

# 1. Begriffe und Funktionen des Rechts

---

*„Es gibt ... kein allgemeines Einverständnis über eine Definition [des Rechts], nichts, das einen allgemeinen Konsens gebietet. Und so etwas kann es auch nicht geben. Das Recht ist kein Ding in der realen Welt, das mit irgendeiner Art von Präzision beschrieben werden kann. So etwas wie eine rein objektive Definition des Rechts gibt es nicht. Was wir Recht nennen, hängt davon ab, warum wir etwas Recht nennen wollen.“*

Lawrence M. Friedman<sup>1</sup>

## Inhaltsübersicht

- 1.1 Definieren im Allgemeinen 8
- 1.2 Probleme der Definitionen des Rechtsbegriffs 12
- 1.3 Recht und Moral: Positivismus vs Naturrechtslehre 14
- 1.4 Recht und soziale Wirklichkeit: Normativismus vs Realismus 28
- 1.5 Funktionen des Rechts 32
- 1.6 Zusammenfassung 33
- 1.7 Diskussionsfragen – Zweck der verschiedenen Rechtsbegriffe 34

Diejenigen, die behaupten, sie machten nur „praktische“ juristische Arbeit, vertreten oft unbewusst **implizite rechtstheoretische Positionen**.<sup>2</sup> Sowohl während des juristischen Studiums als auch danach ist es angebracht, sich mit rechtstheoretischen Grundlagen zu beschäftigen, damit die juristische Tätigkeit kontextualisiert und so besser verstanden werden kann.<sup>3</sup> Man kann versuchen, solche Fragen zu ignorieren, sie werden aber in verschiedenen

---

1 *Friedman*, Coming of Age: Law and Society Enters an Exclusive Club, Annual Review of Law and Social Science 2005/1, 1–16, 3.

2 *Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 461. Vgl. ähnlich über Ökonomen *Keynes*, The General Theory of Employment, Interest and Money (1936) 383: „Der Praktiker, der sich frei von jeglichem intellektuellen Einfluss wähnt, ist üblicherweise der Sklave eines verstorbenen Ökonomen.“

3 Rechtstheorie und Rechtsphilosophie werden in diesem Buch als Synonyme benutzt. Der üblichen Unterscheidung zwischen einem intern-juristischen (rechtstheoretischen) und einem extern-nichtjuristischen (rechtsphilosophischen) Gesichtspunkt wird hier nicht gefolgt.

Formen doch immer wieder auftauchen. In einem treffenden fiktiven Dialog beschreibt *James W. Harris* dies wie folgt:<sup>4</sup>



„Der Klient Schmidt sucht juristischen Rat zu dem empörenden Verhalten seines Nachbarn. Sein Rechtsanwalt sieht die Lösung wie folgt:

- Ja, gut, wir könnten versuchen, ein Unterlassungsurteil zu bekommen – aber es ist nicht sicher, dass sein Verhalten rechtlich gesehen eine Belästigung ist.
- Nicht sicher! Können Sie das nicht nachschlagen?
- Recht ist nichts, was man einfach so nachschlagen kann.
- Wozu haben Sie dann all diese Bücher?
- Sie helfen... Jedenfalls müssen wir den Bezirksrichter davon überzeugen, dass der Nachbar unvernünftig gehandelt hat.
- Ich kenne den Richter. Ein guter Mann! Er wird mir zustimmen.
- Aber er hat das Recht anzuwenden. Es ist nicht bloß eine Frage des einzelnen Richters – oder, zumindest ... es kann sein, dass Sie sich sicher sind, im Recht zu sein, aber wir sind hier nicht mit Fragen der abstrakten Gerechtigkeit beschäftigt.
- Mit welcher Art von Gerechtigkeit dann?
- Sehen Sie, ich denke nicht, dass Sie Anspruch auf Prozesskostenhilfe haben, also müssen Sie entscheiden...
- Ich weiß, Recht ist käuflich, wenn nicht ein politischer Guttmensch entschieden hat, dass man arm genug ist, um es am Silbertablett serviert zu bekommen. Sie werden mich als nächstes fragen: „Wie viel sind Ihnen Ihre Prinzipien wert?“ Das Recht sollte Menschen wie mich vor Menschen wie meinem Nachbarn beschützen.
- Nein, es sollte jedermann gleiche Gerechtigkeit zuteilwerden lassen.
- Aber Sie sagten gerade...
- Diese Art von Diskussion ist schön und gut, Herr Schmidt, und außerhalb der Bürozeiten würde ich sie gerne weiterverfolgen. Im Moment haben wir aber zu entscheiden, was Sie am besten tun sollten.
- Ich weiß, was ich tun werde. Ich lasse die Luft aus den Reifen dieser grandiosen Monstrosität, die er draußen parkt.
- Das können Sie nicht machen. Es ist illegal.
- Warum sollte ich der Einzige sein, der sich an das Gesetz hält? Außerdem glaube ich nicht, dass sich die Polizei mit so einer Sache aufhält und mein Nachbar wird seine Zeit wahrscheinlich nicht dafür verschwenden, zu jemandem wie Ihnen zu kommen.
- Das ist nicht der Punkt. Nur weil Sie denken, Ihr Nachbar sei unsozial gewesen, ist das kein Grund für Sie, sich ebenso zu verhalten.
- Jetzt predigen *Sie* also!“

---

4 *Harris*, *Legal Philosophies* (2005) 1 (2). Die Namen der Dialogteilnehmer wurden abgeändert.

**Allgemeine Vorfragen** der juristischen Arbeit betreffen insbesondere

1. den Begriff des Rechts und im Zusammenhang damit die Beziehung zwischen Recht und Moral, bzw Recht und sozialer/politischer Wirklichkeit,<sup>5</sup>
2. die (richtige) juristische Denkweise,
3. den Sinn oder den Zweck des Rechts in einer Gesellschaft („soziale Funktion“ des Rechts),
4. Definitionen einiger Grundbegriffe (zB Geltung, subjektive Rechte, Verfassung usw).

Eine der Eigenheiten der Rechtswissenschaft besteht darin, dass sie **keine eindeutig „wissenschaftlich richtigen“ Antworten** auf diese ganz allgemeinen Fragen bietet: Wir finden nur verschiedene Antwortmöglichkeiten, diverse mögliche Argumentationen, die mehr oder weniger überzeugend sind und anhand derer man die eigene Position zu den oben genannten Fragen überprüfen oder ausdifferenzieren kann. Zu einigen, vielleicht sogar zu den meisten dieser Themen haben wir alle eine implizite und intuitive Meinung, auch wenn wir nie Rechtswissenschaft studiert haben – wir haben sie bloß nie diskutiert und wir denken, dass sie selbstevident und unbestreitbar ist, aber das ist sie nicht. Es gibt leider keine Einigkeit über die Kriterien, anhand derer jemand den intellektuellen Sieg eines abstrakten Arguments über ein anderes feststellen könnte. Gerichte entscheiden zwar juristische Fälle und somit implizit auch rechtstheoretische Positionen, aber aus theoretischem Blickwinkel können auch Gerichte falsch liegen. Von all diesen Argumenten gibt es aber stärkere (besser ausgearbeitete) und schwächere (zB widersprüchliche) Versionen. Unser Ziel ist es hier, all die theoretischen Annäherungsversuche – ob es zB um Positivismus oder Naturrecht, um die Argumente für oder gegen die Anwendung einer Analogie oder um die Rolle der so genannten Rechtsdogmatik geht – jeweils in ihrer besten Form darzustellen.

Man kann als praktischer Jurist natürlich auch ohne theoretische Reflexion arbeiten, so wie man in einem Atomkraftwerk die Gebrauchsanleitung umsetzen (und, ohne irgendetwas über nukleare Physik zu wissen, nach dem Protokoll verschiedene Knöpfe drücken) kann. Wenn man aber tatsächlich verstehen möchte, was geschieht und wenn man auch neuartige schwierige Fälle (die nicht in der Gebrauchsanleitung zu finden sind) lösen möchte, dann braucht man **vertieftes theoretisches Wissen**.<sup>6</sup>

---

5 Zu den praktischen Konsequenzen der verschiedenen Rechtsbegriffe didaktisch anschaulich dargestellt, siehe *Fuller*, *The Case of the Speluncean Explorers*, *Harvard Law Review* 62(4) (1949) 616; *Suber*, *The Case of the Speluncean Explorers*. *Nine New Opinions* (1998).

6 *Holmes O. W.*, *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 1897, 457, 474.



„[E]in Merkmal eines großartigen Juristen ist, dass er die Anwendbarkeit der allgemeinsten Regeln sieht. [...] Es gibt eine Geschichte eines Friedensrichters aus Vermont, dem ein Fall von einem Bauern gegen einen anderen wegen der Zerstörung einer Milchkanne vorgelegt wurde. Der Richter nahm sich Zeit, um zu überlegen und sagte schließlich, dass er die Gesetze durchgesehen habe und nichts über Milchkannen gefunden habe und entschied zugunsten des Beklagten. [...] Wenn jemand sich dem Recht widmet, zahlt es sich aus, ein Meister darin zu werden und ein Meister darin zu sein heißt, durch all die dramatischen Vorfälle hindurchzusehen und die wahre Grundlage zu erkennen.“

Die **verschiedenen theoretischen Rekonstruktionen** des Rechts **vereinfachen** die juristische Realität immer, sie können jeweils nur einen Teil der relevanten Züge oder Fakten einfangen. Und in Zusammenfassungen wie dem hier vorliegenden Buch werden sogar diese Rechtstheorien vereinfacht.<sup>7</sup> Darüber hinaus beruhen rechtstheoretische Positionen – meist in impliziter Weise – auf allgemeinen Theorien der Anthropologie, Soziologie oder Philosophie. „Jede Rechtstheorie muss philosophische Elemente enthalten – Reflexionen des Menschen über seine Position im Universum – und ihre Farbe und ihren spezifischen Inhalt aus der politischen Theorie gewinnen – aus den Ideen über die beste Form der Gesellschaft.“<sup>8</sup> Unsere Minimalaufgabe ist es hier deshalb, dass wir uns dieser allgemeinen impliziten Theorien zumindest bewusst werden.

## 1.1 Definieren im Allgemeinen

Bevor wir verschiedene Definitionen des Rechts darstellen, werden wir hier noch ein paar allgemeine Vorfragen darüber abhandeln, **was man überhaupt von Definitionen erwartet**.<sup>9</sup> Dies ist nicht nur für die Definition des Rechts nützlich, sondern im Allgemeinen für das juristische Studium relevant. Die juristische Arbeit besteht ja zu einem großen Teil aus Begriffsanalyse → 5.4.

Im ersten Schritt sollten wir **Definitionen** (dh begriffliche Behauptungen) **von empirischen Behauptungen** (Behauptungen über die Welt) **unterscheiden**. Ein Beispiel, um den Unterschied zu verstehen, wäre folgendes: Wenn die Behauptung „Schwäne sind weiße Vögel mit einem langen Hals“

---

7 Einige theoretische Herangehensweisen, die für den heutigen juristischen Diskurs in Österreich keine Relevanz haben und nach Auffassung des Autors – aus Gründen, die in diesem Rahmen nicht ausgeführt werden können – in theoretische Sackgassen münden (zB historische Rechtsschule, idealistische Rechtsphilosophien, Systemtheorie), wurden außer Acht gelassen.

8 *Friedmann, Legal Theory*<sup>5</sup> (1967) 4.

9 Zu Definitionsfragen im Allgemeinen siehe *Morscher, Die wissenschaftliche Definition* (2017).

als empirische Behauptung gemeint ist, dann bedeutet sie einfach nur: „All die Schwäne, die wir bisher gesehen haben, waren weiß und hatten einen langen Hals“. Wenn wir also einen schwarzen Schwan entdecken, dann müssen wir unsere Behauptung korrigieren. Wenn wir die Aussage aber als begriffliche Behauptung meinen, dann sind schwarze „Schwäne“ eigentlich keine *Schwäne* (sondern etwas anderes), weil das Wort „Schwan“ ja definitionsgemäß nur weiße Vögel bezeichnet. Die begriffliche Behauptung ist also immun gegenüber der eigentlichen Erfahrung. Juristen arbeiten normalerweise mit solchen begrifflichen Behauptungen, während empirische Behauptungen über das Rechtssystem üblicherweise der Soziologie (Rechtssoziologie) oder der Politikwissenschaft überlassen werden.

Aber auch wenn man Definitionen als begriffliche Behauptungen auffasst, gibt es **verschiedene Arten der Definitionen**.<sup>10</sup> Für die Zwecke der hiesigen Gedankenführung unterscheiden wir im Folgenden – etwas vereinfacht – zwischen den folgenden Typen von Definitionen:

#### (a) Reportive/lexikalische Definitionen

Eine wichtige Art der Definition ist es, der üblichen Sprachverwendung zu folgen. Wenn Linguisten Wörterbücher zusammenstellen, wird normalerweise dieser Ansatz verfolgt. *Ludwig Wittgenstein*, ein berühmter österreichischer Philosoph, hat es plakativ so ausgedrückt: „die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache“ [Philosophische Untersuchungen, 43]. Das Problem ist allerdings, dass Sprachgebrauch oft ungenau und unklar ist. Wann beginnt die „Nacht“ zum Beispiel? Hängt es von der Uhrzeit ab (welche Uhrzeit?) oder von der Helligkeit des Himmels (Wie hell soll es noch sein? Was ist, wenn es spät nachmittags schon sehr stark bewölkt ist?). Üblicher Sprachgebrauch wird uns da kaum weiterhelfen. Juristen brauchen aber genaue Begriffe, um klar und nachvollziehbar argumentieren zu können – gerichtliche Entscheidungen hängen letztendlich davon ab. Deshalb wird der übliche Sprachgebrauch von Juristen kaum jemals als einzige Grundlage für eine Definition herangezogen.<sup>11</sup> Der Maßstab der Richtigkeit reportiver Definitionen ist empirisch: wenn sie der üblichen Sprachverwendung entsprechen, dann sind sie richtig.

10 *Soper*, Legal Theory and the Problem of Definition, University of Chicago Law Review 1983, 1170.

11 Bis auf einige Definitionen ganz allgemeiner Begriffe in manchen rechtstheoretischen Schulen, siehe *Hart*, Definition and Theory in Jurisprudence, Law Quarterly Review 1954, 37.

## (b) Bedeutungsfestsetzungen (Stipulationen)

### (b/1) Willkürliche Bedeutungsfestsetzung

Bei willkürlichen Stipulationen ist der übliche Sprachgebrauch irrelevant: Wir benennen bzw definieren etwas einfach so, wie wir möchten und halten uns in der Folge einfach an diese Bestimmung. Ein berühmtes Beispiel findet man im Kinderbuch „Alice im Wunderland“:<sup>12</sup>

»

„Ich weiß nicht, was Sie mit ‚Glorie‘ meinen“ – sagte Alice.  
Humpty Dumpty lächelte verächtlich. „Natürlich weißt du es nicht – ehe ich es dir erkläre. Ich meinte, da hast du ein schönes schlagendes Argument!“  
„Aber ‚Glorie‘ heißt nicht ‚ein schönes schlagendes Argument‘“ – widersprach Alice.  
„Wenn ich ein Wort gebrauche“ – sagte Humpty Dumpty in ziemlich verächtlichem Ton –, „heißt es genau das, was ich als Bedeutung wähle – nicht mehr und nicht weniger.“  
„Die Frage ist“ – sagte Alice – „ob Sie Wörter so viel anderes bedeuten lassen können.“  
„Die Frage ist“ – sagte Humpty Dumpty – „wer der Herr ist – das ist alles.“  
Alice war zu verwirrt, um etwas zu sagen; deshalb hub Humpty Dumpty nach einer Minute wieder an: „Sie sind launisch, einige von ihnen – besonders Verben; sie sind die stolzesten –, mit Adjektiven kann man alles machen, aber nicht mit Verben – ich jedoch werde mit der ganzen Gesellschaft fertig! Undurchdringlichkeit! Das sage ich!“

Man muss sehen, dass die Wörter, die in einer willkürlichen Stipulation benutzt werden (in unserem Fall „ein“, „schönes“, „schlagendes“ und „Argument“), letztendlich nicht mehr willkürlich stipuliert werden, sondern sie stützen sich auf den natürlichen Sprachgebrauch (siehe oben reportive/lexikalische Definitionen). Ein Maßstab der Richtigkeit existiert bei willkürlichen Stipulationen nicht.

### (b/2) Erklärende Bedeutungsfestsetzungen

Vor allem in der Wissenschaft werden Definitionen zu Erklärungszwecken benutzt: wenn man etwa eine neue Terminologie (einen neuen sprachlichen Ausdruck) einführt oder wenn man am Anfang einer Analyse den Sinn eines ansonsten verbreiteten und vieldeutigen Ausdrucks klarstellt („Den Ausdruck *x* werde ich in diesem Beitrag im Sinne von *y* benutzen“, ohne den Anspruch, dass andere den Begriff anderswo so verstehen oder so verstehen sollten). Der Maßstab erklärender Definitionen ist Zweckmäßigkeit: wenn sie die Erklärung einer Problematik erleichtern, dann sind sie richtig. Um

---

12 Carroll, Alices Abenteuer im Wunderland. Hinter dem Spiegel und was Alice dort fand (2008) 122 (übersetzt von Jörg Karau).

Verwirrungen zu vermeiden, empfiehlt es sich, den üblichen Sprachgebrauch nicht völlig außer Acht zu lassen.

(b/3) Norminhaltsfestsetzende Definitionen (moralische, religiöse, juristische Begriffsbestimmungen)

Norminhaltsfestsetzende Definitionen nehmen in der Praxis (um unnötige Verständnisschwierigkeiten zu vermeiden) oft den üblichen Sprachgebrauch als Ausgangspunkt (obwohl es eigentlich nicht unbedingt notwendig wäre), und werden in einem zusätzlichen Schritt verfeinert (detailliert und präzisiert). Sprachlich sehen diese Definitionen so aus, *als ob* sie erklärend wären (im Sinne von (b/2) oben), aber eigentlich sind sie normativ in dem Sinne, dass sie Norminhalte festsetzen; sie funktionieren somit selbst als akzessorische Anordnungen. Zum Beispiel lautet die Definition der „Straße“ gemäß § 2 Abs 1 Z 1 StVO: „[E]ine für den Fußgänger- oder Fahrzeugverkehr bestimmte Landfläche samt den in ihrem Zuge befindlichen und diesem Verkehr dienenden baulichen Anlagen“.<sup>13</sup> So werden unklare Grenzfälle bei der Anwendung von Rechtsnormen minimiert (aber nie ganz eliminiert!). Manchmal sind diese Präzisierungen technisch (wie die Definition der „Straße“), manchmal geht es aber um Deutungskämpfe. Wenn man einen juristischen Streit darüber führt, was „demokratisch“ im B-VG bedeutet, dann ist es natürlich ein politischer **Deutungskampf**, der aber nicht mit politischen Argumenten, sondern mit juristischen Argumenten geführt wird. Auch in letzteren Fällen werden aber juristische Definitionen normalerweise als Erklärungen eines Begriffs (manchmal sogar zu seinem „Wesen“, was auch immer das bedeuten soll) dargestellt.<sup>14</sup> Es gibt einen andauernden Streit darüber, wer juristische Begriffe neu definiert und wie sie zu definieren sind.<sup>15</sup> Hierbei können Begriffe als so etwas wie Felder auf einem Schachbrett angesehen werden, die (von unseren eigenen, strategisch konzipierten Definitionen) eingenommen werden können, um eine bessere Position als unsere (möglichen) „Gegner“ zu haben. Wenn wir also Begriffe aus Rechtsnormen „beschreiben“, *beschreiben* wir sie in Wirklichkeit nicht nur, sondern schreiben implizit einen Gebrauch *vor*, der unsere

13 Eine spezielle Art der juristischen Definitionen ist die sog Legaldefinition: in diesem Fall definiert das *Gesetz* selbst den von ihm benutzten Begriff. Juristische Definitionen können aber darüber hinaus zB auch in Verordnungen, richterlichen Entscheidungen oder in rechtswissenschaftlichen Werken vorkommen. Die oben zitierte Definition aus der StVO (die eigentlich ein Bundesgesetz aus dem Jahr 1960 ist) ist eine Legaldefinition.

14 Zum juristischen Staatsbegriff siehe die hervorragende Analyse von *Möllers C.*, *Staat als Argument*<sup>2</sup> (2011).

15 *Bourdieu*, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champs juridique*, *Actes de la recherche en sciences sociales* 64/9 (1986) 3 (4).

Präferenzen begünstigt (seien dies emotional-ideologische Präferenzen oder eben interessenbezogene Präferenzen).<sup>16</sup> Am Ende des Tages werden die meisten dieser Deutungskämpfe vom VfGH oder dem Höchstgericht der gegebenen Rechtsordnung entschieden werden.<sup>17</sup> Dieser **rechtliche Diskurs** hat in einem vereinfachten Modell drei Arten von Teilnehmern: Politiker, Wissenschaftler und Richter. Alle stehen in verschiedenen Arten von Wechselbeziehungen oder Verflechtungen zueinander. Außerdem haben sie alle unterschiedliche Bedeutungsränge in verschiedenen Ländern. Von Zeit zu Zeit werden sie jedoch alle vom Volk (als einem außerordentlichen vierten Teilnehmer) dazu inspiriert oder sogar dazu gezwungen, ihr eigenes Diskursverhalten zu verändern (zB durch Wahlen). Wie wir unten sehen werden, kämpft auch die Definition des Begriffs des Rechts mit diesen Problemen.



Der rechtliche Diskurs ist zu guten Teilen eine **fortwährende Neugestaltung der Rechtssprache**. Sprache, so wie das Wort hier verwendet wird, besteht aus einer Liste von Schlüsselbegriffen (der Sprache der Verfassungsstaatlichkeit), der Bedeutung dieser Schlüsselbegriffe, und der Grammatik des Diskurses (dh, wie rechtliches Argumentieren aussieht). Keines dieser Elemente ist gänzlich objektiv, sie alle implizieren eine bestimmte politische Vision → 9.2.1. Die Sprache ist daher notwendigerweise zumindest zum Teil präskriptiv (also nicht *beschreibend*, sondern *vorschreibend*), dennoch muss sie auch zum aktuellen Diskurs passen (da sie nicht die Sprache eines fiktiven rechtlichen Diskurses zu sein intendiert, sondern den gegenwärtigen Diskurs formen will).<sup>18</sup> Die allgemeinen Regeln (oder die Grammatik) des rechtlichen Diskurses sind die Regeln des rechtlichen Argumentierens (am wichtigsten: die Interpretationsmethoden). Das Vokabular ist es, was wir rechtliche Schlüsselbegriffe nennen. In Österreich sind die Schlüsselbegriffe des Bundesverfassungsrechts (definiert nicht durch die Häufigkeit der Benützung, sondern durch die strukturelle Schlüsselposition) die Grundprinzipien der Bundesverfassung → 9.1.

## 1.2 Probleme der Definitionen des Rechtsbegriffs

Eine der populärsten Fragen der Rechtswissenschaft ist jene nach der **Definition des Rechts**. Es gibt zahlreiche wohlbekanntes Definitionen, die einander allerdings teilweise widersprechen. Nur um ein paar beispielhaft zu erwähnen:

---

16 Das trifft sowohl auf die wissenschaftliche Literatur als auch auf die Rechtspraxis zu, siehe *Cotterrell, The Politics of Jurisprudence*<sup>2</sup> (2003); *Robertson, The Judge as Political Theorist* (2010).

17 *Vorländer* (Hrsg), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit* (2006).

18 Für weitere Details siehe *Jakab, European Constitutional Language* (2016) 1.