

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 443

Die Beweislast im Verwaltungsrecht

Zur Verteilung des Aufklärungsrisikos
im Verwaltungsprozeß

Von

Hans-Hermann Peschau



Duncker & Humblot · Berlin

HANS-HERMANN PESCHAU

Die Beweislast im Verwaltungsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 443

Die Beweislast im Verwaltungsrecht

Zur Verteilung des Aufklärungsrisikos im Verwaltungsprozeß

Von

Dr. Hans-Hermann Peschau



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Peschau, Hans-Hermann:

Die Beweislast im Verwaltungsrecht: zur Verteilung d. Aufklärungsrisikos im Verwaltungsprozess / von Hans-Hermann Peschau. — Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zum öffentlichen Recht; Bd. 443)

ISBN 3-428-05386-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05386 9

Vorwort

Im öffentlichen Recht haben Beweislastprobleme bisher recht wenig Beachtung gefunden. Erst in den letzten Jahren ist eine Diskussion wiederaufgenommen und erweitert worden, die — auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts — vor allem durch den 46. Deutschen Juristentag (Essen 1966) bereichert worden war.

Die vorliegende Abhandlung hat die Verteilung des Aufklärungsrisikos im Verwaltungsprozeß zum Gegenstand. Ihr Ziel ist die Erörterung der tragenden Verteilungsgründe unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Prinzipien sowie die Untersuchung typischer verwaltungsrechtlicher Tatbestände. Dabei wird deutlich, daß die Beweislastverteilung weder aus der schematischen Handhabung einer angeblich allgemeingültigen Grundregel abgeleitet, noch auf vage Billigkeitserwägungen im Einzelfall abgestützt werden kann.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1982/83 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Assistentenzeit bei Herrn Professor Martin Kriele; ihm verdanke ich auch die Anregung zur Beschäftigung mit Beweislastfragen. Herr Professor Kriele hat mir jede Freiheit bei der Bearbeitung des Themas gewährt; ich bin ihm für alle Förderung, die er mir hat zuteil werden lassen, sehr dankbar. Herrn Professor Klaus Stern danke ich für Kritik und Anregungen. — Ich widme diese Schrift meinen Eltern in Dankbarkeit.

Köln, im Februar 1983

Hans-Hermann Peschau

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einführung: Beweislast und Verwaltungsrecht

I. Zur Funktion und Wirkungsweise der objektiven Beweislast	11
II. Die Bedeutung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß	14

Zweites Kapitel

Kriterien der Beweislastverteilung

I. Klageart und Parteistellung	17
1. Die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	17
2. Stellungnahme	19
II. Das Normbegünstigungsprinzip in Verbindung mit dem anzuwendenden Recht	21
1. Die Rechtsprechung	21
a) Belastende Verwaltungsentscheidungen	23
b) Ansprüche gegen Träger öffentlicher Gewalt	24
c) Grund- und Gegennormen; Regel- und Ausnahmenormen; rechtsbegründende und rechtshindernde Merkmale	27
d) Gesetzesfassung gegen Gesetzeszweck?	28
e) Das Normbegünstigungsprinzip — ein manchmal untaugliches „Hilfsmittel“	31
f) Vorrang der besonderen gesetzlichen Regelung	32
2. Die Auffassungen in der Literatur	33
3. Stellungnahme	38
III. Das Prinzip von der Erhaltung des Status quo	40
IV. Das Regel-Ausnahme-Argument	42
1. Die Rechtsprechung	42
2. Stellungnahme	46

V. Wahrscheinlichkeit	48
1. Abstrakte Wahrscheinlichkeit	48
2. Konkrete Wahrscheinlichkeit	49
3. Tatsächliche Vermutungen in der Rechtsprechung des Bundes- verwaltungsgerichts	51
VI. Beweisnähe, Einflußsphäre, Gefahren- und Verantwortungsbereich	56
1. Die Rechtsprechung	57
2. Stellungnahme	58
VII. Sanktion	60
1. Die Beweisvereitelung	60
2. Ein Sonderfall: Die Rücknahme eines begünstigenden Verwal- tungsakts	64
VIII. Freiheitsvermutung und Rechtmäßigkeitsvermutung	68
1. In dubio pro libertate	68
2. In dubio pro auctoritate	70
IX. Zumutbarkeit	72
1. Rechtsprechungsbeispiele	73
2. Beweisnot	74
3. Güterabwägung und Folgenorientierung	76
4. Exkurs: Zur Beweislast im Kriegsdienstverweigerungsverfahren	78

Drittes Kapitel

Das Verfassungsrecht und die Beweislast- verteilung im Verwaltungsrecht

I. Einleitung	82
II. Die Begründungsbedürftigkeit der Freiheitsbeschränkung — das Rechtsstaatsprinzip und die Grundrechte	85
III. Die Begründungsbedürftigkeit der Leistungsgewährung oder der Leistungsversagung?	88
1. Die Regel	88
a) Sozialstaatsprinzip	88
b) Grundrechte als Teilhaberechte	90

Inhaltsverzeichnis	9
c) Soziale Grundrechte	94
d) Art. 19 Abs. 4 GG	95
e) Zusammenfassung	96
2. Eine Ausnahme: Die Sicherung des Existenzminimums	97
IV. Das faire rechtsstaatliche Verfahren	98
V. Verfassungsrecht und Genehmigungsvorbehalte	104
1. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt	104
2. Die Beweislast beim präventiven Verbot — Beispiele	109
3. Die Beweislast beim repressiven Verbot — Beispiele	117

Viertes Kapitel

**Besonderheiten der Beweislastverteilung bei
speziellen verwaltungsrechtlichen Tatbeständen**

I. Ermessensakte	120
II. Soll-Vorschriften und Regelvermutungen	123
III. Planungsentscheidungen	126
IV. Unbestimmte Gesetzesbegriffe mit Beurteilungsspielraum	130
1. Prüfungsentscheidungen	130
2. Prognosen	132
a) Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung	132
b) Die Prognose der Verfassungstreue bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst	135
V. Verwaltungsmaßnahmen mit mehrseitiger Wirkung	139
1. Mehrdimensionale Freiheitsprobleme	139
2. Drittbetroffenenklagen	142
VI. Verhältnismäßigkeit	145
VII. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt	149
Zusammenfassende Schlußbetrachtung	153

Literaturverzeichnis	156
-----------------------------	------------

Erstes Kapitel

Einführung: Beweislast und Verwaltungsrecht

I. Zur Funktion und Wirkungsweise der objektiven Beweislast

Richterliche Entscheidung heißt Sachverhaltsermittlung und Rechtsgewinnung. Das Gericht entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung (§ 108 Abs. 1 S. 1 VwGO). Die Überzeugungsbildung ist im Normalfall dann gelungen, wenn ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit erreicht ist, daß kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt¹. Auch wenn das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat (§ 86 Abs. 1 S. 1 VwGO), kann es vorkommen, daß sich ein entscheidungserheblicher Sachumstand nicht aufklären läßt. Trotz Scheiterns der Sachverhaltsermittlung ist das Gericht zur Entscheidung des Rechtsstreits gezwungen. Dies folgt aus dem Anspruch auf Justizgewährung². Ist aber das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen ungewiß, dann bleibt auch die vorgesehene Rechtsfolge zweifelhaft. Sie kann weder mit einem positiven noch negativen Inhalt festgestellt werden³. Es bedarf demnach besonderer Regeln, die die Frage beantworten, wie in dieser Situation zu verfahren ist.

Die Bestimmungen, die eine richterliche Entscheidung im Fall tatsächlicher Ungewißheit („non liquet“) überhaupt erst ermöglichen und ihren Inhalt festlegen, sind die Regeln der materiellen (objektiven) Be-

¹ *Kopp*, VwGO, § 108 Rdnr. 5; *Redeker / v. Oertzen*, VwGO, § 108 Rdnr. 1; *Eyermann / Fröhler*, VwGO, § 108 Rdnr. 4..

² BVerfGE 3, 359 ff., 364; *Maunz*, in: *Maunz / Dürig / Herzog / Scholz*, Grundgesetz, Art. 101 Rdnr. 53; *Rosenberg / Schwab*, Zivilprozeßrecht, § 3 I, S. 12.

³ Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen bei *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 19 ff.; zust. *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 3, 19; *Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, S. 174; a. A.: *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 12: „... die Anwendung des Rechtssatzes unterbleibt nicht nur, wenn der Richter von dem Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen überzeugt ist, sondern auch schon dann, wenn ihm *zweifelhaft* geblieben ist, ob diese Voraussetzungen vorhanden seien.“ (Hervorhebung original); vgl. ferner zu der Frage, ob Rechtsnormen die Rechtsfolge an tatsächliche Vorgänge außerhalb des Gerichtsverfahrens oder an prozessuale Feststellungen knüpfen, ausführlich *Musielak*, S. 4 ff.

weislast. Sie ordnen an, daß der Richter entweder so zu entscheiden hat, als sei die zweifelhafte Tatsache gegeben oder als sei sie nicht gegeben. Die Existenz oder Nichtexistenz der entscheidungserheblichen Tatsache wird also zum Zweck der Sachentscheidung *fingiert*, keineswegs aber die Tatsachenbehauptung als wahr oder unwahr anerkannt⁴.

Leipold vertritt die Auffassung, es sei nur eine Formulierungsfrage ohne sachliche Bedeutung, ob man die Fiktion auf das Tatbestandsmerkmal oder auf die zugrundeliegenden Tatsachen beziehe⁵, und *Musielak* meint, der sonst vom Richter zu ziehende Schluß von bestimmten festgestellten Tatsachen auf die Erfüllung des Tatbestandselementes werde überflüssig gemacht, da die Beweislastnorm die Feststellung eines tatsächlichen Vorgangs so „maßgerecht“ auf das Tatbestandsmerkmal hin fingiere, daß sich der Schluß „verwirklicht oder nicht verwirklicht“ von selbst ergebe⁶.

Daß diese Ansichten nicht richtig sein können, zeigen normative Tatbestandsmerkmale, bei denen eine Vielzahl von Tatsachen festzustellen ist. Solche Tatbestandsmerkmale (wie z. B. gute Sitten, Verhältnismäßigkeit, Zuverlässigkeit) bedürfen der inhaltlichen Konkretisierung, ehe sich ihnen bestimmte Tatsachen zuordnen lassen. Die Beweislastnorm hilft dann über die Ungewißheit der Einzel Tatsache hinweg, ersetzt aber nicht den Schluß von allen — feststehenden und fingierten — Tatsachen auf das Tatbestandsmerkmal⁷. Die Funktion der Beweislastregeln besteht also darin, „Ungewißheit im Tatsächlichen in eindeutige Rechtsfolgen zu transformieren“⁸; sie entscheiden über die Folgen der Beweislosigkeit. Die Frage der Beweislast ist daher nach erbrachtem Beweis gegenstandslos.

Von der Funktion der Beweislastnormen läßt sich ihre Wirkungsweise trennen. Wird z. B. formuliert, „X habe die objektive Beweislast“ oder „Y müsse das Aufklärungsrisiko tragen“ oder „Das Risiko des ungeklärten Sachverhalts gehe zu Lasten des Z“, so werden damit zwar die Reflexwirkungen auf die Parteien beschrieben, die mit der Beweislastentscheidung unvermeidbar verbunden sind, die eigentlichen Aufgaben der Beweislastnormen als Entscheidungsregeln aber nur unge-

⁴ Vgl. *Leipold*, S. 64 ff.; *Musielak*, S. 21 ff.; *Weber-Grellet*, Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht, S. 30; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 11; diesen Unterschied verkennend *Berg*, S. 175.

⁵ *Leipold*, S. 66.

⁶ *Musielak*, S. 24.

⁷ Vgl. *Weber-Grellet*, S. 31; auf die Tatsachenbehauptung stellen z. B. auch *Baumgärtel / Wittmann*, JA 1979, S. 113 und *Gottwald*, Jura 1980, S. 225 ff., 227 ab.

⁸ So die einprägsame Formulierung von *Berg*, JuS 1977, S. 23 ff., 25; ähnlich *ders.*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, S. 175; ferner *Börner*, VEnergR, Bd. 50 (1982), S. 117 ff., 119 ff.

nau gekennzeichnet⁹. Wenn dies erkannt wird, ist gegen diese Formulierungen nichts einzuwenden, da sie sich besonders eignen, die praktische Relevanz der Beweislast — welche Partei nämlich den Nachteil aus der Beweislosigkeit trägt — zu beschreiben.

Die Ausführungen über die Funktion der Beweislast haben zugleich deutlich werden lassen, wie eng die Verknüpfung von anzuwendendem Rechtssatz und Beweislastregel ist. Eine Beweislastentscheidung besteht immer aus zwei Elementen: aus einer Ungewißheit im Tatsächlichen, die sich auf den Tatbestand (oder einen Teil desselben) eines Rechtssatzes bezieht, und aus einer Beweislastnorm, die die unbewiesene Tatsachenbehauptung als wahr oder unwahr fingiert. Beweislastnormen haben deshalb ihren Sinn nur in der Verbindung mit dem jeweiligen sachlich einschlägigen Rechtssatz und machen diesen im Falle tatsächlicher Ungewißheit erst anwendungs- und entscheidungsfähig. Sie werden daher als „Ergänzungsrechtssätze“ und „Ermöglichungsnormen“¹⁰, als „Entscheidungsnormen“¹¹ oder als „Aushilfsnormen“¹² bezeichnet.

Aus dieser sachlichen Verknüpfung folgt schließlich auch, daß die Verteilung der Beweislast von dem anzuwendenden Rechtssatz abhängt¹³. Deshalb lautet die zutreffende Antwort auf die vieldiskutierte Frage nach der Rechtsnatur¹⁴ der Beweislastregeln: Sie „gehören zu demselben Rechtsgebiet wie der Rechtssatz, dessen Voraussetzungen die streitigen Tatsachen begründen sollen“¹⁵. Praktisch sind die meisten Beweislastentscheidungen materiell-rechtlicher Natur, weil von der Beweislosigkeit überwiegend die tatsächlichen Voraussetzungen der Normen materiellen Rechts betroffen sind¹⁶.

⁹ Zur Trennung von Funktion und Wirkungsweise insbesondere *Musielak*, S. 19 ff., 32 ff.

¹⁰ *Nierhaus*, BayVBl. 1978, S. 745 ff., 749.

¹¹ *Leipold*, S. 64 ff.; *Musielak*, S. 23; *Blomeyer*, Gutachten 46. DJT, S. 9; *Baumgärtel / Währendorf*, Festschrift für Rammos, S. 41 ff., 44; *Rosenberg / Schwab*, Zivilprozeßrecht, § 118 III 1, S. 689; *Gottwald*, Jura 1980, S. 225 ff., 228.

¹² *E. Peters*, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, S. 98; *Währendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 25; krit. zu dem mißverständlichen Begriff „Rechtsanwendungsnorm“ *Musielak*, S. 23 m. w. N.

¹³ Vgl. auch das 2. Kapitel unter II.

¹⁴ Dazu insbesondere *Schmeling*, Die Rechtsnatur der Beweislastfrage, Diss. Erlangen 1952; *Rosenberg*, S. 77 ff.; *Leipold*, S. 67 ff.; *Blomeyer*, S. 9 ff.; *Musielak*, S. 26 ff.; *Rosenberg / Schwab*, Zivilprozeßrecht, § 118 III 1, S. 689; *Währendorf*, S. 26 ff.; *Ule*, Verwaltungsprozeßrecht, § 50 II 2, S. 260 f.

¹⁵ *Rosenberg*, S. 81; *Rosenberg / Schwab*, S. 689; *Musielak*, S. 30; ferner BVerwG, Urt. v. 23. 5. 1962 — VI C 39.60 —, BVerwGE 14, 181 ff., 186 f.; Urt. v. 19. 2. 1964 — VI C 107.61 —, BVerwGE 18, 66 ff., 71; Urt. v. 31. 10. 1968 — VIII C 97.67 —, BVerwGE 30, 358 ff., 361 f.; Urt. v. 6. 2. 1975 — II C 68.73 —, BVerwGE 47, 330 ff., 339 und öfter.