

Der Sachverhalt im Recht

Clemens Jabloner*

- I. Einleitung: Rechtsverstand und Sachverstand
- II. Der Sachverhalt als Teilrechtsakt
 - A. Sein und Sollen
 - B. Die Wahrheit des Sachverhalts
 - C. Das Sollen der Tatsachen
 - D. Die Rechtswirkung des Sachverhalts
- III. Der janusköpfige Sachverhalt
 - A. Der Sachverhalt als Wiedereintritt der Tatsachen
 - B. Die Schichtung des Sachverhalts
- IV. Zur Möglichkeit einer Rollenverteilung
 - A. Rechts- oder Tatfrage als Kriterium?
 - B. Wissen und Wollen
 - C. Koexistenz

Verwendete Literatur

Zusammenfassung Der Beitrag behandelt die Rolle des Sachverhalts bei der Rechtsanwendung. Das Recht als Sollens-Ordnung kann Tatsachen nur verarbeiten, indem es diese bei ihrem (Wieder-)Eintritt in das Rechtssystem normativ umwandelt. Der Autor deutet die Feststellung der Tatsachen in Form des Sachverhalts somit als verfahrensrechtlichen Teilrechtsakt: „Das Gericht sieht es als erwiesen an“. Der Sachverhalt ist freilich oft schon seinerseits geschichtet und wandelt normative Elemente in Tatsachen um. Diese mehrfache Wandlung ist fehleranfällig und führt zu einer Verschleierung der Verantwortung im Verhältnis der Behörde zum Sachverständigen, eine durchaus aktuelle Problematik. Eine mögliche Verbesserung liegt nicht in einer noch engeren Kooperation, sondern in der transparenten Trennung von Wissen und Wollen.

* Univ.-Prof. Dr. *Clemens Jabloner*, Institut für Rechtsphilosophie, Universität Wien, Schenkenstraße 8–10, 1010 Wien, Österreich, <clemens.jabloner@univie.ac.at>.

Antrittsvorlesung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien am 03.12.2015. Die Vortragsform wurde beibehalten, einige Ergänzungen und Anmerkungen aufgenommen. Für begleitende Kritik und wertvolle Anregungen danke ich *Magdalena Pöschl*, *Robert Rebhan*, *Robert Schick*, *Ulrich Wagrandl* und *Klaus Zeleny*. Das Manuskript wurde am 08.03.2016 fertiggestellt.

Abstract 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.

Stichwörter *da mihi facta, dabo tibi ius*; Entstaatlichung; *iura novit curia*; Rechtsfrage; Rechtsverstand; *re-entry*; Sachverhalt; Sachverstand; Sein; *soft law*; Sollen; Tatbestand; Tatfrage; Tatsachenfeststellung; Wiedereintritt; Wissen; Wollen.

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

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 anderen die im rechtlichen Rahmen vorgegebenen Tatsachen zu ermitteln und in die Form des „Sachverhalts“ zu bringen.³ Ersteres ist eine normativ-

¹ Mit „Sachverhalt“ ist also im Folgenden eine sprachförmige Behauptung von Tatsachen gemeint. „Tatsachen“ sind empirisch feststellbare konkrete Zustände oder Vorgänge – vgl etwa *Petschek Georg/Stagel Friedrich*, Der österreichische Zivilprozess (1963) 215.

² Als „Rechtsanwendung“ wird hier die Erzeugung einer Rechtsnorm niedrigerer Stufe oder schon die Setzung des Zwangsaktes verstanden – dazu *Kelsen Hans*, Reine Rechtslehre² (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.

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

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 Sachverstands.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 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

⁴ Dabei werden konkrete, individualisierte Tatsachen, allgemeine Erfahrungssätze und logische Folgerungen miteinander verknüpft – vgl. *Wolff Karl*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts² (1947) 165 und eingehend *Petschek/Stagel* (Fn 2) 215. Zu den „Erfahrungssätzen“ vgl. *Rechberger Walter H.*, Die Überprüfung von Erfahrungssätzen in der Revisionsinstanz, ÖJZ 1974, 113; zur Problematik richterlicher „Alltagstheorien“ auch *Pawlowski Hans-Martin*, 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 beiziehen muss, vgl. die bei *Kolonovits Dieter/Muzak Gerhard/Stöger Karl*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts¹⁰ (2014) Rz 361 wiedergegebene Judikatur des VwGH.

⁷ Vgl. eingehend *Merli Franz*, Instrumente der Integration von Sachverstand, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hg), Sachverstand im Wirtschaftsrecht (2013) 173–188 und *Attlmayr Martin*, Der Sachverständige, in *Attlmayr Martin/Walzel von Wiesentreu Thomas E.* (Hg), Sachverständigenrecht² (2015) Rz 1.021–1.035. Zur Deutung des Sachverständigen im Zivilprozess vgl. etwa *Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren⁸ (2010) Rz 809.

⁸ So von *Klecatsky Hans R.*, 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 31.01.1995, 92/05/0230).

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

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 hin-genommene Ohnmacht des Rechtsverständes 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 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

¹⁰ VfGH 10.03.2015, G 180/14 ua.

¹¹ Vgl. *Merli Franz*, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverstand, *ZfV* 2015, 28 (29) und *Walzel von Wiesentreu Thomas E.*, Die Stellung der Sachverständigen im Gefüge der Verfassung, *Attlmayr Martin/Walzel von Wiesentreu Thomas E. (Hg)*, *Sachverständigenrecht*² (2015) Rz 2.065–2.073.

¹² Vgl. grundlegend *Eisenberger Iris*, *Innovation im Recht* (in Druck) 118, 128.

¹³ Vgl. näher *Eisenberger* (Fn 12) 150; *Jabloner Clemens*, *Private Rechtssetzung – Begriff und verfassungsrechtlicher Rahmen*, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hg), *Privatisierung der Rechtssetzung* (in Druck).

¹⁴ Vgl. *Springer Gudrun*, *Sterbehilfe: Zwischen Lebenserhaltung und Strafverfolgung*, *Der Standard* 11.11.2015, <derstandard.at/2000025482604/Sterbehilfe-Zwischen-Lebenserhaltung-und-Strafverfolgung> (08.03.2016).

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 Tatsachen. 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 das unter 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

¹⁵ Für eine ganz andere Sicht, die ohne die rigorose Trennung von Sein und Sollen auskommt vgl etwa *Winkler Günther*, *Das Recht und die Rechtswissenschaft* (2014) 42: „Sachverhalt“ ist dort „die Einheit eines konkreten sinn- und zweckhaften Verhaltens“.

¹⁶ § 6 des VwGG 1875 (RGI 36/1876), sprach noch vom „Thatbestand“. Bei *Tezner Friedrich*, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*² (1925) 231, wird zwar der Sache nach zwischen den „konkreten, rechtlich bedeutsamen Tatsachen“ (Sperrung im Original) und dem „abstrakten gesetzmäßigen Tatbestand“ unterschieden, aber es findet sich noch kein spezifischer Gebrauch des Terminus „Sachverhalt“. Im Stichwortverzeichnis (*Tezner*, aaO 899) wird unter „Sachverhalt“ auf den „Tatbestand“ verwiesen. Hingegen verwendet die ZPO (RGI 113/1895 idgF) seit 1895 durchgehend den Ausdruck „Sachverhalt“ (§§ 172, 184, 287 etc). Erst mit dem VwGG BGBl 153/1930 (§§ 42 f) wird – wohl in Nachziehung zur Terminologie des AVG 1925 (§ 56 Abs 1) – nun vom „Sachverhalt“ gesprochen; vgl *Ringhofer Kurt*, *Der Sachverhalt im verwaltungsgerichtlichen Bescheidprüfungsverfahren*, in *Lehne Friedrich/Loebenstein Edwin/Schimetschek Bruno* (Hg), *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*. FS 100 Jahre VwGH (1976) 351 (357). Auch in der StPO (Stammfassung RGI 113/1873, wiederverlautbart 1945, 1960 und 1975) findet sich bereits die moderne Terminologie (vgl zB § 91 der Stammfassung).

¹⁷ Vgl *Luhmann Niklas*, *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 Bernd-Christian*, *Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen*, in *Aicher Josef/Funk Bernd-Christian* (Hg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 1 (11).

„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 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 Wissenserklärungen zu verstehen sein, sondern als Willenserklärung vorgebracht, in der eleganten Formulierung *Georg Petscheks* will die

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

²⁰ Zum Folgenden vgl. Kolonovits/Muzak/Stöger (Fn 6) Rz 325 ff, und die dort zit. Jud des VwGH.

²¹ Vgl. Engisch (Fn 3) 69.

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 – Konsens-
theorie – in die Nähe eines gerichtlichen Verfahrens rückt – vgl. pointiert Möllers Christoph, Kognitive
Gewaltengliederung, in Röhl Hans Christian (Hg), Wissen – Zur kognitiven Funktion des Rechts, Die Ver-
waltung Beiheft 9 (2010) 113 (127).

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

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? *Hans 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: 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*

²⁵ *Petschek/Stagel* (Fn 2) 227.

²⁶ *Kelsen* (Fn 1) 244.

²⁷ In *Walter Robert/Mayer Heinz*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁷ (1997) 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.

oder: *Es gelte, dass es sich so verhält.*²⁸ *Das Gericht sieht es als erwiesen an* – das ist die geradezu magische Sprachformel dafür.

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 recht-

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.

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

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

³¹ Die aus der Rechtskraft (im weiteren Sinn) resultierende Bindungswirkung des Sachverhalts 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 Kurt*, Von der Bedeutung des Sachverhaltes für die Rechtskraft verwaltungsbehördlicher Bescheide, *ÖJZ* 1953, 87, 120 – dazu jüngst auch *Kneihls Benjamin*, 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 Peter*, 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* (Fn 4) Rz 267.

³³ Vgl dazu *VwSlg* 6714 A/1965 und 9723 A/1978 und dazu *Ringhofer* (Fn 16) 366. Diese Judikatur erlangte jedoch nur sehr selten praktische Relevanz.

liche Beurteilung, sondern eben auch den Sachverhalt 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 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.

³⁴ Nach *James Harold*, Die Bergier-Kommission als Wahrheitskommission, in *Frei Norbert/van Laak Dirk/Stolleis Michael* (Hg), *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 Niklas*, *Organisation und Entscheidung* (2000) 130.

³⁷ *Spencer-Brown George*, *Laws of Form/Gesetze der Form* (1997). Zur Rezeption dieses Kalküls vgl. *Luhmann Niklas*, *Einführung in die Systemtheorie*⁶ (2011) 77.

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

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 *Immanuel 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 uns wichtige Untergruppe sind jene Tatsachen, die nicht nur das Ergebnis einer sprachlichen Konvention sind, sondern zudem, am Schema einer Rechtsnorm gedeutet, auch objektiv gesollt sind, in der Terminologie von *Searle* tritt eine zusätzliche „outside convention“ dazu. Wenn etwa das auf Grund einer Auslobung empfangene Geld zu versteuern ist, dann tritt die Auslobung, selbst ein Deutungsprodukt, als Tatsache wieder in das Verfahren ein – und wird in einem nächsten Schritt in den Teilrechtsakt Sachverhalt verwandelt.⁴³

Doch auch auf der Ebene der nach dieser Unterscheidung verbleibenden „natürlichen“ Tatsachen geht das Spiel weiter: Denn der Sachverständige stellt ja nicht allein „brute facts“ fest, also zB ein Messergebnis, sondern von ihm wird auch verlangt, dieses etwa als „zumutbar“ zu qualifizieren, oft ist erst diese Aussage subsumierbar.

³⁹ *Kelsen Hans*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 46 und dazu *Mayer Heinz*, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren, in Aicher Josef/Funk Bernd-Christian (Hg), Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 131 (144). Vgl auch *Röhl Klaus F.*, 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. *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 Robert*, Hans Kelsens Rechtslehre (1999) 11.

⁴¹ *Engisch* (Fn 3) 61.

⁴² Vgl *Searle John*, 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 Paolo*, Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists, in Comanducci Paolo/Guastini Riccardo (Hg), Analisi e Diritto (1999) 101.

⁴³ Ebenso fremdes Recht im Sinne des IPR.

Ein bekanntes Beispiel sind psychische Erkrankungen. Sieht man sie richtigerweise als naturwissenschaftliche Tatsachen – und dekonstruiert man sie nicht als ohnehin rein soziale Phänomene – so ist nicht zu übersehen, wie sehr normative Deutungen im Spiel sind. Dies trifft namentlich auf die forensische Psychiatrie zu, die es ja mit Konzepten wie „Gefährlichkeit“ etc zu tun hat.⁴⁴ Schon weil das Gesetz die entsprechenden Begriffe verwendet, vermag der Sachverständige seine Tatsachen oft erst auf Grund von Normen zu gewinnen, seien es vorgegebene Standards oder auch von ihm selbst gesetzte Wertungen. Diese Regeln treten in vielen Formen auf: Als Diagnosen oder Prognosen, technische Standards, Bilanzierungsregeln, fachliche Bräuche oder eine berufsspezifische Ethik. All dies kann zu einer Überschattung der behördlichen Funktion führen, die ja – zumindest *prima vista* – für die normative Seite verantwortlich sein sollte.

Bisher sollte also deutlich geworden sein, dass der Sachverhalt in komplexeren Fällen das Ergebnis einer mehrfachen Überschichtung sein kann, eben in der Form von „Wiedereintritten“ in beide Richtungen: Normative Deutungen werden zu Tatsachen, Tatsachen wiederum zu Normen. Es liegt auf der Hand, dass ein solcher iterativer Prozess sowohl für sachliche Fehler als auch für die Verschleierung von Verantwortung anfällig ist. Dem gelten die nun folgenden Ausführungen, die – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Konstellationen beleuchten sollen, in denen das Problem der Grenzziehung zwischen Rechtsverstand und Sachverstand deutlich wird.

IV. Zur Möglichkeit einer Rollenverteilung

A. Rechts- oder Tatfrage als Kriterium?

Es gehört zum juristischen Basiswissen, dass die Feststellung der Tatsachen aus dem Blickwinkel möglicher Tatbestände erfolgt und dass diese wiederum die anzuwendenden Rechtsnormen bestimmen, in der Formulierung von *Engisch* das berühmte „Hin- und Herwandern des Blicks“.⁴⁵ *Heinz Mayer* hat deutlich gemacht, dass dies methodisch unbedenklich nur erfolgen kann, indem das Gericht eine These über einen *maßgebenden Sachverhalt* entwickelt, also quasi einen Entwurf, der dann im Beweisverfahren daraufhin geprüft wird, ob die festgestellten Tatsachen diese These bestätigen oder verwerfen.⁴⁶ Das ist auch genau der springende Punkt, hängt doch die Verfahrensqualität ganz wesentlich davon ab, ob es dem Richter gelingt, das Beweisthema, die Fragen an den Sachverständigen, möglichst präzise zu formulieren. Dieser antwortet,

⁴⁴ Grundlegend *Foucault Michel*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses¹⁵ (2001) 31. Vgl dazu auch *Kopetzki Christian*, Unterbringungsrecht I (1995) 2. Gerade in diesem Bereich wird auch immer wieder Kritik an der fachlichen Qualität der Gutachten geübt – vgl zuletzt *Pollack Karin*, Recht psychisch. Mängel bei Gutachtern in Österreich, Der Standard 21.02.2016, <derstandard.at/2000031444267/Recht-psychisch-Maengel-bei-Gutachtern-in-Oesterreich> (08.03.2016).

⁴⁵ *Engisch* (Fn 3) 15. Zur Kritik an dieser Metapher vgl *Müller Friedrich*, Strukturierende Rechtslehre² (1994) 254. An diesem Punkt der Überlegungen kommt es aber nicht darauf an, wie die Behörde zu den Tatsachen gelangt, sondern wie die festgestellten Tatsachen zum „Sachverhalt“ werden, also in das Verfahren Eingang finden.

⁴⁶ *Mayer* (Fn 39) 145.

indem er die Tatsachen feststellt und kraft seines Fachwissens Schlüsse daraus zieht.⁴⁷ Diese Schlüsse führen ihrerseits zu Tatsachen, an deren Vorliegen das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft. Darauf aufbauend stellt das Gericht den Sachverhalt fest. Davor sollte – entgegen einer oft ungenauen legistischen oder auch dogmatischen Sprechweise – besser gar nicht vom „Sachverhalt“ gesprochen werden.

Man könnte nun meinen, dass allein diese Aufgabenverteilung schon zu einer klaren Abgrenzung der Funktionen von Sach- und Rechtsverstand führt. Hier kommt allerdings das notorisch schwierige Problem in die Quere, Rechts- und Tatfragen zu unterscheiden. Diese Problematik tritt vor allem dann auf, wenn der maßgebende Sachverhalt „sachkundige Wertungen“ des Sachverständigen verlangt.⁴⁸ Es ist richtig, dass die Abgrenzung sehr schwierig sein kann, nicht zuletzt deshalb kennt der VwGH ja das Phänomen der „gemischten Rechts- und Tatfrage“ bei Handhabung unbestimmter Gesetzesbegriffe.⁴⁹ Ein klassisches Beispiel ist die Feststellung der dauernden Dienstunfähigkeit eines Beamten, die erst im Grund der Rechtsprechung des VwGH eine Rechts- und keine Tatfrage ist.⁵⁰ Es liegt aber letztlich beim Gesetzgeber, der ja – allenfalls in den Materialien – klarstellen kann, ob er Tatbestände formuliert oder auf Sachverhalte verweist: Ein – im Hinblick auf Art 47 GRC nicht unbedenkliches – Beispiel dafür findet sich neuerdings in § 118 Abs 2 des Bankenabwicklungs- und Sanierungsgesetzes, BGBl I 98/2014.⁵¹ Danach haben sich das Bundesverwaltungsgericht sowie der Verwaltungsgerichtshof bei der Überprüfung der Bescheide der Abwicklungsbehörde auf deren komplexe wirtschaftliche Tatsachenbewertungen zu stützen.

Bleibt das Gesetz unklar, läuft die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage auf eine Ermessensfrage hinaus, und zwar namentlich des Revisionsgerichts hinsichtlich seiner Kognition.⁵² Ein Beispiel ist hier die Judikatur zur Gefahrenbeurteilung im Anlagenverfahren, heute eine Rechts-, früher eine Tatfrage.⁵³ Wird eine Frage als

⁴⁷ Vgl zB *Grafl Christian*, Die Rolle des Sachverständigen im Prozess, *juridikum* 2008, 24.

⁴⁸ Vgl zB *Funk* (Fn 18) 9.

⁴⁹ Vgl zB VwGH 29.07.1992, 90/12/0217 (Verunstaltungseignung eines Abfalls); 17.12.1992, 90/06/0107 (Beeinträchtigung des Ortsbildes); 15.11.2000, 95/08/0294 (getrennte Haushaltsführung); VwSlg 16.263 A/2004 (selbstständige Erwerbstätigkeit); VwGH 31.01.2008, 2007/06/0219 (Ortsüblichkeit). Vgl aber *Zechner Alfons*, § 503 ZPO, in Fasching Hans W./Konecny Andreas (Hg), *Zivilprozessgesetz*² (Stand 31.03.2005, rdb.at) Rz 208, wonach es sich um ein Scheinproblem handle, „weil sich erforderliche rechtliche Wertungen praktisch immer von Tatfragen unterscheiden“ ließen.

⁵⁰ Vgl VwGH 13.06.2003, 2001/12/0196; 15.10.2003, 2001/12/0236; 13.10.2004, 2001/12/0042. Vgl auch *Pürgy Erich*, Rechts- und Sachfragen, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hg), *Sachverstand im Wirtschaftsrecht* (2013) 17 (25).

⁵¹ Vgl dazu EBRV 361 BlgNR XXIV. GP 22: Nach den Erläuterungen bleibt den Gerichten im Sinne der Erwägungsgründe der der ausgeführten Unionsrichtlinie zugrundeliegenden Unionsrichtlinie nur eine Überprüfung der Präzision, der Kohärenz, der Zuverlässigkeit und der Vollständigkeit des Beweismaterials sowie der Frage, ob es zu den getroffenen Schlussfolgerungen geeignet ist. Diese Vorschrift muss man mit einem Quäntchen Ironie betrachten: Nachdem man im Europarecht jahrzehntelang die gerichtliche Prüfung der Tatsachen als besonderen Wert gehandelt hat, kehrt man nunmehr – wo es um die Banken geht – wieder zu einer Kognition zurück, die der klassischen Bindung des VwGH an den von der Verwaltungsbehörde festgestellten Sachverhalt gleichkommt. Für eine besonders krasse Konstruktion vgl auch VfGH 02.10.2013, G 118/2012, VfSlg 19.804/2013.

⁵² Vgl *Pawlowski* (Fn 4) Rz 268.

⁵³ Vgl näher und mwN *Pürgy* (Fn 50) 27.

Tatfrage qualifiziert, so ist das Gericht enger an die Feststellungen des Sachverständigen gebunden, als wenn es eine Rechtsfrage konstatiert. Die Abgrenzung ist also die Spiegelung einer mehr oder weniger ausgeprägten Bindung des Richters an die Tatsachen, je unbestimmtere Rechtsbegriffe verwendet werden, je mehr Wertungen erforderlich sind, desto eher nimmt das Gericht eine Rechtsfrage wahr.

B. Wissen und Wollen

Dass der Sachverständige über normative Ressourcen verfügt, ist für sich allein keineswegs bedenklich. Festzuhalten ist freilich, dass dem Gesetzgeber – allenfalls dem Gericht – die Kompetenz-Kompetenz zukommt, über ihren Umfang zu entscheiden. Wie weit dieser zugemessen wird, ist eine rechtspolitische Frage. Dem Sachverständigen alle Wertungen zu nehmen, führte zu allzu kasuistischen und unflexiblen Regelungen und wäre wohl auch praktisch unsinnig. Wir müssen also zur Kenntnis nehmen, dass auch bei Sachfragen normative Standards zum Tragen kommen. Damit wird aber auch klar, worum es eigentlich geht: Nicht die Abgrenzung von Rechts- und Tatfrage ist das Thema, sondern die Trennung von Wissens- und Willensfunktionen, von Erkennen und Entscheiden.⁵⁴

Gerichte und Sachverständige haben gemeinsam, dass sie nach außen hin eher ungerne zugeben, dass ihr Produkt nicht nur das Ergebnis eines Denkprozesses, sondern auch einer Entscheidung ist. Das hat damit zu tun, dass das bloße „Entscheiden“ ganz demokratisch ist, jeder und jede kann das, während die Anwendung von Fachwissen Prestige verschafft. Natürlich wird man hier entgegenhalten, dass es um ein „wohl- abgewogenes Entscheiden“ geht etc, aber das ändert nichts daran, dass etwa Gerichte „Apparate zur ständigen Umwandlung von Entscheidungs- in Erkenntnisfunktionen“ sind⁵⁵ und dass noch jedes Gericht sein rechtsfortbildendes Urteil als Interpretation ausgegeben hat.

Worauf es also wirklich ankommt, ist Transparenz und Ideologieverzicht auf beiden Seiten. Was das Gericht betrifft, so ist aus meiner Sicht jene Rechtsprechung des VwGH so bedeutend, die von der Verwaltungsbehörde (dem Verwaltungsgericht) verlangt, im Sinne des § 60 AVG den „der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt [...] konkret“ festzustellen.⁵⁶ Es wäre zu klein gedacht, in dieser Anforderung nur eine Ermahnung zu einer möglichst geschickten und aufhebungsfesten Formulierung der Begründung zu sehen. Vielmehr kommt in ihr zum Ausdruck, dass das Gericht die Ergebnisse des Sachverständigen kritisch zur Kenntnis genommen und sich seine Ansicht zu Eigen gemacht hat. Freilich kann dies nur – wie stets im Recht – im Wege einer Zurechnung erfolgen, ob sich das Gericht diese Gedanken wirklich macht, bleibt im Dunkeln und ist eine Frage der richterlichen Ethik.

⁵⁴ Wie hier auch *Grunsky Wolfgang*, Grundlagen des Verfahrensrechts² (1974) 412.

⁵⁵ *Franßen Everhardt*, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, DVwBl 1998, 413 (417).

⁵⁶ Diese klassische Judikatur hat der VwGH nunmehr auch für die Kontrolle der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen neu akzentuiert – vgl zuletzt die Erk 21.10.2014, Ro 2014/03/0076; 15.12.2014, Ro 2014/04/0068; 17.12.2014, Ra 2014/03/0038; 28.01.2015, Ra 2014/18/0097; 24.02.2015, Ra 2014/19/0171; 20.05.2015, Ra 2015/10/0024.

Dabei hat das Gericht auch schon die Perspektive der Adressaten der Entscheidung einzunehmen: Sollen diese das Urteil akzeptieren, müssen sie dessen Gründe verstehen. Versteht sie schon der Richter nicht, kann man diese Akzeptanz von den Verfahrensparteien – zumal, wenn sie im Verfahren unterliegen – schwerlich verlangen.

Wendet man den Blick auf den Sachverständigen, so darf dieser nicht vorspiegeln, seine Feststellungen stets aus reinem Sachverstand zu treffen. Auch das Argument, bestimmte Normierungen würden wesensgemäß zu einer Sache gehören, etwa die medizinische Forschung verlange eine spezifische Ethik, die nur Ärzte handhaben könnten und die dem rechtlichen Zugriff grundsätzlich entzogen sei, ist Ideologie. Damit ist – und das ist wichtig hier zu unterstreichen – nicht gemeint, dass man zB bestimmte Entscheidungen nicht den Ärzten überlassen sollte, aber sie agieren eben dann in einem Freiraum, in den sie das Recht quasi „hineinstellt“ und dessen Grenzen sehr heikel sein können. Wesentlich ist, dass der Sachverständige normative Räume, also Wertungen offenlegt, um sie so der richterlichen Kontrolle zu öffnen. Keinesfalls aber darf der Sachverständige die richterliche Beweiswürdigung vorwegnehmen.

C. Koexistenz

Bei der Rechtsanwendung müssen Rechtsverstand und Sachverstand zusammenwirken, Gericht und Sachverständiger sind aufeinander angewiesen. Manchmal wird angenommen, dass die andauernde und vertiefte Zusammenarbeit zu einer Art „Osmose“ führen kann. Dies in dem Sinn, dass sich ein Gericht mit der Zeit immer besser in eine Sachmaterie einarbeitet und der Sachverständige immer mehr mit der rechtlichen Gegebenheiten vertraut wird.⁵⁷ Darüber hinaus wird zur Vermeidung von Schwierigkeiten wie oft in Situationen unklarer Kompetenzabgrenzungen ein vermehrter „Dialog“ gefordert.⁵⁸

Das sind gewiss begrüßenswerte Ansätze und Überlegungen. Man kann die Sache aber auch kritisch sehen: Gerade weil der Sachverständige über das Fachwissen verfügt, das hernach vom Richter in eine Norm gegossen, also damit immunisiert wird, kann es zu einer allzu engen Beziehung kommen, bei der beide Teile in einem negativen Sinn „aufeinander zuarbeiten“. Das Gericht verlässt sich bei der Legitimation seiner Entscheidung auf das Fachwissen des Sachverständigen, dieser aber auf dessen Immunisierung durch den normsetzenden Richter.⁵⁹ Im Ergebnis bedeutet das nicht nur einen Verlust von Qualität, sondern vor allem auch von Verantwortung: Das Gericht wähnt sie beim Sachverständigen, dieser beim Gericht. Mir scheint, dass diese Gefahr vor allem dort besteht, wo es zu einem regelmäßigen Zusammenwirken eines bestimmten Gerichts mit ganz bestimmten Sachverständigen geht.⁶⁰ Die Probleme entstehen dabei gewiss nicht durch Korruption, viel eher aus Überlastung oder

⁵⁷ In diese Richtung *Klecatsky* (Fn 8) 316.

⁵⁸ So von *Bergthaler Wilhelm*, „Ingenieure versus Juristen“, RdU 2012, 55 (59), der die Situation vor Augen hat, dass ein Gericht über einen „Methodendisput“ zu entscheiden hat.

⁵⁹ Für Deutschland krit *Boehme-Neßler Volker*, Wortspende, in *Kammholz Karsten*, Warum bayerische Richter immer wieder denselben Gutachter bestellten, Die Welt 02.06.2008, online unter <welt.de/welt_print/article2056490/Warum-bayerische-Richter-immer-wieder-denselben-Gutachter-bestellten.html> (08.03.2016).

⁶⁰ Diese Frage ist umstritten – vgl die regelmäßige Zusammenarbeit bejahend *Grafl* (Fn 47) 26.

Bequemlichkeit. In durchaus kontraintuitiver Weise mag es also gerade darum gehen, eingespielte Routinen zu brechen. Freilich wäre dies empirisch zu belegen und somit bereits jenseits der Kompetenz des Autors.

Verwendete Literatur

- Attlmayr Martin*, Der Sachverständige, in *Attlmayr Martin/Walzel von Wiesentreu Thomas E.* (Hg), Sachverständigenrecht² (2015) 1.
- Bergthaler Wilhelm*, „Ingenieure versus Juristen“, *RdU* 2012, 55.
- Boehme-Neßler Volker*, Wortspende, in *Kammholz Karsten*, Warum bayerische Richter immer wieder denselben Gutachter bestellen, *Die Welt* 02.06.2008, online unter <welt.de/welt_print/article2056490/Warum-bayerische-Richter-immer-wieder-denselben-Gutachter-bestellten.html> (08.03.2016).
- Comanducci Paolo*, Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists, in *Comanducci Paolo/Guastini Riccardo* (Hg), *Analisi e Diritto* (1999) 101.
- Eisenberger Iris*, Innovation im Recht (in Druck).
- Engisch Karl*, Einführung in das juristische Denken⁹ (1996).
- Franßen Everhardt*, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, *DVwBl* 1998, 413.
- Funk Bernd-Christian*, Aufgaben des Sachverständigen im Rahmen rechtlicher Entscheidungen, in *Aicher Josef/Funk Bernd-Christian* (Hg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 1.
- Foucault Michel*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses¹⁵ (2001).
- Grafl Christian*, Die Rolle des Sachverständigen im Prozess, *juridikum* 2008, 24.
- Grunsky Wolfgang*, Grundlagen des Verfahrensrechts² (1974).
- Jablonek Clemens*, Private Rechtssetzung – Begriff und verfassungsrechtlicher Rahmen, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hg), *Privatisierung der Rechtsetzung* (in Druck).
- James Harold*, Die Bergier-Kommission als Wahrheitskommission, in *Frei Norbert/van Laak Dirk/Stolleis Michael* (Hg), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit* (2000) 130.
- Kaufmann Arthur*, Das Problem der Abhängigkeit des Strafrichters vom medizinischen Sachverständigen, *JZ* 1985, 1065.
- Kelsen Hans*, *Reine Rechtslehre*² (1960).
- Kelsen Hans*, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).
- Klecatsky Hans R.*, Der Sachverständigenbeweis im Verwaltungsverfahren, *ÖJZ* 1961, 309.
- Kneihs Benjamin*, Rechtskraft. Eine allgemeine Untersuchung aus Anlass einer spezifischen Diskussion, *ZVR* 2015, 171.
- Kolonovits Dieter/Muzak Gerhard/Stöger Karl*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts¹⁰ (2014).
- Kopetzki Christian*, *Unterbringungsrecht I* (1995).
- Luhmann Niklas*, *Das Recht der Gesellschaft* (1993).
- Luhmann Niklas*, *Organisation und Entscheidung* (2000).
- Luhmann Niklas*, *Einführung in die Systemtheorie*⁶ (2011).
- Mayer Heinz*, Der Sachverständige im Verwaltungsverfahren, in *Aicher Josef/Funk Bernd-Christian* (Hg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 131.
- Merkl Adolf*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927).
- Merli Franz*, Instrumente der Integration von Sachverstand, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hg), *Sachverstand im Wirtschaftsrecht* (2013) 173.
- Merli Franz*, Unabhängiges Gericht und abhängiger Sachverstand, *ZfV* 2015, 28.
- Möllers Christoph*, Kognitive Gewaltengliederung, in *Röhl Hans Christian* (Hg), *Wissen – Zur kognitiven Funktion des Rechts*, *Die Verwaltung Beiheft* 9 (2010) 113.
- Müller Friedrich*, *Strukturierende Rechtslehre*² (1994).
- Pawlowski Hans-Martin*, *Methodenlehre für Juristen*³ (1999).
- Petschek Georg/Stagel Friedrich*, *Der österreichische Zivilprozess* (1963).
- Pollack Karin*, Recht psychisch. Mängel bei Gutachtern in Österreich, *Der Standard* 21.02.2016, <derstandard.at/2000031444267/Recht-psychisch-Maengel-bei-Gutachtern-in-Oesterreich> (08.03.2016).
- Pürgy Erich*, Rechts- und Sachfragen, in *WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hg), *Sachverstand im Wirtschaftsrecht* (2013) 17.
- Rechberger Walter H.*, Die Überprüfung von Erfahrungssätzen in der Revisionsinstanz, *ÖJZ* 1974, 113.

- Rechberger Walter H./Simotta Daphne-Ariane*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren⁸ (2010).
- Ringhofer Kurt*, Von der Bedeutung des Sachverhaltes für die Rechtskraft verwaltungsbehördlicher Bescheide, ÖJZ 1953, 87.
- Ringhofer Kurt*, Strukturprobleme des Rechts. Dargestellt am Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 (1966).
- Ringhofer Kurt*, Der Sachverhalt im verwaltungsgerichtlichen Bescheidprüfungsverfahren, in Lehne Friedrich/Loebenstein Edwin/Schimetschek Bruno (Hg), Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. FS 100 Jahre VwGH (1976) 351.
- Röhl Klaus F.*, Allgemeine Rechtslehre (1995).
- Schweizer Mark*, Beweiswürdigung und Beweismaß (2015).
- Searle John*, Making the Social World. The Structure of Human Civilization (2010).
- Spencer-Brown George*, Laws of Form/Gesetze der Form (1997).
- Springer Gudrun*, Sterbehilfe: Zwischen Lebenserhaltung und Strafverfolgung, Der Standard 11.11.2015, <derstandard.at/2000025482604/Sterbehilfe-Zwischen-Lebenserhaltung-und-Strafverfolgung> (08.03.2016).
- Strohmayr Peter*, Urteilswirkungen. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (2001).
- Tezner Friedrich*, Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens² (1925).
- Walter Robert*, Hans Kelsens Rechtslehre (1999).
- Walter Robert/Mayer Heinz*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁷ (1999).
- Walzel von Wiesentreu Thomas E.*, Die Stellung der Sachverständigen im Gefüge der Verfassung, Attlmayr Martin/Walzel von Wiesentreu Thomas E. (Hg), Sachverständigenrecht² (2015) 51.
- Wiederin Ewald*, Der Schluss des Ermittlungsverfahrens, ecolex 1999, 370.
- Winkler Günther*, Das Recht und die Rechtswissenschaft (2014).
- Wolff Karl*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts² (1947).
- Zechner Alfons*, § 503 ZPO, in Fasching Hans W./Konecny Andreas (Hg), Zivilprozessgesetze² (Stand 31.03.2005, rdb.at).