SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und **Klaus Zeleny**

Wien 2013

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts

1. Wer – wie Ihr Referent – rasch ein Bild von der Bedeutung der „Rechtskraft"[1]) gewinnen will, kann leicht in Verwirrung geraten, so differenziert wird der Gegenstand behandelt. Man greift dann vielleicht zu dem von Heinz Mayer herausgegebenen „Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht"[2]) und findet dort Folgendes: „Rechtskraft ist ein Begriff, mit dem verschiedene Rechtswirkungen von individuellen Rechtsakten zusammengefasst werden. Man unterscheidet die formelle Rechtskraft – diese Wirkung wird auch mit dem Begriff Unanfechtbarkeit bezeichnet – und die materielle Rechtskraft. Die unter diesem Begriff zusammengefassten Wirkungen sind die Unwiderrufbarkeit, die Unwiederholbarkeit und die Verbindlichkeit." Mit dieser Umschreibung sind wir schon in medias res, will sagen, ganz in der Problematik.

Denn Rechtskraft ist ein für das Verfahrensrecht zwar zentraler, gleichwohl aber schillernder Begriff. Die Verfahrensgesetze verwenden ihn, auch – wenngleich nicht so oft, wie man meinen könnte – AVG und VStG, nicht übrigens das VVG. Wir haben es daher einerseits mit einem Rechtsbegriff, andererseits mit einem rechtswissenschaftlichen Begriff zu tun. Mit dem Rechtsbegriff Rechtskraft, insbesondere mit seiner Bedeutung in der BAO, möchte ich mich im Folgenden nicht auseinander setzen. Prof. Lang wird zu diesem Thema den abschließenden Vortrag halten und damit den Bogen schließen. Obzwar dies unbestreitbar zu einem Defizit führt, soll im Folgenden – um den Rahmen nicht zu sprengen – nicht auch auf die justizielle Rechtskraftlehre eingegangen werden.

Rechtswissenschaftliche Begriffe und Rechtsbegriffe beeinflussen einander; so ist es auch bei der Rechtskraft. Im österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht ist dieser Zusammenhang ganz spezifisch, darum werden die folgenden Ausführungen hauptsächlich kreisen.

Auszugehen ist davon, dass das Kriterium für die Verwendung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs ausschließlich seine Zweckmäßigkeit sein kann. Auch wenn jede Begriffsbildung ein dezisionistisches Element enthält, ist eine rationale Diskussion keineswegs ausgeschlossen.[3]) Rationale Kriterien für die Einführung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs sind die so ermöglichte bessere Strukturierung und Systematisierung des positiven Rechts, sei es durch einen trennscharfen Begriff, der das Rechtsmaterial hierarchisiert, sei es durch die Aufstellung eines „Typus". Gelungen ist die Begriffsbildung, wenn

---

[1]) Der Ausdruck wird im Folgenden ohne Anführungszeichen geschrieben.

[2]) Vgl. *Perthold*, in *H. Mayer* (Hrsg.), Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht (2003) 384.

[3]) Vgl. nur *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in *Ermacora/Funk/Koja/Rill/Winkler* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 35 (36) m.w.H.

etwa ein gängiger, aber vage gebliebener fachsprachlicher Begriff im Lichte des positiven Rechts präziser gefasst wird. Ein weiteres Kriterium ist der Wert eines Begriffs für die interdisziplinäre Kommunikation.

2. Herkömmlicherweise unterscheidet man „formelle" und „materielle" Rechtskraft:[4]) Wenn die Verfahrensparteien einen Bescheid nicht mehr anfechten können, so ist er formell rechtskräftig, und somit „nach außen" in seinem Bestand gesichert. Verfahrenstheoretisch ist diese Begriffsbildung ganz unproblematisch, im positiven Verfahrensrecht keineswegs. Dort ist mit „formeller Rechtskraft" nämlich gemeint, dass der Bescheid nicht mehr durch „ordentliche" Rechtsmittel anfechtbar ist, wohl aber durch außerordentliche Rechtsmittel, Rechtsbehelfe oder mittels Beschwerde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts.[5]) Der Gebrauchswert des Begriffs ist daher stark relativiert oder überspitzt gesagt: er liegt genau darin, gegenüber einem etwa rechtssuchenden Laien spezifisches Fachwissen zu offenbaren: Es gibt ja doch noch eine Möglichkeit, noch ist das letzte Wort nicht gesprochen.

3. Ungleich schlimmer ist es um den Begriff „materielle Rechtskraft" bestellt. Dabei geht es zunächst um die Relation des erlassenen Bescheids gegenüber der staatlichen Autorität. In seinem prozessualen Kern bezeichnet der Begriff die „Unwiderrufbarkeit" des Bescheids, d.h. seine Bestandssicherheit „nach innen". Die Zweckmäßigkeit dieses Begriffes ist unter verschiedenen Aspekten zweifelhaft:

Zunächst ist er mehrdeutig, denn er wurde (und wird) auch verwendet, um verfahrensrechtliche Phänomene der „Verbindlichkeit" des Bescheids in sachlicher, persönlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht zu beschreiben.[6]) Dies vor allem von der älteren Lehre vor Merkl – Bernatzik, Tezner, Herrnritt, auch noch Körner.[7]) Auch die neuere Literatur – vgl. z.B. das eingangs zit. Lexikon – folgt zum Teil dieser Begriffsbildung, wir kommen darauf noch zu sprechen. Merkl freilich interessierte nur mehr die „Unwiderrufbarkeit". Nach ausführlicher Analyse der verwirrenden – weil Verschiedenes mit demselben Wort bezeichnenden – Begriffsbildung kommen Walter/Mayer zum Ergebnis, dass die „aufgezeigte Divergenz ... den Terminus ‚materielle Rechtskraft' (‚äußere Rechtskraft') unzweckmäßig erscheinen" lässt.[8])

4. Davon abgesehen spricht gegen den aktuellen Gebrauch des Begriffs weiters die Überlegung, dass er seine rechtshistorische Funktion eingebüßt hat:

Franz Weyr brachte dies auf den Punkt, als er 1930 – ganz unter dem Eindruck Merkls – formulierte, dass die materielle Rechtskraft nur unter der Voraussetzung zum Problem werde, dass diese Institution nicht ausdrücklich

[4]) Auch als „äußere" und „innere" Rechtskraft bezeichnet.

[5]) Vgl. schon *Ringhofer*, Von der Bedeutung des Sachverhalts für die Rechtskraft verwaltungsbehördlicher Bescheide. Gedanken zu einer Kritik des § 68 AVG, ÖJZ 1953, 87 (89).

[6]) Vgl. im Einzelnen *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts[8] (2003) Rz. 459 und 465 ff.

[7]) Vgl. im Einzelnen *Walter/Mayer*, Grundriss[8] Rz. 458 ff.

[8]) Vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss[8] Rz. 459.

von der Rechtsordnung geregelt sei.[9]) Tatsächlich kam dem Begriff der materiellen Rechtskraft die größte Bedeutung zu, als sich rechtsstaatliche Verhältnisse durchzusetzen begannen: Erst in jenem Maße, in dem die Verwaltung verrechtlicht und insbesondere ein Verwaltungsverfahrensrecht herausgebildet wurde, entwickelte sich auch die publizistische Rechtskraftlehre. In der österreichischen Lehre wurde mit „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft" von Edmund Bernatzik 1886 ein erster Höhepunkt erzielt. Dabei ging es im Kern um Folgendes: Während die formelle Rechtskraft, also die Bestandskraft der Verwaltungsakte gegenüber Anfechtungen der Betroffenen, der Rechtssubjekte, unzweifelhaft war, hielt man es für durchaus diskussionswürdig, wie weit umgekehrt auch die Verwaltungsbehörde an den Verwaltungsakt gebunden sein sollte. Denn eine solche Bindung erschien unvereinbar mit der Pflicht der Verwaltung, die öffentlichen Interessen zu wahren. Diese Sichtweise lehnt Bernatzik ab, da dann die Parteienrechte „geradezu im Ermessen der Verwaltung" lägen und überhaupt keine Rechte mehr wären.[10]) Wenigstens die verwaltungsbehördlichen Entscheidungen, bei denen die Verwaltungsbehörden gleich Gerichten rechtsprechend tätig wären, müssten rechtskräftig werden.[11])

Merkl setzte dann mit seiner Lehre von der Rechtskraft 1923 den Schlussstrich unter diese Debatte.[12]) Dabei verband er – ein Schulbeispiel für die Anwendung der Reinen Rechtslehre – Ideologiekritik und rechtstheoretische Verallgemeinerung: Das „öffentliche Interesse" sei ein Zweckbegriff, um der Behörde die Möglichkeit zum Eingreifen zu geben, wann immer sie es wünsche.[13]) Die Geltungsdauer eines Verwaltungsaktes hingegen sei eine Eigenschaft, die dieser als Rechtsakt mit allen anderen Rechtsakten teilte. Um die Geltungsdauer zu beenden, bedarf es einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zur Derogation. Merkl entwickelt somit einen gleichsam bereinigten Rechtskraftbegriff: Formelle Rechtskraft als Unveränderlichkeit eines Staatsaktes durch einen auf Grund eines Parteiantrages ergehenden Akt, materielle Rechtskraft als Unveränderlichkeit eines Aktes durch einen gleichartigen Akt überhaupt.[14])

Merkls Lehre gilt als „Initialzündung" für die Schaffung des § 68 AVG, der – neben den in § 69 AVG enthaltenen Ermächtigungen zur amtswegigen „Wiederaufnahme des Verfahrens" – die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen zur Bescheidrevision ermächtigt und damit jeden anderen Eingriff in

[9]) *Weyr*, Die Verfahrensordnung der politischen Verwaltung in der Čechoslovakei (1930) 77.

[10]) Vgl. *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien (1886) 118. Zum Folgenden vgl. genauer als hier: *Kucsko-Stadlmayer*, Merkls Rechtskraftlehre, in *Walter* (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit (1990) 117 (119).

[11]) Zur Bedeutung der Lehre *Bernatziks* vgl. *Ringhofer*, ÖJZ 1953, 91.

[12]) *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff (1923).

[13]) *Merkl*, Rechtskraft 156; vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, in *Walter* (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit 120.

[14]) Vgl. *Merkl*, Rechtskraft 270, 273 und dazu *Kucsko-Stadlmayer*, in *Walter* (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit 126.

den Bestand des Bescheides untersagt.[15]) Hat man aber einmal erkannt, dass die „innere" Unabänderlichkeit eine rechtslogische Notwendigkeit ist, der das positive Recht nur entgegenwirken kann, so hat die materielle Rechtskraft – als Begriff! – ausgedient. Sie war – im Wesentlichen – ein Argument gegen das unbeschränkte Ermessen der Behörde, einen Rechtsakt zu beseitigen. In jenem Maße wie dieses Ermessen beschränkt wird, verblasst der Argumentationswert der materiellen Rechtskraft. Für den Geltungsbereich des AVG mit seinen detaillierten Regelungen hat er ausgedient.[16])

5. Der Begriff der materiellen Rechtskraft ist aber auch auf der inhaltlichen Ebene instabil: Denn das positive Recht nimmt die Wirkungen der materiellen Rechtskraft, und zwar gerade in der Kernbedeutung der Unveränderlichkeit, so weit zurück (§ 68 Abs. 2 und 4 bis 6 i.V.m. den jeweiligen Ermächtigungen), dass von einem „Grundsatz" gerade noch die Rede sein kann.[17]) In der Judikatur des VwGH findet sich die Feststellung, der österreichischen Gesetzessprache sei die Unterscheidung von formeller und materieller Rechtskraft überhaupt fremd. Und der VwGH geht über die Semantik noch hinaus und meint angesichts der vielen Durchbrechungen wohl überscharf, dass die materielle Rechtskraft – die Unabänderbarkeit – ein von der Lehre entwickelter Begriff sei, der in der österreichischen Verwaltungsrechtsordnung verhältnismäßig wenig zum Tragen komme.[18])

6. Walter/Mayer, die 1977 zum ersten Mal das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht systematisch darstellen, entwerten den Rechtskraftbegriff auch aus rechtsdogmatischer Sicht, d.h. im Hinblick auf seine erklärende Funktion: Zwar erhalten sie den Begriff der formellen Rechtskraft als Synonym für „Unanfechtbarkeit" von Bescheiden noch aufrecht, die materielle Rechtskraft lassen sie aber explizit fallen. Stattdessen erörtern sie die einschlägigen Fragen in einem Kapitel über die „Rechtswirkungen des Bescheids".[19]) Hier legen die Autoren dar, welche Konsequenzen das Verfahrensrecht regelmäßig an Bescheide knüpft. Schon präzise aus dem AVG schöpfend nennen sie die Effekte der Unanfechtbarkeit (= „formelle Rechtskraft"), Unwiderrufbarkeit, Unwiederholbarkeit, Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit des Bescheides, dann noch die Tatbestandswirkung. Die seit der ersten Auflage des „Grundrisses" erschienenen Lehrbücher stehen offensichtlich unter diesem Einfluss, wenn sie die Auffächerung der Bescheidwirkungen mehr oder weniger übernehmen. Allerdings wird die Konsequenz, den Rechtskraftbegriff zu vermeiden oder kritisch zu behandeln, kaum gezogen. Vielmehr wird Rechtskraft als Oberbegriff für zumindest einige jener Phänomene verwendet, die Walter/Mayer unter den „Rechtswirkungen des Bescheids" behandeln.[20])

[15]) Vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, in *Walter* (Hrsg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit 133 m.w.H. und *Wiederin*, Gilt die lex-posterior-Regel zwischen Bescheiden?, ZfV 1992, 249 (250).

[16]) Ein Rest dieser Problematik zeigt sich im heutigen positiven Verwaltungsverfahrensrecht übrigens an der eigenartigen Konstruktion, dass die Ausübung der behördlichen Befugnisse nach § 68 AVG grundsätzlich Ermessenssache ist (vgl. z.B. *Walter/Mayer*, Grundriss[8] Rz. 655). Dies ist zwar zutreffend in der Relation zu den Betroffenen, die eben keinen Rechtsanspruch haben, sonst würde ja auch eine begriffliche Kontradiktion vorliegen. Unter der Geltung des Legalitätsprinzips (Art. 18 Abs. 1 B-VG) kann aber wohl kaum von Ermessensentscheidungen gesprochen werden. Deutlich wird dies namentlich bei der Auslegung des § 68 Abs. 2 AVG. Demnach können von Amts wegen Bescheide, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist, sowohl von der Behörde oder vom UVS, die oder der den Bescheid erlassen hat, als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden. Der eine triviale Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist die Aufhebung von belastenden Bescheiden, die die Behörde nachträglich als rechtswidrig erkennt. Diese Ermächtigung wird hauptsächlich zur Klaglosstellung eingesetzt (§ 33 VwGG. – Zu beachten ist, dass diese Bestimmung eine Ermächtigung zur Bescheidaufhebung oder -abänderung nicht enthält, sondern voraussetzt. Allerdings prüft der VwGH, wenn keine Anfechtung erfolgt, was im Einparteienverfahren kaum denkbar erscheint, nicht, ob von § 68 Abs. 2 AVG rechtmäßig Gebrauch gemacht wurde.). Fraglich ist aber, ob § 68 Abs. 2 AVG auch Anwendung finden kann, wenn der Bescheid rechtmäßig ist. Von der Lehre, soweit sie dieses Problem erkennt, wird betont, dass die Ermächtigung dann nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn eine gesetzliche Verpflichtung der Behörde besteht, oder es wird gefordert, dass sowohl der erste als auch der zweite Bescheid rechtmäßig wären (vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss[8] Rz. 659 und die dort zit. Jud. des VwGH; *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht[3] [2004] 285; zu damit zusammenhängenden Problemen vgl. auch *Wiederin*, ZfV 1992, passim). Dies ist aber nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Behörde relativ große Ermessensräume zustehen, sei es auch in der Form der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe. Zudem ist dieser Fall ja auch stets von jenem abzugrenzen, in dem bereits durch Änderung des Sachverhaltes die Grenzen der Rechtskraft überschritten sind.

[17]) Auch *Walter/Mayer*, Grundriss[8] Rz. 460, betonen, dass die zahlreichen Widerrufsermächtigungen den „relevanten Gedanken der Rechtssicherheit stark in den Hintergrund treten lassen". Besonders krasses Beispiel ist der Gewerbeschein, jetzt die Eintragung in das Gewerberegister: Praktisch jede Rechtswidrigkeit ist zugleich ein Nichtigkeitsgrund (§ 363 GewO).

[18]) Erk. vom 26. 9. 1984, 84/11/0166.

[19]) *Walter/Mayer*, Grundriss[8] Rz. 457 ff.

[20]) Konsequent in der Vermeidung der Rechtskraft-Terminologie allein *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht[2] (2003) passim, die Rede ist von „Bestandskraft" (Rz. 968). *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1996) 576, behandeln unter „Die Rechtswirkungen des Bescheides" zunächst Verbindlichkeit, Vollstreckbarkeit und Tatbestandswirkung, hernach die Rechtskraft gemeinsam mit der Fehlerhaftigkeit von Bescheiden. *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht[2] (1980) 262, sprechen ebenfalls von „Rechtswirkungen von Bescheiden" und behandeln darunter Rechtskraft, Verbindlichkeit, Vollstreckbarkeit und Tatbestandwirkung. *Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht[3] 216, behandelt unter der Überschrift „Wirkungen von Bescheiden" die Kapitel „Rechtskraft" – mit Unabänderlichkeit, Wiederholungsverbot und Bindungswirkung – „Geltungsbereich von Bescheiden – die ‚Grenzen der Rechtskraft'", dann „Vollstreckbarkeit" und „Tatbestands- und Gestaltungswirkung". *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht[3] (2005) Rz. 558 geht auf Rechtskraft unter dem Übertitel „Abänderung und Behebung von Bescheiden von Amts wegen" – also von Haus aus in engster Verbindung mit der Fehlerlehre – ein und unterteilt dann in 1. Rechtskraft – mit der Behandlung der formellen und der materiellen Rechtskraft und der Grenzen der Bescheidwirkungen – und 2. Durchbrechung der Rechtskraft. Am Eingangs zitierten „Fachwörterbuch" fällt auf, dass es die Verbindlichkeit – entgegen *Walter/Mayer* – wieder der materiellen Rechtskraft zurechnet. Die Umschreibung ist im Sinne des lexikalischen Charakters eher als Wiedergabe eines üblichen juristischen

7. Einiges spricht also dafür, jedenfalls den Begriff der materiellen Rechtskraft zum alten Eisen zu werfen: Durch die Positivierung der Bescheideffekte ist er überflüssig geworden. Die Ausdifferenzierung des positiven Verwaltungsverfahrensrechts ermöglicht es, die – recht inhomogenen – Wirkungen des Bescheids im Einzelnen zu beschreiben. Selbst der Oberbegriff „Rechtskraft" erscheint nicht unentbehrlich. Überflüssiges kann bekanntlich leicht Verwirrung stiften, schon deshalb sollte man darauf verzichten, getreu der alten positivistischen Regel: „nomina non sunt multiplicanda sine necessitate."

8. Das Zusammenspiel von rechtstheoretischer Einsicht und positivrechtlicher Regelung ist geradezu ein Schulbeispiel dafür, in welcher Weise die Rechtslehre auf die Rechtsordnung wirken kann. Merkls Rechtskraftlehre von 1923 beeinflusste unmittelbar den Verfahrensgesetzgeber des Jahres 1925. Dabei fand allerdings nicht ein rechtswissenschaftlich konstruierter Begriff „Rechtskraft" Eingang in das positive Recht, seine Gestaltung war viel eher das Ergebnis der Kritik eines rechtswissenschaftlichen Begriffs. § 68 AVG ist in der Tat ein Meilenstein der österreichischen Rechtsentwicklung.[21])

9. Von Karl Popper haben wir freilich gelernt, dass Disputationen über Begriffe unfruchtbar sind.[22]) Manchmal leisten sie gerade wegen ihrer Ungenauigkeit gute Dienste. Immerhin ist der Begriff Rechtskraft im juristischen Sprachgebrauch so geläufig, dass die Juristen von ihm nur ungern Abschied nehmen würden. Selbst Merkl sagt, dass es die „Ökonomie des Erkenntnisprozesses" verlange, „dass man ausgeprägte feststehende Begriffe möglichst ungeändert" übernimmt.[23]) Das zeigt ja auch sein Festhalten am Rechtskraftbegriff und schließlich auch der Titel unseres heurigen Seminars. Es ist wohl so, dass die Leistungskraft des Begriffes Rechtskraft nicht so sehr in der nach innen gerichteten Dogmatik des positiven Verfahrensrechtes sichtbar wird, sondern vielmehr in der Repräsentation des Rechtssystems nach außen. Es gibt ganz offensichtlich ein Bedürfnis, den – wenn auch unscharfen – Gedanken der „Unabänderlichkeit" eines Rechtsaktes, des „letzten Wortes" zu benennen, immer mit der Gefahr, dass durch die Verwendung des eigentlich unglücklichen Kraftbegriffs der Eindruck erweckt wird, die Unabänderlichkeit sei irgendeine mystische Substanz des Rechtsaktes und nicht das Resultat kontingenter positiv-rechtlicher Gestaltung. Ein wenig verhält es sich mit der

Sprachgebrauchs zu verstehen und weniger als eine wissenschaftliche Begriffsfestlegung.

[21]) Vgl. allerdings die – verfahrenstheoretische – Kritik *Ringhofers,* ÖJZ 1953, 92, und zu den damit zusammenhängenden Fragen *Schick,* „Unwiderrufbarkeit" als Rechtskraftwirkung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (2007) 121 <bibliographische Angaben 2013 vervollständigt. Anm. der Hrsg.>.

[22]) Vgl. *Popper,* Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf[4] (1984) 127: „Denn Begriffe sind teils Mittel zur Formulierung von Theorien, teils Mittel, sie zusammenzufassen. Auf jeden Fall haben sie hauptsächlich eine instrumentale Bedeutung; und man kann sie immer durch andere Begriffe ersetzen." Vgl. auch 323.

[23]) Dies freilich nur, solange eben diese „Ökonomie des Erkenntnisprozesses nicht das Gegenteil" verlange – *Merkl,* Rechtskraft 170.

Rechtskraft so wie mit einem impressionistischen Gemälde, das aus einer bestimmten Entfernung zu betrachten ist. Aus dieser leistet der Begriff gute Dienste und seine Konturen werden erkennbar. Je näher man tritt, desto mehr verschwimmt er.

10. Noch unter einem weiteren Aspekt ist die Behandlung der Rechtskraftproblematik kompliziert: Traditionell wird nämlich die Rechtskraft in eine Verbindung mit der Frage gebracht, wie weit ein fehlerhaft erzeugter Rechtsakt – hier Bescheid – überhaupt oder wenigstens vorläufig – Geltung haben soll. Nach Merkl ist die Lehre von der Rechtskraft beherrscht von der Vorstellung eines „Funktionsparallelismus". Die materielle Rechtskraft erfülle nämlich darüber hinaus die Funktion, rechtswidrige Akte rechtmäßig zu machen oder als rechtmäßig zu fingieren.[24]) Merkl purifiziert die Rechtskraftlehre nun auch in diese Richtung: In Wahrheit sei die scheinbare Transformation von Unrecht in Recht nämlich keine Funktion der Rechtskraft, sondern eines davon zu unterscheidenden Rechtsinstituts, des Fehlerkalküls, der nur rechtstechnisch mit der Normierung der Rechtskraft verknüpft zu werden pflegt.[25]) Auch diese Lehre setzen Walter/Mayer am konsequentesten fort: Denn sie behandeln in ihrem Lehrbuch die Frage der „Abänderung und Behebung rechtskräftiger Bescheide von Amts wegen", also die Dogmatik des § 68 AVG, gesondert von der Erörterung der „Rechtswirkungen des Bescheids".[26]) Die meisten anderen Lehrbücher hingegen verbinden die Darstellung beider Phänomene miteinander:[27]) Für die Trennung spricht der rechtstheoretische Zugang, für die gemeinsame Behandlung spricht, dass das AVG beide Phänomene rechtstechnisch miteinander verknüpft. § 68 AVG regelt eben Bestand und Fehlerkalkül unter einem. Es geht hier also eher um eine Frage der Didaktik.

11. Nähern wir uns – wie oben angedeutet – dem Phänomen der Rechtskraft auf mittlerer Distanz, so passen beide Phänomene doch gut zusammen. Ein in dieser Hinsicht unverdächtiger Gewährsmann ist Kelsen, der in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre unter dem Titel „Rechtskraft" hauptsächlich das Phänomen der fehlerhaften gerichtlichen Entscheidung behandelt. Wenn eine Rechtsordnung einer letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung Rechtskraft verleihe, bedeutet dies für Kelsen, dass nicht nur eine generelle Norm in Geltung stehe, die den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung vorausbestimmt, sondern auch eine generelle Norm, derzufolge das Gericht den Inhalt der von ihm zu erzeugenden individuellen Norm selbst bestimmen könne.[28]) Davon ausgehend deutet Kelsen den fehlerhaften unanfechtbaren Akt als Ergebnis einer „Alternativermächtigung", er löst dieses Problem also ganz anders als Merkl, der für solche Fälle absolute Nichtigkeit annimmt. Diese Frage muss hier nicht weiter vertieft werden. Deutlich wird aber, dass der

[24]) Vgl. *Merkl,* Rechtskraft 276.

[25]) Vgl. *Merkl,* Rechtskraft 277.

[26]) Vgl. *Walter/Mayer,* Grundriss[8] Rz. 648 ff., wobei die notwendige gedankliche Verbindung zwischen beiden Kapiteln selbstverständlich hergestellt wird.

[27]) So etwa bei *Thienel* und *Hengstschläger* – vgl. Fn. 20.

[28]) Vgl. *Kelsen,* Reine Rechtslehre[2] (1960) 273. Auch *Merkl* widmet sich in seiner Monographie schließlich der Fehlerfrage, vgl. *Merkl,* Rechtskraft 275.

„Funktionsparallelismus", den Merkl kritisierte, nicht von ungefähr kommt: Denn die hier besprochenen Phänomene lassen sich letztlich auf zwei Funktionen reduzieren: zum einen auf die Geltungsimmunisierung von Rechtsakten in zeitlicher Hinsicht, also die Einschränkung der Derogation durch eine lex posterior, und zum andern auf die Geltungssanierung, das heißt den Einbau eines Erzeugungselementes, das dazu dient, dass bestimmte Fehler entweder unbeachtlich sind, oder zur „Nichtigkeit" im Sinn des § 68 AVG führen können, also zur bloßen „Vernichtbarkeit". Gemeinsam ist beiden Elementen, dass sie in modernen Rechtsordnungen, die durch ihre Dynamik, d.h. durch ihre Veränderbarkeit, charakterisiert sind, statische Vorkehrungen einführen, die das System stabilisieren und nach außen hin schließen sollen. Gerade auf solche Zusammenhänge – und damit komme ich noch einmal auf die „Anschlussfähigkeit" des Rechtskraftbegriffs zurück – bezieht sich etwa auch Luhmann, der der Rechtskraft die Funktion zumisst, das „Endgültigkeitsdefizit" des Rechtssystems zu kompensieren, indem die Institution der Rechtskraft das Wiederholen der Prüfung unter gleichen Prämissen rechtmäßig blockiert.[29])

12. Wir haben über Rechtskraft bisher aus einer rein funktionellen Sicht gesprochen, ohne die Werte zu erörtern, die in diesen Phänomenen zum Ausdruck kommen. Diese Wertungen ergeben sich zum Teil aus höher- oder vorrangigen Schichten der Rechtsordnung, zum Teil sind sie externer Natur. Für die Rechtskraft spricht offensichtlich die „Rechtssicherheit", die sich bei näherer Betrachtung in unterschiedlichen Facetten zeigt: Rechtssicherheit verlangt zunächst, dass auch Rechtsakte, von denen behauptet werden kann, sie wären formell oder materiell rechtswidrig, dennoch Bestandskraft erlangen können. Dies ist aus Rechtsschutzgründen erforderlich, denn – so die Idee des „Fehlerkalküls" – nur ein zustande gekommener Akt kann bekämpft werden. Zuviel „absolute Nichtigkeit", also dezentralisierte Fehlerkontrolle, führt zum Zerfall der Rechtsordnung.

Es entspricht aber auch der Rechtssicherheit, dass diese – vielleicht zweifelhaften – Rechtsakte nach einer bestimmten Zeit eben nicht mehr bekämpft werden können, man spricht dann gern von der „Friedensfunktion" des Rechts. Ihr steht gegenüber, dass die Überprüfung des Rechtsaktes durch noch eine weitere Instanz oder nach längerer Zeit vielleicht zu mehr „Gerechtigkeit" oder, neutral formuliert, zu einer höheren dogmatischen Qualität („Richtigkeit") des Rechtsaktes führen könnte. Rechtsökonomisch betrachtet haben wir es dabei mit einem Grenzkosten- und Grenznutzenproblem zu tun. Denn jede weitere Steigerung der Rechtsqualität verursacht unverhältnismäßig hohe interne Kosten des Rechtssystems, möglicherweise aber auch volkswirtschaftliche Kosten.

Ein dritter – materieller – Aspekt der „Rechtssicherheit" ist der dem Rechtssystem eigene konservative Zug, der besonders in Eigentumsfragen eine Rolle spielt. Ermöglicht die Rechtsdynamik die ständige Veränderung und

[29]) Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (1993) 182. Vgl. auch „operative Schließung" durch Rechtskraft (213) und „Entlastung von einem dauernden Infragestellen" einer Entscheidung (316).

Anpassung des positiven Rechts an die Lebensverhältnisse, soll es bei bestimmten Rechtspositionen gerade umgekehrt sein, sie sollen gegen den Wandel der Verhältnisse geschützt werden. Der Ausgleich dieser leicht in Widerstreit geratenden Interessen erfolgt im Rahmen des Verfassungsrechts und insbesondere in Handhabung der Grundrechte.

Verzeichnis der Originalpublikationen

Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz, 1988) S. 75–95.

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter zum 60. Geburtstag (Wien: Manz, 1991) S. 293–315.

Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang Mantl/Kurt Ringhofer (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. FS für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag (Wien/New York: Springer, 1992) S. 189–201.

Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger/Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (Hrsg.), Für Staat und Recht. FS für Herbert Schambeck (Berlin: Duncker&Humblot, 1994) S. 441–457.

Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 29, 1998, Heft 1, S. 1–21.

Verrechtlichung und Rechtsdynamik, Zeitschrift für öffentliches Recht 54, 1999, Heft 2, S. 261–278.

Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Juristische Blätter, 123. Jg., 2001, Heft 3, S. 137–144.

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, Journal für Rechtspolitik 9, 2001, Heft 1, S. 34–46.

Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd. 10, Wien/New York: Springer, 2001) S. 19–43.

Vergangenes Recht, in: Carl Baudenbacher/Heinz Mayer/Hellwig Torggler (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, FS für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2002) S. 113–126.

„Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit", Österreichische Notariatszeitung, 135. Jg., 2003, Heft 2, S. 35–40.

Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS für Theo Öhlinger (Wien: WUV, 2004) S. 699–717.

Stufung und „Entstufung" des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht 60, 2005, Heft 2, S. 163–185.

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften, 16. Jg., 2005, Heft 1, S. 111–136.

Abschied eines Senatspräsidenten, in: Metin Akyürek/Gerhard Baumgartner/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher/Harald Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS für Heinz Schäffer (Wien/München: Manz/C.H. Beck, 2006) S. 295–311.

Das Gesetz als Problem, Juristische Blätter, 128. Jg., 2006, Heft 7, S. 409–414.

Am Rande des Rechtsstaates, Zeitschrift für Verwaltung, 31. Jg., 2006, Heft 4, S. 426–432.

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (Wien: Linde, 2007) S. 15–25.

Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 30, Wien: Manz, 2008) S. 99–113.

Der idealistische Mörder, in: Margarethe Lasinger (Red.), Programmheft der Salzburger Festspiele 2008 zu Fjodor M. Dostojewskij, Verbrechen und Strafe (Salzburg: Salzburger Festspielfonds, 2008) S. 26–29.

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 32, Wien: Manz, 2009) S. 169–182.

Person, Amt und Institutionen, in: Klaus Poier (Hrsg.), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (Schriftenreihe für öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Bd. 2, Wien/Graz: NWV, 2011) S. 17–25.

Richter im Zwiespalt, in: Brigitte Schenk/Elisabeth Lovrek/Gottfried Musger/Matthias Neumayr (Hrsg.), FS für Irmgard Griss (ohne Ort [Wien]: Jan Sramek, 2011) S. 315–333.

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, FS für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2011) S. 155–168.

Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Generaldirektion des Österreichischen Staatsarchivs (Hrsg.), Beruf(ung): Archivar, FS für Lorenz Mikoletzky (Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs 55, Innsbruck/Wien/Bozen: Studienverlag, 2011) Teil II, S. 1105–1127.