

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 386

Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts

Ausgewählte Abhandlungen
1960 – 1980

Von

Norbert Achterberg



Duncker & Humblot · Berlin

NORBERT ACHTERBERG

Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 386

Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts

Ausgewählte Abhandlungen

1960 – 1980

Von

Norbert Achterberg



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 04743 5

Vorwort

Zwanzig Jahre Forschungstätigkeit sind eine lange Zeit, oft mehr als die Hälfte der Schaffensperiode eines Wissenschaftlers. Wenn diese Spanne zugleich zwei Drittel der Geltungsdauer unserer Staatsgrundordnung umfaßt, so begründet dies um so eher die Neigung zu einer Bilanzierung.

In diesem Sinne mag die vorliegende Zusammenstellung von Abhandlungen aus den Jahren 1960 bis 1980 verstanden werden. Sie sind unter dem Gesichtspunkt ausgewählt worden, möglichst verschiedenartige, aber nach Sachgebieten zusammenfaßbare Problemschattierungen und Problemlösungsversuche aufscheinen zu lassen.

Bei diesen und auch bei anderen der in der Bibliographie genannten handelt es sich oftmals um solche, die bis in die Gegenwart aktuell geblieben sind, aber auch um solche, in deren Richtung die weitere Entwicklung verlaufen ist. Dies gilt beispielsweise für die „Probleme der Funktionenlehre“ (1970), deren terminologische und systematische Vorschläge sich durchgesetzt haben. Das trifft ebenso für die Forderung nach einer Justiziabilität der Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung zu, mit der die Enquête-Kommission Verfassungsreform übereinstimmt. Dies gilt schließlich für die These, daß der Gesetzesbegriff unter dem Grundgesetz weit gespannt sein muß: Die „Wesentlichkeits“-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegt in derselben Richtung.

Bibliographien spiegeln Biographien wider. Viele werden erst recht verständlich, wenn man den Lebenslauf des Autors daneben legt. Auch in diesem Fall erklärt sich manches durch allmähliche, vom beruflichen Werdegang beeinflusste Interessenverschiebungen.

Der Anlaß soll schließlich nicht vorübergehen, ohne daß der Verfasser darüber Aufschluß gibt, wem er sich in den vergangenen zwanzig Jahren seiner beruflichen Arbeit besonders verbunden fühlte. Während meiner Marburger Jahre war dies Hubert Görg, dessen Stil der Leitung eines Universitätsinstituts für mich Maßstab geworden ist, während meiner bisherigen Münsterer Jahre waren es Friedrich Klein und Hans J. Wolff. Des über die fachliche Verbundenheit hinausgehenden herzlichen Verhältnisses zu beiden gedenke ich in Dankbarkeit.

Münster, im Mai 1980

Norbert Achterberg

Inhaltsverzeichnis

A. Rechtstheorie

Die Evidenz als Rechtsbegriff	21
Rechtstheoretische Grundlagen einer Kontrolle der Gesetzgebung durch die Wissenschaft	41
Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre ..	51
Kelsen und Marx. Zur Verwendbarkeit der Reinen Rechtslehre in relativistischen und dogmatistischen Rechtssystemen	73
Die gegenwärtigen Probleme der Staatslehre	110
Rechtsverhältnisse als Strukturelemente der Rechtsordnung. Prolegomena zu einer Rechtsverhältnistheorie	135
Argumentationsmängel als Fehlerquellen bei der Rechtsfindung	163
Rechtspredchungslehre — Desiderat der Wissenschaft	178

B. Rechtsdogmatik

I. Staatsrecht

Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht	199
Die Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung (Art. 72 Abs. 2 GG)	229
Antinomien verfassungsgestaltender Grundentscheidungen	250
Probleme der Inkompatibilität	273
Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz	295
Das Parlament im modernen Staat	318
Parlamentsreform — Themen und Thesen	358

Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote. Judicial, political, processual, theoretical self-restraints 396

Die Gesellschaftsbezogenheit der Grundrechte 421

II. Verwaltungsrecht

Die Verwaltungsakte des bundesbahnrechtlichen Planfeststellungs- und Enteignungsverfahrens und ihre Anfechtung nach der Verwaltungsgerichtsordnung 449

Die Haftung bei schadengeneigter Arbeit im öffentlichen Dienstrecht 465

Leistungsbescheid und Funktionentrennung. Zugleich ein Beitrag zum Begriff der Rechtsprechung und zur Lehre vom streitentscheidenden Verwaltungsakt 493

Der Verwaltungsvorakt 506

„Öffentliche Ordnung“ im pluralistischen Staat. Analytische Bemerkungen zu einem Grundbegriff des Polizei- und Ordnungsrechts 536

Das Leistungsprinzip im öffentlichen Dienstrecht 570

Strukturen der Geschichte der Verwaltung, des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft 596

Bibliographie 629

Namenverzeichnis 639

Sachverzeichnis 650

Abkürzungsverzeichnis

Abg.	= Abgeordneter
abgedr.	= abgedruckt
Abgh.-Dr.	= Abgeordnetenhaus-Drucksache
Abh.	= Abhandlung
ABl.	= Amtsblatt
Abs.	= Absatz
Abt.	= Abteilung
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a. D.	= außer Dienst
a. E.	= am Ende
AEbG	= Allgemeines Eisenbahngesetz
a. M.	= anderer Meinung
AN	= Arbeitnehmer
Anh.	= Anhang
Anlagenbd.	= Anlagenband
Anm.	= Anmerkung
AnTV	= Tarifvertrag für die Angestellten der Deutschen Bundesbahn
AOÄGEntw.	= Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Reichs-abgabenordnung und anderer Gesetze
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
ArbuR	= Arbeit und Recht. Zeitschrift für die Arbeitsrechts-praxis
ArchRWiPhil.	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
ARS	= Arbeitsrechts-Sammlung
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	= Artikel
AS	= Amtliche Sammlung von Entscheidungen der Ober-verwaltungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saarland
Aufl.	= Auflage
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosen-versicherung
AVölkR	= Archiv des Völkerrechts
B	= Book
BadWürttVGG	= (Baden-Württembergisches) Gesetz über die Neuord-nung der Verwaltungsgerichtsbarkeit
BadWürttVGH	= Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	= Bundes-Angestelltentarifvertrag
BayBauO	= Bayerische Bauordnung
BayBZ	= Bayerische Beamtenzeitung

BayGO	= Geschäftsordnung für den Bayerischen Landtag
BayPAG	= Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern (Polizeiaufgabengesetz)
BayStAnz.	= Bayerischer Staatsanzeiger
BayV	= Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGG	= (Bayerisches) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
BayVGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayWahlG	= (Bayerisches) Gesetz über Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid (Landeswahlgesetz)
BayWG	= Bayerisches Wassergesetz
BB	= Der Betriebs-Berater
BBauG	= Bundesbaugesetz
BBesG	= Bundesbesoldungsgesetz
BbG	= Bundesbahngesetz
BBG	= Bundesbeamtengesetz
Bd.	= Band
BDO	= Bundesdisziplinarordnung
begr.	= begründet von
BerlGO	= Geschäftsordnung des Abgeordnetenhauses von Berlin
BerlPVG	= (Berliner) Polizeiverwaltungsgesetz
BerlV	= Verfassung von Berlin
BerlZfp	= Berliner Zeitschrift für Politik
betr.	= betreffend
Betrieb	= Der Betrieb
BFH	= Bundesfinanzhof
BFHE	= Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	= Die Berufsgenossenschaft
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	= Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950 ff.
BLV	= Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamten (Bundeslaufbahnverordnung)
BMdI	= Bundesminister des Innern
BMinG	= Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (Bundesministertgesetz)
BMT-G II	= Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe
BMV	= Bundesminister für Verkehr
BremGO	= Geschäftsordnung der Bremischen Bürgerschaft
BremPolG	= (Bremisches) Polizeigesetz
BremV	= Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen
BremWahlG	= Bremisches Wahlgesetz
BRRG	= Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)
BSG	= Bundessozialgericht

BSGE	= Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl.	= Bundessteuerblatt
BT	= Bundestag
BT-Dr.	= Bundestags-Drucksache
Bundesbahn	= Die Bundesbahn
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerfGGO	= Geschäftsordnung für das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	= Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
B-VG	= (Österreichisches) Bundesverfassungs-Gesetz
BWahlG	= Bundeswahlgesetz
BWGO	= Geschäftsordnung des Landtags von Baden-Württemberg
BWPoIG	= (Baden-Württembergisches) Polizeigesetz
BWV	= Verfassung des Landes Baden-Württemberg
BWVBl.	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BWWahlG	= (Baden-Württembergisches) Gesetz über die Landtagswahlen (Landeswahlgesetz)
c.	= canon
cap.	= capitulum
chap.	= chapitre, chapter
CIC	= Codex Iuris Canonici
D	= Digesten
DAG	= Deutsche Angestelltengewerkschaft
DB	= Deutsche Bundesbahn
DBB	= Deutscher Beamtenbund
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
DDRv	= Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik
ders.	= derselbe
DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung
dies.	= dieselben
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift
DöD	= Der öffentliche Dienst
DOK	= Die Ortskrankenkasse
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	= Deutsches Richtergesetz
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DUD	= Deutschland-Union-Dienst
durchges.	= durchgesehen
DUZ	= Die Deutsche Universitäts-Zeitung
DV	= Deutsche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVPW	= Deutsche Vereinigung für Politische Wissenschaft
ebd.	= ebenda

Ed., ed.	= Edition, edited
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
EntschOVG Berlin	= Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin
Erl.	= Erläuterung; Erlaß
ErstG	= Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen (Erstattungsgesetz)
ESTG	= Einkommensteuergesetz
ESVGH	= Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württembergs
EuR	= Europarecht
e. V.	= eingetragener Verein
EvStL	= Evangelisches Staatslexikon, hrsg. Kunst / Herzog / Schneemelcher, 1. Aufl. 1966, 2. Aufl. 1975
EVwVfG	= Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
Faks.-Ausg.	= Faksimile-Ausgabe
GaststG	= Gaststättengesetz
GBL	= Gesetzblatt
Germ. Abt.	= Germanistische Abteilung
GewO	= Gewerbeordnung
G	= Gesetz
GG	= Grundgesetz
GO II	= Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer Teil
GMBL	= Gemeinsames Ministerialblatt
GO	= Geschäftsordnung
GOBR	= Geschäftsordnung des Bundesrates
GOBT	= Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GrESTG	= Grunderwerbsteuergesetz
GrünhutsZ	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. Grünhut
GS	= Großer Senat; Preußische Gesetzesammlung
GSZ	= Großer Senat für Zivilsachen
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GVNW	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	= Halbband
HambOVG	= Hamburgisches Oberverwaltungsgericht
HambPVG	= (Hamburgisches) Gesetz über die Polizeiverwaltung
HambV	= Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
HambWahlG	= Gesetz über die Wahl zur Hamburgischen Bürgerschaft
HbdDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. Anschütz / Thoma, 1. Bd., 1930, 2. Bd., 1932
HDSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HessBauO	= Hessische Bauordnung
HessGO	= Geschäftsordnung des Hessischen Landtags

HessVGG	= (Hessisches) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
HessWahlG	= Gesetz über die Wahlen zum Landtag des Landes Hessen (Landtagswahlgesetz)
HessV	= Verfassung des Landes Hessen
HessVGH	= Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HGO	= Hessische Gemeindeordnung
h. L.	= herrschende Lehre
h. M.	= herrschende Meinung
HÖD	= Handwörterbuch des öffentlichen Dienstes. Das Personalwesen, hrsg. Bierfelder, 1976
Hrsg., hrsg.	= Herausgeber, herausgegeben von
HSchVG	= (Hessisches) Gesetz über die Unterhaltung und Verwaltung der öffentlichen Schulen und die Schulaufsicht (Schulverwaltungsgesetz)
HSOG	= Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
HVB	= Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbahn
i. d. F.	= in der Fassung
insb.	= insbesondere
i. S.	= im Sinne
i. V. m.	= in Verbindung mit
IVR	= Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie
i. w. S.	= im weiteren Sinne
JbRSozRTh.	= Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JÖR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KA	= Kirchliches Amtsblatt
Kap.	= Kapitel
KOV	= Die Kriegsofferversorgung
LAG	= Landesarbeitsgericht
Lat.-dt.	= Lateinisch-deutsch
lib.	= liber
liv.	= livre
LStDV	= Lohnsteuer-Durchführungsverordnung
LVG	= Landesverwaltungsgericht
m.	= mit
masch.-schr.	= maschinenschriftlich
MBIFin.	= Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen
MdL	= Mitglied des Landtags
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO	= Verordnung der Militärregierung
MTABfAuA	= Mantel-Tarifvertrag für Angestellte der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung

MTAngBfA	= Mantel-Tarifvertrag für Angestellte der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
MTB	= Mantel-Tarifvertrag für Arbeiter des Bundes
MTL	= Mantel-Tarifvertrag für Arbeiter der Länder
ND	= Nachrichtendienst
NdsBG	= Niedersächsisches Beamtengesetz
NdsGO	= Geschäftsordnung für den Niedersächsischen Landtag
NdsLBesG	= Besoldungsgesetz für das Land Niedersachsen
NdsLVO	= Niedersächsische Laufbahnverordnung
NdsSchVG	= (Niedersächsisches) Schulverwaltungsgesetz
NdsSOG	= (Niedersächsisches) Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NdsStGH	= Niedersächsischer Staatsgerichtshof
NdsV	= Vorläufige Niedersächsische Verfassung
NdsWahlG	= Niedersächsisches Landeswahlgesetz
n. F.	= neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NPL	= Neue Politische Literatur
Nr.	= Nummer
NW	= Nordrhein-Westfalen
NWGO	= Geschäftsordnung des Landtags Nordrhein-Westfalen
NWLBG	= Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
NWLVO	= Verordnung über die Laufbahnen der Beamten im Lande Nordrhein-Westfalen
NWOBG	= (Nordrhein-Westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden — Ordnungsbehördengesetz
NWPolG	= (Nordrhein-Westfälisches) Polizeigesetz
NWV	= Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
NWWahlG	= Gesetz über die Wahl zum Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen (Landeswahlgesetz)
o.	= oben
o. J.	= ohne Jahresangabe
OLG	= Oberlandesgericht
o. O.	= ohne Ortsangabe
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg mit Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes
ÖZöR	= Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht
p.	= page, pagina
PartG	= Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)
PBefG	= Personenbeförderungsgesetz
PetAusschG	= Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages (Gesetz nach Artikel 45 c des Grundgesetzes)

phil.	= philosophisch
pr.	= preußisch
PrAllR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
PrEnteigG	= (Preußisches) Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum
PrLT	= Preußisches Abgeordnetenhaus
Prot.	= Protokoll
PrOVGE	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrPVG	= (Preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz
PrV	= Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat v. 1850
PVS	= Politische Vierteljahresschrift
qu.	= quaestio
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RBahnG 24	= Gesetz über die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft v. 1924
RdA	= Recht der Arbeit
RdNr.	= Randnummer
RdSchreiben	= Rundschreiben
Recht	= Das Recht
Rechtstheorie	= Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
RegBl.	= Regierungsblatt
RegEntw.	= Regierungsentwurf
RFH	= Reichsfinanzhof
RG	= Reichsgericht
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGRK	= Das Bürgerliche Gesetzbuch, hrsg. Reichsgerichtsräte und Bundesrichter, 11. Aufl., II. Band, 1. T., 1959
RHO	= Reichshaushaltsordnung
RhPfGO	= Geschäftsordnung des Landtags Rheinland-Pfalz
RhPfPVG	= Rheinland-Pfälzisches Polizeiverwaltungsgesetz
RhPfVGG	= (Rheinland-Pfälzisches) Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
RhPfWahlG	= (Rheinland-Pfälzisches) Landeswahlgesetz
RiA	= Das Recht im Amt
RKnG	= Reichsknappschaftsgesetz
RL	= Richtlinie
RStBl.	= Reichssteuerblatt
RStW	= Recht — Staat — Wirtschaft
RV	= Reichsverfassung
RV 19	= Verfassung des Deutschen Reichs v. 1919
RV 71	= Verfassung des Deutschen Reiches v. 1871
RVerwBl.	= Reichsverwaltungsblatt
RVO	= Reichsversicherungsordnung
S.	= Seite
s.	= siehe
SaarVerfGH	= Saarländische Verfassungsgerichtshof
SatzDJT	= Satzung des Deutschen Juristentages e. V.
sc.	= scite

SchweizBV	= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Sect.	= Section
SelbstV	= Die Selbstverwaltung
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SGO	= Geschäftsordnung des Saarländischen Landestages
SHGO	= Geschäftsordnung des Schleswig-Holsteinischen Landtags
SHLVwG	= Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz)
SHPolG	= Polizeigesetz für das Land Schleswig-Holstein
SHV	= Landdessatzung für Schleswig-Holstein
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
SKV	= Staats- und Kommunal-Verwaltung
SPD	= Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Staat	= Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte
StenB	= Stenographische Berichte
StPO	= Strafprozeßordnung
StuW	= Steuer und Wirtschaft
st. Rspr.	= ständige Rechtsprechung
SV	= Verfassung des Saarlandes
SWahlG	= Gesetz Nr. 724 über die Wahl des Landtages des Saarlandes (Landtagswahlgesetz)
T.	= Teil
teilw.	= teilweise
Tsd.	= Tausend
TVAng.	= Tarifvertrag für die Angestellten der Deutschen Bundespost
Tz.	= Textziffer
u.	= unten
u. a.	= und andere; unter anderem
UdSSRV	= Verfassung der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
unveröff.	= unveröffentlicht
v	= vom; versus
VAE	= Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen
VBl.	= Verordnungsblatt
VEA	= Verwaltungsendakt
VereinfEG	= (Preußisches) Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren
VersR	= Versicherungsrecht. Juristische Rundschau für die Individualversicherung
Verf.	= Verfasser
Verwaltung	= Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
Vfg.	= Verfügung
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof

VGHE	= Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit den Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienstgerichtshofs für Richter und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte n. F.
vgl.	= vergleiche
VO	= Verordnung
VOBl.	= Verordnungsblatt
Vol.	= Volume
Vorbem.	= Vorbemerkung
VRSpr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VVA	= Verwaltungsvorakt
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VWA	= Verwaltungs- und Wirtschafts-Akademie
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
Warn.	= Rechtsprechung des Reichsgerichts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, hrsg. Warneyer
WehrbeauftragtenG	= Gesetz über den Wehrbeauftragten des Bundestages
weit.	= weitere
WG	= Wassergesetz
WP	= Wahlperiode
WRV	= Verfassung des Deutschen Reichs v. 1919
WüEVRO	= Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, 1931
WürttBadVGH	= Württemberg-Badischer Verwaltungsgerichtshof
WVbVO	= Erste (Reichs-)Verordnung über Wasser- und Bodenverbände
zahlr.	= zahlreiche
ZaöR	= Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	= zum Beispiel
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZevKR	= Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZgStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	= Ziffer
ZMR	= Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZÖffR	= Zeitschrift für Öffentliches Recht
ZollG	= Zollgesetz
ZParl.	= Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZRG	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	= zum Teil
zust.	= zustimmend
ZVG	= Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung

A. Rechtstheorie

Die Evidenz als Rechtsbegriff*

I. Das Problem und seine Behandlung

Der Rechtsbegriff der Evidenz ist noch nicht behandelt. Man sucht seine Erörterung in den Lehrbüchern der Rechtsphilosophie und der Methodenlehre vergebens¹. Das verwundert, da die Evidenz ein Begriff ist, der in verschiedensten Rechtsgebieten anzutreffen ist. Zwei Beispiele mögen zu Anfang genügen: In der Rechtslehre wird die Auffassung vertreten, es gebe stillschweigende Bundeszuständigkeiten „kraft Evidenz“, und es gibt im Verwaltungsrecht die zur Nichtigkeit von Verwaltungsakten entwickelte „Evidenztheorie“. Schon allein diese beiden Anwendungsfälle rechtfertigen es, den Rechtsbegriff der Evidenz zu untersuchen; auf weitere Bereiche wird noch einzugehen sein.

Der Begriff „Evidenz“ ist im Grunde kein juristischer, sondern ein philosophischer. Um über seine Eigenart etwas aussagen zu können, ist daher auf die Erkenntnisse der Philosophie, und zwar insbesondere der Logik, zurückzugehen. Während sich die Rechtswissenschaft ihm bisher nicht zugewandt hat, ist er der allgemeinen Philosophie wohlbekannt². Begreiflicherweise bemühte sich insbesondere die Phänomenologie, ihn wissenschaftlich zu durchdringen³. Vor der Erörterung der Evidenz als

* DÖV 1963, S. 331 - 339.

¹ z. B. bei *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 4. Bd., Tübingen 1911; *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950; *Klug*, Juristische Logik, 2. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960; *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. Einsiedeln - Zürich - Köln 1948; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956; *Sauer*, System der Rechts- und Sozialphilosophie, 2. Aufl., Basel 1949; *Stammler*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin - Leipzig 1922, und Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Halle 1923; *del Vecchio*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Basel 1951.

² Vgl. u. a. *Brentano*, Wahrheit und Evidenz (hrsg. Kraus), Leipzig 1930, S. 61 ff., 140 ff.; *Geysler*, Auf dem Kampffelde der Logik, Freiburg 1926, S. 226 f.; *Hessen*, Lehrbuch der Philosophie, 1. Bd., 2. Aufl., München - Basel 1950, S. 118, 169, 256 ff.; *Meyer*, Systematische Philosophie, Bd. I, Paderborn 1955, S. 133 ff.; *Patzig*, Logik, in: Diemer / Frenzel, Philosophie, Fischer-Lexikon Bd. 11, Frankfurt/M. 1958, S. 147 (151); *Sigwart*, Logik, 1. Bd., 4. Aufl., Tübingen 1911, S. 16; *Windelband / Heimsoeth*, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 15. Aufl., Tübingen 1957, § 30, 5, S. 336, § 47, 3, S. 588; *Wundt*, Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie, 4. Aufl., Stuttgart 1919, insb. S. 78 ff.

³ z. B. *Hartmann*, Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 4. Aufl., Berlin 1949, S. 499 ff.; *Husserl / Landgrebe*, Erfahrung und Urteil, 2. Aufl., Hamburg 1954, S. 8 ff.

Rechtsbegriff ist demnach der philosophische Evidenzbegriff darzustellen, dessen Anwendung in der Rechtswissenschaft Gegenstand der Untersuchung ist.

II. Der philosophische Evidenzbegriff

Evidenz im philosophischen Sinne bedeutet „Augenscheinlichkeit“, „höchste im Bewußtsein erlebte und zur Gewißheit führende Einsichtigkeit“⁴. Ein Tatbestand ist evident, wenn er unmittelbar einleuchtend, so augenscheinlich ist, daß es keiner Schlüsse bedarf, um ihn Gewißheit werden zu lassen. Die Evidenz einer Wahrheit ergibt sich nicht diskursiv, sondern nur intuitiv⁵, sie wird also nicht *erschlossen*, sondern *erschaut*.

Bei genauerer Betrachtung läßt sich der Evidenzbegriff einordnen und aufgliedern:

a) Kraft Evidenz kann sich die *Existenz eines Tatbestandes* ergeben: Dann ist die Evidenz ein ontologischer Begriff⁶. Kraft Evidenz kann sich aber auch die *Richtigkeit einer Behauptung oder eines Urteils* ergeben: In diesem Fall ist die Evidenz ein logischer Begriff⁷.

b) Der allgemeine, als Augenscheinlichkeit oder höchste Einsichtigkeit gekennzeichnete Evidenzbegriff läßt sich gliedern in die objektive und die subjektive Evidenz⁸. Dabei handelt es sich allerdings nicht um zwei selbständige und gleichrangige Untergruppen der Evidenz, sondern nur um zwei Erscheinungsbilder desselben Tatbestands, die erst beide zusammen — wie sich zeigen wird — die Evidenz ausmachen.

1. Objektive Evidenz

Objektive Evidenz ist nach *Nicolai Hartmann* die Gewißheit, aus der sich die „zureichende Gewähr für die Wahrheit einer Einsicht“ ergibt, sie ist „absolutes, notwendiges Gewißheitsideal aller Erkenntnis“⁹. In dieser objektiven Erscheinungsform ist die Evidenz von der Einsichtsfähigkeit des Beurteilers unabhängig; sie besteht ohne Rücksicht darauf, ob dieser (beispielsweise der Richter im Prozeß) das Evidenzerlebnis hat oder nicht.

⁴ Begriffsbestimmungen bei *Eisler*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 4. Aufl., 1. Bd., Berlin 1927, *Hoffmeister*, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Aufl., Hamburg 1955, *Schmidt / Schischkoff*, Philosophisches Wörterbuch, Stuttgart 1960, jeweils unter dem Stichwort „Evidenz“.

⁵ *Eisler*; *Schmidt / Schischkoff*.

⁶ s. u. III 2.

⁷ s. u. III 1.

⁸ So z. B. *Hartmann*, S. 503 ff.; *Hessen*, S. 256 ff.

⁹ *Hartmann*, S. 503 ff.

Innerhalb der objektiven Evidenz lassen sich die *unmittelbare* und die *mittelbare* Evidenz unterscheiden¹⁰. Die *unmittelbare* Evidenz ist jene, die in sich selbst begründet ist und nicht auf eine andere bereits feststehende Tatsache zurückgeführt werden muß. Zu ihr gehört vor allem die *Denkevidenz*, nämlich die Augenscheinlichkeit oberster logischer Sätze: der Sätze von der Identität, vom Widerspruch und vom Ausschluß eines Dritten. Solche oberste logische Sätze gibt es nicht nur in der allgemeinen Philosophie, sondern auch in der Rechtsphilosophie¹¹, in der die Denkevidenz demnach ihren juristischen Standort hat. Zur unmittelbaren Evidenz gehört ferner die *Wahrnehmungsevidenz*, die als die „Augen“-scheinlichkeit eines sinnlich wahrnehmbaren Tatbestands zu begreifen ist¹².

Um *mittelbare* Evidenz¹³ handelt es sich dagegen immer dann, wenn ein Tatbestand oder ein Urteil nicht in sich selbst evident ist, sondern erst durch einen Denkakt evident gemacht werden muß, wenn also eine neue Erkenntnis nur durch Ableitung aus einer bereits feststehenden geschöpft werden kann. Dies trifft für die meisten Erkenntnisfälle zu, und es ist daher nicht verwunderlich, daß es sich auch bei der Evidenz im juristischen Sinne, wie sich noch zeigen wird, überwiegend um mittelbare handelt.

Die mittelbare Evidenz erfordert einen „Begründungszusammenhang“¹⁴: Sie muß solange zurückverfolgt werden, bis auf unmittelbare (Denk- oder Wahrnehmungs-)Evidenz gestoßen wird.

Diese Überlegungen zeigen, daß der bei den einzelnen Evidenzarten unterschiedliche Erkenntnisgrund zu einer unterschiedlichen Art der *Urteilsbildung* führt. Nur die Denkevidenz ist von aller Erfahrung unabhängig und ermöglicht daher ein Urteil a priori, während sowohl die (unmittelbare) Wahrnehmungsevidenz als auch die mittelbare Evidenz

¹⁰ *Bohne*, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, Köln 1948, S. 43 f.; *Brentano*, S. 148; *Hartmann*, S. 499; *Hessen*, S. 169, 257 f.; *Meyer*, S. 134 ff.; *Wundt*, S. 79 ff.

¹¹ Vgl. hierzu *Maynez*, Die höchsten Prinzipien der formalen Rechtsontologie und der juristischen Logik, ARSP 59, 193 ff.

¹² Zur Denk- und Wahrnehmungsevidenz allgemein *Brentano*, S. 61; *Brinkmann*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Bd. I, Allgemeine Wertphilosophie, Bonn 1960, S. 318; *Hessen*, S. 103; *Windelband/Heimsoeth*, § 30, 5, S. 336.

¹³ *Hessen*, S. 257 f.; *Wundt*, S. 82 f.

¹⁴ *Wundt*, S. 83: Wird aus den unmittelbar evidenten Sätzen $A = B$ und $B = C$ der Satz $A = C$ gefolgert, dann ist dieser nur mittelbar evident, da er nicht unmittelbar einleuchtet, sondern auf zwei vorausgeschickten evidenten Sätzen beruht. — Vgl. ferner *Hessen*, S. 257, und *Husserl/Landgrebe*, S. 17, nach denen ein Folgesatz nur dann zur Evidenz gebracht werden kann, wenn dies auch mit den Prämissen möglich ist, sowie *Meyer*, S. 134 („Es gibt Stufenfolgen der Evidenz, die im Verhältnis der Begründung zueinander stehen“).