Wahrheit“ gilt freilich dort nur eingeschränkt, wo – wie im zivilgerichtlichen Verfahren – die Parteien über die Tatsachen disponieren können, also das Prinzip der „formellen Wahrheit“ zum Tragen kommt. Die Parteien können die Wahrheit vereinbaren: *Da mihi facta, dabo tibi ius*. Ihre Erklärungen werden dabei regelmäßig nicht als Wissenserklärunen zu verstehen sein, sondern als Willenserklärung vorgebracht, in der eleganten Formulierung *Petscheks* will die Partei „die betreffende Tatsache unangesehen ihrer Wahrheit gegen sich gelten lassen“.²⁵⁾ Doch jenseits dieser Disposition gilt auch hier das Prinzip der „materiellen“ Wahrheit, es geht dann ja gerade um die Klärung strittiger Tatsachen.

C. Das Sollen der Tatsachen

Welcher Welt gehört nun der Sachverhalt an? *Kelsen* befasst sich mit dieser Frage in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre, und zwar bei der Erörterung des konstitutiven Charakters der Rechtsprechung: „Auch die Feststellung der Tatsache des Delikts ist eine konstitutive Funktion des Gerichtes“ und weiter:

²²⁾ Es ist eben ein Merkmal eines moderneren Weltbildes, dass auf Gewissheit verzichtet wird. Diese kann nur eine Religion vermitteln. Wird nicht mehr so richtig an Gott geglaubt, muss die Gewissheit anders hergestellt werden. So ist es hier gerade die beginnende Aufklärung, die Ungeheuer gebiert.

²³⁾ Weshalb scheinbar ein pragmatisches Modell der wissenschaftlichen Wahrheitsfindung – Konsensstheorie – in die Nähe eines gerichtlichen Verfahrens rückt – vgl. pointiert *Möllers*, Kognitive Gewaltengliederung in *Röhl* (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Funktion des Rechts, Die Verwaltung, Beiheft 9 (2010) 113 (127).

²⁴⁾ Vgl. *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß (2015) 79.

²⁵⁾ *Petschek/Stagel* (Fn 2) 227.

„Erst durch diese Feststellung gelangt der Tatbestand in den Bereich des Rechts, erst durch sie wird er aus einem natürlichen zu einem rechtlichen Tatbestand, wird er rechtlich als solcher allererst erzeugt.“²⁶⁾

Kelsen verwendet noch nicht die moderne Terminologie – „Tatbestand“ ist hier, was wir heute als „Sachverhalt“ bezeichnen. Offenbar meint Kelsen nun nicht die Trivialität, dass das Gericht nur feststellen kann, was es weiß, sondern dass das Gericht den Sachverhalt in seiner normativen Bedeutung überhaupt erst erzeugt, indem es ihn „feststellt“. Also auch hinsichtlich der Tatsachen hat das Gericht nach seiner Erkenntnisfunktion auch einen Willensakt zu setzen – mag dieser auch nicht so deutlich werden.²⁷⁾ Aber selbst dort, wo für die freie Beweiswürdigung kein Raum bleibt, weil die Tatsachen so klar sind, muss das Gericht *diesen* und nicht *einen anderen* Sachverhalt feststellen wollen.

Die Normativität des Sachverhalts kommt dabei weder daher, dass das Gericht rechtliche Regeln einhält, denn solche gibt es auch für faktische Tätigkeiten, wie das Lenken eines Autos. Noch ist allein maßgebend, dass das Gericht eine Entscheidung trifft. Zwar enthält jede Entscheidung ein normatives Element insoweit, als „eine Entscheidung treffen“ bedeutet, zumindest sich selbst eine Norm zu setzen, sich selbst zu einem bestimmten Verhalten zu binden. Aber keineswegs jede Entscheidung zielt auf die Erzeugung eines Rechtsaktes. Es bedarf dazu noch, dass das subjektiv Gesollte auch objektiv gesollt ist. Und dafür ist maßgebend, dass sich das Gericht in einem Verfahren befindet, welches in der Regel in einen Rechtsakt, das Urteil, mündet.

Nachdem das rechtsanwendende Organ also logisch-empirisch die Tatsachen gewonnen hat, muss es diese Einsicht in eine Feststellung transformieren, die Teil der Urteilsbegründung wird. Durch diesen Willensakt mutieren die Tatsachen aus dem Bereich des Seins in jenen des Sollens: *So soll es sein* oder *So soll es gewesen sein* oder: *Es gelte, dass es sich so verhält*.²⁸⁾ *Das Gericht sieht es als erwiesen an* – das ist die geradezu magische Sprachformel dafür.

²⁶⁾ Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn 1) 244.

²⁷⁾ In *Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts*⁷ Rz 316 konnte man bis zur 7. Auflage – ganz kelsenianisch – folgende Passage lesen: „Im Rahmen der Feststellung des Sachverhalts ist die Willensfunktion der zur Entscheidung berufenen Organe weitestgehend zurückgedrängt; das Ziel ist die Feststellung der ‚objektiven Wirklichkeit‘. Freilich ist für das Verfahren letztlich das ‚objektive Wirklichkeit‘, was das zuständige Organ als solche feststellt.“ Seit der 8. Auflage fehlt diese Stelle – vgl nunmehr *Kolonovits/Muzak/Stöger* (Fn 6) Rz 316.

²⁸⁾ Prima vista könnte man den Sachverhalt als Fiktion verstehen. Der Begriff der Fiktion ist allerdings schillernd. Juristisch sinnvoll kann er nur dort gebraucht werden, wo etwas kontrafaktisch festgesetzt wird, nicht schon wenn es festgesetzt wird. Gegenüber *Vaihinger* hat Kelsen argumentiert, dass das Recht zwar schlechthin als Fiktion gesehen werden kann, diese Einsicht aber innerhalb des Rechts nicht weiterhilft. Die Annahme des Sachverhalts durch das Gericht schließt es natürlich nicht aus, dass sich die Dinge tatsächlich so zugetragen haben, im Gegenteil. So gesehen werden die Tatsachen vom Gericht zwar normiert, nicht aber fingiert.

D. Die Rechtswirkung des Sachverhalts

Im Kontext des Urteils steht der Sachverhalt in einer spezifischen Beziehung zum Urteilsspruch: Zwar kann der Sachverhalt – als Teil der Begründung – nicht für sich allein gelten, doch ist die Geltung des Urteils ohne – einen zumindest rudimentären – Sachverhalt nicht möglich, umschreibt dieser doch den Geltungsbereich der Rechtsnorm: Sie gilt eben nur innerhalb eines bestimmten Rahmens. Geregelt wird menschliches Verhalten, bestimmt werden muss also, wer sich wie, wann und wo zu verhalten hat. In seiner Eigenart als individuell-konkrete Norm ist das Urteil ohne diese Bestimmung gar nicht denkbar.²⁹⁾

Dass der Teilrechtsakt Sachverhalt im Urteil in einem Zug mit anderen Elementen auftritt, ändert nicht seine logische Vorordnung. Er kann daher als „Teilrechtsakt“ verstanden werden.³⁰⁾ Das Eigenleben des Sachverhalts zeigt sich schließlich auch daran, dass er im Instanzenzug quasi „abgehängt“ werden kann, wenn die höhere Instanz an ihn gebunden ist.³¹⁾ Genau besehen kann die höhere Instanz das Beweisverfahren auch gar nicht überprüfen,³²⁾ entweder werden die Beweise neu erhoben oder es werden Verfahrensfehler aufgegriffen. Allenfalls können in diesem Rahmen Tatsachen ermittelt werden, um die Relevanz von Verfahrensfehlern zu prüfen.³³⁾

Sobald schließlich ein Urteil in Rechtskraft erwächst, also nicht mehr anfechtbar oder abänderbar ist, schafft es somit eine „Sollens-Tatsache“, die nicht nur die rechtliche Beurteilung, sondern eben auch den Sachverhalt

²⁹⁾ Alternativ könnte der Sachverhalt auch als auflösende Geltungsbedingung gedeutet werden.

³⁰⁾ Zum „lichtbildartigen Aufbau“ des Verwaltungsakts vgl grundlegend *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 174. Vgl auch die verfahrensrechtliche Akzentuierung des Sachverhalts in § 39 Abs 3 AVG und dazu *Wiederin*, Der Schluss des Ermittlungsverfahrens, *ecolex* 1999, 370.

³¹⁾ Die aus der Rechtskraft (im weiteren Sinn) resultierende Bindungswirkung des Sachverhaltes wird in der Lehre und Judikatur in zwei Zusammenhängen diskutiert: Einmal in Bezug darauf, welche Tatsachenänderungen den Geltungsbereich der Entscheidung beenden und wie darauf verfahrensrechtlich zu reagieren sei – vgl dazu *Ringhofer*, Von der Bedeutung des Sachverhaltes für die Rechtskraft verwaltungsbehördlicher Bescheide, *ÖJZ* 1953, 87, 120 – dazu jüngst auch *Kneihs*, Rechtskraft. Eine allgemeine Untersuchung aus Anlass einer spezifischen Diskussion, *ZfV* 2015, 171 (174). Die andere knifflige Frage geht dahin, wie weit Tatsachenfeststellungen in einem Verfahren das Gericht eines anderen Verfahrens binden können, besonders Feststellungen in einem Strafurteil das Zivilgericht – vgl zB *Strohmayr*, Urteilswirkungen. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (2001), passim. Letztlich sind das aber Fragen, die aus dem jeweiligen positiven Verfahrensrecht heraus zu beantworten sind. Die für den gegebenen Zusammenhang relevante Bindung für *eine* Rechtssache ist als Element der allgemeinen *res iudicata*-Wirkung unumstritten.

³²⁾ Vgl *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen (Fn 4) Rz 267.

³³⁾ Vgl dazu *VwSlg* 6714/A und 9723A/1978 und dazu *Ringhofer* (Fn 16) 366. Diese Judikatur erlangte jedoch nur sehr selten praktische Relevanz.

umfasst. Grundsätzlich ist die so erfolgte „Dogmatisierung“ eines Geschehens oder anderer Fakten unabänderlich: Dass der Streit ein Ende finden muss, entspricht der Friedensfunktion des Rechts. In den modernen, rechtsstaatlichen Verfahrensregelungen ist dies freilich wiederum eingeschränkt. Sehr schwere Fehler bei der Sachverhaltsermittlung können zur „Wiederaufnahme des Verfahrens“ auch nach langer Zeit führen. Doch ist dies nur zulässig, wenn Quellen gefälscht wurden oder neue Quellen auftauchen, nicht schon dann, wenn die vorhandenen Quellen neu bewertet werden. Das stellt auch den entscheidenden Unterschied zur – stets revisionistischen – Wissenschaft dar.³⁴⁾

III. Der janusköpfige Sachverhalt

A. Der Sachverhalt als Wiedereintritt der Tatsachen

Man mag nun in dieser Mutation der Tatsachen vom Sein in das Sollen durchaus eine Trivialität sehen, eine Denk- und Willensbewegung, die eben genauso vom Recht vorgesehen ist. Damit ist aber noch nicht geklärt, wie denn diese Wandlung erfolgt. Näherhin zeigt sich, dass das „Recht“³⁵⁾ dafür eine besondere gedankliche Operation durchführen muss: Es kann die von ihm zuvor sorgsam abgetrennten Tatsachen nämlich nur zulassen, indem es sie in Teilrechtsakte umwandelt, eine Operation des „re-entry“, im Folgenden: des „Wiedereintritts“.

Die Heranziehung dieser Denkfigur für rechtstheoretische Zwecke ist *Niklas Luhmann* zu verdanken.³⁶⁾ Die wissenschaftstheoretische Grundlage dafür bilden die von *George Spencer-Brown* aufgestellten „laws of distinction“.³⁷⁾ Der Wiedereintritt bezeichnet dabei eine gedankliche Operation: Nach einer Unterscheidung einer Ganzheit in zwei Bereiche sollen in einem Bereich Aussagen über Phänomene des anderen – ausgeschiedenen – getroffen werden. Wir finden im Recht Wiedereintritte an verschiedenen Stellen: Soll im positiven

³⁴⁾ Nach *James*, Die Bergier-Kommission als Wahrheitskommission in *Frei/van Laak/Stolleis* (Hrsg), Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit (2000) 130 (139) besteht etwa die geschichtswissenschaftliche Disziplin in einem „ununterbrochenen Revisionismus“. Hier ist anzumerken, dass es in Ausnahmefällen dazu kommen kann, dass der Gesetzgeber bestimmte historische Wahrheiten positiv oder negativ „dogmatisiert“. Das ist der Fall, wenn die so genannte Auschwitz-Lüge unter Strafe gestellt wird oder umgekehrt wenn dem Täter die Tatsache einer getilgten Verurteilung nicht vorgehalten werden darf. Das Motiv hinter solchen Verbotsnormen ist nicht die Unterdrückung von Lügen oder Wahrheiten, sondern die Abwehr der Gefahr, die vom Gebrauch bestimmter Feststellungen ausgeht.

³⁵⁾ Gemeint sind die das Recht anwendenden Menschen.

³⁶⁾ Vgl *Luhmann* (Fn 17) 234; *Luhmann*, Organisation und Entscheidung (2000) 130.

³⁷⁾ *Spencer-Brown*, Gesetze der Form (1997). Zur Rezeption dieses Kalküls vgl *Luhmann*, Einführung in die Systemtheorie⁶ (2011) 77.

Recht weiter vom Naturrecht die Rede sein, etwa von der „Rechtsidee“, so muss eine explizite oder implizite Adoption naturrechtlicher Inhalte oder eine Verweisung darauf angenommen werden. Wenn wir von Feststellungsurteilen sprechen, so meinen wir „autoritative Klarstellungen“³⁸⁾ innerhalb der Rechtsordnung, also Rechtsakte, und nicht – wie das Wort „feststellen“ suggeriert – wahrheitsfähige Behauptungen.

Wir schlagen nun vor, diese Denkfigur auch für die Verarbeitung der Tatsachen, für die Fixierung des Sachverhalts, zu nutzen. Damit kann zudem an eine wichtige Prägung des späten *Kelsen* angeschlossen werden, das *modalindifferente Substrat*: Demnach könne derselbe Inhalt „X liegt vor“ entweder in den Modus des Seins oder in jenen des Sollens *gekleidet* sein.³⁹⁾ Freilich handelt es sich beim Wiedereintritt um die Entlehnung einer Denkfigur, die aus der Mathematik stammt, für rechtstheoretische Zwecke – unter Ausblendung ihres spezifischen Kontextes. Aber schließlich hat auch *Kelsen* die – erklärungskräftige – Grundnorm erklärtermaßen quasi „per analogiam“ aus der Transzendentalphilosophie *Kants* entlehnt.⁴⁰⁾

B. Die Schichtung des Sachverhalts

Die Leistungsfähigkeit der Denkfigur „Wiedereintritt“ wird indessen erst deutlich, wenn wir den Sachverhalt näher zergliedern. Diese Analyse ist notwendig, weil der Sachverhalt – in den Worten von *Karl Engisch* – „das Ergebnis umständlicher Erkenntnisakte und Schlußfolgerungen“ ist.⁴¹⁾ Die „Umständlichkeit“ kommt hauptsächlich daher, dass die Tatsachen ja keineswegs nur „brute facts“, sondern vielfach soziale Tatsachen sind, die selbst schon das Ergebnis einer Deutung nach sprachpragmatischen Regeln sind - zB ein Versprechen als kommunizierte Selbstverpflichtung. Wir erzeugen mit sprachlichen Mitteln soziale Tatsachen. *John Searle* beschreibt anschaulich, wie sehr unsere Realität von solchen Tatsachen geprägt ist, vom Geld bis zum Fußballmatch.⁴²⁾ Eine für

³⁸⁾ Vgl *Rechberger/Simotta* (Fn 7) Rz 415.

³⁹⁾ *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 46 und dazu *Mayer*, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren in *Aicher/Funk* (Fn 18) 131 (144). Vgl auch *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (1995) 80. Dem späten *Kelsen* diene dieser Begriff dazu, das Phänomen des „Entsprechens“ zwischen einem Sein und einem Sollen zu umschreiben, ohne die Kategorien zu verletzen. *H. Mayer* wendet dies auf die Feststellung des Sachverhalts an. Diesem Denkweg wird hier gefolgt. Mit dem „Wiedereintritt“ kann zudem das Element der wiederholten Entsprechung erfasst werden.

⁴⁰⁾ *Kelsen* (Fn 1) 205 und *Walter*, Hans Kelsens Rechtslehre (1999) 11.

⁴¹⁾ *Engisch* (Fn 3) 61.

⁴²⁾ Vgl *Searle*, Making the Social World. The Structure of Human Civilization (2010) 90. Es ist daher nicht zufällig, dass *Searle* die meisten Beispiele für „outside conventions“ aus dem Bereich des Rechts entnimmt. Zu den Beziehungen zwischen der Sprechakttheorie *Searles* und der Reinen Rechtslehre vgl *Comanducci*, *Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists*, in *Comanducci/Guastino* (ed), *Analisi e Diritto* 1999, 101.