

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 32

Das staatstheoretische und rechtstheoretische Problem des Beliehenen

Ein Beispiel für den Zusammenhang von Rechtsdogmatik
und praktischer Philosophie

Von

Dr. Erk Volkmar Heyen



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ERK VOLKMAR HEYEN

**Das staatsrechtliche und rechtstheoretische
Problem des Beliehenen**

Schriften zur Rechtslehre

Heft 32

Das staatsrechtliche und rechts- theoretische Problem des Beliehenen

Ein Beispiel für den Zusammenhang von Rechtsdogmatik
und praktischer Philosophie

Von

Dr. Erk Volkmar Heyen



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1973 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1973 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02961 5

Für Johanna und Erich Heyen

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist meine Dissertation, die ich im Juni 1972 fertiggestellt und im Wintersemester 1972/1973 der Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Konstanz vorgelegt habe. Zum Zwecke der Veröffentlichung habe ich sie an einigen Stellen geringfügig überarbeitet. Nicht mehr beheben konnte ich einen Mangel, der durch die erheblichen Schwierigkeiten des vielleicht zu anspruchsvollen Versuchs entstanden ist, im Rahmen einer Dissertation bei der Analyse eines rechtsdogmatischen Problems auch befriedigende rechtstheoretische Perspektiven aufzuzeigen. Die mehr programmatisch-engagierten als systematischen Erörterungen zum Begriff eines Rechtsmodells müßten ergänzt und nötigenfalls ersetzt werden durch genauere Darlegungen zu den methodischen Zwischenschritten, die von den allgemeinen Reflexionen der praktischen Philosophie zur eigentlichen rechtstheoretischen Problemstellung führen. Nach wie vor wichtig erscheint mir, die rechtswissenschaftliche Diskussion über die Begründung von Rechtsnormen an die philosophische Diskussion über die Begründbarkeit von Normen überhaupt anzuschließen und damit den seit Beginn der Verselbständigung geistes- und sozialwissenschaftlicher Disziplinen im 19. Jahrhundert zunehmend verlorengegangenen Zusammenhang von Jurisprudenz und praktischer Philosophie wieder herzustellen.

Für ihre umfassende Unterstützung danke ich vor allem Frau Carola Junghanns. Dank sage ich auch den Professoren Dr. iur. Ekkehart Stein, Dr. phil. Jürgen Mittelstraß und Dr. iur. Dr. rer. pol. Klaus König für hilfreiche Hinweise und kritische Anmerkungen und der Friedrich-Ebert-Stiftung für die gewährte finanzielle Hilfe.

Inhaltsübersicht

Einleitung	13
-------------------------	----

I. Teil

Gegenstand und Mittel der Untersuchung

1. <i>Abschnitt</i> : Erkenntnis und Sprache	14
2. <i>Abschnitt</i> : Beschreibung des Gegenstandsbereiches	17
A. Der Ausdruck „Beliehener“ und das Spannungsfeld von Staat und Bürger	17
B. Aufgliederung des für die Interpretation des Ausdrucks „Belie- hener“ erheblichen Gegenstandsbereichs anhand von Beispielen ..	20
3. <i>Abschnitt</i> : Prädikation, Definition, Rekonstruktion	25

II. Teil

Definitionsanalyse

4. <i>Abschnitt</i> : Gewinnung eines Grundterminus	30
A. Erläuterung des vom Schrifttum zur Definition des Terminus „Be- liehener“ herangezogenen Grundterminus (genus) „Privatrechtsperson“ und seine Ersetzung durch „privater Rechtsträger“	31
B. Das Verhältnis der Termini „privater Rechtsträger“ und „öffent- licher Rechtsträger“ zueinander und die Gründe für die Wahl des letzteren als Grundterminus	36
C. Beschränkung der Definitionsanalyse auf den Grundterminus „öffentlicher Rechtsträger“ und ihre abschließende Beschreibung als Vorbehaltsprüfung	39
5. <i>Abschnitt</i> : Grundfragen des Funktionsvorbehalts	41

A. Die Bedeutung der Termini „Funktion“ und „Kompetenz“ für die Definition des Grundterminus und ihr Verhältnis zueinander	41
B. Das Problem der Feststellbarkeit von Funktionsvorbehalten, dargestellt anhand der Rechtssetzungs- und Rechtsprechungsfunktion nach dem Grundgesetz	42
6. Abschnitt: Befugnisvorbehalt	49
7. Abschnitt: Aufgabenvorbehalt	52
8. Abschnitt: Einwirkungsvorbehalt	56
9. Abschnitt: Berufungsvorbehalt	62
A. Die Heranziehung des Terminus „demokratisch legitimierte individuelle Berufung“ zur Definition des Grundterminus	62
B. Der materielle Gehalt des demokratischen Prinzips und die verfassungsrechtliche Unerläßlichkeit von Funktionsbestimmungen	68

III. Teil

Staatliche Organisationsgewalt und privatautonome Handlungsfreiheit

10. Abschnitt: Staat und Gesellschaft	71
11. Abschnitt: Öffentliches Amt und Berufsfreiheit	74
A. Das Verhältnis von Art. 12 und Art. 33 GG	74
B. Staatliche Monopole und öffentliche Unternehmen nach dem Grundgesetz	78
C. Die Offenheit des Grundgesetzes zum Verhältnis von staatlicher Organisationsgewalt und privatautonomer Handlungsfreiheit	83
12. Abschnitt: Öffentlicher Bereich und öffentliches Interesse	87
A. Das Öffentliche und der öffentliche Bereich als Ausdruck einer Verfassung in statu nascendi	87
B. Der Begriff des öffentlichen Interesses und das Gebot der Reflexion auf die Funktionen des Staates	91
13. Abschnitt: Notwendigkeit einer Staatsfunktionstheorie	94

A. Der Zusammenhang von allgemeiner Staatslehre, normativer politischer Theorie und politischer Ökonomie 95

B. Zusammenfassung des staatstheoretischen Problems des Beliehenen und sein Zusammenhang mit dem rechtstheoretischen Problem des Beliehenen 98

IV. Teil

Recht und Richtigkeit

14. *Abschnitt*: Norm und Entscheidung 101

 A. Empirisch erfaßbare Rechtsentwicklung und jurisprudentielle Entscheidungsbegründung 101

 B. Rechtsprinzipien und Positivierungsprozeß 106

 C. Das Selbstverständnis der Jurisprudenz 109

15. *Abschnitt*: Jurisprudenz, Wissenschaft, Philosophie 115

 A. Die Wissenschaft und die Frage nach dem praktisch Richtigen 115

 B. Das praktische Fundament der Jurisprudenz angesichts der analytischen Wissenschaftsphilosophie, der philosophischen Hermeneutik und der kritischen Theorie 118

 C. Die Begründung des praktisch Richtigen im rationalen Dialog einer sprachkritisch angeleiteten praktischen Philosophie und das juristische Dilemma von Autorität und Vernunft 124

16. *Abschnitt*: Modelldenken 131

 A. Das Modell als Abbild und Vorbild in der Wissenschaft 131

 B. Das Modell in der Rechtswissenschaft und das institutionelle Rechtsdenken 133

 C. Das Rechtsmodell als eine dialektisch-kybernetisch verstandene Integration von Wirklichkeit und Richtigkeit in der Rechtlichkeit.. 136

Schrifttumsverzeichnis 143

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung verfolgt ein metadogmatisches Interesse. Ihr Ziel ist, die bislang nicht ausgeräumten Schwierigkeiten der Bestimmung des verwaltungsrechtlichen Instituts des Beliehenen und das sich daraus ergebende weit verbreitete Unbehagen als Folgen ungeklärter staats-theoretischer und rechtstheoretischer Grundlagenprobleme darzulegen. Damit soll exemplarisch deutlich werden, wie sehr die Jurisprudenz auch in klassischen Bereichen des Verwaltungsrechts auf interdisziplinäre Zusammenarbeit, insbesondere mit einer politökonomisch angeleiteten Politikwissenschaft und der praktischen Philosophie, angewiesen ist und welche disziplinierende und hilfreiche Bedeutung dabei der philosophischen Sprachanalyse zukommt.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist also nicht, durch Erarbeitung von Lösungsvorschlägen für Einzelfragen — etwa Haftung, Rechtsschutz usw. — zur Dogmatik des Beliehenen beizutragen. Es wird nicht einmal eine vollständige Definition des Terminus „Beliehener“ aufgebaut. Gleichwohl hat die Untersuchung auch für die Rechtsdogmatik praktische Relevanz, insofern sie nämlich die Unzulänglichkeit der Argumentation, mit der bisher für oder gegen die Annahme eines Beliehenen, einer staatlichen Organisation, Funktion oder Kompetenz gestritten worden ist, deutlich macht und den Weg zeigt, auf dem die hinreichend begründete Argumentation zu suchen ist. Die Einsicht in die Komplexität dieser Argumentation ist unentbehrlich, wenn die sich zur Zeit wieder verstärkende Diskussion der gegenwärtigen und unter dem Grundgesetz möglichen Berufs- und Wirtschaftsordnung unter Juristen rational geführt werden soll.

Erster Teil

Gegenstand und Mittel der Untersuchung

1. Abschnitt

Erkenntnis und Sprache

Gegenstand der Untersuchung ist der Beliehene. Was ist der Beliehene?

So zu fragen und damit einen Untersuchungsgegenstand erschließen zu wollen, ist sehr geläufig und vertraut, jedoch unklar. Denn wonach fragt eigentlich ein Satz, der mit „was ist“ beginnt?

Diese Unklarheit der Ausgangsfrage sei zum Anlaß genommen, die vorliegende Untersuchung nicht sogleich mit der Erkenntnis des befragten Gegenstandes, also des Beliehenen, zu beginnen, sondern mit einer Vergewisserung des Weges seiner fragenden Erörterung und Erschließung. Solche Vergewisserung ist auch für die Rechtswissenschaft unerlässlich, wenn sie die Subjektivität des bloßen Meinens überschreiten will¹.

Jeder Fragesatz enthält einen Hinweis auf den Gegenstand, nach dem gefragt und aus dem geantwortet wird. Er bestimmt damit in gewissem Rahmen, welche Antworten der Frage entsprechen. Dieser Hinweis im Fragesatz „Was ist der Beliehene?“ ist das Wort „Beliehener“. Der Untersuchungsgegenstand vermittelt sich also in diesem Wort, d. h. zuerst stellt er sich in der Sprache zur Verfügung. Damit ist zugleich gesagt, daß vor der Beantwortung der Frage: Was ist der Beliehene? die Frage steht: Was meint das Wort „Beliehener“? Diese Frage muß schon deswegen beantwortet werden, damit man weiß, was denn nun Gegenstand der Untersuchung ist, wenn gesagt wurde, Gegenstand sei der Beliehene, kurz: damit man weiß, wovon man redet.

¹ Dieses Vorgehen entspricht einer guten philosophischen Tradition. Schon in der sokratisch-platonischen Dialektik wurde die wissenschaftliche Tätigkeit als Kunst der richtigen Fragestellung gesehen. *Gadamer, Wahrheit u. Methode*, 349: Die Frage bewahre vor „dogmatischer Enggleisigkeit und vorzeitiger Festlegung. Die Kunst sachgemäßen Fragens ist zugleich die Kunst des Weiterfragens und letztlich mit der Kunst des Denkens identisch“.

Der hier zum Ausdruck gelangte Zusammenhang von Gegenstand, Sprechen, Denken und Erkenntnis ist in der Tradition der abendländischen Erkenntniskritik von den griechischen Sophisten bis zur Wissenschaftstheorie dieses Jahrhunderts ständig umstritten gewesen. Für den Empirismus ging Erkenntnis von den „einfachen Sinneseindrücken“ aus, für den Rationalismus dagegen von den „angeborenen Ideen“ einer selbstevidenten Axiomatik. Beide setzen einen Dualismus von Bewußtsein und Sein voraus, dessen ontologische Grundannahme es ist, daß eine vom Erkennenden losgelöste „objektive Struktur“ der Welt besteht. *Kant* nahm insofern vermittelnd Stellung, als er das „Ding an sich“ zwar nicht leugnete, es aber nur in seinen Erscheinungsformen für erkennbar hielt. *Husserl* zeigte, daß die möglichen Gegenstände wissenschaftlicher Untersuchung sich zuerst in den Selbstverständlichkeiten der primären Lebenswelt, d. h. im Alltag menschlichen Redens und Handelns konstituieren. Damit war der Zusammenhang von Erkenntnis, Sprache und Lebenspraxis aufgewiesen, den neben der Phänomenologie auch Dialektik, Hermeneutik — vor allem in Gestalt der Lebensphilosophie und der Existenzphilosophie — und analytische Sprachphilosophie reflektieren².

Von frühester Kindheit an werden die elementaren Wahrnehmungen, durch die der Mensch seine Umwelt als ein je Besonderes erfährt, also das, was er sieht, fühlt, hört usw., bei Namen genannt und damit sprachlich aufgezeichnet. Insofern das Besondere benannt wird, sei von ihm als einem Gegenstand gesprochen. In dem Augenblick, in dem man an einem Gegenstand ein Allgemeines — etwas, was mehreren Gegenständen eigen, was an ihnen gleichförmig ist — feststellt, wird er in einer die bloße wahrnehmende Erfahrung überschreitenden Weise begriffen.

Vor aller Wissenschaft spricht und begreift man also immer schon und erschließt so die Welt in einem erlernten Vorverständnis. „Die Sprache ist anfangs so etwas wie das Gehäuse des Denkens, aus dem heraus man in die Welt schaut, ohne es zu bemerken³.“

Diese Spannung zwischen dem „Sachbezug aller menschlichen Sprache und der Sprachgebundenheit menschlicher Sacherkenntnis“⁴ be-

² Zur Einführung in die Sprachphilosophie u. ihre Geschichte s. S.J. *Schmidt*, Sprache u. Denken; *Wein*, Sprachphilosophie; *Gadamer*, Problem d. Sprache; bes. zur angelsächsischen analytischen Philosophie s. *Ayer*, Revolution in Philosophy; *Bubner*, Sprache u. Analysis; *Lorenz*, Sprachkritik, 21 ff., 64 ff., 106 ff.

³ *Kamlah/Lorenzen*, Log. Propädeutik, 20; s. a. 45 ff. Eine problemhistorische Untersuchung in systematischer Absicht zum Zusammenhang von Erfahrung und sprachlichem Handeln als Kritik an Empirismus und Formalismus gibt *Kambartel*, Erfahrung u. Struktur; vgl. a. *Buck*, Lernen u. Erfahrung.

⁴ *Gadamer*, Wahrheit u. Methode, 415.