

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 381

**Die verwaltungsrechtliche Entscheidung
bei ungewissem Sachverhalt**

Von

Wilfried Berg



Duncker & Humblot · Berlin

WILFRIED BERG

**Die verwaltungsrechtliche Entscheidung
bei ungewissem Sachverhalt**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 381

Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt

Von

Prof. Dr. Wilfried Berg

Ordinarius für Öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht
an der Universität Bayreuth



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Als Habilitationsschrift auf Empfehlung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bonn gedruckt mit Unterstützung
der Deutschen Forschungsgemeinschaft**

Alle Rechte vorbehalten

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1980 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04703 6

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
<i>Erstes Kapitel</i>	
Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß	36
I. Geltungsgründe und Wirkungsweise der Untersuchungsmaxime im verwaltungsgerichtlichen Verfahren	37
II. Effektivierung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß ..	42
1. Mitwirkungsrechte und -pflichten unmittelbar und mittelbar Beteiligter im Verwaltungsprozeß	42
2. Beweismittelfreiheit der Verwaltungsgerichte	47
III. Rechtliche Begrenzung der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß	51
1. Das Risiko der „Uferlosigkeit“ verwaltungsgerichtlicher Ermittlungen	51
a) Eingrenzung durch Mitwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten?	51
b) Ermittlungspflichten nur beim „Aufdrängen“ von Zweifeln und Beweismitteln?	56
2. Risiken der „Inquisition“	57
a) „Beweisverbote“ zum Schutz des Privatbereichs	58
(a) Sachverhalte, bei deren Aufklärung Gefährdungen besonders naheliegen	59
(b) Gefährliche Ermittlungstechniken	60
b) Schutz der Exekutive	61
(a) Prozessuale Geheimnissicherung	61
(b) Materiell-rechtliche Geheimhaltungsgebote	63
<i>Zweites Kapitel</i>	
Zur Höhe der Beweisanforderungen und zur Beweiswürdigung im Verwaltungsprozeß	71
I. „Wahrer Sachverhalt“ und richterliche Überzeugung	71
1. Überzeugung und Wahrscheinlichkeit	71

2. Überzeugung in Prognosefällen	73
3. Die Subjektivität der richterlichen Überzeugung	74
II. Freie Beweiswürdigung im Verhältnis zu Vermutungen und Erfahrungssätzen	77
1. Gesetzliche Vermutungen im Verwaltungsrecht	78
a) Die widerleglichen gesetzlichen Tatsachenvermutungen (gesetzliche Vermutungen im engeren Sinne)	80
b) Die widerleglichen gesetzlichen Rechtsvermutungen	85
c) Zur „Widerleglichkeit“ gesetzlicher Vermutungen	85
d) Die unwiderleglichen gesetzlichen Vermutungen	88
e) Rechtmäßigkeitsvermutungen	90
(a) Die Freiheitsvermutung	90
(b) Die Rechtmäßigkeitsvermutung zugunsten der Exekutive	94
2. Tatsächliche Vermutungen, Erfahrungssätze und prima-facie-Beweis in ihrem Verhältnis zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Verwaltungsprozeß	96
a) Standort und System der Erfahrungssätze im Verwaltungsprozeß	96
(a) Standort	96
(b) System	100
b) Wirkungen der Erfahrungssätze im Verwaltungsprozeß	102
(a) Wirkungen auf den Gegenstand der Ermittlungen	102
(b) Wirkungen auf Art und Umfang der Ermittlungen	103
(c) Wirkungen auf die freie Beweiswürdigung	107
c) Berechtigung von Erfahrungssätzen	111
III. Herabstufung der Beweisanforderungen aufgrund prozeßrechtlicher Bestimmungen	115
1. Glaubhaftmachung	115
2. Schätzung	118
IV. Herabstufung der Beweisanforderungen aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung im materiellen Recht	124
V. Herabstufung der Beweisanforderungen aufgrund Auslegung und Fortbildung des materiellen Rechts	127
VI. „Zweifel“ als gesetzliches Tatbestandsmerkmal	131
1. Ausdrückliche Verwendung der Worte Zweifel und Ungewißheit im Gesetz oder die „Unmöglichkeit der Feststellung“ als Rechtsfolge-Voraussetzung	131
2. Annahmen, Gefahr, Verdacht und ähnliche Begriffe und Umschreibungen im Tatbestand	135

Drittes Kapitel

**Verfahrensrechtliche Techniken zum Abfangen
tatsächlicher Ungewißheit im Verwaltungsprozeß** 140

I. Zum Einfluß der Verwaltungsentscheidung auf die Sachverhaltsfeststellung im Verwaltungsprozeß	140
1. Beurteilungsspielraum und Ermessen als Grenzen der Sachverhaltsermittlung durch die Verwaltungsgerichte?	140
a) Beurteilungsspielraum	142
b) Ermessen	149
2. Zur Bedeutung der Sachverhaltsfeststellung im Verwaltungsv erfahren für die Beweiswürdigung im Verwaltungsprozeß	151
II. Zum Einfluß des sonstigen Verfahrensrechts auf den Umfang tatsächlicher Ungewißheit im Verwaltungsprozeß	158
1. Fristvorschriften	158
2. Insbesondere: prozessuale Fristen	159
3. Rechtskraft von Urteilen	161
4. Bestandskraft und Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten	162

Viertes Kapitel

Die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozeß 164

I. Begriff, Voraussetzung und Wirkung der Beweislastentscheidung im Verwaltungsprozeß	164
II. Beweislastregeln in Literatur und Rechtsprechung zum Verwaltungsprozeß	177
1. Verteilung der objektiven Beweislast nach der Stellung der Beteiligten im Prozeß	178
a) Zur Begründung dieser Ansicht	178
b) Kritische Stellungnahme	179
2. Verteilung der objektiven Beweislast nach den „allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts“	180
a) Zur Begründung dieser Ansicht	180
b) Kritische Stellungnahme	182
3. Verteilung der objektiven Beweislast nach Prinzipien wie „in dubio pro libertate“ und „in dubio pro auctoritate“	189
a) Zur Begründung dieser Ansichten	190
(a) In dubio pro libertate	190
(b) In dubio pro auctoritate	190
b) Kritische Stellungnahme	192
(a) Zur Beweislastregel aufgrund der „Freiheitsvermutung“	192

(b) Zu einer potentiellen Beweislastregel aufgrund der „Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Exekutivhandelns“ ..	195
4. Verteilung der objektiven Beweislast nach den materiellrechtlichen Angriffs- und Verteidigungspositionen	197
a) Zur Begründung dieser Ansicht	197
b) Kritische Stellungnahme	198
5. Verteilung der objektiven Beweislast nach Gesichtspunkten der Zumutbarkeit und Billigkeit	204
a) Zur Begründung dieser Ansicht	204
b) Kritische Stellungnahme	209
6. Verteilung der objektiven Beweislast nach Gesichtspunkten der Wahrscheinlichkeit	214
a) Zur Begründung dieser Ansicht	214
b) Kritische Stellungnahme	216
III. Entscheidende Gesichtspunkte für Beweislastregeln im Verwaltungsprozeß	218
1. Die Bedeutung des Gesetzeswortlauts	219
2. Allgemeine Grundsätze für die Findung der Beweislastregeln im Verwaltungsprozeß	221
a) Maßgeblichkeit der Auslegung der jeweiligen Norm — kein „System“	221
b) Rechtsfolgenabwägung	222
c) Bedeutung des materiellen Gewichts der konkreten Rechtsfolgen-Abwägung	224
3. Beispiele für Abwägungskriterien	229
a) Schutz des Besitzstandes	229
b) Die Frage des „rechtlichen Grundverhältnisses“	231
c) Der Einfluß von Gefährdungsmomenten	233
d) Die Bedeutung der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Güterabwägung	235
e) Der Einfluß voraufgegangenen gefährdenden Verhaltens	238
f) Die Fatalität des Eingriffsdenkens	240
IV. Ausblick	243

Fünftes Kapitel

Eingrenzung und Überwindung von Ungewißheit im Verwaltungsverfahren 245

I. Bestimmung der Ungewißheit im Verwaltungsverfahren	245
1. Geltungsgrund der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren	245

2. Gegenstand der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren	246
a) Official- und Dispositionsmaxime	246
b) Mitwirkungspflichten der Beteiligten	248
(a) Einfluß der Verletzung „sanktionsloser“ Mitwirkungspflichten?	248
(b) Einfluß der Verletzung sonstiger Mitwirkungspflichten? ..	250
(aa) Nachweispflichten, die den Ermittlungsgegenstand verändern	250
(bb) Nachweispflichten als bloße Beweismittel	252
(cc) Indizien für die Auslegung gesetzlicher Nachweispflichten	254
(dd) Körperliche Untersuchungspflichten als eigene Tatbestände	254
(ee) Körperliche Untersuchungspflichten als bloße Beweishilfen	256
(ff) Indizien für die Auslegung körperlicher Untersuchungspflichten	257
(gg) Sonstige Mitwirkungspflichten als eigene Tatbestände	258
(hh) Sonstige Mitwirkungspflichten als bloße Beweishilfen	259
(ii) Indizien für die Auslegung der sonstigen Mitwirkungspflichten	261
(c) Einfluß der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten auf potentielle Ungewißheit im behördlichen Entscheidungsprozeß	261
3. Rechtliche Grenzen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren	263
a) Schutz des Privatbereichs als Schranke vor behördlicher Ermittlungsarbeit	264
b) Schutz der Leistungsfähigkeit der einzelnen Behörde und der Effektivität ihrer Arbeit als Schranke der Ermittlungstätigkeit	267
c) Schutz von Geheimhaltungsinteressen innerhalb der Exekutive als Ermittlungsschranke	268
II. Die Anforderungen an den Beweis im Verwaltungsverfahren	272
III. Beweislast im Verwaltungsverfahren	278
1. Die Problematik einer Beweislastentscheidung im Verwaltungsverfahren	278
2. Inhalte von Beweislastregeln im Verwaltungsverfahren	280

Sechstes Kapitel

Verfahrensrechtliche Techniken zum Abfangen tatsächlicher Ungewißheit im Verwaltungsverfahren 281

I. Verfahrensrechtliche Fristvorschriften	281
1. Widerspruchsfrist und sonstige Anfechtungsfristen	283

2. Antragsfristen	284
3. Einwendungsfristen	285
4. „Ausnutzungsfristen“	286
5. Bedeutung verfahrensrechtlicher Fristvorschriften für die Ungewißheitsproblematik im Verwaltungsverfahren	287
II. Einfluß der Rechtskraft von Urteilen und die Wirkung von Verwaltungsakten auf die Ungewißheitsproblematik im Verwaltungsverfahren	288
1. Urteile	288
2. Verwaltungsakte	289
a) Verwaltungsakte als solche	289
b) Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten	291
III. Sonstige Abfangtechniken im Verwaltungsverfahren	296
1. Flexibilität des Verfahrens	296
2. „Unbestimmtheit“ des Mittels	296
3. Vergleichsverträge	297
4. Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe	298
5. Nebenbestimmungen	300
6. Maßnahmen genereller Prävention	301
7. Alternativen	301

Siebentes Kapitel

Gesetzliche Tatbestandsgestaltungen, die das Ungewißheitsrisiko vermindern	303
I. Zum Verhältnis zwischen gesetzlichem Tatbestand und tatsächlicher Ungewißheit bei der Rechtsanwendung	303
II. Einzelaspekte der Gestaltung gesetzlicher Tatbestände	305
1. Veräußerlichung	305
2. Abstraktion	306
3. Vereinfachung — Pauschalierung und Typisierung — Richt- und Grenzwerte	308
a) Pauschalierungen und Typisierungen	308
b) Richt- und Grenzwerte	309

Abkürzungsverzeichnis

Soweit nicht besonders vermerkt, werden Zeitschriftenveröffentlichungen nach Erscheinungsjahr und Seite zitiert.

AbfG	= Abfallbeseitigungsgesetz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis, Band und Seite
ADV	= Automatische Datenverarbeitung
AFG	= Arbeitsförderungsgesetz
AfK	= Archiv für Kommunalwissenschaften
AfPT	= Archiv für Post und Telegraphie
AG	= Aktiengesellschaft; Amtsgericht; Ausführungsgesetz
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
AMG	= Arzneimittelgesetz
AnVNG	= Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Angestellten
AO	= Abgabenordnung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts, Band und Seite
AS	= Amtliche Sammlung
AtG	= Atomgesetz
AuR	= Arbeit und Recht
AuslG	= Ausländergesetz
AV	= Die Angestelltenversicherung
AVG	= Angestelltenversicherungsgesetz
AWG	= Außenwirtschaftsgesetz
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAnz.	= Bundesanzeiger
BauR	= Baurecht
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	= Der Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz
BBG	= Bundesbeamtengesetz
BDH	= Bundesdisziplinarhof
BDO	= Bundesdisziplinarordnung
BDSG	= Bundesdatenschutzgesetz
BeamtVG	= Beamtenversorgungsgesetz
BEG	= Bundesentschädigungsgesetz
BFG	= Gesetz über die Beweissicherung und Feststellung von Vermögensschäden in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands und im Sowjetsektor von Berlin (Beweissicherungs- und Feststellungsgesetz)
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGer	= Schweizerisches Bundesgericht
BGH	= Bundesgerichtshof
BGG	= Gesetz über den Bundesgrenzschutz
BHO	= Bundeshaushaltsordnung
BImSchG	= Bundes-Immissionsschutzgesetz

BJagdG	= Bundes-Jagdgesetz
BKA	= Bundeskartellamt
BKGG	= Bundeskindergeldgesetz
BLG	= Bundesleistungsgesetz
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz
BRS	= Baurechtssammlung, Band und Seite
BSeuchG	= Bundes-Seuchengesetz
BSG	= Bundessozialgericht
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	= Drucksache des Deutschen Bundestages
Buchholz	= Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des BVerwG, begründet von Karl Buchholz
BVFG	= Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVG	= Bundesversorgungsgesetz
BWehrVerw.	= Bundeswehrverwaltung
BWGöD	= Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes
BZRG	= Bundes-Zentralregistergesetz
DAR	= Deutsches Autorecht
DB	= Der Betrieb
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DöD	= Der öffentliche Dienst
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DokBerA	= Dokumentarische Berichte aus dem BVerwG, Ausgabe A (Bürger und Staat)
DRiG	= Deutsches Richtergesetz
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DuR	= Demokratie und Recht
DV	= Deutsche Verwaltung (1943 - 1949); Die Verwaltung (seit 1968)
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVR	= Datenverarbeitung im Recht
E	= Entscheidung; Entscheidungssammlung; Entwurf
EHG	= Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel
EK	= Enquete-Kommission Verfassungsreform
EnWG	= Energiewirtschaftsgesetz
EstG	= Einkommensteuergesetz
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	= Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVwPO 1978	= Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung 1978
EVwVfG 1970, 1973	= Entwürfe für ein Verwaltungsverfahrensgesetz von 1970 und 1973
FamRZ	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	= Gesetz über die Feststellung von Vertreibungsschäden und Kriegsschäden (Feststellungsgesetz); Finanzgericht
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	= Finanzgerichtsordnung
FlurbG	= Flurbereinigungsgesetz

Fn.	= Fußnote
FRG	= Fremdrentengesetz
FStrG	= Bundesfernstraßengesetz
G 10; 131	= Gesetz zu Art. 10 GG; Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen
GastG	= Gaststättengesetz
GewArch.	= Gewerbearchiv
GewO	= Gewerbeordnung
GG	= Grundgesetz
GjS	= Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
GmS OGB	= Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GO	= Gemeindeordnung
GoldtArchiv	= Goldammers Archiv für Strafrecht
GüKG	= Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
GWF	= Das Gas- und Wasserfach
HandwO	= Handwerksordnung
Hg.	= Herausgeber
HHG	= Häftlingshilfegesetz
HRRG	= Hochschulrahmengesetz
HRR VwR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, herausgegeben von <i>Menger, Erichsen, v. Mutius, Krebs</i>
IHKG	= Gesetz über die Industrie- und Handelskammern
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JArbSchG	= Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band und Seite
JR	= Juristische Rundschau
JurA	= Juristische Analysen
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JWG	= Gesetz für Jugendwohlfahrt
JZ	= Juristenzeitung
KAG	= Kommunalabgabengesetz
KatSG	= Gesetz über die Erweiterung des Katastrophenschutzes
KgEG	= Gesetz über die Entschädigung ehemaliger deutscher Kriegsgefangener (Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz)
KGSt.	= Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungvereinfachung
KommStZ	= Kommunale Steuer-Zeitschrift
KOVwVfG	= Gesetz über das Verwaltungsverfahren der Kriegsoferversorgung
LAG	= Lastenausgleichsgesetz
LandbG	= Landbeschaffungsgesetz
LG	= Landgericht
LS	= Leitsatz
LSG	= Landessozialgericht
LuftVG	= Luftverkehrsgesetz
LWG	= Landeswassergesetz

MBI.	= Ministerialblatt
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	= Mutterschutzgesetz
NamÄndG	= Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen
NBG	= Niedersächsisches Beamten-gesetz
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NW	= Nordrhein-Westfalen
OBG	= Ordnungsbehördengesetz
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OWiG	= Ordnungswidrigkeitengesetz
PartG	= Parteiengesetz
PaßG	= Paßgesetz
PBefG	= Personenbeförderungsgesetz
PolG	= Polizeigesetz
PrLVG	= Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung von 1883
PrOVG	= preußisches Oberverwaltungsgericht
PStG	= Personenstandsgesetz
RdA	= Recht der Arbeit
RdJ	= Recht der Jugend
RdWWi.	= Recht der Wasserwirtschaft, Band und Seite
RG	= Reichsgericht
RGBL.	= Reichsgesetzblatt
RiA	= Das Recht im Amt
Rn.	= Randnummer
ROG	= Raumordnungsgesetz
RuSt.	= Recht und Staat, Heft und Seite
RVO	= Reichsversicherungsordnung
RzW	= Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
SchwerbG	= Schwerbeschäftigtengesetz
SG	= Sozialgericht
SGb.	= Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB-AT	= Sozialgesetzbuch — Allgemeiner Teil
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung
SozSich.	= Soziale Sicherheit
StabG	= Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StBauFG	= Städtebauförderungsgesetz
StGB	= Strafgesetzbuch
StGH	= Staatsgerichtshof
StPO	= Strafprozeßordnung
StudGen.	= Studium Generale
StVG	= Straßenverkehrsgesetz
StVO	= Straßenverkehrsordnung
StVZO	= Straßenverkehrszulassungsordnung
SVG	= Soldatenversorgungsgesetz
TÜV	= Technischer Überwachungsverein
Tz.	= Textziffer
UnBefG	= Gesetz über die unentgeltliche Beförderung von Kriegs- und Wehrdienstgeschädigten sowie von anderen Behinderten im Nahverkehr v. 27. 8. 1965

UZwG	= Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges
VA	= Verwaltungsakt
VbF	= Verordnung über brennbare Flüssigkeiten
VereinsG	= Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts
VersG	= Gesetz über Versammlungen und Aufzüge
VerschG	= Verschollenheitsgesetz
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv, Band und Seite
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung, Band und Seite
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
ViehseuchG	= Viehseuchengesetz
VRS	= Verkehrsrechtssammlung, Band und Seite
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft und Seite
VVG	= Versicherungsvertragsgesetz
VwVfG	= Verwaltungsverfahrensgesetz
VwZG	= Verwaltungszustellungsgesetz
WaffG	= Waffengesetz
WaStrG	= Bundeswasserstraßengesetz
WDO	= Wehrdisziplinarordnung
WehrpflG	= Wehrpflichtgesetz
WHG	= Wasserhaushaltsgesetz
WiVerw.	= Wirtschaft und Verwaltung
WoGG	= Wohngeldgesetz
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZDG	= Gesetz über den zivilen Ersatzdienst
ZDV	= Zentrale Dienstvorschrift
ZfF	= Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZfW	= Zeitschrift für Wasserrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Band und Seite
ZParl.	= Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß, Band und Seite

Einleitung

I.

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß stehen im Dienst des materiellen Rechts, dem sie zur Durchsetzung verhelfen müssen¹. Ein Verfahren erfüllt diesen Zweck nur dann, wenn es zu einer richtigen Entscheidung führt. Voraussetzung einer solchen vom materiellen Recht gewollten Entscheidung ist, daß der im Verfahren ermittelte Sachverhalt in dem Maße mit der Wirklichkeit übereinstimmt, wie das Gesetz hieran Rechtsfolgen knüpft. Allerdings läuft jedes Verfahren unter Bedingungen ab, die seinem Zweck, eine richtige Entscheidung zu ermöglichen, nicht günstig sind: die Entscheidung muß in der Zeit ergehen und die Ermittlungen müssen sich im rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmen halten². Schon von dort her ist die „Richtigkeit“ der Entscheidung relativiert. Das Verfahrensrecht erfüllt seine dienende Funktion nicht kostenlos.

Darüber hinaus läßt sich nicht leugnen, daß der Gesetzgeber vielfach Materien regeln muß, die einer sicheren Erkenntnis kaum zugänglich sind. Denkt man an Kriegsdienstverweigerer, „Radikale“ im Öffentlichen Dienst, an die Sicherheit von Kernkraftwerken, an die Wirksamkeit von Arzneimitteln oder an den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht, so ist die Aporie von Behörden und Gerichten vielfach vorgezeichnet. —

Trotz aller Begrenzungen und „Störfaktoren“³ im Verfahren und trotz aller vom Stoff bedingten Ermittlungsschwierigkeiten können und dürfen Verwaltung und Gerichte in Fällen tatsächlicher Ungewißheit ihre Entscheidung nicht grundsätzlich verweigern. Wenn nämlich sichergestellt ist, daß z. B. eine nach dem BImSchG genehmigungsbedürftige Anlage entsprechend den von diesem Gesetz aufgestellten Voraussetzungen errichtet und betrieben wird, besteht ein strikter Rechtsanspruch

¹ Vgl. *Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 7 ff.; *ders.*, JuS 1976, 277; *Gygi*, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, S. 42; *Häberle*, Verfassungsprinzipien, S. 49 f.; *Tschira/Schmitt Glaeser*, Verwaltungsprozeßrecht, S. 317; OVG Münster NJW 1978, 1764 (1765).

² Für das Verwaltungsverfahren eingehender *Berg*, DV 1976, 161 ff.; *Pestalozza*, Der Untersuchungsgrundsatz, S. 193 ff.

³ Für das Verwaltungsverfahren vgl. *Thieme*, Verwaltungslehre, Rn. 924, 926, 177, 940 ff. Speziell zur Finanzpraxis *Isensee*, Die typisierende Verwaltung, S. 155 ff.

auf Erteilung der Genehmigung — dabei nimmt das Gesetz auf Erkenntnisschwierigkeiten des Rechtsanwenders keine Rücksicht. Der Verzicht auf eine Entscheidung würde hier ebenso das Recht verletzen wie die Versagung der Genehmigung. Gleichwohl sind Erkenntnisschwierigkeiten des Rechtsanwenders nicht gering zu achten. Eine Entscheidung auf ungewisser Sachverhaltsgrundlage ist oft nur ein Urteil auf Verdacht und stets: *potentielles Unrecht*. Der Gesetzgeber täte gut daran, den engen Zusammenhang zwischen Feststellung des richtigen Sachverhaltes im Verfahren und materiell richtiger Entscheidung⁴ häufiger als bislang zu bedenken.

II.

Es lassen sich eine Reihe von Faktoren unterscheiden, die — im Tatbestand gesetzlicher Regeln verwandt — den Rechtsanwender vor das Problem der Ungewißheit stellen können. Naturgemäß spielt der *Zeitfaktor* dabei eine besonders große Rolle, und zwar unter drei Aspekten: Vergangenheitsbewältigung, Zunkunftsgestaltung und Eilbedürftigkeit (also bei der Entscheidung in Zeitnot). Eigenständig daneben treten die Verborgenheit der jeweiligen *Parteisphäre*, die Eigendynamik *technischer Entwicklungen* und die Unübersichtlichkeit *komplexer Sachverhalte*. Eine scharfe Differenzierung im einzelnen ist nur selten möglich. Vielfach läßt sich jedoch ein Faktor als prädominant herauschälen.

1. Zeitablauf

Die Aufklärung abgeschlossener Sachverhalte mit dem Ziel, in der Vergangenheit entstandene Rechtsansprüche festzustellen und durchsetzen zu helfen, ist Hauptaufgabe der Justiz, nicht der Verwaltung⁵. Gleichwohl enthält das Verwaltungsrecht eine große Zahl von Vorschriften, die ganze Zweige der Verwaltung mit der Ermittlung und Regelung „historischer“ Tatbestände betrauen. Hierher gehört die Arbeit der Finanzämter und der Staatsanwaltschaften.

Auch das Sozialversorgungsrecht mit seinen umfangreichen Materien des Lastenausgleichs und der Kriegsoferversorgung verpflichtet zu retrospektiver Verwaltungstätigkeit. In die gleiche Richtung weist die Unfallversicherung, jedenfalls, soweit es um die Feststellung des Ver-

⁴ Ausführlich hierzu schon *Rudolph v. Jhering*, Geist des Römischen Rechts, 3. Teil, I. Abtlg., S. 206 ff.; vgl. auch *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, S. 5.

⁵ Vgl. *Hoppe*, DVBl. 1975, 685; *Kirchhof*, Verwalten und Zeit, S. 2 ff.; *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 11; *Franz Mayer*, BayVbl. 1960, 333; *Ossenbühl*, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen, S. 466, 497; *Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 34, 235 f.

sicherungsfalles, seiner Ursachen und seines Umfanges geht. Entsprechend dem Ausmaß, das die Gesetzgebung in diesen genannten Bereichen erreicht hat, ist auch die Rechtsprechung angewachsen. Auf dem Gebiet des Ausgleichs- und Entschädigungsrechts hat die Praxis größte Schwierigkeiten in der Sachverhaltsaufklärung bei der Feststellung von Kriegsfolgen im weitesten Sinne⁶ und bei der Klärung tatsächlicher und hypothetischer Umstände nationalsozialistischer Verfolgungs-⁷ und Förderungsmaßnahmen⁸. Ferner spielen Beweisschwierigkeiten infolge Zeitablaufs eine erhebliche Rolle in Prozessen der Kriegsopter und der Unfallopfer⁹. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß — noch immer — „alte Rechte“, deren tatsächliche Entstehungsgrundlagen im Dunkeln liegen, in manchen Rechtsgebieten Probleme aufwerfen¹⁰.

Daß der Zeitfaktor „Vergangenheit“ als solcher die Wahrheitsfindung erschwert, ist eine Banalität. Die besonderen Schwierigkeiten der Aufklärung, die es im Verwaltungsrecht rechtfertigen, diesem Faktor größere Aufmerksamkeit zu widmen, resultieren aus der Multiplizierung der Beweisprobleme einzelner Fälle mit den Verwicklungen der Geschichte. Das öffentliche Recht hat hier die Aufgabe übernommen, bestimmte „Sonderopfer“-Folgen einer allgemeinen historischen Katastrophe für einen nach generellen Merkmalen bestimmten Personenkreis auszugleichen¹¹. Der Anwendung aller gesetzlichen Tatbestände, die mit diesem Ziel geschaffen worden sind, ist wegen ihrer Anknüpfung an dieses historische Chaos ein erhebliches Risiko der Ungewißheit stets immanent.

⁶ Nur einige exemplarische Fälle: BVerfGE 13, 39 (42 ff. — zu § 37 I BEG); BVerwGE 16, 352 (354 — „Für eine jedem Einzelfall gerecht werdende Wertfestsetzung... fehlt die tatsächliche Grundlage. Erhebungen an Ort und Stelle sind durch den Verlust der Gebiete unmöglich gemacht worden. Die vorhandenen Beweismittel sind notwendigerweise unvollkommen“); 39, 41 (46 f. — Vertreibungsschaden); BSGE 14, 246 (250 f. — zu § 58 Abs. 1 BVG a. F.); BayVGH DVBl. 1977, 108 (Feststellung deutscher Staatsangehörigkeit — Sudetendeutsche); BVerfGE 41, 126 (151 f., 177 f. — Reparationssschäden); vgl. auch BVerwGE 49, 44 (49 f.).

⁷ Eingehend dazu *Bernhard Meyer*, Rechtskraftdurchbrechungen im Recht der Wiedergutmachung, besonders S. 35 ff.

⁸ Vgl. dazu die Rechtsprechungsübersichten bei *Becker*, RiA 1976, 110 ff.; 1971, 67 ff.; speziell zu den Ermittlungsschwierigkeiten in diesen Fällen *Schmidt-Brücken*, ZBR 1959, 277 ff.; *Blomeyer*, Gutachten zum 46. DJT, S. 39 ff.; *Tietgen*, Gutachten zum 46. DJT, S. 56 f.

⁹ Vgl. *Bulla*, Der Dienst- und Arbeitsunfall als Institut des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 242; *Bley*, Sozialrecht, S. 141 ff., 151, 246 ff.; *Stich*, ZBR 1958, 298 ff.; *Wertenbruch*, Sozialverwaltungsrecht, S. 393 ff., 409 f. Zu den Beweisproblemen in Arzt-Prozessen s. *Weyers*, Gutachten A zum 52. DJT, S. A 44 ff., 115 ff.; *Baumgärtel/Wittmann*, JA 1979, 113 ff.

¹⁰ Vgl. *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 74 ff., 151 ff. und Nachtrag zur 4. Novelle zum WHG Rn. 42 f. jeweils m. w. N.; *Reuß*, Das Verwaltungsverfahren nach dem Recht Preußens, S. 31; PrOVGE 68, 362 (369); OVG Münster E 23, 1 (10 ff.). s. auch BVerwG NJW 1980, 252.

¹¹ Eingehend dazu BVerfGE 41, 126 (Reparationssschäden).