

Die Veröffentlichung des Werkes

„Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band III

**Erwerbsschutz
durch Aufopferungsentschädigung**

Von

Dr. Ulrich Battis



Q
—
B

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Q 270

31

12/30
2.11
ULRICH BATTIS

Erwerbsschutz durch Aufopferungsschädigung

Schriften zum Öffentlichen Recht
Band 111

Erwerbsschutz
durch Aufopferungsentschädigung

Von
Dr. Ulrich Battis



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

80 K 15 / 23A

Meinen Eltern

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung hat im Frühjahr 1969 der Juristischen Fakultät der Universität Münster als Dissertation vorgelegen. Da das Manuskript im Februar 1969 abgeschlossen war, konnte später erschienene Literatur und Rechtsprechung nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

An dieser Stelle möchte ich besonders meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans J. Wolff, für die anregende Betreuung der Dissertation danken. Ferner habe ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm, der Stiftung Volkswagenwerk für ein Promotionsstipendium sowie dem Kurator der Universität Münster für einen Druckkostenzuschuß zu danken.

Berlin, im Juli 1969

Ulrich Battis

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	13
I. Hauptteil	
1. Abschnitt	
Die gegenüber der Rechtsprechung selbständigen Lösungen	
<i>1. Kapitel</i>	
§ 2 Ausdrückliche Behandlung des Erwerbsschutzes	17
<i>2. Kapitel</i>	
§ 3 Beiläufige Behandlung des Erwerbsschutzes	20
2. Abschnitt	
Die Beschränkung der Rechtsprechung auf Bestandsschutz	
<i>1. Kapitel</i>	
§ 4 Unterscheidung der Begründungsformeln	22
<i>2. Kapitel</i>	
Kritik der ersten Formel	23
§ 5 Die ungerechtfertigte Gleichsetzung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln	23
§ 6 Der Widerspruch zur Entschädigung für abgelehnte Baugenehmigungen	25
§ 7 Der Widerspruch zur Sonderopferlehre	27
§ 8 Die versteckte Aufgabe der ersten Formel	31
<i>3. Kapitel</i>	
Kritik der zweiten Formel	32
§ 9 Die Grenzen des Bestandsschutzes	32
§ 10 Unstimmigkeiten bei der Anwendung der zweiten Formel	35

Inhaltsübersicht

4. Kapitel

§ 11 Die vernunftrechtliche Argumentation	37
---	----

II. Hauptteil

1. Abschnitt

Die Grundlagen der Sonderopferlehre

1. Kapitel

Das Sonderopfer bei rechtswidrigem hoheitlichem Verhalten	39
§ 12 Der Schluß von der Rechtswidrigkeit auf ein Sonderopfer	39
§ 13 Der Vorwurf der Verdoppelung des Sonderopferbegriffes	41

2. Kapitel

Sonderopfer und Gleichheitssatz	45
§ 14 Der Gleichheitssatz als Grundlage der Sonderopferlehre	45
§ 15 Widersprüche um den Gleichheitssatz	47
§ 16 Die Unterscheidung zweier Gleichheitssätze	49
§ 17 Das Verhältnis der beiden Gleichheitssätze zueinander	53
§ 18 Die beiden Gleichheitssätze bei der Gruppenenteignung	54
§ 19 Die beiden Gleichheitssätze und der Vollentzug des Eigentums	55
§ 20 Exkurs in das Schweizer Recht	56

2. Abschnitt

Die Erweiterung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen

1. Kapitel

§ 21 Die Notwendigkeit der Erweiterung	59
--	----

2. Kapitel

§ 22 Die Enteignung durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt	60
---	----

3. Kapitel

Sonderopfer infolge rechtswidriger Verwaltungsakte	62
§ 23 Die formelle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes	62
§ 24 Die materielle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes	65

Inhaltsübersicht

4. Kapitel

Opferlage und Rechtsmittel	66
§ 25 Die Erheblichkeit von Rechtsmitteln für die Opferlage	66
§ 26 Die rechtstechnische Kanalisierung der Erheblichkeit von Rechtsmitteln	68

5. Kapitel

Die Lehre von den beiden Gleichheitssätzen in den Nebenfolgenfällen	72
§ 27 Die Aufgliederung der Nebenfolgenfälle	72
§ 28 Die Rechtswidrigkeit bei den Nebenfolgenfällen	76
§ 29 Die Anwendung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen auf die einzelnen Fallgruppen	78

III. Hauptteil

1. Abschnitt

Der Erwerbsschutz durch Art. 14 GG

1. Kapitel

Die Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz	82
§ 30 Kritische Übersicht über den Problemstand	82
§ 31 Der objektsbezogene Schutz durch Art. 14 GG	85
§ 32 Der Bestandsschutz als beschränkter Tätigkeitsschutz	87
§ 33 Die Begründung der Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz	90
§ 34 Exkurs in das Schweizer Recht	91

2. Kapitel

Die Gleichsetzung von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Recht am Gewerbebetrieb	92
§ 35 Das privatrechtliche Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	92
§ 36 Die Unterschiede zum öffentlichen Recht am Gewerbebetrieb	95

2. Abschnitt

Lösung der Sonderopferentschädigung von Art. 14 GG

§ 37 Das Entschädigungsmonopol des Art. 14 GG	98
§ 38 Folgerungen aus dem Nichtbestehen des Entschädigungsmonopols ...	101

3. Abschnitt

Erwerbsschutz durch Art. 12 GG

1. Kapitel

§ 39	Ausschluß von Art. 2 Abs. 1 GG	104
------	--------------------------------------	-----

2. Kapitel

	Entschädigung über Art. 12 GG in Verbindung mit der Sonderopferlehre	105
§ 40	Das besondere Opfer im Schutzbereich von Art. 12 GG	105
§ 41	Die Bestimmung des Eingriffsobjektes	107
§ 42	Die vernunftrechtlichen Gründe	112
§ 43	Begrenzungstopoi	113
Thesen	117
Literaturverzeichnis	120

Einleitung

§ 1

Ein Vergleich des Gutachtens¹, der Referate² und der Diskussionsbeiträge³ anlässlich der Verhandlungen der öffentlich-rechtlichen Abteilung des 47. Deutschen Juristentages zeigt, daß der Gutachter und die Referenten, ungeachtet weitgehender Meinungsverschiedenheiten⁴ im übrigen, übereinstimmend die Behandlung der Fälle im geltenden öffentlichen Entschädigungsrecht für reformbedürftig halten, in denen dem Antragsteller, der einen Gewerbebetrieb betreibt oder aufbauen will, rechtswidrig aber schuldlos ein begünstigender statusverleihender Verwaltungsakt versagt oder zeitweilig vorenthalten wird. Darin, daß der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung^{5, 6} Entschädigung nicht gewährt, wird eine Lücke im öffentlichen Entschädigungsrecht gesehen.

Es lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden. Die erste Fallgruppe⁵ wird dadurch gekennzeichnet, daß der klagende Antragsteller ein Unternehmen aufbauen will. Als Unternehmen wird auch der Betrieb einer Apotheke oder eines Notariats verstanden. Der zur rechtmäßigen Unternehmenseröffnung notwendige statusverleihende Verwaltungsakt wird rechtswidrig, aber schuldlos versagt. Infolgedessen entsteht ein Vermögensschaden.

¹ Weyreuther 95 Fn 387, 187 (einschränkend).

² Bender Referat L 20; Haas Referat L 33.

³ Vgl. Bettermann L 89, 109; Bender L 85; Hoffmann L 120.

⁴ Vgl. dazu Überblick in NJW 1968, 2045 (2046 f.).

⁵ BGH U. v. 14. 11. 1955 LM Art. 14 GG Nr. 46 III ZR 143/54 — Nichtzulassung eines Notars —; BGH U. v. 20. 12. 1956 LM Art. 14 GG Nr. 56 III ZR 113/55 — Verweigerung einer Schankerlaubnis —; BGH U. v. 25. 5. 1961 LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 19 III ZR 163/59 — Verweigerung einer Schrotthandelerlaubnis —; BGHZ 34, 188 U. v. 23. 1. 1961 III ZR 8/60 — Versagung einer Erlaubnis für eine Rezeptsammelstelle —; BGH DVBl. 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60 — Verweigerung einer Apothekenkonzession —; BGH VersR 1965, 693 (695) U. v. 5. 4. 1965 III ZR 201/63 — Verweigerung einer Apothekenkonzession —; DB 1965, 888 U. v. 15. 3. 1965 III ZR 187/63 — Versagung einer zur Betriebseröffnung erforderlichen Genehmigung; U. v. 22. 11. 1962 III ZR 121/61 zit. bei Kessler DRiZ 1967, 374 (376) — Versagung einer gewerblichen Erlaubnis —.

⁶ BGH LM § 839 BGB Nr. 5 (C) U. v. 26. 3. 1953 III ZR 206/52 — Versagung einer Betriebsverlagerungserlaubnis —; BGH AöR 78 (1952/53), 102 (112 f.) U. v. 29. 11. 1951 III ZR 103/51 — Versagung der Sonntagsverkaufserlaubnis —; BGH NJW 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64 — Versagung der Saatgutzulassung — U. v. 30. 5. 1960 III ZR 73/58 zit. bei Kröner 21 — Nichtzahlung eines Aufgeldes —.

Bei der zweiten Fallgruppe⁶ betreibt der Antragsteller bereits einen eingerichteten Gewerbebetrieb. Ein im Rahmen des Geschäftsbetriebes erforderlicher, also betriebsbezogener, rechtsgestaltender begünstigender Verwaltungsakt wird rechtswidrig, aber schuldlos, ausdrücklich versagt oder nur verzögert. Das führt zu Geschäftseinbußen.

Beiden Fallgruppen ist gemeinsam, daß die Verwaltung nicht eine Leistung fordert, nicht in bestehende vergegenständlichte Vermögenswerte eingreift, sondern daß sie nur eine Leistung versagt. Die Erwerbsfreiheit⁷ des Antragstellers wird berührt. Ihre rechtswidrige Verletzung löst eine Klage auf Entschädigung aus. Die Problematik wird in der Literatur⁸ unter dem Terminus Erwerbsschutz behandelt und vom Bestandsschutz unterschieden, der als Schutz bestehender Vermögenswerte gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt durch positives Tun verstanden wird.

Die Untersuchung wird darauf beschränkt, daß der Antragsteller einen begünstigenden Verwaltungsakt für seinen bestehenden oder zu errichtenden Gewerbebetrieb begehrt. Dadurch werden die Fälle ausgegrenzt, in denen eine Aufopferungsentschädigung der Eltern oder des Kindes wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts diskutiert wird, wenn z. B. ein Verwaltungsgericht den Konferenzbeschluß über eine Nichtversetzung eines Schülers als rechtswidrig aufgehoben und die Konferenz angewiesen hat, nach Maßgabe der Urteilsgründe neu zu entscheiden, wenn die Konferenz die frühere Entscheidung bestätigt⁹.

Ebensowenig gehört zum Thema der Streit, was zu geschehen hat, wenn ein Verwaltungsakt zunächst zu Unrecht abgelehnt und nicht vorgenommen worden ist, sich nachträglich seinem Erlaß aber Hindernisse in den Weg gestellt haben¹⁰. Als Beispiele seien genannt die Nichternennung oder Nichtbeförderung eines Beamten, der im Laufe des Rechtsstreites die Altersgrenze überschreitet. Während die Erwerbsschutzfälle ganz auf die Entschädigung zugeschnitten sind, steht in den letztgenannten Fällen im Vordergrund, ob und inwieweit der Anspruch des Betroffenen noch erfüllt werden kann.

Schließlich sind die Fälle auszuscheiden, in denen der Kläger einen Anspruch auf Zuteilung einer Begünstigung, z. B. einer Subvention als Primärleistung, im Gegensatz zur sekundären Entschädigung, gestützt auf Art. 3 GG verlangt¹¹.

⁷ Vgl. dazu BVerfGE 21, 73 (76) Beschl. v. 12. 1. 1967 I BvR 169/63.

⁸ Luhmann 115; Fikentscher Kronsteinfestgabe 261 (285 f.); Herzog Sp. 375 (378); Wittig NJW 1967, 2185 ff.; Wolff Verwaltungsrecht I 454.

⁹ Dazu Pötter, zit. bei Hoppe DVBl. 1967, 195.

¹⁰ Vgl. dazu Rüfner DVBl. 1967, 186 (188); Weyreuther 118 ff. Fn. 491 m. w. N.

¹¹ Vgl. dazu Wolff Verwaltungsrecht III 142.

Durch diese Ausgrenzung wird aber ein Rückgriff auf die genannten Problemkreise nicht ausgeschlossen, soweit bei Einzelfragen Überschneidungen auftreten.

Die Aufgabe der vorliegenden Untersuchung besteht darin, zu ermitteln, ob angesichts der kritischen Stimmen entgegen der Rechtsprechung die Antragsteller nicht doch wegen Aufopferung oder enteignungs-gleichem Eingriff zu entschädigen sind. Da die Rechtsprechung die Entschädigung aus einem dieser Rechtsinstitute erörtert, soll auch hier auf die Sonderopferlehre zurückgegriffen werden. Würde nachgewiesen, daß entsprechend der Sonderopferlehre zu entschädigen ist, so wäre dieser Schutz am ehesten zu realisieren. Es brauchte kein neues Rechtsinstitut entwickelt zu werden, dessen Übernahme durch die Rechtsprechung wenig wahrscheinlich wäre¹². Ein Wechsel der Rechtsprechung im Rahmen der Sonderopferlehre wäre demgegenüber angesichts der ausgeprägten Flexibilität, die diesem Rechtsgebiet zu eigen ist, nicht gänzlich ausgeschlossen¹³. Diese Hoffnung rechtfertigt es auch, entgegen der neuerlichen Tendenz, den Schutz nicht im Rahmen einer durch das Anknüpfen an die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsverhaltens gekennzeichneten Staatshaftung vorzuschlagen. Zu deren Regelung bedürfte es eines Eingreifens des Gesetzgebers¹⁴.

Die Methode und der Aufbau der Untersuchung werden also durch das Ziel bestimmt zu prüfen, ob die Rechtsprechung modifiziert werden kann. Ein solcher „kleiner Schritt“¹⁵ gewährleistet, trotz seiner Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung, als innere Konsequenz der angewandten bewährten Prinzipien Kontinuität und Bescheidung der richterlichen Gewalt gegenüber den Vorrechten des Gesetzgebers, die stimmige Einordnung der neuen Erkenntnisse in das geltende öffentliche Entschädigungsrecht. Die Arbeit wird als Vorschlag zur richterlichen Rechtsfortbildung verstanden¹⁶. Deshalb sollen die bisherigen Lösungen, auch soweit sie eine andere Richtung als die der Rechtsprechung einschlagen, daraufhin untersucht werden, ob sie, soweit sie zutreffen, Anregungen für die Fortbildung der Rechtsprechung enthalten. Anschließend sind die Leitlinien der geltenden Sonderopferlehre, deren Unberechenbarkeit und Unschärfe kritisiert werden, zu präzisieren und unter Umständen zu korrigieren. Zu diesem Zwecke ist die dogmatische Herleitung zu überprüfen und dann zu ergänzen. Darauf aufbauend soll untersucht werden, ob einem betroffenen Antragsteller Erwerbsschutz

¹² Vgl. etwa bezüglich der ablehnenden Haltung des III. Senats des BGH Kreft DJT L 77.

¹³ Vgl. auch insoweit Kreft DJT L 77 f.

¹⁴ Vgl. Bender Referat 21.

¹⁵ Vgl. Esser von Hippel-Festschrift 95 (108, 130).

¹⁶ Vgl. Kriele DÖV 1967, 531 (538); Theorie 288, 313.

gewährt werden kann, indem die Entschädigung wegen eines Sonderopfers aus der Verletzung der Schutzbereiche der Art. 14, 2 Abs. 1 oder 12 Abs. 1 GG abgeleitet wird.

Wenn die Entschädigung wegen eines Sonderopfers aus der Verletzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG abzuleiten ist, so wird damit noch nicht über die Folgen der Verletzung anderer Grundrechte z. B. der Koalitions- der Versammlungsfreiheit oder der Freizügigkeit mitentschieden. Wie zu zeigen sein wird, fehlt bei den zuletzt genannten Grundrechten die auf Gründen juristischer Begriffsbildung beruhende, hier speziell relevante, partielle Austauschbarkeit der Schutzbereiche, die die Art. 12 Abs. 1 und 14 GG kennzeichnet.

Erster Hauptteil

Erster Abschnitt

Die gegenüber der Rechtsprechung selbständigen Lösungen

Erstes Kapitel

Ausdrückliche Behandlung des Erwerbsschutzes

§ 2

Die Versuche, die gegenüber der Rechtsprechung selbständige Lösungswege beschreiten, sind nicht sehr zahlreich, zudem werden sie eher beiläufig vorgetragen.

Die Ausführungen, die *Franke*¹ anlässlich der Entwicklung eines gegenüber den bestehenden Instituten der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen selbständigen Folgenentschädigungsanspruches gemacht hat, sind noch die ausführlichsten. Wenn ein erfolgreich angefochtener (nichtiger oder angefochtener) Verwaltungsakt im öffentlichen Interesse unter Ausschluß vorläufigen Rechtsschutzes vollzogen worden sei, erhalte der Betroffene einen Vollzugsentschädigungsanspruch, der aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats mit Hilfe des Gedankens der Verletzung der materiellen Gleichheit abzuleiten sei. Der Anspruch könne vor dem Verwaltungsgericht durchgesetzt werden. Dieser Folgenentschädigungsanspruch sei analog beim verzögerten Erlaß eines Verwaltungsaktes anzuwenden.

Frankes Lösung ist ganz überwiegend abgelehnt worden². Die Voraussetzungen des Folgenentschädigungsanspruches seien identisch mit denen der Entschädigung wegen eines Sonderopfers, das sind in der Terminologie des Bundesgerichtshofes die Enteignung, der enteignungs-gleiche Eingriff und die Aufopferung. Trotz gegenteiliger Behauptungen gesteht *Franke*³ das unter der Hand selbst ein. Im Anschluß an *Wolff*⁴

¹ Diss. 60 ff.; VerwArch 57 (1966), 357 (371 ff.).

² Vgl. *Janssen* DVBl. 1967, 190 (191 ff.); *Bender* DÖV 1968, 156 f. und Referat 17; *Weyreuther* 31 Fn 87; *Rüfner* DVBl. 1967, 186 (187); *Spanner* DVBl. 1968, 618 (620); *Wolff* Verwaltungsrecht I 374; z. T. offenbar anders *Pötter* zit. bei *Hoppe* DVBl. 1967, 195.

³ Diss. 28 Fn 8.

⁴ *Jellinekgedächtnisschrift* 33 (41 f.).

führt er aus, daß die Aufopferung als Rechtsgrundsatz im Prinzip des sozialen Rechtsstaates enthalten sei. Einzelne Rechtssätze wie die Enteignung, der enteignungsgleiche Eingriff, die Aufopferung seien nur bestimmte Ausgestaltungen des Rechtsgrundsatzes. Da nach Auffassung des Bundesgerichtshofes die Aufopferung nur nichtvermögenswerten Schaden (!)⁵ ausgleiche, komme ein Folgenentschädigungsanspruch aus dieser Ausgestaltung des Rechtsgrundsatzes nicht in Betracht.

Der Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes enthebt Franke nicht der Pflicht darzulegen, warum der Folgenentschädigungsanspruch, der auf demselben Rechtsgrundsatz beruht und dieselben Voraussetzungen wie die Entschädigung wegen eines Sonderopfers hat, weitergehend als diese, dennoch Entschädigung gewähren soll. Es geht nicht an, dieselben Voraussetzungen aufzustellen und die drohende zutreffende Klassifizierung des angeblich neuen Institutes als Aufopferung im Sinne der herrschenden Literaturmeinung⁶ oder als Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff oder Aufopferung im Sinne des Bundesgerichtshofes damit abzulehnen, nach geltendem Recht könne die gefundene Rechtsfolge nicht erlangt werden. Ein neuer Begriff kann die Abweichung vom geltenden Recht nicht begründen. Noch weniger überzeugt die Bemerkung⁷, der Folgenentschädigungsanspruch könne kein Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruchs sein, da dieser auf rechtmäßiges Verhalten beschränkt sei. Ob der Aufopferungsgrundsatz, wie er zuerst im § 74 Einleitung ALR schriftlich fixiert wurde, tatsächlich ursprünglich auf rechtmäßiges hoheitliches Verhalten beschränkt war⁸, ist unerheblich. Es ist heute in der Praxis außer Streit, daß der enteignungsgleiche Eingriff und die Aufopferung, letztere zum Teil als Quasi-Aufopferung oder aufopferungsgleicher Eingriff bezeichnet⁹, als Ausgestaltungen des allgemeinen Aufopferungsprinzipes auch bzw. gerade bei rechtswidrigem hoheitlichen Verhalten eingreifen¹⁰. Eine Begründung für die Ablehnung der auch von Franke erkannten zutreffenden Klassifizierung fehlt also. Frankes Lösung gilt deshalb zu Recht als wenig tragfähig.

Einen Hinweis zur Diskussion der Erwerbsschutzfälle gibt Fikentscher¹¹. Erwerbsschutz könne unter Umständen dann gewährt werden, wenn entsprechend dem Vorschlag Janssens¹² das Eingriffsobjekt im

⁵ Der BGH entschädigt die Vermögensschäden bei Eingriffen in Nichtvermögensgüter. BGHZ 9, 83 (93) u. v. 19. 2. 1953 III ZR 208/51.

⁶ Vgl. Wolff Verwaltungsrecht I 415.

⁷ Diss. 71 Fn 15.

⁸ Vgl. dazu Kreft Aufopferung und Enteignung 5 ff.; Janssen Entschädigung 116 ff.

⁹ Vgl. Bender DÖV 1968, 156 (159).

¹⁰ Vgl. Wolff Verwaltungsrecht I 413 f.

¹¹ Kronsteinfestgabe 261 (286).

¹² Entschädigung 40 ff.

Sinne des Art. 14 GG auf alle Eingriffe, die zivilrechtliche Schadensersatzfolgen auslösen, erweitert würde. Janssen selbst zieht diesen Schluß aus der Erweiterung des Eingriffsobjektes nicht¹³. Der pauschale Vergleich mit dem Privatrecht stimmt mit Rücksicht auf die grundlegenden Unterschiede zwischen beiden Rechtsgebieten bedenklich. Die genaue Bestimmung des Eingriffsobjektes dient dem Bundesgerichtshof zur Abgrenzung von Aufopferung, Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff¹⁴. Die wichtigere Funktion besteht jedoch darin, daß auf diese Weise eine Ausuferung der Entschädigung verhindert wird. Janssens Forderung beruht auf dem Mißverständnis, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes betreffe die Aufopferung den Nichtvermögensschaden, die Enteignung den Vermögensschaden¹⁵. Der Bundesgerichtshof beschränkt die Aufopferung aber auf die Fälle der Beeinträchtigung nichtvermögenswerter Güter, billigt eine Entschädigung jedoch nur dann zu, wenn durch derartige Beeinträchtigungen Vermögensnachteile entstanden sind. Die Fehlinterpretation der Aufopferungsrechtsprechung und der daraus folgende Verzicht auf einen Eingriff in Rechtspositionen lassen sich nur daraus erklären, daß die Unhaltbarkeit der Abgrenzung zwischen Aufopferung und Enteignung nach dem betroffenen Objekt bewiesen werden sollte¹⁶. Die Weiterentwicklung eines Vorschlages, der auf einem Mißverständnis beruht, ist nicht ratsam.

Ein anderer Hinweis Fikentschers¹⁷ geht dahin, Erwerbsschutz durch eine Verselbständigung der schon bestehenden Vermögenspositionen zu erreichen. Fikentscher beruft sich auf Webers¹⁸ Ausführungen zum Schutz subjektiver öffentlicher Rechte durch Art. 14 GG. Weber behandelt nur Vermögenspositionen nach Betriebsaufnahme. Wenn diese aber nach Erteilung der Erlaubnis ausschließlich, d. h. ohne die erteilte Erlaubnis, als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG bewertet werden, so liegt der Schluß auf die Verselbständigung der Vermögensposition vor Erteilung der Erlaubnis nicht fern. Wesentlich ist aber, daß nur die auf Grund der erteilten Erlaubnis aufgebauten privaten Vermögenswerte durch Art. 14 GG geschützt werden sollen. Webers Vorschlag zielt also auf einen strengen Bestandsschutz. Da Fikentscher die Beschränkung von Art. 14 GG auf Bestandsschutz ausdrücklich billigt, ist sein Hinweis zur Lösung des Erwerbsschutzproblems nicht einsichtig. Es überzeugt

¹³ Ein Ansatz findet sich aber in DVBl. 1967, 190 (192 Fn 34): Im Fall des Apothekerurteils (DVBl. 1963, 24) sei nicht auf ein Recht, sondern auf den Schadensbegriff abzustellen.

¹⁴ Vgl. BGHZ 9, 83 (93) U. v. 19. 2. 1953 III ZR 208/51; Kreft Aufopferung und Enteignung 16.

¹⁵ Vgl. Kreft JZ 1961, 767 (768).

¹⁶ So Selmer 56 f.

¹⁷ Kronsteinfestgabe 261 (286).

¹⁸ AöR 91 (1966), 382 (400 f.).

meines Erachtens nicht, entgegen der eigenen Einsicht die ausdrückliche Beschränkung des *Weberschen* Vorschlags aufzuheben und dessen Lösung dennoch als Basis verwenden zu wollen.

Konsequenter erscheint der Vorschlag von *Wolff*¹⁹, Art. 14 GG auf Bestandsschutz zu beschränken, die Erwerbsschutzfälle als Eingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Aufopferung zuzuordnen.

Zweites Kapitel

Beiläufige Behandlung des Erwerbsschutzes

§ 3

Nachdem die Vorschläge, die sich ausdrücklich mit dem Erwerbsschutz beschäftigen, schon aufgeführt worden sind, bleiben noch die Lösungen zu erörtern, die zwar nicht ausdrücklich den Erwerbsschutz behandeln, aber so allgemein gefaßt sind, daß dieser darunter subsumiert werden kann.

Ein allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch, demzufolge rechtswidriges Verwaltungsverhalten Wiedergutmachung gebietet und soweit die Vornahme eines Verwaltungsaktes zum Ersatz des dem Betroffenen entstandenen Schadens nicht genügt, der Ersatzpflichtige Schadensersatz in Geld oder gleicher Sache zu leisten hat, würde auch Erwerbsschutz gewähren¹. Dieser allgemeine Wiedergutmachungsanspruch hat als unzulässige Verallgemeinerung de lege lata durchweg Widerspruch gefunden². Da der Wiedergutmachungsanspruch außerhalb der Aufopferungslehre vorgeht, insbesondere auch nicht der Zivilgerichtsbarkeit zugewiesen wird, liegt er außerhalb des hier gesteckten Rahmens. Der wichtige Gesichtspunkt den *Menger*, *Haas* und *Luhmann*³ bewußt werden ließen, daß nämlich für fehlerhaftes Verwaltungsverhalten Abhilfe primär durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit und erst sekundär durch Entschädigung zu schaffen sei, wird im Rahmen der eigenen Lösung zu beachten sein.

Ein Gesichtspunkt zur Gewährung von Erwerbsschutz kann auch der sehr weiten Formulierung *Dürigs*⁴ entnommen werden, bei jeder ungleichen Beeinträchtigung der freien Entfaltung der Persönlichkeit handle es sich um eine Aufopferung. Ob *Dürig* tatsächlich jede ungleiche

¹⁹ Verwaltungsrecht I 454.

¹ So *Menger* Jellinekgedächtnisschrift 347 (358 f.); ähnlich *Haas* System 57 ff.

² Vgl. *Weyreuther* 34 f. Fn. 104 m. w. N.

³ 77 ff.

⁴ In *Maunz-Dürig-Herzog* Art. 2 Abs. 1 Rn 27; kritisch dazu *Wolff* Verwaltungsrecht I 454.

Beinträchtigung des Grundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG entschädigen will, ist zweifelhaft. So wird seine Bemerkung von *Klein* dahin interpretiert⁵, gedacht sei nur an die Entschädigung anders nicht reparabler Schäden immaterieller Schadenslagen, also ein seelisch-geistiges Schmerzensgeld. Für diese Einschränkung spricht, daß *Dürig* als einer der entschiedensten Warner vor einer Hypertrophie des öffentlichen Entschädigungsrechts auftritt, der eine Entschädigung bei rechtswidrigem Verwaltungsverhalten nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung anerkennen will⁶. Würde jede ungleiche Verletzung der freien Entfaltung der Persönlichkeit entschädigt, könnte eine Ausuferung des Entschädigungsrechtes nicht mehr gesteuert werden. Dem knappen Hinweis kann auf keinen Fall eine komplette Lösung des Erwerbsschutzproblems entnommen werden. Festzuhalten ist aber, daß Entschädigung ausdrücklich wegen der Verletzung eines anderen Grundrechtes als dem des Art. 14 GG gewährt werden soll.

Zu nennen ist noch der Vorschlag *Konows*, demzufolge jede rechtswidrige Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Verwaltung einen alle Schäden ausgleichenden Ersatzanspruch auslösen soll⁷. Die Grundrechtsartikel legten die Grenze für die entschädigungslose Duldungspflicht des Bürgers fest.

Konow verkennt, daß die Grundrechte Freiheitsrechte sind, die zwar rechtswidrige Eingriffe verbieten, damit aber noch nichts über die Reaktion der Rechtsordnung aussagen. Die Berufung auf die hervorragende Stellung der Grundrechte allein ersetzt noch keine Begründung für einen Ersatzanspruch. Meines Erachtens wird angesichts dieses Vorschlags deutlich, daß es geboten ist, den Erwerbsschutz mit Hilfe gebräuchlicher Rechtsinstitute folgerichtig aus dem geltenden öffentlichen Entschädigungsrecht zu entwickeln.

⁵ So *H. H. Klein* BB 1967, 297 (301).

⁶ *Apelt* festschrift 13 (50).

⁷ So u. a. in *JR* 1967, 245 (246 f.).

Zweiter Abschnitt

Die Beschränkung der Rechtsprechung auf Bestandsschutz

Erstes Kapitel

Unterscheidung der Begründungsformeln

§ 4

Die Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof Erwerbsschutz versagt, wurden in zwei Gruppen aufgeteilt¹.

Als Anspruchsgrundlage für die Entschädigung machten die Kläger Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und zum Teil² auch aus Aufopferung geltend. Die abschlägigen Entscheidungen werden von zwei Begründungen getragen: Die Entschädigung müsse versagt werden, weil kein Eingriff vorliege, oder aber, weil ein zum Schutzbereich des Art. 14 GG gehörendes Objekt fehle. Beide Begründungen sind nicht immer scharf getrennt. Im Urteil vom 18. 11. 1957³ werden in einem Satz Objekt und Eingriff verneint, Autoren, die der Rechtsprechung zustimmen, bezeichnen beide Begründungen als inhaltsgleich⁴. Die Verneinung von Objekt und Eingriff ergebe sich begriffsnotwendig aus dem Tatbestandsmerkmal Eingriff.

Die wechselseitige Abhängigkeit beider Tatbestandsmerkmale folgt daraus, daß der Begriff des Eingriffs das Moment des Effekts schon sprachlich mit dem der Handlung verbindet. Der Begriff des Eingriffs

¹ Vgl. S. 1 Fn 5 und 6.

² So in BGH LM § 839 BGB Nr. 5 (C) U. v. 26. 3. 1953 III ZR 206/52; BGH LM Art. 14 GG Nr. 46 U. v. 14. 11. 1955 III ZR 143/54; BGH AöR 78 (1952/53), 102 (112 f.) U. v. 29. 11. 1951 III ZR 103/51; BGH DVBl. 1963, 24 (25) U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60; BGH VersR 1965, 693 (695) U. v. 5. 4. 1965 III ZR 201/63.

³ ZZZP 71 (1958), 406 (408) III ZR 110/56. Das Urteil betrifft nicht die Entschädigung wegen des Unterlassens eines betriebsbezogenen Verwaltungsaktes, sondern die wegen einer unterlassenen Beamtenernennung. Es gehört also nicht zu dem in dieser Arbeit zu behandelnden Thema. Das Problem des entschädigungsrechtlichen Ausgleichs für Schäden durch rechtswidriges hoheitliches Unterlassen ist jedoch beiden gemeinsam. Die bloße Verzögerung ohne ausdrückliche Versagung erörtert der BGH in den Urteilen v. 25. 6. 1959 III ZR 114/57 LM Art. 14 GG (Ce) Nr. 21 und v. 18. 11. 1957 III ZR 110/56 ZZZP 71 (1958), 406. Beide Urteile betreffen selbst aber auch nur die Versagung eines begünstigenden Verwaltungsaktes.

⁴ Zitzelsberger 169; Henkel 17.

umfaßt Handlung und Erfolg⁵. Wenn die verletzten Vermögenspositionen dem Schutz des Art. 14 GG unterstellt werden, indem das Objekt erweitert wird, so wirkt das beim Eingriff notwendigerweise auf das Moment des Effekts⁶.

Dennoch sind beide Begründungen zu unterscheiden, da sie, wie zu zeigen sein wird, Ableitungen aus verschiedenen dogmatischen Ausgangspunkten darstellen. Der Bundesgerichtshof benutzt sie mit Ausnahme des genannten Falles⁷ voneinander unabhängig.

Zweites Kapitel

Kritik der ersten Formel

§ 5

Ungerechtfertigte Gleichsetzung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln

Die Rolle des leading case zur ersten Begründung, Unterlassen sei kein Eingriff, spielt das Urteil vom 22. 12. 1953¹. Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff setzten ein hoheitliches Handeln voraus, das in einer bloßen Untätigkeit der Verwaltung nicht gefunden werden könne. Die Nichterfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht genüge nicht für den Tatbestand der Enteignung. Die Rechtsfigur einer Enteignung durch Unterlassen könne nicht anerkannt werden.

Auf diese knappen Sätze berufen sich immer wieder spätere Urteile². Im Urteil vom 25. 4. 1960³ werden dieselben Gedanken in ähnlicher Formulierung wiederholt. Ein bloßes Unterlassen, das sich nicht als ein in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifendes Handeln qualifizieren lasse, könne kein enteignender Akt und mithin auch kein enteignungsgleicher Eingriff sein.

Zwischen den zitierten beiden Urteilen besteht eine interessante Parallele. Die Argumentationskette beginnt mit der Enteignung. Es kann also nur ein rechtmäßiges Unterlassen der Verwaltung in Frage kommen. Bei Rechtswidrigkeit könnte gar keine Enteignung vorliegen. Das rechtmä-

⁵ Vgl. Horst 43.

⁶ Vgl. auch Lerche DVBl. 1958 524 (529).

⁷ ZZZP 71 (1958), 406 (408) U. v. 18. 11. 1957 III ZR 110/56.

¹ BGHZ 12, 52 (56) V ZR 6/51.

² Ebenso BGH ZZZP 71 (1958), 406 (408) U. v. 18. 11. 1957 III ZR 110/56; U. v. 9. 1. 1956 III ZR 195/54; U. v. 30. 5. 1960 III ZR 73/59; U. v. 21. 11. 1955 III ZR 78/54, alle zit. bei Kröner 21; BGH VersR 1964, 1070 (1074) U. v. 18. 6. 1964 III ZR 65/63; U. v. 11. 3. 1957 III ZR 200/55, zit. im U. v. 25. 4. 1960 III ZR 55/59 BGHZ 32, 208 (211); BGH VersR 1968, 789 (792) U. v. 5. 2. 1968 III ZR 162/66; BGH DVBl. 1969, 209 U. v. 6. 6. 1968 III ZR 32/68.

³ BGHZ 32, 208 (211) U. v. 25. 4. 1960 III ZR 55/59.

sige Unterlassen könne kein Eingriff sein. Ohne jede Differenzierung erfolgt durch das Wort „mithin“ derselbe Schluß für den durch rechtswidriges Verwaltungsverhalten gekennzeichneten enteignungsgleichen Eingriff.

Was aber bezogen auf die fehlende Qualifikation von rechtmäßigem Unterlassen der Verwaltung als positives Handeln durchaus zutreffend ist, braucht damit noch nicht eo ipso auch für rechtswidriges Unterlassen zu gelten⁴. Der Bundesgerichtshof würdigt nicht, daß durch die Rechtswidrigkeit die Interessenlage verändert wird⁵. Auch im Strafrecht wird das Unterlassen dem positiven Tun erst dann gleichgestellt, wenn die erwartete Handlung pflichtwidrig (d. h. rechtswidrig) unterbleibt. Es ist daher *Lerche*⁶ zuzustimmen, wenn er in der Ablehnung der Rückgewähr eines entzogenen Grundstücks durch die Verwaltung erst dann einen Eingriff sieht, wenn die Verwaltung dadurch das Recht der Zivilperson verletzt⁷. Der Rechtsprechung ist einzuräumen, daß bei rechtmäßigem Verhalten der Verwaltung das Unterlassen dem positiven Tun im Sinne eines Eingriffs mangels Rechtspflicht zum Handeln nicht gleichgestellt werden kann⁸. Daher ist es auch richtig, daß eine Enteignung, die ja gerade durch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns gekennzeichnet ist, — andernfalls wäre es ja ein rechtswidriger enteignungsgleicher Eingriff — durch Unterlassen nicht möglich ist.

Weiter ist einzuräumen, daß das Argument, Unterlassen sei kein Eingriff, ethymologisch überzeugend wirkt. Außer dem Element des Effekts enthält der Begriff des Eingriffs das instrumentale der Gezieltheit⁹. Im Urteil vom 22. 12. 1953 verwendete der Bundesgerichtshof den Eingriff noch im Sinne eines gezielten positiven Tuns: „Eingriff ist nur, was eingreifen soll“¹⁰. Diesen Eingriffsbegriff hat der Bundesgerichtshof jedoch im Urteil vom 15. 3. 1962¹¹ ausdrücklich aufgegeben. Als Eingriff genüge die unmittelbare Auswirkung hoheitlichen Verhaltens auf das Eigentum. Die Ablehnung des Unterlassens als Eingriff ist auf diese neue Rechtsprechung nicht abgestimmt. Nur das eine Relikt der überkommenen Einzelaktstheorie des Reichsgerichtes, die Gezieltheit des Eingriffs, wurde aufgegeben. Die Begründung für den Fortbestand des

⁴ Das deutet neuerdings auch *Kessler DRiZ* 1968, 258 (261) an, anders noch *DRiZ* 1967, 374 (375).

⁵ So *Luhmann* 92.

⁶ *Übermaß* 166 Fn 16.

⁷ Vgl. auch *Luhmann* 141.

⁸ Ebenso deutlich *Kröner DVBl.* 1969, 157 (158).

⁹ Vgl. *Lerche JUS* 1961, 237 (239); ebenso *Gallwas BayVBl.* 1965, 40 (43).

¹⁰ *BGHZ* 12, 52 (56) V ZR 6/51; ebenso *BGHZ* 31, 1 (2) U. v. 18. 9. 1959 III ZR 68/58; *BGHZ* 23, 235 (239) U. v. 4. 2. 1957 III ZR 181/55.

¹¹ *BGHZ* 37, 44 (46 f.) III ZR 211/60.

anderen Relikts¹², Unterlassen sei kein Eingriff, mit der unreflektierten Gleichsetzung des rechtswidrigen Unterlassens mit dem rechtmäßigen, ist abzulehnen.

Bisher hat nur *Wagner*¹³ versucht, die Rechtsprechung zum Unterlassen der Sonderopferlehre anzugleichen. Er will den Bundesgerichtshof dahin präzisieren, daß das Unterlassen von Rechtshandlungen keine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff auslöse. Das Unterlassen von faktischen Handlungen (Vorsichtsmaßnahmen) soll demgegenüber relevant sein.

Die Unterscheidung zwischen faktischen und Rechtshandlungen ist zweifelhaft. Auch Vorsichtsmaßnahmen, etwa im Rahmen des Straßenbaus, können Verwaltungsakte, also Rechtshandlungen sein. In den von *Wagner* als Gefährdungsfälle bezeichneten Entscheidungen, in denen der Schaden eine Auswirkung eines zielgerichteten, aber abgeirrten Eingriffs oder einer erhöhten Gefahrenlage ist, liegt stets ein hoheitliches Handeln vor. Das Unterlassen bezieht sich allenfalls auf Vorsichtsmaßnahmen, — aber nicht einmal das in allen Fällen. Der einen Passanten mit einem Schuß aus der Dienstpistole treffende Polizist kann alle Vorsichtsmaßnahmen beachtet haben. Als Begründung für die Ablehnung des Eingriffs durch Unterlassen von Rechtshandlungen führt *Wagner* an, daß in der Regel die Amtshaftung eingreife. In den hier zu behandelnden Fällen trifft das gerade nicht zu. Durch *Wagners* Präzisierung wird die Rechtsprechung nicht überzeugender.

§ 6

Der Widerspruch zur Entschädigung für abgelehnte Baugenehmigungen

Ein offener Widerspruch der Unterlassungsrechtsprechung besteht zu den Entscheidungen, die die rechtswidrige Verzögerung¹⁴ oder Versagung¹⁵ einer Baugenehmigung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs entschädigen¹⁶. Diese Entscheidungen sind ebenso wie die übrigen zum Unterlassen durch die Rechtsprechung des Reichsgerichtes¹⁷ vorgeprägt^{18, 19}. Schon das Reichsgericht²⁰ knüpfte bewußt zur Entschädigung

¹² Als solches behandelt auch *Luhmann* 112 diese Rechtsprechung.

¹³ *NJW* 1966, 569 (570).

¹⁴ So *BGH U. v. 25. 6. 1959 III ZR 114/57 LM Art. 14 GG (Ce) Nr. 21.*

¹⁵ *BGH NJW* 1967, 1855 U. v. 13. 7. 1967 III ZR 1/65; *BGH NJW* 1966, 884 U. v. 28. 2. 1966 III ZR 153/64; *NJW* 1965, 2101 U. v. 14. 7. 1965 III ZR 2/64; *BGHZ* 30, 338 ff. U. v. 25. 6. 1959 III ZR 220/57.

¹⁶ So *Heidenhain* 171; *Rüfner BB* 1968, 381 (382).

¹⁷ *RGZ* 26, 265 U. v. 8. 5. 1890 Rep VI 79/90; *RGZ* 126, 356 (360) U. v. 6. 12. 1929 III 27/29; *RGZ* 140, 276 (281 ff.) U. v. 11. 4. 1933 III ZR 187/32.

¹⁸ *Luhmann* 108.

für unterlassene Baugenehmigungen an eine Tradition des preußischen Obertribunals an. Im Unterschied zum Bundesgerichtshof entschädigte das Reichsgericht jedoch über die Aufopferung. Das scheint unerheblich zu sein, wenn der enteignungsgleiche Eingriff des Bundesgerichtshofes mit der Aufopferung des Reichsgerichtes gleichzusetzen ist²¹. Es darf aber nicht übersehen werden, daß das Reichsgericht die Einzeleingriffslehre für die Enteignung entwickelt hat. Bezüglich der Unterlassensrechtsprechung hat der Bundesgerichtshof sie auf den enteignungsgleichen Eingriff übertragen und konserviert. Gewährte aber das Reichsgericht Entschädigung über die Aufopferung, so war es an die Bewertungsmaßstäbe der zur Enteignung entwickelten Einzeleingriffslehre nicht gebunden. Deshalb traten Schwierigkeiten wegen des angeblichen Fehlens eines Eingriffs nicht auf. Das erklärt sich daraus, daß die Einzeleingriffslehre wesentlich auf den Gleichsetzungen generell-gleich, speziell-ungleich beruhte. Dieser Blickwinkel war auf die Problematik der Enteignung durch oder auf Grund eines Gesetzes zugeschnitten. Bei der Aufopferung bestand diese Fixierung nicht. Die Aufopferung war nicht wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf Eingriffe in nichtvermögenswerte Rechte beschränkt, vielmehr erfaßte sie nur Eingriffe in Vermögensrechte²². Sie hatte eine Auffangfunktion und umfaßte insbesondere auch die sogenannten Nebenfolgenfälle, in denen das Sonderopfer als Auswirkung eines abgeirrten Eingriffs, einer erhöhten Gefahrenlage oder eines bloßen Zustandes entstand, der durch hoheitliche Tätigkeit geschaffen wurde²³. Hier zeigt sich die Parallele zur Unterlassensrechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Das Reichsgericht löste beide Problemkreise über die Aufopferung²⁴, der Bundesgerichtshof hingegen über den enteignungsgleichen Eingriff. Bei beiden Problemkreisen schwankte der Bundesgerichtshof zwischen widersprüchlichen Ergebnissen, zum Teil wurde bei den Nebenfolgenfällen ein gezielter Eingriff verlangt²⁵, zum Teil nicht²⁶. Die Baugenehmigungsfälle wurden entschädigt, die übrigen Unterlassensfälle nicht.

Das von Eingriffsproblemen unbelastete Reichsgericht entschied die Entschädigungsfrage durch die Beurteilung des Eingriffsobjektes. Aus-

¹⁹ Anders bei unterlassener Bauleitplanung; bezeichnenderweise greift hier der BGH (DVBl. 1969, 209 U. v. 6. 6. 68 III ZR 32/68) auf die Formel, Unterlassen sei kein Eingriff, zurück.

²⁰ RGZ 6, 295 (298) U. v. 14. 1. 1882 Rep V 733/81.

²¹ Vgl. dazu Kreft Ehrengabe 167 (180).

²² Vgl. Kreft Aufopferung und Enteignung 10 ff.

²³ So die Definition Wolffs Verwaltungsrecht I 415.

²⁴ Vgl. die Zusammenstellung Schacks VerwArch 40 (1935) 426 (432 f.).

²⁵ So BGHZ 23, 235 (239) U. v. 14. 2. 1957 III ZR 181/55; BGH LM Art. 14 GG Nr. 40 U. v. 30. 5. 1960 III ZR 97/59; BGHZ 31, 1 (2) U. v. 18. 9. 1959 III ZR 68/58.

²⁶ BGHZ 37, 44 (46 f.) U. v. 15. 3. 1962 III ZR 211/60.

gehend von der Baufreiheit galt die rechtswidrige Versagung der als nur deklaratorisch verstandenen Baugenehmigung als Sonderopfer²⁷. Wurde hingegen ein konstitutiv wirkender Dispens, z. B. eine Ansiedlergenehmigung rechtswidrig versagt²⁸, sollte kein Sonderopfer vorliegen. Es fehle ein Recht des Ansiedlers, das aufgeopfert werden könne. Inwiefern dem zuzustimmen ist, mag in diesem Zusammenhang offenbleiben²⁹.

Die letztgenannte Argumentation taucht überraschend auch in einem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 3. 11. 1960³⁰ auf. Die rechtswidrige Versagung der Baugenehmigung bei Abweichung von der gültigen Bauordnung sei kein Sonderopfer. Es bestehe zwar ein Anspruch auf rechtmäßige Verbescheidung, jedoch sei die schutzwürdige Rechtsposition, die aus dem Eigentum fließende Befugnis, das Grundstück nach den allgemein gültigen Vorschriften der Bauordnung zu bebauen, durch die rechtswidrige Ablehnung nicht beeinträchtigt.

Da der Rückgriff auf die Formel, Unterlassen sei kein Eingriff, bei den Baugenehmigungsfällen abgeschnitten ist, bleibt nur die Konsequenz, auf das Objekt abzustellen.

§ 7

Der Widerspruch zur Sonderopferlehre

Der schon angedeutete³¹ Widerspruch der Unterlassensrechtsprechung zur Sonderopferlehre ist noch zu verdeutlichen. Entsprechend der Funktion des Richterrechts³² wurde die präjudiziell übernommene Einzelaktslehre in einer langen Kette einzelner „kleiner Schritte“ zur Sonderopferlehre umgewandelt. Die wichtigsten Stationen des in der Literatur³³ gebilligten und mehrfach dargestellten Entwicklungsprozesses sind die Entscheidungen³⁴ vom 10. 6. 1952, 12. 4. 1954 und vom 15. 3. 1962.

Trotz des Rückgriffs auf die Einzelaktslehre enthält der Beschluß vom 10. 6. 1952 bereits die Grundlage des Wandels. Die Berufung auf die Verletzung des Gleichheitssatzes enthält die Verlagerung vom Einzelein-

²⁷ St.Rspr. vgl. RGZ 140, 276 (281 ff.) U. v. 11. 4. 1933 III 187/32.

²⁸ RGZ 137, 163 ff. U. v. 25. 6. 1932 V 125/32.

²⁹ Zum gebundenen Anspruch auf eine Baugenehmigung als Dispens vgl. Ericsen DVBl. 1967, 269 (275).

³⁰ III ZR 150/59 zit. bei Kröner 45.

³¹ s. o. § 5.

³² Vgl. Kriele Theorie 275 ff., 287 ff.

³³ Wolff Verwaltungsrecht I 413 ff., 421 f.; Scheumer Diskussionsbeitrag VVDStRL 20 (1963), 262; Wilke 49, 79 f.; Wagner Jahrbuchschrift 441 (448); Selmer 60 ff.; Titzelsberger 83; Steffen DRiZ 1967, 110 (111 ff.); Bull 162 f.

³⁴ BGHZ 6, 270 (290) GSZ 2/52; BGHZ 13, 88 (93 f.) GSZ 1/54; BGHZ 37, 44 (46 f.) III ZR 211/60.

griff auf die verursachte ungleiche Belastung, also auf die Folgen³⁵. Bereits der Beschluß vom 12. 4. 1954, wonach die Opferlage des Betroffenen allein für den Entschädigungsanspruch entscheidend sein soll, ist ganz an den Folgen orientiert. Ähnliches gilt von der Formulierung des Urteils vom 24. 2. 1958³⁶, entscheidend sei der Effekt des behördlichen Verhaltens. Symptomatisch ist, daß der Eingriff zum bloßen behördlichen Verhalten umformuliert wurde. Notwendige Folge ist die Aufgabe der Gezieltheit des Eingriffs im Urteil vom 15. 3. 1962.

Ist einmal erkannt, daß ein Sonderopfer sowohl durch ein generelles als auch durch ein (verwaltungsaktsgleiches) spezielles Gesetz erfolgen kann³⁷, daß also der Einzelakt nicht zwingend dem Sonderopfer gleichzusetzen ist, wendet sich der Blick notwendigerweise vom Eingriff auf die zu bewertenden Folgen. Schrittmacherdienste für diese Entwicklung leistete die Rechtsprechung zur Aufopferung. Die vom Bundesgerichtshof³⁸ betonte Strukturgleichheit zwischen Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff und Aufopferung führte zu Rückwirkungen auf die Entschädigung von Verletzungen vermögenswerter Rechtsgüter. Im ersten Impfurteil³⁹ betont der Bundesgerichtshof, daß Eingriff und Folgen nicht auseinandergerissen werden dürften, Rechtseingriff und Vermögensschaden bildeten eine Einheit. Die von *Menger*⁴⁰ vorausgesagte Konsequenz, man werde in Zukunft vom Eingriff ganz absehen, ist eingetroffen. Eine völlige Denaturierung⁴¹ des Eingriffs enthält das Urteil vom 23. 11. 1959⁴². Die durch ein Merkblatt ohne hoheitlichen Zwang erfolgte Empfehlung zur freiwilligen Impfung soll als Tatbestandsmerkmal der Aufopferung genügen.

Der frühzeitige Verzicht auf den Eingriff im herkömmlichen Sinne im Rahmen der Aufopferung ist zurückzuführen auf die klare Abgrenzbarkeit des Eingriffsobjektes, des Körpers. Die Gefahr von nicht überschaubaren Folgeschäden im Gesamtvermögen oder bei Dritten⁴³ besteht nicht.

Aus dieser Erkenntnis erklärt sich auch die Funktion des Eingriffs beim enteignungsgleichen Eingriff. Er dient der Einschränkung der Haftungskette. Sehr deutlich zeigen dies die Urteile, die die Gezieltheit des

³⁵ *Selmer* 64.

³⁶ *BGH WM* 1958, 847 (850) III ZR 152/56.

³⁷ Vgl. *Volkmar* 239; *Stödter DÖV* 1953, 96 (99), Entschädigung 191 ff.

³⁸ Vgl. *BGHZ* 13, 88 (91) GSZ 1/54 Beschluß v. 12. 4. 1954.

³⁹ *BGHZ* 9, 83 (87) III ZR 208/51 U. v. 19. 2. 1953.

⁴⁰ *VerwArch* 51 (1960), 262 (271).

⁴¹ So *Horst* 13 ff.

⁴² *BGHZ* 31, 187 ff. U. v. 23. 11. 1959 III ZR 146/58.

⁴³ Eine Ausnahme bildet insoweit das Urteil vom 6. 6. 1966. III ZR 167/64 *BGHZ* 45, 290 ff. — Entschädigung für die infizierte Mutter des Impflings —.

Eingriffs verlangen⁴⁴. Die von der öffentlichen Gewalt nicht „ins Auge gefaßten“ Verletzten werden aus Sorge vor der Ausuferung der Entschädigung abgewiesen. Die Parallele bei der Aufopferung bildet das Urteil vom 2. 5. 1955⁴⁵. Im Gegensatz zu dem vorausgegangenem Impfurteil stellt der Bundesgerichtshof wieder ausschließlich auf den Eingriff ab, um die Entschädigung abzulehnen⁴⁶. Ob der Entscheidung im Ergebnis zuzustimmen ist, kann hier offenbleiben. Entscheidend ist, daß im Gegensatz zu den vorangegangenen Urteilen mit Hilfe einer scharfen Trennung zwischen Eingriff und Folgen die Entschädigung versagt wird. In dieses Bild paßt auch die Unterlassensrechtsprechung⁴⁷. Der alleinige Rückgriff auf den Eingriff dient als Notbremse.

Dadurch, daß der Bundesgerichtshof die Gezieltheit des Eingriffs fallen ließ, wurde der Eingriff zum bloßen Kausalfaktor zwischen hoheitlichem Verhalten und materieller Opferlage des Betroffenen. Anders formuliert, bloße Kausalität genügt zur Haftungsauslösung⁴⁸.

Aus rechtspolitischen Gründen verlangte der Bundesgerichtshof zunächst als besondere Verbindung zwischen hoheitlichem Verhalten und Opferlage eine natürliche Einheit⁴⁹, eine notwendige sich aus der Eigenart der hoheitlichen Maßnahme ergebende Folge⁵⁰. Inzwischen fordert er in ständiger Rechtsprechung⁵¹ eine unmittelbare Auswirkung auf das Eingriffsobjekt.

„Wenn ein Autor spürt, eine These oder Norm müsse irgendwie begrenzt werden, aber nicht weiß, in welcher Weise, zieht er sich gern mit dem Wort ‚unmittelbar‘ aus der Affäre^{52, 53}.“ Das gilt auch für Gerichte. So werden mittelbare Schäden, wie entgangene Nutzungen, Umzugskosten unter Umständen ersetzt⁵⁴. Auch die typischen Aufopferungsfälle,

⁴⁴ *BGHZ* 12, 52 (56) U. v. 22. 12. 1953 V ZR 6/51; *BGHZ* 23, 235 (239) U. v. 4. 2. 1957 III ZR 181/55; *BGHZ* 31, 1 (2) U. v. 18. 9. 1959 III ZR 68/58.

⁴⁵ *BGHZ* 17, 172 ff. III ZR 271/53.

⁴⁶ Hinweis darauf bei *Menger VerwArch* 48 (1957), 352 (358); *Wagner Jahrbuch* 441 (467).

⁴⁷ Ablehnend schon *Hamann* Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht 150.

⁴⁸ So *Janssen NJW* 1962, 939 (941, 943); *Selmer* 79.

⁴⁹ So *BGHZ* 9, 83 (87) U. v. 19. 2. 1953 III ZR 208/51.

⁵⁰ So *BGHZ* 28, 310 (313) U. v. 10. 11. 1958 III ZR 118/57.

⁵¹ *BGHZ* 45, 290 U. v. 6. 6. 1966 III ZR 167/64. Auf den Seiten 292 bis 294 wird durch fünfmaliges Aufführen der Unmittelbarkeit der Verdacht genährt, dies ersetze den Nachweis der Unmittelbarkeit. *BGHZ* 48, 46 (49) U. v. 22. 5. 1967 III ZR 124/66; *BGH DVBl.* 1968, 212 U. v. 8. 1. 1968 III ZR 110/67; *BGH DB* 1968, 258 ff. U. v. 2. 10. 1967 III ZR 89/65; *BGH NJW* 1968, 293 U. v. 7. 12. 1967 III ZR 83/65.

⁵² So *Brauer* Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1956 S. 57.

⁵³ Vgl. die Zusammenstellung der Parallelen in anderen Rechtsgebieten bei *Nipperdey NJW* 1967, 1985 (1990 f.).

⁵⁴ Vgl. *Pagendarm WM* 1965, 6 ff. und 14 ff.

Gesundheitsschäden durch eine Impfung, lassen sich als mittelbare Schäden eines unmittelbaren Eingriffs bezeichnen⁵⁵. Schließlich wird ein mittelbar Geschädigter entschädigt, wenn die Erteilung einer Sondernutzung an eine Zivilperson zu Geschäftsschädigungen bei Dritten führt⁵⁶. Durch Erweitern oder Verkürzen des Eingriffsobjektes läßt sich ganz nach Belieben die Unmittelbarkeit bejahen oder verneinen. Würde eine Mutter eines freiwillig geimpften Kindes durch eine Infektion über das Kind erblinden, so läge als Konsequenz der bisherigen Rechtsprechung⁵⁷, eine unmittelbare Auswirkung des Eingriffs vor. Als Schluß aus dieser Rechtsprechung drängt sich auf, daß der Bundesgerichtshof tatsächlich gar nicht von der Unmittelbarkeit des schadenbegründenden Eingriffs ausgeht⁵⁸. Vielmehr handelt es sich um dieselben Manipulationen mit Hilfe der Unmittelbarkeit des Eingriffs, die früher bei dessen Gezieltheit angestellt wurden. Dies zeigt auch das Urteil vom 2. 10. 1967⁵⁹. Zunächst wird betont, der Entschädigungsanspruch hänge nicht allein von der Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen des Klägers ab, sondern in erster Linie davon, inwieweit der Kläger von einem hoheitlichen Eingriff betroffen worden sei. Die Erteilung der Baugenehmigung an einen Dritten wird als mittelbare Beeinträchtigung klassifiziert. Doch damit nicht genug: auf die knappe Ablehnung über den Eingriff folgen umfangreiche Erörterungen, die nichts anderes sind als eine Bewertung der materiellen Opferlage des Betroffenen an Hand der entwickelten Topoikataloge, wirtschaftliche Bewertung des Umfangs des Gewerbebetriebes, Situationsgebundenheit, Verhältnismäßigkeit, Geschäftsrisiko, Umfang des Gemeingebrauches des gewerblichen Anliegers. Der Bundesgerichtshof unternimmt also genau das, was in der Literatur⁶⁰ gefordert wird: mit Hilfe bestimmter Topoi wird die Wertungsfrage beantwortet, ob eine Opferlage als Sonderopfer zu klassifizieren ist. Die Kausalität zwischen hoheitlichem Verhalten und eingetretenem Schaden genügt als Element, das die Wertungsfrage auslöst. Die Ausuferung der Entschädigung kann, wie die Rechtsprechung der Sache nach zeigt, anlässlich der Bewertung der Opferlage vermieden werden. Eines Rückgriffes auf die Gezieltheit oder Unmittelbarkeit des Eingriffs bedarf es dazu ebenso wenig wie der Beschränkung des Eingriffs auf positives Tun.

⁵⁵ So Kriete DÖV 1967, 531 (537).

⁵⁶ Grundfall BGHZ 23, 157 ff. U. v. 28. 1. 1957 III ZR 141/55.

⁵⁷ Vgl. BGHZ 31, 187 ff. U. v. 23. 11. 1959 III ZR 146/58; BGHZ 45, 290 ff. U. v. 6. 6. 1966 III ZR 167/64.

⁵⁸ So Bull 162.

⁵⁹ BGH DB 1968, 258 ff. III ZR 89/65.

⁶⁰ Vgl. Wagner NJW 1966, 569 (572, 574); Bender DÖV 1968, 156 (160).

§ 8

Die versteckte Aufgabe der ersten Formel

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß der Bundesgerichtshof seine Ausgangsposition, Unterlassen könne kein Eingriff sein, außer in den Baugenehmigungsfällen auch in einigen anderen Entscheidungen, die mit dieser Begründung hätten abgewiesen werden müssen, nicht konsequent verfolgt.

Im Urteil vom 21. 10. 1954⁶¹ wird die Entschädigung nicht etwa versagt, weil Unterlassen kein Eingriff sein könne, sondern weil keine Rechtspflicht zum Handeln bestanden habe. Daraus folgt, daß bei bestehender Rechtspflicht ein Unterlassen ein Eingriff sein kann. Damit trifft das Urteil genau den Kern des Problems. Denn ein Unterlassen kann nur unter Verletzung einer bestehenden Rechtspflicht zum Handeln dem positiven Tun gleichgesetzt werden.

Ebensowenig ins Bild der Rechtsprechung passen die Urteile, in denen, obwohl das beeinträchtigende hoheitlichen Verhalten ein Unterlassen war, Erörterungen über das fehlende Eingriffsobjekt folgen⁶². Weil jeder Eingriff das Moment des Effekts enthält, ist zwar einzuräumen, daß vom Fehlen des Eingriffsobjektes auf das Fehlen des Eingriffs geschlossen werden kann. Problematisch bleibt aber, wenn trotz des festgestellten Unterlassens das Sonderopfer nicht grundsätzlich ausgeschlossen wird, sondern in concreto nur deshalb, weil die Substanz des Betriebes nicht in fühlbarer Weise betroffen worden sei. Dabei wird ausdrücklich⁶³ eingeräumt, daß, wenn die Folgen — trotz Unterlassens — größer gewesen wären, z. B. ein bisheriger Geschäftszweig hätte aufgegeben werden müssen, ein Sonderopfer vorgelegen hätte. Der verfehlte Ansatz wird also fallengelassen. Stattdessen wird die Opferlage an Hand des Topos Erheblichkeit bewertet.

Die gebotene Folge wäre, der Bundesgerichtshof ließe die erste Begründung seiner Bestandsschutzlehre nicht nur unter der Hand fallen. Das Relikt der Einzelaktstheorie ist durch die Gleichsetzung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Unterlassen nicht zu rechtfertigen. Die Begründung steht im Widerspruch zur Sonderopferlehre und zur Entschädigungsrechtsprechung bei rechtswidrig versagter Baugenehmigung. Sie wird in den Urteilen nicht konsequent angewendet.

⁶¹ BGHZ 15, 84 (86) III ZR 210/51; auf den Widerspruch weist schon Hamann Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht 150 hin; ebenso argumentiert U. v. 24. 2. 1958 WM 1958, 847 (848) III ZR 152/56.

⁶² So BGH LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 19 U. v. 25. 5. 1961 III ZR 163/59; dazu wegen des Widerspruchs kritisch bei grundsätzlicher Billigung der Rechtsprechung Schneider Enteignung 31 f.; BGHZ 34, 188 U. v. 23. 1. 1961 III ZR 8/60; BGH NJW 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64.

⁶³ Vgl. BGH NJW 1967, 1857 a. E.; kritisch auch Heidenhain JZ 1968, 487 (493).

Drittes Kapitel

Kritik der zweiten Formel

§ 9

Die Grenzen des Bestandsschutzes

Zu prüfen bleibt, ob die zweite Begründung mit der der Bundesgerichtshof Erwerbsschutz versagt, tragfähiger ist. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes fehlt ein zum Schutzbereich des Art. 14 GG gehörendes Objekt. Diese Begründung wird in zwei Varianten formuliert. Entweder heißt es, die Entschädigung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffes setze konkrete Werte voraus, andernfalls fehle das Eingriffsobjekt¹, oder es wird festgestellt, dem Betroffenen sei nichts genommen². Dogmatischer Ausgangspunkt der zweiten Begründung ist, im Unterschied zur Einzelaktstheorie bei der ersten, die Abgrenzung des Schutzbereiches des Art. 14 GG³. Dies rechtfertigt die gesonderte Erörterung.

Der Bundesgerichtshof unterscheidet zwischen einer bestehenden entschädigungsrechtlich relevanten Rechtsposition (als Eingriffsobjekt) und der irrelevanten begehrten Rechtsposition (als vorenthaltenem Objekt)⁴. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff könne nur durch die Beeinträchtigung einer bestehenden Rechtsposition ausgelöst werden. Wegen dieser Argumentation sollen die hier zu behandelnden Entscheidungen im Anschluß an die Autoren, die die Problematik aufgezeigt haben⁵, unter dem Begriff Bestandsschutz zusammengefaßt werden. Daß der Begriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Bundesverwaltungsgerichtes auch noch zur Kennzeichnung anderer Problemlagen⁶ benutzt wird, steht nicht entgegen.

Als bestehende konkrete Werte gelten nicht nur vergegenständlichte Vermögenswerte wie das Sacheigentum sondern auch Forderungen, ein-

¹ So BGHZ 34, 188 U. v. 23. 1. 1961 III ZR 8/60; BGH WM 1962, 1008 (1012) U. v. 28. 5. 1962 III ZR 33/60; BGH LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 17 U. v. 30. 5. 1960 III ZR 97/59; BGH WM 64, 1149 U. v. 25. 6. 1964 III ZR 142/63; BGH DB 1965, 888 U. v. 15. 3. 1965 III ZR 87/63; BGH NJW 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64.

² So BGHZ 32, 208 (211) U. v. 25. 4. 1960 III ZR 55/59; BGH DVBl. 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60.

³ Ausdrücklich so zur zweiten Begründung Krefz Anm. zu BGHZ 34, 188 U. v. 23. 1. 1961 III ZR 8/60 in LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 18.

⁴ Vgl. Bender DÖV 1968, 156 (160).

⁵ Luhmann 115; Fikentscher Kronsteinfestgabe 261 (285 f.); Wolff Verwaltungsrecht I 454.

⁶ a) Beim Recht am Gewerbebetrieb als Existenzschutz im Gegensatz zum Schutz aller oder einzelner Ausstrahlungen einer gewerblichen Betätigung. Nachweis bei Fikentscher Schuldrecht 655 f.; b) im Gewerbeamt als Schutz bestehender Gewerbebetriebe nach § 1 Abs. 2 GewO; vgl. BVerwG U. v. 7. 4. 1967 I C 16/67 BayVerwBl. 1968, 66.

schließlich des entstandenen Entschädigungsanspruches aus einem besonderen Opfer, der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb mit seinen Ausstrahlungen, verstanden als objektiv faßbare Verkörperung der Unternehmertätigkeit⁷, und bezogen auf die Aufopferung, der Körper des Betroffenen.

Der Umfang des Bestandsschutzes wird dadurch vergrößert, daß Neuerungen und Erweiterungen eines schon bestehenden Objektes auch geschützt werden können. Ein Gewerbebetrieb habe von der Sache her die Tendenz, sich dauernd den wirtschaftlichen Notwendigkeiten, insbesondere den bautechnischen Neuerungen anzupassen. So gehöre zu einem Mühlenbetrieb die Möglichkeit einer dauernden Erneuerung und Modernisierung. Die rechtswidrige zeitweise Verhinderung einer bisher zulässigen und dem Inhaber auch tatsächlich möglichen Nutzungsart des Gewerbes, wäre diese auch erst durch eine betriebliche oder bauliche Umgestaltung herzustellen, infolge einer faktischen Bausperre sei ein enteignungsgleicher Eingriff⁸. Ebenso wird die rechtswidrige Ablehnung eines Antrages zur Aufstellung einer bisher nicht vorhandenen Dachreklame als enteignungsgleicher Eingriff entschädigt⁹. Denn es handele sich um die übliche Nutzung des Grundeigentums, für die es keiner weiteren Vorbereitung bedürfe. Daher werde nicht nur eine künftige Gewinnaussicht verhindert.

Erhellend ist, daß es sich um Fälle aus dem Bereich der Rechtsprechung zur versagten Baugenehmigung handelt. Die gebundene Baugenehmigung wird als nur formelle Voraussetzung für eine materiell nicht rechtswidrige, weil vom Recht des Eigentümers umfaßte Betätigung gesehen. Die Erteilung der Baugenehmigung erweitert nicht den Rechtskreis des Eigentümers, sondern umgekehrt, verkürzt die rechtswidrige Versagung dessen Rechtskreis konstitutiv¹⁰. Die schon gemachte Erfahrung, daß der Bundesgerichtshof zutreffend, aber entgegen der ersten Formel, auf das Objekt abstellt, bestätigt sich.

Erweiterungen bei bestehendem Gewerbebetrieb, die zur Aufnahme eines neuen Geschäfts- oder Tätigkeitskreises führen, werden nicht mehr geschützt. Läßt z. B. die Versagung der Erlaubnis den Betrieb in seiner bisherigen Form als Schrottgroßhandlung unberührt, hindert sie stattdessen nur, den Tätigkeitskreis des Schrottkleinhandels aufzunehmen, so sind die Grenzen des Bestandsschutzes überschritten¹¹. Ebenso gilt

⁷ So die die Rechtsprechung zusammenfassende Definition Fikentschers in Kronsteinfestgabe 261 (275).

⁸ So BGH LM Art. 14 GG (Ce) Nr. 21 U. v. 25. 6. 1959 III ZR 114/57.

⁹ So BGH LM Art. 14 GG (Cc) Nr. 16 U. v. 8. 7. 1965 III ZR 6/64.

¹⁰ So Bender DÖV 1968, 156 (160).

¹¹ Vgl. BGH LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 19 U. v. 25. 5. 1961 III ZR 163/59; die Kritik Schneiders Enteignung 31 f. an der Entscheidung übersieht deren Kern: aus der Abgrenzung des Schutzbereiches des Art. 14 GG folgert der BGH die Begrenzung auf den Bestandsschutz.

eine Rezeptsammelstelle an einem anderen Ort als selbständiger Tätigkeitskreis gegenüber der bestehenden Apotheke¹².

Die Grenzen des Bestandsschutzes werden jedoch noch einmal erweitert, wenn ein vorbereiteter, aber noch nicht in Gang gesetzter, Gewerbebetrieb geschützt wird. Es soll genügen, wenn der Einsatz der erforderlichen sachlichen Mittel und der persönlichen Tätigkeit so weit vorbereitet seien, daß mit dem Betrieb jederzeit begonnen werden könne oder daß der Betrieb bereits so weit eingerichtet worden sei, daß er ohne den Eingriff unbeschränkt ausgeübt werden könne¹³. Daher sei ein Trümmergrundstück, das früher mit einem Geschäftshaus bebaut gewesen war und in Zukunft auch wieder bebaut werden sollte, so daß es wirtschaftlich als Teil einer Betriebsorganisation anzusehen sei, zu entschädigen¹⁴.

Noch weiter geht das Urteil vom 20. 12. 1956¹⁵. Ein Entschädigungsanspruch sei schon zu bejahen von dem Zeitpunkt ab, zu welchem dem Betroffenen bei normaler sachgemäßer Bearbeitung seines Antrages die begehrte Schankerlaubnis endgültig oder möglicherweise nach § 7 Gaststättengesetz schon vorläufig erteilt worden wäre. Denn zur Zeit der Antragstellung habe nur noch die Erteilung der Erlaubnis gefehlt, um aus dem bestehenden Betrieb rechtmäßig Gewinn ziehen zu können. Der Betroffene habe beim Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen eine Anspruch auf Erteilung der Schankerlaubnis gehabt, sofern nicht der Versagungsgrund des § 2 Abs. 1 Gaststättengesetz vorgelegen habe. Es handele sich nicht nur um den Entzug einer Gewinnchance, die noch keinen Vermögenswert gehabt habe. Die Aussicht, von der Erteilung an rechtmäßig Gewinn ziehen zu können, sei schon Inhalt des eingerichteten Gewerbebetriebes gewesen.

Aus der Entscheidung folgert *Kienzle*¹⁶, daß auch die Fälle geschützt seien, in denen ein angeschaffter Automat nicht aufgestellt werden könne, weil rechtswidrig die Genehmigung dazu versagt werde.

Der Bundesgerichtshof verlangt, daß der Antrag ernsthaft gestellt wurde. Der vorbereitete Gewerbebetrieb müsse betriebsfertig eingerichtet sein. Deshalb genügten noch so detaillierte Planungen allein nicht¹⁷.

¹² Vgl. BGHZ 34, 188 ff. U. v. 23. 1. 1961 III ZR 8/60.

¹³ So BGH LM Art. 14 GG (Cb) Nr. 5 U. v. 16. 3. 1959 III ZR 13/58.

¹⁴ BGHZ 30, 338 ff. U. v. 25. 6. 1959 III ZR 220/57; BGH NJW 1965, 2101 U. v. 14. 7. 1965 III ZR 2/64.

¹⁵ BGH LM Art. 14 GG Nr. 56 III ZR 113/55; ähnlich BGH LM Art. 14 GG (Cb) Nr. 19 U. v. 25. 5. 1961 III ZR 163/59.

¹⁶ Der Münzautomat 1960, 279 (280); kritisch dazu *Zitzelsberger* 169, 179.

¹⁷ So z. B. BGHZ 34, 188 U. v. 23. 1. 1961 III ZR 8/60; BGH WM 1962, 1008 (1012) U. v. 28. 5. 1962 III ZR 33/60.

§ 10

Unstimmigkeiten bei der Anwendung der zweiten Formel

Trotz der Betonung dieser Verfestigungskriterien, die man auch dahin konkretisieren könnte, daß der Aufwand von Kapital oder Arbeit nicht völlig unbedeutend sein muß, sowie daß der Aufwand mit begründeter Aussicht auf die Erteilung der Erlaubnis betrieben wurde¹⁸, ist es zweifelhaft, ob nicht die Grenzen des Schutzbereiches des Art. 14 GG überschritten sind. Zwar läßt sich nicht leugnen, daß die Betriebseinrichtung zivilrechtlich, im Eigentum des Betroffenen steht. Jedoch ist zu bedenken, daß der Betrieb jederzeit als Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geschlossen werden kann. Die Parallele zum Schweinemästerei-fall¹⁹ — die die Gesundheit der umliegenden Neubaubewohner gefährdende Mästerei wird als Störer entschädigungslos geschlossen — drängt sich auf. Es fragt sich, inwieweit entschädigungswürdiges staatsgerichtetes²⁰ Eigentum vorliegt. Wenn aber der Schutzbereich des Art. 14 GG verlassen sein sollte, so schlosse das nicht zwingend den Schutz über ein anderes Grundrecht aus. Die Problematik könnte zum Schutzbereich des Art. 12 GG gehören. Es könnte eine Funktionsteilung zwischen Art. 12 und Art. 14 GG bestehen. Solange die Erlaubnis nicht vorliegt, fiel das Problem unter die Berufsfreiheit. Mit der Erteilung der Erlaubnis läge erst staatsgerichtetes Eigentum vor. Erst damit würde der Schutz des Art. 14 GG ausgelöst. Die schon von *Kaufmann*²¹ zu Art. 153 WV vertretene Beschränkung des Eigentumsschutzes als Bestandsschutz wäre widerspruchslöser abgegrenzt.

In der dem Bundesgerichtshof zustimmenden Literatur wird hervorgehoben, die Erteilung einer Erlaubnis durch den Staat setze eine Tatsachen- und Rechtsprüfung durch Verwaltungsbehörden voraus²². Diese Prüfung erfordere eine gewisse Zeit. Sie schließe die Möglichkeit entschuldbarer Beurteilungsfehler ein. Deren entschädigungslose Hinnahme sei für den keine unzumutbare Belastung, der eine Rechtsposition vom Staat begehre.

Dabei wird jedoch übersehen, daß die Verwaltungsbehörde, die den status negativus des Betroffenen durch ihr Verhalten verletzt, den

¹⁸ So *Zitzelsberger* 169.

¹⁹ BGHZ 45, 23 (25) U. v. 20. 1. 1966 III ZR 109/64; OVG Münster U. v. 16. 10. 1956 DVBl. 1957, 867 VII A 107 1/56; auch in den Urteilen vom 20. 9. 1962 III ZR 93/60 DVBl. 1963, 24 (25); 20. 12. 1956 BGH LM Art. 14 GG Nr. 56 III ZR 113/55; 28. 5. 1962 III ZR 33/60 WM 62, 1008 (1012) heißt es ausdrücklich, ein Gewerbebetrieb ohne Erlaubnis sei nicht schutzwürdig.

²⁰ Begriff von *Rupp* Grundfragen 33 ff. und 237 ff.

²¹ 450 (463).

²² So *Jaenicke* VVDStRL 20, 134 (159); dem BGH stimmen weiter zu: *Schneider* Enteignung 30 ff.; *Schack* BB 1963, 1227 (1229) Fn 29; *Kröner* 42 f.; *Selmer* 111; *Zitzelsberger* 169; *Henkel* 17; *Kessler* DRiZ 1968, 258 (262).

Rechtskreis des Betroffenen durch die Erlaubnis nicht erweitert, sondern durch die Versagung den Rechtskreis verkürzt²³. Für den Bereich der versagten Baugenehmigungen zieht der Bundesgerichtshof daraus die Konsequenzen.

Mit einem konsequenten Bestandsschutz ist ebensowenig vereinbar, daß der Bundesgerichtshof besonders eindrucksvolle Erwerbchancen zu Bestandteilen des Gewerbebetriebes aufwertet und mittels dieses Tricks²⁴ über Art. 14 GG schützt. Dieses Verfahren offenbarte schon das skizzierte Schankerlaubnisurteil²⁵. Besonders deutlich zeigt dies das ebenfalls schon erwähnte Urteil vom 29. 5. 1967²⁶. Die Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff für die rechtswidrige Versagung der Zulassung eingeführten Saatgutes wird bezogen auf das Eingriffsobjekt Sacheigentum in Einklang mit der Bestandsschutzlehre verneint. Bezogen auf das Eingriffsobjekt Gewerbebetrieb wird dann trotzdem Erwerbsschutz erörtert und nur über den Topos Erheblichkeit versagt. Nur weil die Chance nicht eindrucksvoll genug war, geht der Kläger leer aus. Die Grenzen des Bestandsschutzes über Art. 14 GG sind damit prinzipiell überschritten. Ob gewisse Chancen zu Recht als Teil des Rechtes am Gewerbebetrieb zu schützen sind, mag noch offenbleiben. Es fragt sich aber, ob nicht anstelle des auf Bestandsschutz zu beschränkenden Art. 14 GG andere Grundrechte einschlägig sind. Zumindest erscheint es nicht zwingend, vom alleinigen Schutz des Unternehmers über das Recht am Gewerbebetrieb im Rahmen des § 823 BGB auf den ausschließlichen Schutz im Rahmen des Art. 14 GG zu schließen. Der Bundesgerichtshof erwägt eine Differenzierung zwischen beiden Rechtsgebieten nicht²⁷.

Problematisch ist weiterhin, daß der Bundesgerichtshof es dahingestellt sein läßt, inwieweit der Eingriff in das grundrechtlich verbürgte Recht der freien Berufswahl und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einen Entschädigungsanspruch zu begründen geeignet seien²⁸, obwohl er selbst nachweist, daß ein Eingriff in den Schutzbereich des

²³ Vgl. *Bender* DÖV 1968, 156 (160).

²⁴ So *Luhmann* 115.

²⁵ BGH LM Art. 14 GG Nr. 56 U. v. 20. 12. 1956 III ZR 113/55.

²⁶ BGH NJW 1967, 1857 III ZR 191/64; ebenso BGH DVBl. 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60: „Die bloße Nichterfüllung des Anspruchs ist ... kein enteignender Akt ... In Betracht kommen kann insoweit nur, ob die Versagung der Konzession gegenüber dem Kläger einen unrechtmäßigen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellt ..., der dann freilich ... zur Gewährung einer Entschädigung verpflichten würde.“

²⁷ Vgl. zur Übernahme des Rechtes am Gewerbebetrieb unter den Schutzbereich des Art. 14 GG BGHZ 23, 157 (162) U. v. 28. 1. 1957 III ZR 141/55; *Kreft* in Anm. zu BGHZ 34, 188 in LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 18 bemerkt allerdings, daß es fraglich sei, ob die geschützten Bereiche des Gewerbebetriebes im Rahmen des § 823 BGB und des Art. 14 GG in jeder Beziehung gleich weit seien.

²⁸ Vgl. DVBl. 1963, 24 (25) U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60; ebenso, aber nur auf Art. 2 GG bezogen BGH VersR 1965, 693 (695) U. v. 5. 4. 65 III ZR 201/63.

Art. 14 GG in concreto nicht vorliege. Ist aber der Schutzbereich des Art. 14 GG nicht verletzt, so schließt das nicht ohne weiteres die Verletzung des Schutzbereiches anderer Grundrechte aus. Die Betriebsbezogenheit des Eingriffs ist nur dann ein stichhaltiges Argument, wenn der Gewerbebetrieb ausschließlich über Art. 14 GG entschädigungsrechtlich geschützt werden kann.

Die hier aufgeworfenen Fragen sollen zunächst nur als kritische Merkposten festgehalten werden. Beantwortet werden sie im Rahmen einer eigenen Lösung.

Viertes Kapitel

Die vernunftrechtliche Argumentation

§ 11

Zuvor ist noch auf zwei grundsätzlichere und daher vorrangige Fragen einzugehen.

In allen Erwerbsschutzfällen handelte die Verwaltung rechtswidrig. Die eigene Lösung soll im Rahmen der Sonderopferlehre gefunden werden. Es ist daher auf den Einwand einzugehen, die Rechtswidrigkeit schließe die Entschädigung aus der Sonderopferlehre aus¹. Zum anderen sollen die vernunftrechtlichen Gründe der kritisierten Rechtsprechung erörtert werden. Die vernunftrechtliche Argumentation besteht in der Voraussage und Bewertung der zu erwartenden Konsequenzen, die die Verwirklichung eines Präjudizes haben wird². Sie bildet die eigentliche Grundlage jeder Rechtsprechung. Die diskutierten beiden Begründungen für die Ablehnung des Erwerbsschutzes sind demgegenüber sekundär. Entscheidend ist die Antwort auf die Ausgangsfrage: wo kommen wir hin, wenn Erwerbsschutz gewährt wird? Die versteckten Gründe der Rechtsprechung werden in der zustimmenden Literatur offen ausgesprochen. Es ist die Sorge vor der uferlosen Ausweitung des Entschädigungsrechtes. Die Erweiterung auf die Erwerbsschutzfälle sei wegen der Folgen keine ernst zu nehmende Konsequenz³. Sähe man im bloßen Untätigbleiben bereits einen entschädigungspflichtigen Eingriff, so würde jedes erfolgreiche Rechtsmittel gegen einen ablehnenden Bescheid die Entschädigung auslösen⁴. Die Beschränkung auf die Entschädigung für Eingriffe in vorhandene Vermögenswerte sei aus Billigkeitgesichtspunkten gerechtfertigt⁵. Es müsse die Grenzlinie gezogen werden, wie

¹ So *Heidenhain* 117 ff.

² Vgl. ausführlich *Kriele* Theorie 218 ff., 275 ff., 314.

³ So *Schneider* VerwArch 58 (1967), 197 (208).

⁴ So *Schneider* Enteignung 31.

⁵ So *Rüfner* DVBl. 1967, 186 (187), anders aber BB 1968 881 (882); *Kessler* DRiZ 1968, 258 (262).

weit die Einzelnen oder der Staat die Kosten, die um der Funktionsfähigkeit des Staatsapparates willen entstünden, zu tragen hätten⁶. Bestünde diese Grenzlinie nicht, so führe dies zu einer unübersehbaren Gefährdungshaftung⁷.

Als vernunftrechtliches Argument für eine Preisgabe der abweisenden Präjudize spricht aber, daß de lege ferenda eine Erweiterung der Staatshaftung auf den Erwerbsschutz verlangt wird⁸. Diese Forderungen und neuere ausländische Rechtsentwicklungen⁹ tendieren zu einer Entschädigung für jede rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung durch hoheitliches Handeln, sei es positives Tun, sei es Unterlassen.

Die mit der Rechtsprechung übereinstimmende Literatur argumentiert häufig zu pauschal. Ob wirklich jedes erfolgreiche Rechtsmittel gegen die Untätigkeit oder Ablehnung eine Entschädigung auslöst, ist die Frage. Der berechtigten Ablehnung einer Hypertrophie des Entschädigungsrechts kann Rechnung getragen werden bei der Überprüfung des jetzigen Rechtsprechungssystems durch notwendige systemgerechte Einschränkungen. Auch die Autoren¹⁰, die die jetzige Rechtsprechung in Frage stellen, jedoch das Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs grundsätzlich, wenn auch zum Teil nur resignierend, anerkennen, sehen in der begrenzten Fortentwicklung keine Auflösung des Entschädigungsrechts.

Zeigt sich aber, daß die vernunftrechtlichen Bedenken auf diese Weise ausgeräumt werden können, die Ausuferung also vermieden wird und daß die sekundären Begründungen widerspruchsvoll sind, so ist ein Wandel geboten.

⁶ So *Flume* Diskussionsbeitrag 95.

⁷ So *Huber* AöR 78 (1952/53), 113 (117); vgl. auch *Menger* VerwArch 51 (1960), 271 ein uferloses Entschädigungsrecht widerspreche der Eigenverantwortlichkeit des Menschen. Der Staat dürfe nicht von allen Lebensrisiken befreien; ähnlich *Dürig* Apellfestschrift 14 (54); *Krüger* Schackfestschrift 71 (78).

⁸ Vgl. *Leisner* VVDStRL 20, 185 (244); *Luhmann* 77 ff.; *Bender* DÖV 1968, 156 (161), Referat 21 ff.; *Heidenhain* 171, JZ 1968, 487 (493); *Haas* Referat 36 ff.; *Rüfner* BB 1968, 881 (882); *Bartelsperger* NJW 1968, 1697 (1703); *Wolff* Verwaltungsrecht I 414; in der Schweiz als Herleitung aus Art. 4 Bundesverfassung; *Gueng* 216, 1 ff.

⁹ Dazu vergleichender Überblick über die nationalen Staatshaftungssysteme bei *Jaenicke* Haftung 866 ff.

¹⁰ *Heidenhain* 171; *Janssen* DVBl. 1967, 190 (192); *Ritter* NJW 1966, 1355 (1356); *Rüfner* DVBl. 1967, 186 (189) Fn 35, anders aber 187; vgl. auch *Nicolaysen* Schackfestschrift 107 (122).

Zweiter Hauptteil

Erster Abschnitt

Die Grundlagen der Sonderopferlehre

Erstes Kapitel

Das Sonderopfer bei rechtswidrigem hoheitlichen Verhalten

§ 12

Der Schluß von der Rechtswidrigkeit auf ein Sonderopfer

Als Ausgangspunkt für eine eigene Lösung dient die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum enteignungsgleichen Eingriff und zur Aufopferung. Die Unberechenbarkeit und die Widersprüche des Entschädigungsrechts sind aufgezeigt worden. Im folgenden soll versucht werden, die aufgestellten Leitlinien zu präzisieren, zu korrigieren und nach einer Überprüfung der dogmatischen Herleitung des Entschädigungsrechts eine andere Behandlung der Erwerbsschutzfälle anzuregen. Allenfalls ein solcher „kleiner Schritt“ kann eine gewisse Effektivität der Kritik bewirken.

Der Bundesgerichtshof erörtert die Erwerbsschutzfälle wegen des rechtswidrigen Verhaltens unter dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs. Seit der grundlegenden Entscheidung vom 25. 4. 1960¹ steht nach Ansicht des Bundesgerichtshofes mit der Feststellung, daß ein Eingriff rechtswidrig ist, gerade fest, daß das dem Einzelnen durch den Eingriff auferlegte Opfer jenseits der allgemeinen gesetzlichen Opfergrenze liegt und damit ein entsprechend dem Gebot des Gleichheitssatzes zu entschädigendes Sonderopfer darstellt. Mit anderen Worten, der Nachweis der Rechtswidrigkeit enthält (oder erspart²) den Nachweis des Sonderopfers. Aus der enteignungsrechtlichen Natur des Anspruchs sollen sich aber Einschränkungen ergeben³. Unterlassen sei kein Eingriff. Der Eingriff müsse aus einer hoheitlichen Tätigkeit herühren, die unmittelbar im öffentlichen Interesse liege. Von der Eigen-

¹ BGHZ 32, 208 ff. III ZR 55/59.

² So *Luhmann* 49 Fn. 37.

³ Zusammenfassung bei *Kessler* DRiZ 1967, 374 (375).

art der hoheitlichen Maßnahme müßten unmittelbar Auswirkungen auf das Eigentum ausgehen. Der Schaden müsse erheblich sein⁴.

Die für den enteignungsgleichen Eingriff entwickelte ständige Rechtsprechung⁵ wurde auf die Aufopferung übertragen⁶.

Die Rechtswidrigkeit ist wieder ein entscheidendes Tatbestandsmerkmal beim enteignungsgleichen Eingriff und bei der Aufopferung. Sie ist nicht mehr nur Unterscheidungsmerkmal der inhaltsgleichen Institute Enteignung und enteignungsgleicher Eingriff⁷. Im Beschluß des Großen Senates vom 10. 6. 1952⁸ hieß es demgegenüber noch, daß der Entschädigungsanspruch von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Maßnahme unabhängig sei.

Soweit dem Wandel der Rechtsprechung ausdrücklich zugestimmt wird⁹, wird doch zugestanden, daß dadurch ein eigenständiger Anspruch entwickelt worden sei, dem das wesentliche Element jedes deliktischen oder quasideliktischen Anspruchs zugrunde liege. Zwar handele es sich nicht um einen Enteignungstatbestand im herkömmlichen Sinne, doch sei der enteignungsrechtliche Charakter konsequent gewahrt¹⁰.

Jaenicke¹¹ stimmt der neuen Begründung grundsätzlich zu, schränkt jedoch die weite Formulierung des Bundesgerichtshofes ein. Beim unmittelbaren Eingriff durch ein nichtiges Gesetz oder beim Vollzug eines solchen durch einen Verwaltungsakt könne nur dann ein Sonderopfer vorliegen, wenn das Gesetz „per se“ enteignenden Charakter habe. Ein Sonderopfer sei weiterhin zweifelhaft, wenn der Eingriff materiell berechtigt und nur wegen formeller Zuständigkeits- oder Verfahrensfehler rechtswidrig sei. Das gleiche gelte bei einer wegen Übermaßes aufzuhebenden Polizeiverfügung, die gegen den Störer ergangen sei.

Wolff¹² lehnt die Begründung als eigenständige Staatshaftung, die sich von den Grundlagen der Sonderopferlehre getrennt habe, ab.

⁴ Steffen DRiZ 1967, 110 (113).

⁵ Vgl. z. B. BGHZ 45, 150 (153) U. v. 31. 1. 1966 III ZR 110/64; NJW 1965, 1908 U. v. 5. 7. 1965 III ZR 173/64; NJW 1965, 1912 U. v. 8. 7. 1965 III ZR 6/64; die Behauptung Steffens DRiZ 1967, 110 (113), eine feste Rechtsprechung bestehe noch nicht, geht fehl. Die von ihm zitierten abweichenden Urteile sind alle vor dem Urteil BGHZ 32, 208 ergangen.

⁶ BGHZ 36, 379 (391) U. v. 19. 2. (ohne Jahresangabe) III ZR 23/60; BGHZ 45, 58 (81) U. v. 31. 1. 1966 III ZR 118/64; BGH U. v. 4. 12. 1960 III ZR 121/59 zit. bei Steffen DRiZ 1967, 110 (113).

⁷ Wagner NJW 1967, 2333 (2334).

⁸ BGHZ 6/270 (290) GSZ 2/52.

⁹ Vgl. Wagner Jahrbuch 441 (463); Kessler DRiZ 1967, 374 f., DRiZ 1968, 258 (260); Zitzelsberger 71 f.

¹⁰ Kessler DRiZ 1967, 374 f.

¹¹ VVDStRL 20, 135 (152 f., 160 ff.), Haftung 68 (83, 127).

¹² Verwaltungsrecht I 414; ablehnend auch Lerche JUS 1961, 237 (240 Fn 24); Leisner VVDStRL 20, 185 (201).

§ 13

Der Vorwurf der Verdoppelung des Sonderopferbegriffes

Die scharfsinnigste und zugleich weitestgehende Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Sonderopferlehre bei Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Verhaltens stammt von Heidenhain. Sein Verdikt lautet, daß die Rechtsprechung zu einer Verdoppelung des Sonderopferbegriffes geführt habe, daß das Sonderopfer bei Rechtswidrigkeit ein völlig anderes als bei Rechtmäßigkeit sei. Die Berufung aus dem Gleichheitssatz sei bedeutungslos¹³.

Vor einer Stellungnahme zu Heidenhain, der gegen den enteignungsgleichen Eingriff als Institut vorgeht, fragt sich, ob eine Auseinandersetzung damit überhaupt sinnvoll erscheint. Nicht zu Unrecht weist Lerche¹⁴ darauf hin, daß es so etwas wie eine Ökonomie auch der wissenschaftlichen Kritik gebe. Soweit das Entschädigungsrecht vom Bundesgerichtshof entwickelt wurde, ist es gerade dadurch gekennzeichnet, daß der vorwärtsschreitenden Rechtsprechung die Literatur mehr oder weniger resignierend folgte¹⁵. Man kann daher die Effektivität der Kritik bezweifeln. Schwerer wiegt, daß die Begründung der Entscheidung vom 25. 4. 1960¹⁶ auf die Rechtswidrigkeit als konstitutives Element zurückgreift. Damit stimmt sie überein mit den Forderungen de lege ferenda¹⁷ und neuerlichen ausländischen Rechtsentwicklungen¹⁸.

Andererseits hebt der Bundesgerichtshof selbst unter ausdrücklicher Berufung auf den Gleichheitssatz hervor, daß seine Begründung unter den herkömmlichen Sonderopferbegriff passe¹⁹. Außerdem wäre es nicht das erste Mal¹⁹, daß die Rechtsprechung für den enteignungsgleichen Eingriff die Begründung gewechselt hätte.

Heidenhain argumentiert auf zwei Ebenen. Einerseits versucht er die Einzelbegründungen des Bundesgerichtshofes für den enteignungsgleichen Eingriff zu widerlegen, andererseits bemüht er sich nachzuweisen, daß für eine Staatshaftung neben der Amtshaftung aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG kein Raum sei.

¹³ 117 ff.; zustimmend Bender DÖV 1968, 156 (160), Referat L 20.

¹⁴ Jus 1961, 237 (240).

¹⁵ Vgl. Forsthoff 291; speziell bezüglich des Urteils v. 24. 4. 1960 vgl. Riefner BB 1968, 881 (884).

¹⁶ Vgl. BGHZ 32, 208 (211 f.) III ZR 55/59.

¹⁷ Vgl. Leisner VVDStRL 20, 185 (244); Luhmann 77 ff.; Bender DÖV 1968, 156 (161), Referat L 21 ff.; Heidenhain 171, JZ 1968, 487 (493); Haas Referat L 36 ff.; Riefner BB 1968, 881 (882); Bartelsperger NJW 1968, 1697 (1703); Wolff Verwaltungsrecht I 415; in der Schweiz Gueng 216 f.

¹⁸ Dazu vergleichender Überblick über die nationalen Staatshaftungssysteme bei Jaenicke Haftung 866 ff.

¹⁹ Vgl. BGHZ 32, 208 (211 f.) III ZR 55/59 U. v. 25. 4. 1960.

Auf der ersten Ebene unterscheidet *Heidenhain* drei verschiedene Einzelbegründungen. Den Kern der Begründung, wie sie der Große Senat im Beschluß vom 12. 4. 1954²⁰ verwendet, bildet die Betonung der Gleichheit der Opferlage des Betroffenen bei Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Eingriffs. Die Opferlage des Betroffenen sei von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Eingriffs unabhängig²¹. Demgegenüber weist *Heidenhain* darauf hin²², daß in Wirklichkeit grundsätzlich eine tatsächliche Ungleichheit vorliege. Denn bei Rechtswidrigkeit sei wegen der durch die Rechtsordnung gegebenen Rechtsmittel der Schadensumfang variabel und nur ausnahmsweise tatsächlich gleich. Aber auch wenn die Opferlage ausnahmsweise tatsächlich gleich sei, so müsse sie dennoch grundsätzlich als unvergleichbar bewertet werden²³. Denn anstelle des rechtswidrigen Eingriffs im gleichen Fall (!) sei kein rechtmäßiger möglich²⁴.

Sehr wichtig ist der Nachweis, daß die Rechtswidrigkeit wegen der dann gegebenen Rechtsmittel Einfluß auf die Opferlage haben kann. Es ist jedoch unzutreffend, jede Opferlage (= Schaden) mit einem Sonderopfer gleichzusetzen. Ob ein Schaden zu einem Sonderopfer führt, ist eine noch zu entscheidende Wertungsfrage. In *Heidenhains* Ausnahmefällen²⁵ ist aber die Rechtsmittelprobe negativ, d. h. die Betroffenen konnten zur Schadensabwehr keine Rechtsmittel einlegen. *Heidenhain* bekämpft mit Recht die zu weitgehende Seite der Begründung des Bundesgerichtshofes, die angebliche Unerheblichkeit der Rechtsmittel, er verkennt aber den zutreffenden Kern, daß ein Sonderopfer in den von ihm als Ausnahme behandelten Fällen unabhängig von der Rechtswidrigkeitsfrage gegeben sein kann. Er schließt von der Unhaltbarkeit eines Teils der Fälle, die die Rechtsprechung nicht umfassend genug bewertet, auf die Unhaltbarkeit der Grundregel, die Sonderopferlehre, die er bei Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Verhaltens selbst anerkennt. Die Gleichheit der Opferlage wird zutreffend verneint, wo sie tatsächlich unhaltbar ist, ohne daß aber alle Fälle abgelehnt werden können. Die Ausnahmefälle hält *Heidenhain* für unbeachtlich, indem er sich auf die grundsätzliche Unvergleichbarkeit beruft. Diese begründet er damit, daß er eine Konstellation für die Vergleichbarkeit verlangt, die es, wie er nachweist, gar nicht geben kann, daß nämlich der rechtswidrige Eingriff für den Fall seiner Rechtmäßigkeit eine Enteignung sein würde²⁶. *Heidenhain* erliegt einem Mißver-

²⁰ BGHZ 13, 88 (90 ff.) GSZ 1/54.

²¹ BGHZ 13, 88 (92) Beschl. v. 12. 4. 1954 GSZ 1/54.

²² 101 ff.

²³ 104 f.

²⁴ Der Begründungssatz ist in sich richtig. Der Schluß daraus m. E. unverständlich.

²⁵ Vgl. 101 Fn 90, 102 zu RGZ 140, 276 ff. U. v. 11. 4. 1933 III 187/32; 103 f.

²⁶ 110 ff.

ständnis, wenn er aus der Gegenüberstellung der Opferlagen und dem stattdessen gedachten rechtmäßigen Eingriff das Sonderopfer entnehmen will²⁷. Der Kern des Beschlusses vom 12. 4. 1954²⁸, daß nämlich ein Sonderopfer, ohne daß es einer Verdopplung des Sonderopferbegriffes bedarf, sowohl bei Rechtmäßigkeit als auch bei Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Verhaltens vorliegen kann, wird nicht erschüttert. Für die angebliche Unvergleichbarkeit in den Ausnahmefällen, in denen die Rechtsmittel sich auch bei Rechtswidrigkeit nicht auf die Opferlage auswirken können, fehlt die Begründung.

In der Rechtsprechung war zunächst die wichtigste Begründung die des Beschlusses vom 10. 6. 1952²⁹, die darauf abstellt, ob der rechtswidrige Eingriff für den Fall seiner Rechtmäßigkeit eine Enteignung sein würde. *Heidenhain* weist nach, daß diese Frage nicht richtig gestellt werden kann³⁰.

Heidenhains Kritik ist zutreffend. Der Bundesgerichtshof hat diese Begründung im Urteil vom 25. 4. 1960³¹ aufgegeben. Daß in einigen Fällen auch mit dieser Begründung zutreffend ein Sonderopfer bejaht werden kann, ist unerheblich. Die Begründung trifft nicht den Kern der Sonderopferlehre. Die Verdopplung des Sonderopferbegriffes wird nicht verhindert. Neuerliche Versuche³², mit ihrer Hilfe die Begründung des Urteils vom 25. 4. 1960³³ einzuschränken, sind daher abzulehnen.

Der Haupteinwand *Heidenhains* gegen die dritte Begründung des Sonderopfers beim enteignungsgleichen Eingriff ist die angebliche Verdopplung des Sonderopferbegriffes³⁴. Der Bundesgerichtshof definiert den Begriff des besonderen Opfers einmal als die über eine allgemeine Belastung aller hinausgehende besondere Belastung eines Einzelnen — so beim rechtmäßigen Verhaltensverhalten — und zum anderen schlicht als die rechtswidrige Beeinträchtigung eines Einzelnen — so bei rechtswidrigem Verhaltensverhalten —.

Heidenhain würdigt meines Erachtens nicht hinreichend, daß der Bundesgerichtshof mit der Begründung, jeder rechtswidrige Eingriff liege jenseits der allgemeinen Opfergrenze, die Entscheidung vom 25. 4. 1960³³ als Unterfall der Gleichheitssatzverletzung, als der Grundlage der Lehre

²⁷ So 98, 105.

²⁸ BGHZ 13, 88 (93) GSZ 1/54.

²⁹ BGHZ 6, 270 (290) GSZ 2/52.

³⁰ 109 ff., zu den Ausnahmen vgl. *Heidenhain*; Beispiel RGZ 102, 390 f. U. v. 28. 9. 1921 I 46/21 — Patentaussnutzung ohne Zustimmung des Reichskanzlers —.

³¹ BGHZ 32, 208 (211 f.) III ZR 55/59.

³² So *Steffen*, DRiZ 1967, 110 (113).

³³ BGHZ 32, 208 (211 f.) III ZR 55/59.

³⁴ 117 ff.

vom besonderen Opfer auch bei Rechtmäßigkeit, einzuordnen versucht. Selbst wenn, was zu untersuchen sein wird, zuzugeben sein sollte, daß der „Kurzschluß“, jedes rechtswidrige Verwaltungsverhalten sei ein Sonderopfer, zur Verdoppelung des Sonderopferbegriffes führt, so ist damit noch nicht gesagt, daß bei allen Fällen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsverhaltens ein Sonderopfer ausgeschlossen ist. Insbesondere fehlt eine Untersuchung, ob die Rechtswidrigkeitsfälle nur durch eine Verdoppelung des Sonderopferbegriffes von der Sonderopferlehre erfaßt werden können.

Außer der Kritik der Einzelbegründungen betont *Heidenhain*, daß der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff ein Staatshaftungsanspruch sei. Die Staatshaftung habe der Gesetzgeber durch die Einführung der Amtshaftung ausdrücklich abgelehnt³⁵.

Wie wenig fruchtbar dieser Ansatz gegenüber einem in Jahrzehnten³⁶ entwickelten Richterrecht ist, zeigt *Heidenhain* selbst schlagend durch die Selbstaufgabe seines Einwandes, indem er den enteignungsgleichen Eingriff am Ende doch als weitere Staatshaftung übernimmt³⁷. Eine ausdrückliche Ablehnung durch den Gesetzgeber hätte im übrigen dessen Stellungnahme zu den Urteilen vorausgesetzt, in denen das Reichsgericht schon vor 1919 über die Aufopferung als einem Teil der Sonderopferlehre Entschädigung bei rechtswidrigem Verwaltungsverhalten gewährt hatte³⁸. Diese Stellungnahme fehlt. Staatshaftung in Form der Amtshaftung und der Sonderopferlehre schlossen sich damals ebensowenig wie heute gegenseitig aus.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß *Heidenhain* von den irrigen Fällen des Bundesgerichtshofes auf die Unhaltbarkeit der ganzen Lehre schließt, ohne zu prüfen, ob nicht deren Kernbereich durch eine verbesserte Begründung zu rechtfertigen ist. Erhellend ist, daß er die Nebenfolgenfälle, in denen der Bundesgerichtshof die Rechtswidrigkeitsprüfung unterläßt und Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen gewährt, außer acht läßt. *Heidenhain* klassifiziert sie unter rechtmäßiges Verwaltungsverhalten und daher nicht zum Thema gehörend. Er übernimmt schließlich resignierend die angeblich unbegründbare und vom Gesetzgeber abgelehnte Lehre vom enteignungsgleichen Eingriff, ohne den zutreffenden Teil seiner Kritik in irgendeiner Weise zur Korrektur be-

³⁵ 164 ff.

³⁶ Seit RGZ 140, 276 (284 ff.) U. v. 11. 4. 1933 III 187/32 ganz bewußt vorangetrieben.

³⁷ 147, 168 ff., 180.

³⁸ Vgl. RGZ 26, 265 (269) U. v. 8. 5. 1890 Rep VI 79/90; RG JW 1890, 260 f. U. v. 14. 6. 1890 47/90 V; RGZ 33, 233 (238) U. v. 18. 4. 1894 Rep V 355/93; vgl. auch *Selmer* 15 Fn 9 m. w. N.

nutzt zu haben. „Er bewegt nichts³⁹.“ Im folgenden soll *Heidenhains* Kritik zur Verbesserung der Sonderopferlehre genutzt werden.

Zweites Kapitel

Sonderopfer und Gleichheitssatz

§ 14

Der Gleichheitssatz als Grundlage der Sonderopferlehre

Der Bundesgerichtshof sieht in seinem grundlegenden Beschluß vom 10. 6. 1952¹ im Verstoß gegen den Gleichheitssatz das Kennzeichen der Enteignung. Auch der durch die Rechtswidrigkeit gekennzeichnete enteignungsgleiche Eingriff steht nach Ansicht des Großen Senates unter der Herrschaft des Gleichheitssatzes². Dasselbe gelte für den in § 75 Einleitung ALR rechtssatzmäßig konkretisierten Aufopferungsanspruch. Auch die Entscheidung des III. Senates vom 25. 4. 1960³ unterläßt es nicht, darauf hinzuweisen, daß mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Eingriffs die Opfergrenze überschritten sei und damit ein entsprechend dem Gebot des Gleichheitssatzes zu entschädigendes Sonderopfer vorliege. Gemeinsame Grundlage für diese rechtmäßiges und rechtswidriges hoheitliches Verhalten umfassende Sonderopferlehre ist also nach Ansicht des Bundesgerichtshofes der Gleichheitssatz.

Die Berufung auf den Gleichheitssatz ist als juristische Konkretisierung der Begrenzungskriterien der Enteignung begrüßt worden⁴. Sie schließe einen Rückfall zur überkommenen Einzelaktstheorie des Reichsgerichts aus⁵.

Der Gleichheitssatz — zumindest die Berufung darauf — bildet, wie *Stoedter*⁶ nachgewiesen hat, in der Sonderopferlehre seit ihren naturrechtlichen Anfängen traditionell den Ausgangspunkt der Herleitung des Sonderopfers. Es lassen sich zwei Funktionen der Sonderopferlehre unterscheiden. Einmal dient sie als Rechtsgrund für die Entschädigung, zum anderen als Aussage über die Abgrenzung der entschädigungslosen (allgemeinen) von den entschädigungspflichtigen (besonderen) Opfern.

³⁹ So *Isensee* DÖV 1968, 222.

¹ BGHZ 6, 270 (290 ff.) GSZ 2/52.

² BGHZ 13, 88 (91) GSZ 1/54 Beschluß v. 12. 4. 1954.

³ BGHZ 32, 208 (211) III ZR 55/59.

⁴ So *Weber* Grundrechte 373.

⁵ So *Forsthoff* Anm. zu BGH Beschl. v. 10. 6. 1952 GSZ 2/52 in JZ 1952, 627 f.

⁶ Entschädigung 78 ff.

Bezeichnend für die Unsicherheit bei der Anwendung der Sonderopferlehre ist, daß versucht wird, beide Funktionen als voneinander völlig unabhängig zu trennen⁷.

Diese Ansicht übersieht, daß zur Abgrenzung der Enteignung von der Eigentumsbeschränkung die Sonderopferlehre nicht auf eine formale Einzelaktstheorie beschränkt werden darf. Im Grunde verbirgt sich hinter den Ausführungen *Heidenhains* nur eine Polemik gegen die Gleichsetzungen allgemein/gleich und besonders/ungleich der Einzelaktstheorie. Die Frage der Abgrenzung von allgemeinen und besonderen Opfern und der Rechtsgrund der Entschädigung sind gerade nicht voneinander unabhängig. Vielmehr folgt das eine aus dem anderen. Wird ein Sonderopfer bejaht, liegt eine „Enteignung“ vor und damit steht notwendigerweise fest, daß zum Ausgleich für das besondere Opfer eine Entschädigung zu zahlen ist. Anders ist es nur dann, wenn die Folge des Sonderopfers, die Entschädigungspflicht, zulässigerweise ausgeschlossen wird. Dies war nach Art. 153 Abs. 2 Satz 2 WV kraft Gesetzes möglich.

Erhellend ist, daß *Heidenhain* die Lehre vom besonderen Opfer neben der Eigentumsgarantie als Rechtsgrund für die Entschädigung aus Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff diskutiert. Die Enteignung hat sich als Unterfall der Aufopferung⁸, beide aber haben sich aus der Sonderopferlehre entwickelt. Die Eigentumswertgarantie des Art. 14 Abs. 3 GG ist also eine Ausprägung der Sonderopferlehre. Durch ein Neben- oder gar Gegeneinanderstellen der Sonderopferlehre und der Eigentumsgarantie wird das rechtstheoretische Stufenverhältnis zwischen beiden Instituten verkannt.

Das gleiche gilt für die Aussage, daß neben der Lehre vom besonderen Opfer die Berufung auf den Gleichheitssatz bei der Begründung der Entschädigung für rechtswidrige Eingriffe keine selbständige Bedeutung zukomme⁹. Der Gleichheitssatz ist gerade die Grundlage der Sonderopferlehre. Es mag zugegeben sein, daß heute nicht oder zumindest nur sehr schwer unmittelbar aus dem Gleichheitssatz ein Entschädigungsanspruch hergeleitet werden könnte¹⁰. Der Versuch, eine jahrzehntelange Rechtstradition völlig zu ignorieren, ist vergleichbar einem Angriff gegen das noch nicht kodifizierte preußische Polizeirecht, so wie es das preußische Oberverwaltungsgericht entwickelt hatte, mit dem Argument: dieses Polizeirecht stehe nicht in § 10 II 17 ALR.

Zu Beginn dieser Ausführungen über die Herleitung des Sonderopfers aus dem Gleichheitssatz ist darauf hinzuweisen, daß die Sonderopferlehre nicht, wie es bei *Heidenhain* teilweise geschieht, mit der Einzelaktstheorie

⁷ So *Heidenhain* 96 Fn. 66.

⁸ BGHZ 13, 88 (91) Beschl. v. 12. 4. 1954 GSZ 1/54.

⁹ So *Heidenhain* 118 Fn 145; ähnlich *Weyreuther* 32.

¹⁰ So aber für die Schweiz *Gueng*.

theorie identifiziert werden darf. Es wird sonst übersehen, daß auch das Bundesverwaltungsgericht¹¹ als Vertreter der Schweretheorie oder *Stoedter*¹² als Vertreter der Zumutbarkeitslehre auf den Gleichheitssatz rekurrieren. Bei der Vielfalt der Enteignungstheorien darf man die ihnen allen gemeinsame Grundlage, nämlich den Gleichheitssatz und die daraus entwickelte Lehre vom besonderen Opfer nicht aus den Augen verlieren.

§ 15

Widersprüche um den Gleichheitssatz

Bisher wurde bewußt recht unbestimmt vom Gleichheitssatz als Grundlage der Sonderopferlehre gesprochen. Dies geschah im Anschluß an den Sprachgebrauch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.

In der Literatur ist versucht worden, die vage Berufung auf den Gleichheitssatz durch eine Anseilung an einen Artikel des Grundgesetzes zu präzisieren. Diese Versuche werfen jedoch eine Reihe widersprüchlicher und zum Teil ungelöster Fragen auf.

So fragt *Kaiser*¹³, ob der Gleichheitssatz des Bundesgerichtshofes überhaupt mit dem des Art. 3 GG gleichzusetzen sei. Als Gegenthese stellt er auf, der Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG führe zur Nichtigkeit der enteignenden Maßnahme¹⁴. Schon 1925 vertrat *Aldag*¹⁵ zur Weimarer Verfassung die Ansicht, ein ungleicher Eingriff sei verfassungswidrig und daher nichtig.

Luhmann wirft dem Bundesgerichtshof ein naives und vornezeitliches Verständnis des Gleichheitssatzes vor¹⁶. Der Gleichheitssatz ermögliche zwar gute Einzelbegründungen, nur würden die wahren Gründe nicht durch die gleich/ungleich-Argumentation eingefangen sondern verschwiegen. Richtig müsse der Gleichheitssatz als Begründungsbedürftigkeit der Ungleichheit verstanden werden¹⁷.

*Scheuner*¹⁸ fragt, ob die Entschädigung nicht unabhängig von Art. 14 Abs. 3 und 15 Abs. 3 GG unmittelbar aus Art. 3 GG hergeleitet werden könne¹⁹.

¹¹ Vgl. ausdrücklich in DRiZ 1967, 163; sowie *Kreft* Festgabe 176 f.

¹² Entschädigung 119 ff., DÖV 1953, 96 (98).

¹³ 31, 35.

¹⁴ Zustimmend *Lerche* JUS 1961, 237 (241) Fn. 32, anders aber *Übermaß* 183; auch zustimmend *Gueng* 176; *Weyreuther* 31.

¹⁵ Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung Berlin 1925 zit. nach *Stoedter* Entschädigung 190.

¹⁶ 61.

¹⁷ 53 ff., 56.

¹⁸ Verfassungsschutz 125.

¹⁹ Ebenso *Bachof* DJT 81.

Genau entgegengesetzt ist die Ansicht *Weyreuthers*²⁰, die Entschädigung werde nicht vom Gleichheitssatz, sondern vom Art. 14 GG getragen.

Ähnlich wollen *Thomü* und *Wolter*²¹ die Gleichheitsfrage nicht aus Art. 3 GG, sondern aus Art. 14 GG beantworten. Art. 3 GG soll durch den speziellen aus Art. 14 GG gewonnenen Grundsatz der Zweckentfremdung eingeschränkt werden.

Bei *Dürig*²² hingegen wird Art. 3 GG unmittelbar zum allgemeinen Opferausgleichssatz.

*Ule*²³ erörtert zunächst eine Prüfung des Gleichheitssatzes im Rahmen der Sonderopferlehre und schließt daran eine selbständige Prüfung an Hand von Art. 3 GG als Willkürverbot an.

Hier, wie auch in anderen Stellen in der Literatur²⁴, wird erkannt, daß der Bundesgerichtshof bei der Prüfung des Gleichheitssatzes im Rahmen der Sonderopferlehre sich nicht auf eine bloße Willkürprüfung beschränkt. Nach Ansicht *Rüfners*²⁵ enthält Art. 14 GG mehr als eine spezielle Ausformung des allgemeinen Gleichheitssatzes. *Lerche* spricht immerhin von einer „engeren“ Gleichheitsvorstellung, die er als Ausgleichsgedanken bezeichnet. So selbstverständlich diese Aussage ist, muß sie doch hier betont werden. Denn die Vertreter der aufgezeigten Meinungsvielfalt scheinen sich ihrer nicht immer bewußt gewesen zu sein.

Typisch für diese Blickverengung ist schon die Reaktion *Stoedters*^{26, 27} auf *Aldags* Nichtigkeitsverdikt. *Aldag* verkenne das systematische Verhältnis der Art. 109, 153 WV ebenso wie den Unterschied zwischen Begriffsmerkmalen, Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtswirkungen der Enteignung. Art. 153 WV gestatte ungleiche Behandlung, indem er sie an bestimmte Zulässigkeitsanforderungen knüpfe und gewisse Rechtswirkungen ihre Folge sein lasse. Hingegen verstoße jede Enteignung, die den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 153 WV nicht entspreche, auch gegen Art. 109 WV. Damit werden im Anschluß an *Aldag* Willkürprüfung und Sonderopferprüfung gleichgesetzt. Daß die Willkürprüfung nicht der *nervus rerum* ist, wird verkannt; ein Fehler, der auch dem I. Senat des Bundesgerichtshofes bei Anwendung der vom III. Senat entwickelten Sonderopferlehre unterliefe. Bei der Prüfung, ob ein Gesetz

²⁰ 32.

²¹ MDR 1958, 203 (205).

²² Apellfestschrift 13 (49); zustimmend *Ipsen* Gleichheit 195, AöR 90 (1965), 393 (433 Fn 78), der den Ausgleichsanspruch anders als *Dürig*, aber nicht auf rechtmäßiges hoheitliches Verhalten beschränkt.

²³ VerwArch 54 (1963), 345 (350, 356 ff.).

²⁴ *Lerche* Übermaß 183; *Zitzelsberger* 82; *Koppensteiner* BB 1967, 217 (221 f.).

²⁵ Der Staat 7 (1968), 41 (47).

^{26, 27} Entschädigung 190 f

Enteignungscharakter besitze, wurden nur die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichtes über den Gleichheitssatz als Willkürverbot zitiert²⁸.

Im Gegensatz zu den bisher zitierten Stimmen, die die Frage erörtern, welchen Gleichheitssatz der Bundesgerichtshof anwendet, und die zum Teil die Tragfähigkeit des Gleichheitssatzes bezweifeln, hat *Kreft*²⁹ neustens in einer Apologie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes behauptet, daß von einer Enteignung nicht nur dort die Rede sein könne, wo ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliege. Mit anderen Worten, es soll auch eine Enteignung geben, obwohl der Gleichheitssatz gewahrt ist.

Als Beispiel für Enteignungen ohne Gleichheitssatzverletzung nennt *Kreft* die Fälle, in denen durch generelle Regelungen Eigentum voll entzogen oder sonstwie der Wesenskern des Eigentums angetastet wird. Das sind genau die Fälle, die, wie die Kritiker der Einzelaktstheorie dem Bundesgerichtshof vorwerfen³⁰, eine rein formale Einzelaktstheorie nicht zu lösen vermag. Der Rückgriff auf das Begriffspaar generell/gleich, speziell/ungleich versagt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die nach materialen Maßstäben festgestellte Enteignung kein besonderes Opfer und damit auch keinen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellt. Das zeigt sich schon darin, daß andere nichtformale Enteignungstheorien³¹ auch auf den Gleichheitssatz rekurrieren, ohne allerdings dem Fehlschluß der Einzelaktstheorie zu erliegen. *Kreft* läßt meines Erachtens mit dem zutreffenden Hinweis auf die Aufgabe der Einzelaktstheorie den von dieser im Enteignungsrecht unabhängigen Gleichheitssatz fallen.

§ 16

Die Unterscheidung zweier Gleichheitssätze

Den Ausgangspunkt für das zutreffende Verständnis des Gleichheitssatzes in der Lehre vom besonderen Opfer bilden die grundlegenden Ausführungen *Wolffs*³². Dort wird die Problematik, die andeutungsweise in der Literatur mit der Unterscheidung zwischen dem Gleichheitssatz als Willkürverbot und dem „irgendwie engeren“ Gleichheitssatz als Aus-

²⁸ BGHZ 22, 1 (9 f.) U. v. 2. 10. 1956 I. ZR 9/54 unter Berufung auf *BVerfGE* 3, 58 (135) U. v. 17. 12. 1953 I BvR 147.

²⁹ Ehrengabe 167 (177), Aufopferung 25; noch weiter geht *Weyreuther* 161: bei der Enteignung stehe kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz in Frage, anders beim enteignungsgleichen Eingriff; nach *Kreft* Aufopferung 25 verletzt lediglich nicht jede Enteignung den Gleichheitssatz, wohl aber jede Aufopferung.

³⁰ Vgl. *Stoedter* DÖV 1953, 96 (98); *Forsthoff* 315 f.; *BVerwGE* 5, 143 (145) U. v. 27. 6. 1957 I C 3.56.

³¹ Vgl. *BVerwG* DRiZ 1967, 163; *Stoedter* DÖV 1953, 96 (99), Entschädigung 191 ff.

³² Verwaltungsrecht I 411 f., III 141; zustimmend *Volkmar* 239; *Franke* Diss. 45 ff.

gleichssatz anklängt, klar durch zwei voneinander getrennte Gleichheitsbeziehungen oder Gleichheitssätze gegliedert. Allerdings, darauf sei schon hier hingewiesen, ist die Untersuchung auf die Enteignung durch Gesetz beschränkt.

Nach Wolff sind bei der Prüfung, ob ein Gesetz enteignenden oder eigentumsbeschränkenden Charakter hat, zwei Gleichheitsbeziehungen zu unterscheiden.

Die gesetzesimmanente oder formelle Gleichheit bedeute das Willkürverbot an den Gesetzgeber in der Form, daß jede Ungleichbehandlung nur aus sachlichem Grund erfolgen dürfe, also begründungsbedürftig sei. Dieser Gleichheitssatz ist identisch mit der Auslegung des Art. 3 GG, wie sie vom Bundesverfassungsgericht³³ vertreten wird.

Daneben sei die gesetzestranszendente oder materielle Gleichheit zu unterscheiden. Ein Verstoß gegen sie begründe nicht die Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahme, sondern — und das ist entscheidend — löse nur eine öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht aus. Dieser gesetzestranszendente Gleichheitssatz wird vom Bundesgerichtshof der Sache nach angewendet. Da er nicht mit dem gesetzesimmanenten Gleichheitssatz identisch ist, gehen die Untersuchungen Luhmanns zum Gleichheitssatz und die Kritik am naiven Gleichheitsverständnis des Bundesgerichtshofes fehl. Luhmann behandelt nur die gesetzesimmanente Gleichheit.

„Das immanente Gleichheitsgebot betrifft die Beziehung zwischen dem Tatbestand und der Rechtsfolge eines Gesetzes. Es erfordert, daß der Tatbestand die daran geknüpfte Rechtsfolge sachlich zu rechtfertigen vermag, also nicht willkürlich ist“³⁴.

Die gesetzesimmanente Gleichheit³⁵ läßt sich negativ und positiv bestimmen.

Die Rechtsprechung begnügt sich meistens mit der negativen Bestimmung. Der Gleichheitssatz sei verletzt, wenn ein vernünftiger, sachlich einleuchtender Grund für eine Ungleichbehandlung nicht zu finden sei oder wenn Willkür vorliege.

Positiv bestimmt wird die gesetzesimmanente Gleichheit zu einem umfassenden Gebot sachlich begründeter Rechtserzeugung. Die Heraus-

³³ BVerfGE 1, 14 (52) U. des II. Senates v. 23. 10. 1951 2 BvG 1/51; E 23, 68 (106 f.) Beschl. v. 14. 2. 1968 2 BvR 557/62.

³⁴ Wolff Verwaltungsrecht I 412.

³⁵ Wolff Verwaltungsrecht I 411 verwendet auch den Ausdruck formelle und für die gesetzestranszendente den der materiellen Gleichheit. M. E. sollte auf dieses terminologisch stark strapazierte Begriffspaar zugunsten der Unterscheidung formal, material verzichtet werden, dadurch wird die Verbindung zu der Unterscheidung zwischen akzidentiellen äußeren und essentiellen inneren werthaftern Momenten deutlich, der den beiden Gleichheitsbeziehungen wesentlich ist. Vgl. auch Böckenförde 68 ff.

bildung dieser positiven Seite wurde vom Schweizer Bundesgericht vorangetrieben³⁶. Am Gleichheitssatz werden geprüft die Festsetzung des Rechtssetzungszweckes, die Auswahl der Rechtsfolge als Mittel zur Zweckverwirklichung und die Bestimmung der Tatbestandsmerkmale, welche den Mitteleinsatz auslösen sollen. Dieser positiven Bestimmung kommt auch das Bundesverfassungsgericht neuerdings nahe, wenn es die Anordnung einer konkreten Rechtsfolge, die Gleichbehandlung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke, durch die Aufzählung der rechtfertigenden öffentlichen Interessen begründet³⁷.

Der gesetzesimmanente Gleichheitssatz wird nur zur Prüfung der Rechtmäßigkeit der Gesetze verwendet, nicht aber zur Herleitung von Entschädigungsansprüchen. Der III. Senat des Bundesgerichtshofes verwendet auch nie bei der Erörterung der Enteignungsfrage die zum ersten Gleichheitssatz entwickelten Grundsätze des Bundesverfassungsgerichtes.

„Das transzendente Gleichheitsgebot betrifft... die Beziehung zwischen gesetzlichem Tatbestand und realem Lebenssachverhalt. Es verlangt über die immanente Gleichheit hinaus, daß der Tatbestand des Gesetzes alle Sachverhalte wesentlich gleicher Beschaffenheit erfaßt, also nicht an akzidentielle, sondern an essentielle Momente anknüpft“³⁸.

Verstößt die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge gegen den gesetzestranszendenten Gleichheitssatz, so führt dies, anders als bei Verstoß gegen die gesetzesimmanente Gleichheit, nicht zur Rechtswidrigkeit des Gesetzes. Der Gesetzgeber hat die Befugnis, die Ungleichbehandlung aufzuerlegen. Aus Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG folgt aber, daß das ungleichbehandelnde, gegen die gesetzestranszendente Gleichheit verstoßende, Gesetz Art und Ausmaß der Entschädigung regeln muß. Erst der Verstoß gegen die Junktimklausel, der auf den Verstoß gegen die gesetzestranszendente Gleichheit folgen kann, führt zur Rechtswidrigkeit des Gesetzes.

Dieser gesetzestranszendente Gleichheitssatz liegt der Lehre vom besonderen Opfer zugrunde. Er ist in den §§ 74, 75 Einleitung ALR gesetzlich zuerst skizziert worden. Aus ihm haben sich die Rechtsinstitute der Aufopferung und der Enteignung entwickelt. Dabei hat die Enteignung als wichtigster Fall auch Eingang in die Weimarer Verfassung und in das Grundgesetz gefunden. Dadurch gelangte auch der gesetzestranszendente Gleichheitssatz, als Grundlage der Enteignung, mit dieser in die Verfassung. Er ist einer der vielen speziellen Gleichheitssätze³⁹. Da seine

³⁶ BGE E, 171 (174) U. v. 2. 4. 1880; m. w. N. bei Gueng 38 Fn 24.

³⁷ NJW 1967, 619 (621) Beschl. v. 12. 1. 1967 1 BvR 169/63.

³⁸ Wolff Verwaltungsrecht I 412.

³⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2, 3; 6 Abs. 5; 33 Abs. 1 bis 3; 38 Abs. 1 GG.

Verletzung zur Entschädigung führt, kann er als Opferausgleichssatz bezeichnet werden. Der Opferausgleichssatz ist also nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG identisch, auch nicht soweit dieser als umfassendes Gebot sachlich begründeter Rechtsfortbildung verstanden wird. Zur Prüfung an Hand des Opferausgleichssatzes bestehen eigene Grundsätze, die von den verschiedenen Enteignungstheorien entwickelt wurden, z. B. Sozialpflichtigkeit⁴⁰, funktionsgerechte Verwendung, Privatnützigkeit⁴¹, Risikoverteilung⁴², Zweckentfremdung⁴³, Schwere des Eingriffs⁴⁴, geschichtliche Lage⁴⁵, Situationsgebundenheit⁴⁶. Es besteht ein Spezialverhältnis zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 3 GG. Der Opferausgleichssatz beantwortet nur die Frage, wer eine rechtmäßig angeordnete Last zu tragen hat, die betroffene Zivilperson oder der entschädigungspflichtige Staat. Ob die Zivilperson die Last zu tragen hat, entscheidet sich danach, ob die Zivilpersonen in allen wesentlich gleichen Lagen die Rechtsfolge und deren Lasten entschädigungslos hinzunehmen haben. Das ist bei Gesetzen dann der Fall, wenn der rechtsfolgebegründende Tatbestand alle Sachverhalte wesentlich gleicher Interessenlage erfaßt⁴⁶. Das aus dem Gerechtigkeitsprinzip abgeleitete Eingriffsrecht des Staates ist schon in Art. 74 Einleitung ALR enthalten: „Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehen.“ Der Eingriff darf nur aus schwerwiegenden Gründen des gemeinen Wohls (§ 70 Einleitung ALR, Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG) erfolgen. Die Interessen des gemeinschaftlichen Wohles müssen also objektiv wertvoller sein als die kollidierenden der Zivilperson. Werden sämtliche Träger gleicher Interessen erfaßt, so erhalten sie keine Entschädigung. Es fehlt eine Ungleichbehandlung. Die auferlegte Last kommt der Allgemeinheit und damit auch den Belasteten zugute.

Erfaßt der rechtsfolgebegründende Tatbestand nicht alle Sachverhalte wesentlich gleicher Interessenlage, knüpft die Rechtsfolge also statt an ein Essentiale des Interessengegenstandes an eine Akzidens an, so liegt eine entschädigungspflichtige Ungleichbehandlung, ein Sonderopfer, vor. Das Gerechtigkeitsprinzip erlaubt zwar trotz der Ungleichheit wegen der überwiegenden Interessen der Allgemeinheit den Eingriff, es gebietet

⁴⁰ BGHZ 23, 30 (33) U. v. 20. 12. 1956; BVerfGE 20, 351 (361) Beschl. v. 17. 11. 1966 1 BvL 10/61; BGHZ 48, 193 ff. U. v. 13. 7. 1967 III ZR 1/65.

⁴¹ Reinhardt 14.

⁴² BGH NJW 1964, 769 (770) U. v. 5. 12. 1963 III ZR 31/62.

⁴³ Reinhardt 21.

⁴⁴ BVerwGE 5, 143 (145 f.) U. v. 27. 6. 1957 I C 3.56.

⁴⁵ BGH NJW 1965, 1080 (1082) U. v. 25. 6. 1964 III ZR 139/62.

⁴⁶ So Wolff Verwaltungsrecht I 411.

dann aber auch, den Betroffenen eine angemessene Entschädigung zu gewähren.

Ob an ein Essentiale oder an ein Akzidens angeknüpft wurde, ist die vom Gesetzgeber, bzw. im Streitfalle vom Richter, zu entscheidende Wertungsfrage. Die Klassifizierung als Essentiale des Interessengegenstandes ergibt sich aus der Eigenart der Sachgattung. Die Konkretisierung der immanenten Inhalte des Gegenstandes ist von zufällig von außen herangetragenen Umständen zu trennen^{46a}. Zur Beantwortung der Wertungsfrage dienen die von den Enteignungstheorien entwickelten Topoikataloge⁴⁷. Die Verpflichtung des Gesetzgebers, durch die Verfassung in Art. 14 Abs. 1 und 2 GG Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, erlaubt es dem Gesetzgeber, die Wertungsfrage flexibel zu beantworten. Die Opfergrenze kann gesetzlich verschoben werden. Das Gesetz kann Einschränkungen des durch die angeordnete Rechtsfolge bisher nicht belasteten Eigentums anordnen, ohne daß der Betroffene einen Entschädigungsanspruch erhält. Die Schranke bildet der gesetzestranszendente Gleichheitssatz. Wird er verletzt, entsteht ein Entschädigungsanspruch.

§ 17

Das Verhältnis der beiden Gleichheitssätze zueinander

Bisher blieb unerörtert der Fall, in dem feststeht, daß der gesetzestranszendente Gleichheitssatz verletzt ist. Es fragt sich, ob dann auch der gesetzestranszendente Gleichheitssatz immer oder nur unter besonderen Umständen verletzt wird, ob der Betroffene also immer zu entschädigen ist oder nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen oder gar nicht.

Nach Wolff⁴⁸ soll eine Verletzung des gesetzesismanenten Gleichheitssatzes ohne Verletzung des gesetzestranszendenten möglich sein. Wenn ein Gesetz Baubeschränkungen über alle Baugrundstücke verhängt, um den Umsatz der Bauwirtschaft gegenüber anderen Wirtschaftszweigen zu beschränken, so soll das dem gesetzestranszendenten, nicht aber dem gesetzesismanenten Gleichheitssatz genügen. Die Betroffenen sollen also keine Entschädigung erhalten. Da sämtliche Eigentümer in essentiell gleicher Lage — alle Baugrundstücke — erfaßt seien, könne der gesetzestranszendente Gleichheitssatz nicht verletzt sein.

Es ist aber zu fragen, ob bei einer Verletzung der gesetzesismanenten Gleichheit überhaupt ein zur Gruppenbildung notwendiges Essentiale

^{46a} So schon Kaufmann 460 f.; ausführlich Wolff Verwaltungsrecht I 412, 430; BGHZ 23, 30 (32 ff.) U. v. 20. 12. 1956 III ZR 82/55; BVerwGE 15, 1 (2) U. v. 22. 6. 1962 IV C 226 und 232.61.

⁴⁷ Vgl. Wagner NJW 1966, 569 (570, 574); Bender DÖV 1968, 156 (160).

⁴⁸ Verwaltungsrecht I 414; anders bis zur 2. Aufl. 297.

vorliegen kann. Für den gesetzestranszendenten Gleichheitssatz ist entscheidend, daß die Gruppe der Betroffenen wegen eines gemeinsamen Essentiale des Interessengegenstandes von den anderen Zivilpersonen abgegrenzt werden kann. Um dieses Essentiale willen liegt trotz der Belastung kein Sonderopfer vor.

Im Beispielfall werden zwar alle Baugrundstücke erfaßt, aber die Eigenschaft Bebaubarkeit des Grundstückes ist bezogen auf die angeordnete Rechtsfolge nicht wesentlich, weil die Rechtsfolge sachlich nicht gerechtfertigt ist. Es besteht eine Interpedenz zwischen Rechtsfolge voraussetzungen und Rechtsfolge. Die Bestimmung der Rechtsfolge ist durch die Rechtsfolge voraussetzungen bedingt und umgekehrt sind die Rechtsfolge voraussetzungen durch die Rechtsfolge bedingt⁴⁹. Wenn das im Tatbestand enthaltene angebliche Essentiale — Bebaubarkeit — mit einer sachlich nicht gerechtfertigten Rechtsfolge verknüpft wird, so ist es für die Rechtsfolge gerade nicht wesentlich. Wäre es wesentlich, so wäre die Rechtsfolge sachlich gerechtfertigt. Ein das Eigentum betreffendes Gesetz führt nicht zum Sonderopfer, weil die Rechtsfolge um eines Essentiale willen gerechtfertigt ist. Daraus erklärt sich die Bezogenheit des Essentiale als Eigenschaft des in den Rechtsfolge voraussetzungen genannten Gegenstandes auf die konkrete Rechtsfolge. Ob eine Eigenschaft eines Gegenstandes essentiellen oder akzidentiellen Charakter hat, kann also immer nur mit Bezug auf die angeordnete Rechtsfolge beantwortet werden. Dieselbe Eigenschaft derselben im Tatbestand erfaßten Gegenstände kann verbunden mit verschiedenen Rechtsfolgen bezogen auf diese Rechtsfolgen eine essentielle oder akzidentielle sein. Verletzt also ein Gesetz den gesetzsimmanenten Gleichheitssatz, so steht fest, daß ein zur Gruppenbildung und damit zur Verneinung des Sonderopfers notwendiges Essentiale nicht vorliegt. Die sachlich nicht gerechtfertigte Rechtsfolge knüpft also an ein Akzidens eine Belastung an. Liegt nur ein Akzidens vor, so kann es zu keiner Gruppenbildung kommen, die einen entschädigungslosen Eingriff um des gemeinsamen Essentiale willen rechtfertigen würde. Der Schaden, der durch ein den gesetzsimmanenten Gleichheitssatz verletzendes Gesetz entsteht, ist also stets ein Sonderopfer. Jedoch wird nicht, weil der gesetzsimmanente Gleichheitssatz verletzt ist, entschädigt, sondern weil gleichzeitig auch die gesetzestranszendente Gleichheit tangiert wird.

§ 18

Die beiden Gleichheitssätze bei der Gruppenenteignung

Die Unterscheidung des Verhältnisses der beiden Gleichheitssätze hat implicite auch das angeblich über die Sonderopferlehre nicht zu fassende

⁴⁹ Vgl. *Gueng* 17 f.

Problem der Gruppenenteignung⁵⁰ gelöst. Wird eine Personenmehrheit durch Gesetz in ihrem Eigentum beschränkt, so ist zu fragen, ob die Rechtsfolge an ein Akzidens oder ein Essentiale anknüpft. Wird die Wertungsfrage dahin beantwortet, daß sie an ein Essentiale anknüpft, so liegt kein Sonderopfer vor. Enthält der Tatbestand nur ein Akzidens für die angeordnete Rechtsfolge, so bilden die Betroffenen im Verhältnis zu allen anderen Zivilpersonen gerade keine geschlossene Gruppe. Sie sind mit anderen Zivilpersonen zu vergleichen. Die dann festzustellende Ungleichbehandlung ist zu entschädigen.

Der Sache nach wird in praxi auch genauso verfahren⁵¹. Die durch ein Anbaugesetz betroffenen Bauern bilden eine durch ein Essentiale vereinigte Gruppe. Sie sind daher nicht mit den anderen Gewerbetreibenden zu vergleichen. Vielmehr müssen sie um des Essentiale „Ackergrundstück“ willen die durch die Rechtsfolge bewirkten Lasten entschädigungslos tragen. Bei den ebenfalls von derselben Rechtsfolge betroffenen (sämtlichen) Baumschulenbesitzern fehlt das bei den Bauern vorhandene Essentiale. Die Baumschulengrundstücke sind keine der Nahrungsversorgung dienende Grundstücke. Sie werden zweckentfremdet. Sie werden daher, obwohl alle geschlossen erfaßt, mit den anderen Gewerbetreibenden verglichen. Denen gegenüber werden sie ungleich behandelt. Daher sind sie zu entschädigen. Der Bundesgerichtshof hat mit Recht nicht festgestellt, da alle Baumschulenbesitzer erfaßt würden, sei eine Ungleichbehandlung innerhalb dieser Gruppe und ein Vergleich mit essentiell anderen Gewerbetreibenden nicht möglich. Alle Baumschulen sind zwar in wesentlich gleicher Lage. Die Eigenschaften der Baumschulen sind aber nicht essentiell für die angeordnete Rechtsfolge.

Das Problem der Gruppenenteignung ist daher für die Sonderopferlehre nicht unlösbar. Wird eine Gruppe durch ein Essentiale verbunden, liegt kein Sonderopfer vor. Wird die Personenmehrheit der Betroffenen durch ein Akzidens gekennzeichnet, sind sie mit den anderen nicht betroffenen Zivilpersonen zu vergleichen und wegen der angeordneten Ungleichheit zu entschädigen.

§ 19

Die beiden Gleichheitssätze und der Vollentzug des Eigentums

Ebenso wie die Gruppenenteignung soll nach *Kreft*⁵² der Vollentzug des Eigentums unabhängig von der Sonderopferlehre und vom Gleichheitssatz zu entschädigen sein. Der Bundesgerichtshof⁵³ sieht im Voll-

⁵⁰ So *Kreft* Ehrengabe 177.

⁵¹ Vgl. *BGH LM Art. 14 GG Nr. 49 U. v. 9. 4. 1956 III ZR 135/55.*

⁵² Festgabe 177.

⁵³ *NJW* 1965, 1907 (1908) U. v. 5. 7. 1965 III ZR 173/64.

entzug des Eigentums einen Eingriff in dessen Wesensgehalt. Diese Formulierung darf nicht so verstanden werden, daß der Eingriff ein Widerspruch zu Art. 19 Abs. 2 GG und damit verboten sei. Sie ist dahin zu interpretieren⁵⁴, daß die objektive Wesensgehaltsschranke auf das subjektive Recht zu übertragen ist. Die Wesensgehaltsverletzung des subjektiven Rechts bedeutet das gleiche wie die Substanzverletzung, die dann gegeben ist, wenn bei einer generellen Eigentumsbeschränkung gleicher Intensität gegen die objektiven Schranken des Art. 19 Abs. 2 GG verstoßen worden wäre.

Der Vollentzug durch Einzelakt und der durch ein Gesetz, das eine Mehrzahl erfaßt, sind zu unterscheiden.

Wird durch Einzelakt ein Vollentzug angeordnet, so ergibt sich das Sonderopfer un schwer. Die Ungleichbehandlung, um deretwillen das Sonderopfer bejaht wird, folgt daraus, daß in der Praxis des Bundesgerichtshofes die Regel besteht, daß niemandem schutzwertes Eigentum entschädigungslos voll entzogen werden darf. Kein Essentiale kann diese Rechtsfolge rechtfertigen. Inwieweit dieser Regel zuzustimmen ist, interessiert hier nicht. Entscheidend ist, daß sie besteht. Wird jemandem das Eigentum entschädigungslos voll entzogen, so wird er entgegen der Regel ungleich behandelt. Damit liegt ein Sonderopfer vor.

Schwieriger erscheint der Fall, daß das Eigentum einer Mehrzahl von Eigentümern, z. B. das aller Einzelhändler, voll entzogen wird. Die Einzelaktstheorie versagt hier. Auch Wolff müßte ein Sonderopfer verneinen, da angeblich alle in gleicher Lage — alle Einzelhändler — erfaßbar sind. Aus dem Vorhergesagten ergibt sich, daß auch hier ein Sonderopfer vorliegt. Die entschädigungslose Vollenteignung verstößt gegen den Wesensgehalt des Eigentumsbegriffes des Art. 14 GG. Damit steht fest, daß die Rechtsfolge sachlich nicht gerechtfertigt ist. Sie verstößt also gegen den gesetzesimmanenten Gleichheitssatz. Mit der Verletzung dieses Gleichheitssatzes steht auch die Verletzung des Opferausgleichsatzes fest. Es fehlt das zur Gruppenbildung notwendige Essentiale, das ja wegen der Bezogenheit der Rechtsfolge nur vorliegen kann, wenn die Rechtsfolge sachlich gerechtfertigt ist.

§ 20

Exkurs in das Schweizer Recht

Die hier im Anschluß an Wolff vertretene Unterscheidung zwischen den beiden Gleichheitssätzen hat bisher in der Literatur außer in von Wolff betreuten Arbeiten⁵⁵ kein Echo gefunden. Soweit bisher der Unterschied

⁵⁴ Vgl. Zitzelsberger 75.

⁵⁵ Volkmar 239; Franke Diss. 45 ff.; zwar erwähnt sie Weyreuther 30 Fn 79, jedoch ohne daraus Konsequenzen zu ziehen.

eines Ausgleichssatzes von dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG bewußt wurde, blieb dieser, wie gezeigt, noch recht vage⁵⁶. Um so interessanter ist die Untersuchung von Gueng, der selbst auch zwei verschiedene Gleichheitssätze unterscheidet, andererseits aber die Sonderopferlehre ablehnt.

Den Gleichheitsbegriff der Sonderopferlehre, den er als Verbot un gerechtfertigter Differenzierung bei der Behandlung der Bürger auffaßt⁵⁷, bezeichnet er als veraltet. Er verweist darauf, daß der vom Schweizer Bundesgericht entwickelte Gleichheitsbegriff als das umfassende Gebot sachlich begründeter Rechtserzeugung und folgerichtiger Rechtsverwirklichung nicht nur auf Differenzierungen in der Behandlungsweise beschränkt werden dürfe. Stattdessen unterscheidet er zwischen dem in Art. 4 Schweizer Bundesverfassung enthaltenen allgemeinen Gleichheitssatz in seiner positiven und negativen Ausgestaltung und einem besonderen Lastengleichheitssatz.

Der erste Gleichheitssatz stimmt mit dem gesetzesimmanenten Gleichheitssatz, wie er hier vertreten wird, überein.

Eine allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht leitet Gueng aus dem Lastengleichheitssatz her. Dieser sei strukturgleich mit dem allgemeinen Gleichheitssatz⁵⁸. Nur wenn das Willkürverbot verletzt sei, könne der Richter Entschädigung zuerkennen. Im übrigen bestehe lediglich eine Sollvorschrift für den Gesetzgeber. Dieser Lastengleichheitssatz sei der Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes im Lastenbereich. Als Last wird jeder wirtschaftliche Nachteil definiert⁵⁹. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der belasteten Bürger soll als Maßstab der Lastenverteilung dienen⁶⁰.

Die Strukturgleichheit zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Lastengleichheitssatz, der wie der Opferausgleichssatz die Grundlage der Entschädigung bildet, ist zu bezweifeln. Guengs Kritik an der Sonderopferlehre beruht auf dem Mißverständnis, daß er den gesetzesimmanenten Gleichheitssatz mit dem Ausgleichssatz qualitativ identifiziert. Auch in der Schweiz führt die materielle Enteignung nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes⁶¹. Gueng bezeichnet demgegenüber das gegen den Lastengleichheitssatz verstoßende Gesetz als verfassungswidrig⁶². Ein den gesetzestranszendenten Gleichheitssatz verletzendes

⁵⁶ Vgl. § 15.

⁵⁷ Vgl. 141 ff.

⁵⁸ 59.

⁵⁹ 56.

⁶⁰ 67.

⁶¹ Vgl. Huber Staat und Privateigentum 49 (74 ff.).

⁶² 85.

Gesetz ist aber weder notwendig willkürlich noch verfassungswidrig. Im Unterschied zur Schweiz, wo man keinen allgemeinen Aufopferungsgrundsatz kennt⁶³, greift in Deutschland die Sonderopferlehre auch bei Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Verhaltens ein. Erfasst der rechtsfolgebegründende Tatbestand alle Sachverhalte wesentlich gleicher Interessenlage, wobei die Gleichheit auf die den objektiven Wert bestimmende (essentielle) Beschaffenheit des Interessengegenstandes zu beziehen ist⁶⁴, so kann weder die Leistungsfähigkeit des Betroffenen entscheidend sein, noch die Frage, ob jeder der durch den Tatbestand Erfassten durch den gesetzessvollziehenden Einzelakt berührt wird. Der von *Gueng* entwickelte Lastengleichheitssatz kann daher nicht für den Geltungsbereich des Grundgesetzes übernommen werden.

⁶³ *Gueng* 5.

⁶⁴ *Wolff* Verwaltungsrecht I 411.

Zweiter Abschnitt

Die Erweiterung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen

Erstes Kapitel

Die Notwendigkeit der Erweiterung

§ 21

In den bisherigen Ausführungen wurde im Anschluß an *Wolff* die Herleitung der Sonderopferlehre aus dem gesetzestranszendenten Gleichheitssatz auf die Enteignung durch Gesetz beschränkt. Das Sonderopfer wurde also unmittelbar durch das Gesetz angeordnet, nicht aber durch einen möglicherweise auch rechtswidrigen Einzelakt der Verwaltung. Daß *Wolff*¹ sich auf diesen Bereich beschränkt, ergibt sich schon aus der Benennung der Gleichheitssätze als *gesetzesimmanent* und *gesetzestranszendent*. Ebenso zeigt das auch die von *Wolff* zur Prüfung an Hand der beiden Gleichheitssätze entwickelte Technik. Der *gesetzesimmanente* Gleichheitssatz wird bezogen auf die Beziehung zwischen dem Tatbestand (eines Gesetzes) und der Rechtsfolge (eines Gesetzes), der *gesetzestranszendent* Gleichheitssatz darauf, ob der Tatbestand (eines Gesetzes) alle Sachverhalte wesentlich gleicher Beschaffenheit erfaßt.

Wenn jedoch nicht ein Gesetz auf ein Sonderopfer hin untersucht wird, kann diese spezielle Technik nicht angewendet werden. Kommt beispielsweise ein Panzer versehentlich von der Fahrbahn ab, so daß er in ein Haus fährt², so ist die Frage, ob der Tatbestand eines Gesetzes alle Sachverhalte wesentlich gleicher Beschaffenheit erfaßt, verfehlt³. Dem Bundesgerichtshof kann daher bei der Auseinandersetzung mit dem Urteil vom 25. 4. 1960⁴ nicht entgegengehalten werden, nur eine gesetzestranszendente Ungleichheit könne zu einem Sonderopfer im Sinne des Aufopferungsgedankens führen. Durch diesen Rückgriff⁵ auf den gesetzestranszendenten Gleichheitssatz wird mehr von ihm verlangt, als

¹ Verwaltungsrecht I 411 f.

² *BGH NJW* 1964, 104 U. v. 14. 10. 1963 III ZR 188/62.

³ So aber *Wolff* Verwaltungsrecht I 414.

⁴ Vgl. *BGHZ* 32, 208 ff. III ZR 55/59.

⁵ Erst seit der 7. Aufl. Verwaltungsrecht I 414.

er leisten kann und bisher sollte; nämlich die generelle Bestimmung des Sonderopfers in allen Fällen, während die bisherige Funktion darin bestand, eigentumsbezogene Gesetze zu überprüfen.

Solange die Begründung der Sonderopferlehre auf Sonderopfer bei einer Enteignung durch Gesetze beschränkt ist, kann der grundsätzliche Einwand gegen den Gleichheitssatz als Grundlage der Sonderopferlehre⁶ und der Vorwurf der Verdoppelung des Sonderopferbegriffes⁷ nicht zurückgewiesen werden. Die Lehre von den beiden Gleichheitssätzen ist daher auf die Fälle zu erweitern, in denen entsprechend der Rechtsprechung durch einen Verwaltungsakt, sei er rechtmäßig oder rechtswidrig, oder wie im zitierten Panzerfall, durch Nebenfolgen hoheitlichen Verhaltens ein zu entschädigendes Sonderopfer ausgelöst wird.

Zweites Kapitel

Die Enteignung durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt

§ 22

Als erstes ist die Lehre von den beiden Gleichheitssätzen auf die Fälle zu erweitern, bei denen durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt auf Grund eines dazu ermächtigenden Gesetzes ein eigentumsbezogener Eingriff vorgenommen wird. Wenn beispielsweise⁸ durch einen Verwaltungsakt auf Grund des Reichsnaturschutzgesetzes eine Buchengruppe zum Naturdenkmal erklärt wird, bewirkt dies, daß dem Eigentümer die Nutzung durch Abholzung untersagt wird. Nach dem bisher Gesagten liegt ein Sonderopfer dann vor, wenn der Betroffene gegenüber anderen Interessenträgern in essentiell gleicher Lage ungleich behandelt wird.

Der Bundesgerichtshof verneint in Fällen dieser Art ein Sonderopfer mit der Begründung, daß dem Eingriffsobjekt seiner Natur nach und aus seiner konkreten Situation heraus eine Pflichtigkeit anhafte⁹. Sie habe zum Inhalt, daß die Einzelbefugnis, die aus dem Eigentumsrecht fließe, dann nicht auszuüben sei, wenn ein vernünftiger Eigentümer diese Nutzungsart ernsthaft nicht ins Auge fassen würde. Diese Nutzungsart stehe außerhalb der Eigentumsfunktion. Dem Eigentümer werde also gar nichts genommen. Er werde nur in die von vorneherein bestehenden Schranken des Eigentums zurückgewiesen.

Diese Formulierung läuft nach *Bender*¹⁰ in Kurzfassung auf die Frage hinaus, daß eine entschädigungslos zu duldende Eigentumsbeschränkung

⁶ So *Luhmann* 56 ff.

⁷ So *Heidenhain* 117 ff.

⁸ Vgl. *BGH LM Art. 14 GG Nr. 60 U. v. 25. 3. 1957 III ZR 253/55.*

⁹ Grundlegend *BGHZ* 23, 30 (32 ff.) U. v. 20. 12. 1956 III ZR 82/55.

¹⁰ *Bender NJW* 1965, 1297 (1301).

dann vorliege, wenn der Eigentümer nach dem unerforschlichen Rat-schluß des Bundesgerichtshofes daran glauben müsse. *Bender* fragt, warum die Ungleichheit, die darin liegt, daß nur der eine oder andere einer Gruppe von Eigentümern, die durch die gesetzliche Konkretisierung der Pflichtigkeit zur Pflicht im Tatbestand eines Gesetzes verbunden werden, konkret durch den gesetzesvollziehenden Verwaltungsakt getroffen wird, nicht immer zum Sonderopfer führt. Es fehle ein Kriterium, die enteignungsrechtlich relevante und die angeblich irrelevante Ungleichheit zu unterscheiden.

Diese Fragestellung läßt die Regelungsdirektive des Gesetzgebers, die sich aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG ergibt, außer acht. Der Inhalt des Eigentums ist nicht starr und für alle Zeiten endgültig fixiert¹¹. Die historische Veränderlichkeit des Eigentums ermöglicht es, Formen und Grenzen des Eigentums durch die Entwicklung der Rechtsordnung den sozialen Gegebenheiten anzupassen¹². Die reine Schweretheorie *Benders* stellt ausschließlich auf die mehr oder weniger große Vermögenseinbuße ab, die ein gesetzesvollziehender Verwaltungsakt bewirkt. Der Gesetzgeber kann aber gebunden an die beiden Gleichheitssätze bewußt Ungleichheiten festsetzen. Ob ein Sonderopfer vorliegt oder nicht, hängt nicht davon ab, ob in einem vergleichbaren Fall die umfangmäßig gleichen Folgen durch den Verwaltungsakt tatsächlich angeordnet wurden — das Gesetz wird zum ersten Mal angewendet — oder in Zukunft angeordnet werden — das Gesetz kann geändert werden —, sondern davon, ob der Gesetzgeber im Gesetz gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG den Umfang der Folge zugelassen hat oder nicht¹³. Entscheidend ist, ob die anderen Interessenträger den Verwaltungsakt auch zu dulden verpflichtet sind. Diese Verpflichtung kann nur im Gesetz festgestellt werden. Die Beschränkung des Eigentumsobjektes durch die primäre faktische Rechtsfolgeanordnung, die Duldungspflicht, ist gleich, jeweils verschieden, insoweit aber irrelevant sind der Umfang der Vermögensbeeinträchtigungen, der sekundären Lasten¹⁴. Das Gesetz bestimmt die Opfergrenze.

Hinter dem Begriff der Pflichtigkeit¹⁵ des Bundesgerichtshofes verbirgt sich der richtige Gedanke, daß ein dem Interessengegenstande immanen-

¹¹ Vgl. *Häberle* 47, 209 Fn 462; *Hoppe DVBl.* 1964, 165 (166).

¹² Vgl. *Kreft Aufopferung* 22 f.; *Kaufmann* 463.

¹³ Inwieweit Rechtspflichten des Eigentümers die Rechte aus § 903 BGB unmittelbar aus Art. 14 Abs. 2 GG unabhängig von den Art. 14 Abs. 2 GG ausfüllenden Gesetzen im Verhältnis zu anderen Zivilpersonen einzuschränken vermögen (vgl. *Kimminich Bonner Kommentar Art. 14 Rn 34 und 36*) ist in diesem Rahmen — stets Akte von Hoheitsträgern — unerheblich.

¹⁴ Zur Unterscheidung Rechtsfolgeanordnung, Last vgl. *Gueng* 54 ff.

¹⁵ In der Sache ebenso *Ule VerwArch* 54 (1963), 345 (350) „kein Opfer“; *Wolff Verwaltungsrecht I* 411 „kein Schaden“; *Rupp Grundfragen* 237 ff. „kein staatsgerichtetes Eigentum“.

tes Essentiale eine bestimmte durch den Gesetzgeber angeordnete Rechtsfolge ohne Verletzung des Opferausgleichssatzes rechtfertigt. Die Pflichtigkeit verdichtet sich nicht auf unerklärliche¹⁶ Weise zur Pflicht, sondern durch die gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, in der Formulierung des Bundesgerichtshofes: „nach näherer Bestimmung des Gesetzes“¹⁷. Wenn das Gesetz die primäre faktische Auswirkung, die Rechtsfolgeanordnung zu Recht entschädigungslos zuläßt, sind gleichzeitig auch die unterschiedlich hohen sekundären Lasten auf Grund des Gesetzes zu tragen. Es liegt kein Sonderopfer vor. Ob das Gesetz die Anordnung entschädigungslos treffen dürfte, wird an Hand der Sonderopferlehre geprüft. Insofern ist die Formulierung, ein Eingriffsobjekt fehle, gerechtfertigt. Dieser Hilfsbegriff verweist auf die Bedeutung der Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers.

Zur Bestimmung des Sonderopfers bei einem eigentumsbezogenen Eingriff durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt kann die Lehre von den beiden Gleichheitssätzen unverändert angewendet werden.

Ein Sonderopfer liegt bei einer Verletzung des Opferausgleichssatzes vor, wenn ein hoheitliches Verhalten eine ungleiche Belastung des betroffenen Interessenträgers gegenüber anderen nicht duldungspflichtigen Interessenträgern in essentiell gleicher Lage bewirkt. Da der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, kann der erste Gleichheitssatz nicht verletzt sein.

Drittes Kapitel

Sonderopfer infolge rechtswidriger Verwaltungsakte

§ 23

Die formelle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

Für die Anwendung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen zur Bestimmung des Sonderopfers bei einem eigentumsberührenden Eingriff durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt ist vom Urteil vom 25. 4. 1960¹ auszugehen. Das Gericht rekuriert ausdrücklich auf den Gleichheitssatz als Grundlage der Entschädigung. Mit der Feststellung, daß ein Eingriff rechtswidrig sei, stehe gerade das dem enteignungs-gleichen Eingriff Eigentümliche fest, daß das auferlegte Sonderopfer jen-

¹⁶ So aber *Schneider* Enteignung 70 ff., DÖV 1965, 292 ff. der die Regelungs-direktive des Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG außer acht läßt; ebenso *Lerche* DVBL 1958, 524 (527).

¹⁷ So ausdrücklich *BGHZ* 23, 30 (33) U. v. 20. 12. 1956 III ZR 82/55; vgl. auch *Baur* Sachenrecht 196 f.

¹ *BGHZ* 32, 208 (212) III ZR 55/59.

seits der allgemeinen Opfergrenze liege und damit ein entsprechend dem Gebot des Gleichheitssatzes zu entschädigendes Sonderopfer darstelle². Diese Begründung las *Menger*³ schon aus dem Beschluß vom 10. 6. 1952⁴ heraus. Die rechtswidrige Gesetzesanwendung gehe über die im Gesetz vorgesehene Inhaltsbegrenzung des Eigentums hinaus. Sie verlange deshalb ein besonderes im Vergleich zu den übrigen Rechtsgenossen ungleich treffendes Opfer. Die ständige Rechtsprechung⁵ wird im Urteil vom 31. 1. 1966⁶ dahin verdeutlicht, daß jeder rechtswidrige Eingriff ein Sonderopfer bewirke⁷.

Die Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips in der Form des Vor-rangs des Gesetzes⁸, festgestellt durch die Rechtswidrigkeit, soll also mit der Verletzung des Opferausgleichssatzes identisch sein. Darin wird die Verdoppelung des Sonderopferbegriffes gesehen⁹. Unter diesem Gesichtspunkt ist die angebliche Identität zwischen der Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und der des Opferausgleichssatzes zu untersuchen.

Greift die Verwaltung unter Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips in das Eigentum einer Zivilperson ein, so erfolgt, bezogen auf die durch die Gesetze aufgestellten Regeln, eine Ungleichbehandlung. Diese formale auf gesetzliche Einzelbefugnisse bezogene Ungleichbehandlung bewirkt zunächst, daß der Betroffene sie nicht zu dulden braucht. Ob er deshalb oder anstelle dessen auch zu entschädigen ist, bleibt noch offen.

Der Buchendombesitzer, dem gegenüber ein formell rechtswidriger Verwaltungsakt ergeht, unterliegt wegen der gesetzlichen Schrankenbestimmungen durch das Reichsnaturschutzgesetz derselben entschädigungslosen Duldungspflicht wie alle anderen Eigentümer in der gleichen Lage. Zwar liegt wegen des Verfahrensmangels eine Ungleichbehandlung gegenüber den rechtmäßig erfaßten Eigentümern, aber mangels Eingriffsobjektes (materiales Moment) kein Opfer vor. Die angeordnete Rechtsfolge knüpft nicht an ein Akzidens des Interessengegenstandes an, sondern sie bleibt um eines Essentialen des Interessengegenstandes willen

² Das Urteil spricht allgemein von einem rechtswidrigen Eingriff, ist also nicht auf Verwaltungsakte beschränkt; so aber *Selmer* 73, 119 f.

³ *VerwArch* 50 (1959), 77 (84); vgl. auch *Rupp* Grundfragen 257 (258) Fn. 473 a. E.

⁴ *BGHZ* 6, 270 (290) GSZ 2/52.

⁵ *BGH* LM Art. 14 GG (Ce) Nr. 24 U. v. 9. 5. 1960 III ZR 16/59; *BGH* NJW 1963, 1915 (1916) U. v. 4. 7. 1963 III ZR 152/61; *BGH* NJW 1965, 1912 U. v. 8. 7. 1965 III ZR 6/64.

⁶ *BGHZ* 45, 58 (81) III ZR 118/64.

⁷ Unter Berufung auf *BGHZ* 32, 208. In *BGHZ* 36, 379 (391) U. v. 19. 2. (ohne Jahresangabe) III ZR 23/60 heißt es aber noch nicht „jeder“, sondern „in der Regel“ führe ein rechtswidriger Eingriff zum Sonderopfer.

⁸ Vgl. *Wolff* Verwaltungsrecht I 155 ff.

⁹ *Heidenhain* 117 ff.; *Bender* DÖV 1968, 156 (160); *Weyreuther* 159.

sachlich gerechtfertigt. Die Wertungsfrage der Sonderopferlehre, die auf die Beurteilung eines im Tatbestand eines Gesetzes aufgeführten Interessengegenstandes, bezogen auf die angeordnete Rechtsfolge, zielt, ist für die Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips unerheblich. Hierfür genügt, daß die öffentliche Gewalt den Status einer Zivilperson in irgendeiner Weise zu ihren Ungunsten verändern will¹⁰. Diese spezifische Betrachtungsweise ist durch den selbständigen Eingriffscharakter eines Verwaltungsaktes gerechtfertigt¹¹. Ein Verwaltungsakt kann die allgemeinen Anordnungen eines Gesetzes konkretisieren oder die individuelle gesetzlich fixierte Pflicht zu einem bestimmten Verhalten umsetzen oder zusätzlich neben der allein auf Grund der Norm entstandenen bestimmten Verpflichtung, diese selbständig noch einmal festsetzen. Die Festsetzung der konkreten Verpflichtung durch den Verwaltungsakt unterliegt dem Gesetzmäßigkeitsprinzip. Insoweit sind auch Form- und Verfahrensfehler erheblich. Deren Verletzung ändert aber nichts daran, daß der eigentumsbeschränkende Verwaltungsakt inhaltlich nicht über die Schranken des Gesetzes hinausgeht. Das zwar privatrechtlich geschützte Eigentum des Betroffenen ist entschädigungsrechtlich (wegen der gesetzlichen Schrankenbestimmung) schutzlos. Durch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kann dasselbe entschädigungsrechtlich schutzlose Eigentum nicht zu schutzwertem werden. Wenn durch eine rechtmäßige Maßnahme „nichts genommen“¹² wird, da auf Grund der gesetzlich konkretisierten Pflichtigkeit nichts vorhanden ist, kann auch durch eine formell rechtswidrige Maßnahme nichts genommen werden. Die Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips ist von der Frage, ob ein Eingriff in ein Objekt um des Essentialen des Interessengegenstandes willen entschädigungslos zu dulden ist, verschieden. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist nicht Inhalt des das Eigentum bestimmenden Gesetzes, sondern eine Emanation des Rechtsstaatsprinzips. Bloße formelle Rechtswidrigkeit führt daher nicht zum Sonderopfer¹³.

Daß der Bundesgerichtshof die Formel Rechtswidrigkeit = Sonderopfer nicht konsequent anwendet, zeigt das Urteil vom 3. 11. 1960¹⁴. Obwohl die Baugenehmigung rechtswidrig versagt wurde und dies grundsätzlich als enteignungsgleicher Eingriff entschädigt wird, wurde die Klage abgewiesen. Für den zutreffenden Rückgriff auf die Objektbewertung war gemessen an der Formel Rechtswidrigkeit = Sonderopfer kein Raum.

¹⁰ Vgl. *Baur* Sachenrecht 200.

¹¹ *Löwenberg* 42 ff.

¹² So *BGHZ* 23, 30 (33) U. v. 20. 12. 1956 III ZR 82/55.

¹³ So auch *Wolff* Verwaltungsrecht I 414.

¹⁴ III ZR 150/59 zitiert bei *Kröner* 45.

§ 24

Die materielle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

Ein zwar typisches, nicht aber notwendiges Zusammentreffen der Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und des Opferausgleichsatzes bewirkt, daß die Anwendung der Formel des Bundesgerichtshofes häufig zum zutreffenden Ergebnis, Vorliegen eines Sonderopfers, führt. Für diese Fälle trifft der Gedanke zu, die rechtswidrige Gesetzesanwendung gehe über die gesetzlich vorgesehene Inhaltsbegrenzung des Eigentums hinaus und sei deshalb ein Sonderopfer¹⁵. Das Opfer liege jenseits der allgemeinen gesetzlichen Opfergrenze¹⁶. Die Verwaltungsakte sind materiell rechtswidrig.

Wenn z. B. nach einem Wohnungsgesetz ein Viertel der Wohnung zwangsbelegt werden darf, durch einen Verwaltungsakt aber ein Drittel belegt wird, dann ist die gesetzlich bestimmte Grenze überschritten. Ein weiteres Beispiel für das typische, aber nicht notwendige Zusammentreffen zwischen der Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und dem Opferausgleichsatz bildet das Urteil vom 29. 5. 1961¹⁷. Eine das Eigentum des Betroffenen berührende Maßnahme war bis zum Erlaß des Landesbeschaffungsgesetzes ohne gesetzliche Grundlage, also rechtswidrig. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip war verletzt. Rechtsmittel vermochten den Schaden weder zu verhindern, noch zu mindern. Mit dem Erlaß des Landesbeschaffungsgesetzes wurde rückwirkend die rechtliche Grundlage für den Eingriff erlassen. Die Maßnahme war jetzt rechtmäßig. Da die Maßnahme vom Gesetz als Enteignung angesehen wurde, lag trotz Rechtmäßigkeit bei genau denselben Folgen ein Sonderopfer vor. Insoweit ist das Sonderopfer also, zumindest solange Rechtsmittel nicht eingreifen, von der Rechtswidrigkeit unabhängig. Möglich wäre aber, daß der Gesetzgeber den konkreten Sachverhalt nicht als Enteignung, sondern als entschädigungslos zu duldenende Eigentumsbindung ausgestaltet hätte. Ob dies zulässig wäre, müßte an Hand des Opferausgleichsatzes geprüft werden. Wäre der Ausschluß der Entschädigung unzulässig, so würde das Gesetz gegen Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG verstoßen. Läge eine Schrankenbestimmung vor, wäre es zulässig. Das hätte zur Folge, daß den vor Gesetzeserlaß rechtswidrig Beeinträchtigten ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff zustände, die nach Gesetzeserlaß rechtmäßig Beeinträchtigten aber leer ausgingen — mit Rücksicht auf die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers zu Recht¹⁸.

¹⁵ So *Menger* *VerwArch* 50 (1959), 77 (84).

¹⁶ So *BGHZ* 32, 208 (212) U. v. 25. 4. 1960 III ZR 55/59.

¹⁷ *BGH* LM Landesbeschaffungsgesetz Nr. 1 III ZR 38/60.

¹⁸ Ob durch das Gesetz der entstandene Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff noch entzogen werden könnte, unterfällt der Rückwirkungsproblematik. Die Frage ist m. E. zu verneinen.

Wird der Eigentümer durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt in seinem Eigentum betroffen, so ist das Gesetzmäßigkeitsprinzip verletzt. Aus der typischen-, aber nicht notwendigerweise vorliegenden Verletzung des Opferausgleichsatzes ergibt sich — wenn durch Rechtsmittel der Schaden weder zu verhindern noch zu mindern war — ein Entschädigungsanspruch wegen eines Sonderopfers. Die Formel Rechtswidrigkeit = Sonderopfer ist jedoch abzulehnen. Vielmehr liegt ein Sonderopfer nur dann vor, wenn ein hoheitliches Verhalten, dessen unausweichliche Folgen der Betroffene nicht zu mindern vermag, eine ungleiche Belastung des betroffenen Interessenträgers gegenüber anderen nicht duldungspflichtigen Interessenträgern in essentiell gleicher Lage bewirkt.

Viertes Kapitel

Opferlage und Rechtsmittel

§ 25

Die Erheblichkeit von Rechtsmitteln für die Opferlage

Die gleichzeitige Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und des Opferausgleichsatzes durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt könnte aber aus einem anderen Grund wesentlich für die Bestimmung des Sonderopfers sein. Die Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips bewirkt, daß der Betroffene nicht verpflichtet ist, die rechtswidrige Maßnahme hinzunehmen. Er kann sich grundsätzlich mit Rechtsmitteln zur Wehr setzen. In den bisher erörterten Beispielen war diese Möglichkeit ausgeklammert worden. Die Opferlage des Betroffenen könnte durch die gegebenen Rechtsschutzmittel dahin verändert werden, daß sie sich von der eines durch einen rechtmäßigen Eingriff Betroffenen wesentlich unterscheiden würde¹. Diesen Gesichtspunkt läßt der Bundesgerichtshof bewußt außer acht².

An der Vielzahl der an einen Fehler der Rechtsanwendung anknüpfenden Rechtsfolgen zeigt sich, daß dieser nicht ohne Einfluß auf die Interessenlage ist³. Die Schädigung kann rechtsmittelfähig sein oder nicht. Es können Ansprüche auf Wiedergutmachung, auf Naturalrestitution, auf Schadensersatz entstehen. Diesen wiederum können unter Umständen Mitverschulden oder mangelnde Ausnutzung von Rechtsmitteln entgegengehalten werden. Seitdem *Menger*⁴, *Haas*⁵ und *Luhmann*⁶ auf die

¹ So *Heidenhain* 101.

² Vgl. *Heidenhain* 93 Fn 50 m. w. N.; *Kreft* Festgabe 18.

³ So *Luhmann* 93.

⁴ *Jellinekgedächtnisschrift* 347 ff.

⁵ *System* 57 ff.

⁶ 77 f.

Priorität der Abhilfe für fehlerhaftes Verwaltungsverhalten durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wege der Wiedergutmachung hingewiesen haben, kann diese Rechtsschutzmöglichkeit nicht ignoriert werden.

Nach *Jaenicke* soll die Nichtausnutzung gegebener Rechtsmittel jedoch kein Problem der Staatshaftung, sondern nur eines der Verteilung der Entschädigungskompetenzen zwischen mehreren Rechtswegen sein⁷. Da die Zivilgerichte über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsverhaltens selbst entscheiden können, bestehe das Problem für den enteignungsgleichen Eingriff nicht. Entscheidend ist aber nicht, ob das Zivilgericht die Rechtswidrigkeit feststellen⁸, sondern ob es die Rechtslage durch die Aufhebung des Eingriffs oder die Beseitigung der Folgen im Wege der Wiedergutmachung beeinflussen kann. Soweit reicht die Kompetenz der Zivilgerichte aber nicht. Das von der Einzelaktstheorie ausgehende Reichsgericht⁹ beschränkte die Bewertung auf den Eingriff (als Handlung). Heute wird aber das Sonderopfer über die Folgen ermittelt. Rechtsmittel können zwar die Handlung nicht mehr aus der Welt schaffen, wohl aber unter Umständen deren Folgen.

Die durch die Rechtswidrigkeit verursachte Änderung der Interessenlage könnte dann unerheblich sein, wenn der Betroffene entsprechend dem Grundsatz „dulde und liquidiere“ „sich auf den Boden der Tatsachen stellen“, die rechtswidrige Beeinträchtigung also durch seine Einwilligung sanktionieren dürfte, um Entschädigung zu verlangen¹⁰.

Daß die Berufung auf den polizeistaatlichen Satz „dulde und liquidiere“ verfehlt ist, hat schon *Heidenhain*¹¹ nachgewiesen. Im Polizeistaat mußte der Betroffene mangels Rechtsmittel dulden. Durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sowie den Aufbau des umfassenden Verwaltungsgerichtsschutzes hat der Betroffene jetzt die Möglichkeit zur aktiven Abwehr des Verwaltungsunrechtes. Da das Recht aus Art. 19 Abs. 4 GG nur zum status positivus zählt, läßt sich daraus allerdings keine Abwehrpflicht konstruieren¹².

Mit dieser Entwicklung ist die Grundkonzeption der Sonderopferlehre zu konfrontieren. Die Aufopferung war ursprünglich durch das Dulden müssen des hoheitlichen Eingriffs gekennzeichnet¹³. War der Eingriff rechtswidrig, so konnten die Zivilgerichte darüber nicht entscheiden¹⁴.

⁷ Haftung 873 f.; ebenso *Selmer* 113.

⁸ So aber noch RGZ 26, 337 (341) U. v. 20. 9. 1890 Rep V 96/90.

⁹ Vgl. RGZ 140, 276 (287 ff.) U. v. 11. 4. 1933 III 187/32; dennoch ging das Reichsgericht in diesem Urteil von der Rechtswidrigkeit der Verwaltungsmaßnahme aus; vgl. auch BGHZ 13, 88 (92) Beschl. v. 12. 4. 1954 GSZ 1/54 unter Hinweis auf RGZ 140, 276.

¹⁰ So *Jellinek* 330; *Lerche* JUS 1961, 237 (242); *Bettermann* 868.

¹¹ 102 Fn 93; vgl. auch *Weyreuther* 162, 174; *Selmer* 112 f.

¹² Anders nur *Haas* *System* 55 f., 62, 66.

¹³ Vgl. *Schack* Gutachten 9 ff.; *Janssen* 44 f.

¹⁴ Vgl. RGZ 26, 337 (341) U. v. 20. 9. 1890 Rep V 96/90.

Entschieden sie später dennoch darüber¹⁵, beschränkten sie sich entsprechend der Einzelaktstheorie auf die Eingriffshandlung, ließen also die Folgen außer acht. Essentiell für die Sonderopferlehre war, daß der Betroffene sich der Schädigung nicht entziehen konnte¹⁶. Da heute das Sonderopfer über die Bewertung der Eingriffsfolgen ermittelt wird, muß auch insoweit das überkommene Essentiale der Aufopferung beachtet werden. Der den rechtswidrigen Eingriff widerspruchslos duldende Betroffene „opfert“ nichts. Ein wirklicher Widerspruch (Kollision)¹⁷ zwischen den Rechten des Betroffenen und denen des Staates liegt dann gar nicht vor. Es fehlt daher bereits am Tatbestand eines Sonderopfers, wenn der Betroffene es unterläßt, sich zur Wehr zu setzen¹⁸. Unterläßt es also der Betroffene, ein förmliches Rechtsmittel einzulegen, hätte dieses Rechtsmittel den Schaden aber abgewendet oder gemindert, so liegt kein Sonderopfer vor. Daraus folgt, daß wegen der Folgen eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes keine Entschädigung aus enteignungsähnlichem Eingriff verlangt werden kann¹⁹. Einer analogen Anwendung von § 254 oder § 839 Abs. 3 BGB bedarf es dazu nicht. In der Literatur wurde schon nachgewiesen²⁰, wie sehr dieses Ergebnis auch rechtspolitisch wünschenswert ist. Vollends haben dies die Schriften zum Thema des 47. Deutschen Juristentages verdeutlicht²¹. Den Äußerungen der Mitglieder des III. Senates²², der Bundesgerichtshof habe noch keinen Fall entschieden, in dem der Betroffene einen ihm nachteiligen Verwaltungsakt habe unanfechtbar werden lassen, um Entschädigung zu verlangen, ist zu entnehmen, daß auch der Bundesgerichtshof sich in Zukunft nicht ganz dieser Tendenz wird verschließen wollen. Da er sich darum bisher nicht gekümmert hat²³, brauchte er diese Feststellungen in den bisherigen Entscheidungen nicht zu treffen.

§ 26

Die rechtstechnische Kanalisierung der Erheblichkeit von Rechtsmitteln

Der Amtshaftungsanspruch enthält im § 839 BGB Anspruchsvoraussetzungen, die im Bereich des Verletzten liegen. Diese Elemente des

¹⁵ Vgl. RGZ 140, 276 (287 ff.) U. v. 11. 4. 1933 III 187/32.

¹⁶ So Schack Gutachten 25.

¹⁷ So § 74 Einleitung ALR.

¹⁸ So Wolff Verwaltungsrecht I 414 f.; vgl. auch Maetzel DÖV 1968, 515 (520).

¹⁹ Rübner BB 1968, 881 (884); Debelius 72.

²⁰ Luhmann 94 ff.; Gueng 98.

²¹ Bender Referat L 22 ff.; Haas Referat L 41; Weyreuther 46 ff.; Rübner BB 1968, 881 (884); Maetzel DÖV 1968, 515 (516 ff.); Heidenhain JZ 1968, 487 (493 f.).

²² Anlässlich eines Gedankenaustausches mit den Mitgliedern des 4. Senates des Bundesverwaltungsgerichtes, die auch diese Tendenz verfechten; vgl. DRiZ 1967, 163.

²³ Vgl. Heidenhain 93 Fn 50.

Amtshaftungsanspruches könnten als Mittel zur Durchsetzung der bejahten Beachtlichkeit von Rechtsmitteln auf die Sonderopferlehre übertragen werden²⁴. Das in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltene Verweisungsprivileg gibt dem aus Amtshaftung in Anspruch Genommenen das Recht, den Betroffenen auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zu verweisen, wenn der Beamte bei seiner Amtspflichtverletzung nur fahrlässig gehandelt hat. Die Anwendung des Verweisungsprivilegs auf die Sonderopferlehre wird überwiegend abgelehnt²⁵. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß die Regelung zum Schutz des Beamten, der vor Einführung der Staatshaftungsgesetze persönlich haftete, getroffen worden sei. Wegen dieser besonderen Motivierung könne der Schutz der Vorschrift nicht auf eine originäre Staatshaftung übertragen werden.

Demgegenüber will Debelius²⁶ § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den enteignungsähnlichen Eingriff analog anwenden. Die Ansprüche aus Amtshaftung und aus enteignungsähnlichem Eingriff seien in ihrer heutigen Ausgestaltung beides Staatshaftungsansprüche. Deshalb sei es gerechtfertigt, daß der Staat nur subsidiär hafte.

Die Amtshaftung ist jedoch tatsächlich und de jure wegen der ursprünglichen persönlichen Haftung des Beamten auch heute noch keine originäre Staatshaftung²⁷. Ob eine andere Regelung für eine Staatshaftung zweckmäßig wäre, ist eine Überlegung, die nur de lege ferenda geboten ist. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB kann als Sondervorschrift der Amtshaftung auf die Sonderopferlehre als lex lata nicht angewendet werden.

Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht wegen einer Amtspflichtverletzung nicht ein, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Rechtsmittel abzuwenden²⁸. Die Anwendung dieser Vorschrift auf die Sonderopferlehre wird überwiegend bejaht²⁹: zu Recht, wie die Untersuchung der Struktur des Anspruchs wegen eines Sonderopfers — Kollision — zeigte. Allerdings könnte man daran denken, bezüglich der Pflicht zur Rechtsmitteleinlegung § 254 BGB

²⁴ Dazu ausführlich Debelius 55 ff.

²⁵ Vgl. Kessler DRiZ 1967, 374 (378); Kröner 87; Kuschmann NJW 1966, 574 (575); BGHZ 6, 3 (23 f.) U. v. 24. 4. 1952 III ZR 78, 79/51.

²⁶ 58 ff.

²⁷ Dazu ausführlich Heidenhain 36 ff.

²⁸ Die entsprechende Vorschrift im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften (§ 839 Abs. 4) lautet: Die Ersatzpflicht tritt insoweit nicht ein, als der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Erschöpfung des Rechtsweges abzuwenden.

²⁹ Vgl. Bettermann 838; Kessler DRiZ 1967, 374 (378); Luhmann 86 ff.; Jaenicke VVDStRL 20, 135 (157); Konow DÖV 1966, 327 ff.; Haas System 60 ff.; Wolff Verwaltungsrecht I 414; a. A. Kuschmann NJW 1966, 574 (575); Lerche JUS 1961, 337 (341).

analog anzuwenden³⁰. Denn die Regelung des § 839 BGB ist eine Ausgestaltung der Mitverschuldensregelung³¹. Ohne die analoge Anwendbarkeit des § 254 BGB auf die Sonderopferlehre ausschließen zu wollen, ist festzustellen, daß § 839 Abs. 3 BGB die speziellere staatsbezogene Regelung, zugeschnitten auf den Rechtsmittelgebrauch, enthält³². Als speziellere Vorschrift ordnet sie die weitergehende Rechtsfolge, den Ausschluß von Ansprüchen an. Durch § 254 BGB wird der Anspruch häufig nur gemindert. Wenn aber mangels Rechtsmittelgebrauchs der Tatbestand eines Sonderopfers nicht vorliegt, gibt die Minderung des Anspruchs dem Betroffenen noch zuviel.

Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB sind alle Rechtsbehelfe, die eine Beseitigung der schädigenden Anordnung bezwecken und ermöglichen³³. Unter diese großzügig interpretierte Formel fiele auch ein Folgenbeseitigungsanspruch als unmittelbar gegen den Staat gerichteter Anspruch des Bürgers auf naturale Beseitigung gewisser nachteiliger Folgen einer hoheitlichen Verletzung seiner Rechtssphäre³⁴. Ehe jedoch der Erheblichkeit des Folgenbeseitigungsanspruches als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB zugestimmt werden kann³⁵, ist noch auf die vielfältigen Probleme dieses Anspruchs hinzuweisen. Da auch nur eine sichere Behandlung der Problematik den Rahmen dieser Schrift sprengen würde, soll auf die ausführliche Behandlung anlässlich des 47. Deutschen Juristentages zurückgegriffen werden³⁶. Als Fazit kann im Anschluß an *Bender* und *Spanner* festgestellt werden, daß nicht nur die rechtsdogmatische Grundlegung, sondern auch wesentliche Merkmale auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenrechte des Folgenbeseitigungsanspruches noch durchaus bestritten sind. Unter dem Blickwinkel, inwieweit der Betroffene, der Entschädigung geltend macht, auf Rechtsmittel zur Wiedergutmachung verwiesen werden muß, ist zu beachten, daß es zweifelhaft ist, ob es auf die Rechtswidrigkeit des Hoheitsaktes oder nur auf die Rechtswidrigkeit der durch ihn bewirkten Folgen ankommt, ob und gegebenenfalls welche subjektiven Rechte und rechtlich geschützten Interessen dem Schutzbereich des Folgenbeseitigungsanspruches entzogen sind, ob auch — wichtig speziell für diese Untersuchung — das Un-

³⁰ So OLG Celle NJW 1954, 559 U. v. 9. 12. 1953 3 W 195/53; BayObLG DVBl. 1960, 819 U. v. 14. 7. 1960 1 Z 34/1959; OLG Düsseldorf NJW 1968, 555 f. U. v. 8. 5. 1967 18 U 268/66; Wilke 102 ff.; Luhmann 86; Kröner 85; Selmer 113 ff.; Mohnhaupt-Reich NJW 1967, 758 (762).

³¹ Vgl. RGZ 150, 323 (328) U. v. 28. 2. 1936 III 172/35.

³² So Hinke DVBl. 1967, 641 (644).

³³ RGZ 138, 114 (116) U. v. 26. 10. 1932 V 265/32.

³⁴ So die Definition *Benders* Referat L 8.

³⁵ So *Debelius* 75 ff.; *Jaenicke* VVDStRL 20, 135 (157); *Janssen* DVBl. 1967, 190 (193).

³⁶ Vgl. die Referate von *Bender* L 8 ff.; *Haas* L 3 ff.; *Spanner* DVBl. 1968, 520 (522).

terlassen einer rechtlich gebotenen hoheitlichen Handlung den Folgenbeseitigungsanspruch auslösen kann. Bezüglich der Rechtsfolgenrechte ist die herrschende Meinung nicht unbestritten, daß der Zustand wiederherzustellen ist, der vor dem anspruchsbegründenden hoheitlichen Verhalten bestand³⁷. Von den Gerichten wird verneint³⁸, daß es neben dem Folgenbeseitigungsanspruch nach geltendem Recht noch einen eigenständigen Folgenentschädigungsanspruch gibt, der unter Umständen an die Stelle des Folgenbeseitigungsanspruches oder neben einen solchen tritt und der nicht entweder Amtshaftungsanspruch oder Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff bzw. Aufopferung ist. Zur Frage, ob die Unsicherheit ohne gesetzliche Regelung beseitigt werden wird, sei eine der Thesen zum Referat von *Bender* zitiert:

„Die Wahrscheinlichkeit dafür, es werde in absehbarer Zeit im Wege der Rechtsverfestigung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung auf dem Gebiet der Folgenbeseitigung und Folgenentschädigung zur Ausbildung griffiger, die Zweifel beseitigender richterlicher Normen kommen, ist schon wegen der Komplexität der Probleme gering. Auch werden die der Entwicklung von Richterrecht gezogenen verfassungsrechtlichen Schranken jedenfalls dort überschritten, wo — wie bei den Reaktionsansprüchen gegenüber Verwaltungsunrecht — Antworten auf solche rechtspolitischen Fragen gesucht werden, die wegen ihrer Offenheit und des Fehlens eines Konsenses in der pluralistischen Gesellschaft notwendig eine politische Dezision der demokratisch unmittelbar legitimierten Legislative erfordern.“

Angesichts dieser unklaren Rechtslage³⁹ kann der durch rechtswidriges Verwaltungsverhalten Betroffene nicht überschauen, welchen Effekt er erzielt, wenn er das Rechtsmittel Folgenbeseitigungs-/Folgenentschädigungsanspruch geltend macht. Deshalb muß zugunsten des Betroffenen entsprechend den Regeln beim Amtshaftungsanspruch, nach denen für Schäden, die infolge der Amtspflichtverletzung bereits entstanden waren, ehe der Rechtsbehelf eingelegt werden konnte oder zur Abhilfe geführt hätte, sowie für Schäden, die auch bei einem Erfolg des Rechtsmittels eingetreten sein würden, die Ersatzpflicht bestehen bleibt⁴⁰, das unbestimmte Rechtsmittel im Rahmen der analogen Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB auf die Bewertung der Opferlage außer Betracht bleiben. Rechtspolitisch ist dieser Einbruch in ein rechtsschutzsubsidiäres Staatshaftungsrecht freilich bedauerlich.

³⁷ Vgl. m. w. N. *Weyreuther* 19 ff. Fn 15—34; *Bender* Referat L 9 ff.

³⁸ Darauf weisen zutreffend die Mitglieder des III. Senates des Bundesgerichtshofes hin. DRiZ 1967, 163.

³⁹ Vgl. auch die ablehnende Haltung der öffentlich-rechtlichen Abteilung des 47. DJT L 101 sowie Thesen L 144 f.

⁴⁰ Vgl. *Jaenicke* Haftung 102.

In krassen Fällen, in denen der Folgenbeseitigungsanspruch, wie er von den Verwaltungsgerichten gewährt wird, in vorwerfbarer Weise nicht genutzt wurde, kann die Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff oder Aufopferung wegen Mitverschuldens (§ 254 BGB analog) gemindert oder ganz ausgeschlossen werden.

Es ist heute außer Streit, daß auf Ansprüche wegen eines Sonderopfers § 254 BGB analog anwendbar ist⁴¹.

Die Bedeutung der Rechtswidrigkeit des Erfolges und wegen der Rückwirkung auf die des Erfolgs auch die der Rechtswidrigkeit der Handlung kann für die Sonderopferlehre als die eines negativen Tatbestandsmerkmals bezeichnet werden. Die Rechtswidrigkeit ist zwar kein positives Tatbestandsmerkmal wie etwa bei den Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB⁴², d. h. ohne Rechtswidrigkeit kein Schadensersatz. Die Rechtswidrigkeit muß zur Entschädigung nicht vorliegen. Liegt sie aber vor, kann der Einfluß auf die Opferlage wegen der unter Umständen erfolgreichen Rechtsmittel nicht ausgeschlossen werden. Von einer prinzipiellen Gleichheit der Opferlage kann mit dem Bundesgerichtshof nur in den Fällen gesprochen werden, in denen die Rechtsmittelprobe negativ ausfällt. Die Erheblichkeit der Rechtswidrigkeit ist somit als weiterer Topos in den Katalog der Bewertungsgesichtspunkte einzufügen. Die Lehre vom Opferausgleichssatz wird dadurch ergänzt, aber nicht gesprengt.

Fünftes Kapitel

Die Lehre von den beiden Gleichheitssätzen in den Nebenfolgenfällen

§ 27

Die Aufgliederung der Nebenfolgenfälle

Das Sonderopfer wurde noch nicht an Hand der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen in den Fällen bestimmt, in denen entweder ein gegenüber dem Betroffenen ergangener Hoheitsakt unerwartete („mittelbare“) Folgen zeitigt oder ein gegenüber Dritten erlassener Verwaltungsakt (erwartete oder unerwartete) Auswirkungen für den Betroffenen verursacht oder nur tatsächliches Verhalten zu Beeinträchtigungen von Zivilpersonen führt. In der bisherigen Untersuchung wurde darauf abgestellt, daß ein Gesetz die Opfergrenze entsprechend der Pflichten-

⁴¹ BGHZ 45, 290 U. v. 6. 6. 1966 III ZR 167/64 (zur Aufopferung); *Bettermann* 853; *Janssen* Entschädigung 130; *Wilke* 102 ff.; *Selmer* 112 ff.; *Kröner* 85; *Mohnhaupt-Reich* NJW 1967, 788 (762); *Kessler* DRiZ 1967, 374 (378); *Debelius* 82 ff.

⁴² Anders bei Rahmenrechten, vgl. *Fikentscher* Schuldrecht 652; nur auf die Rechtswidrigkeit als positives Tatbestandsmerkmal fixiert ist der Beschl. v. 12. 4. 1954 BGHZ 13, 88 (93) GSZ 1/54.

lage des Eingriffsobjekts — Bestimmung des Eingriffsobjekts — regelte. Die gesetzliche Anordnung hatte das am bestimmten Objekt zu erbringende Opfer im Auge. Bei den bisher ausgesparten Fallgruppen fehlt es gerade entweder an der auf die Folgen bezogenen Finalität des Verhaltens oder doch an einem das Gesetz gegenüber dem Betroffenen konkretisierenden Hoheitsakt. Beide Fallgruppen sollen unter der Bezeichnung Nebenfolgenfälle erfaßt werden¹.

Es lassen sich unterscheiden: Straßenbauarbeiten führen zu Beeinträchtigungen des Gewerbebetriebes und/oder des Grundeigentums der Anlieger², z. B. durch Umstufung³ einer Straße oder den Ausbau einer den Verkehrsstrom abziehenden neuen Straße⁴, durch Veränderung des Straßenniveaus⁵, durch rechtmäßige⁶ oder durch unverhältnismäßig langdauernde und daher rechtswidrige Straßeninstandsetzungsarbeiten, durch den Bau von Versorgungsleitungen oder U-Bahnen⁷. Die Einräumung einer Sondernutzung an eine Zivilperson führt bei einem Dritten zu Schäden⁸. Zwar ergeht ein Verwaltungsakt gegenüber dem Begünstigten, für den Betroffenen sind aber nur dessen rein tatsächliche Auswirkungen relevant. Durch den Waffengebrauch eines Polizisten bei der Verfolgung eines Verbrechers wird ein Passant verletzt⁹. Ein Haus wird durch einen von der Fahrbahn abgekommenen Schützenpanzer gerammt¹⁰. Eine ordnungsgemäße Impfung löst schwere Gesundheitsschäden aus¹¹.

Diese Fälle sind, soweit sie nicht wegen des Eingriffsobjektes Körper der Aufopferung unterfielen, vom Bundesgerichtshof sehr wechselvoll behandelt worden. Soweit der Bundesgerichtshof das Handeln des Hoheitsträgers für rechtswidrig hielt, wurde wegen enteignungsgleichen Eingriffs entschädigt¹². Wurde die Rechtswidrigkeit des Handelns nicht ausdrücklich festgestellt, und das ist die Regel, so beschränkt sich das Ge-

¹ So *Kriele* DÖV 1967, 531 (537 f.); den Begriff Nebenfolgen verwendet auch *Wolff* Verwaltungsrecht I 415, jedoch begrenzt auf Sonderopfer als Nebenfolgen rechtmäßigen hoheitlichen Handelns. Diese Begrenzung gilt hier nicht. Die von *Schack* (DÖV 1965, 616 [617 Fn 5]) für die *Wolff*'schen Fälle vorgeschlagene Bezeichnung „nicht beabsichtigte Schäden“ ist zu eng.

² Ausführlich dazu *Schneider* DRiZ 1968, 190 ff.

³ BGHZ 48, 65 ff. U. v. 29. 5. 1967 III ZR 126/66.

⁴ BGHZ 48, 58 ff. U. v. 29. 5. 1967 III ZR 143/66.

⁵ BGHZ 30, 241 ff. U. v. 2. 7. 1959 III ZR 76/58.

⁶ BGH NJW 1962, 1816 U. v. 25. 6. 1962 III ZR 62/61.

⁷ BGH NJW 1965, 1907 ff. U. v. 5. 7. 1965 III ZR 173/64.

⁸ BGHZ 23, 157 ff. U. v. 28. 1. 1957 III ZR 141/55.

⁹ BGHZ 20, 81 ff. U. v. 16. 2. 1956 III ZR 169/54.

¹⁰ BGH NJW 1964, 104 U. v. 14. 10. 1963 III ZR 188/62.

¹¹ BGHZ 9, 83 ff. U. v. 19. 2. 1953 III ZR 203/51.

¹² BGH NJW 1962, 1816 U. v. 25. 6. 1962 III ZR 62/61.

richt auf unterschiedliche Andeutungen einer Anspruchsgrundlage: Entschädigung nach den Grundsätzen der Enteignung oder des enteignungsgleichen Eingriffs¹³, enteignungsgleich wirkender Eingriff und Enteignungsgrundsätze¹⁴, Anspruch auf Entschädigung nach Art. 14 GG¹⁵, nach Enteignungsgrundsätzen¹⁶. Wenn das Gericht von der Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Verhaltens ausging, so verwendete es den Begriff enteignender Eingriff¹⁷. Daraus folgert Wagner¹⁸, der Bundesgerichtshof habe damit für das rechtmäßige Verhalten ein neues Institut entwickelt. Der enteignende Eingriff stehe neben dem durch Rechtswidrigkeit gekennzeichneten enteignungsgleichen Eingriff. Dem widerspricht aber, daß gelegentlich¹⁹ von einem „enteignenden (enteignungsgleichen) Eingriff“ die Rede ist. Abgesehen davon ist es fraglich, ob der Bundesgerichtshof überhaupt auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens abstellt.

Diese Rechtsprechung zu den Nebenfolgenfällen wird in der Literatur unter zwei Gesichtspunkten kritisiert.

Einmal wird dem Bundesgerichtshof eine Ungleichbehandlung der Betroffenen vorgeworfen²⁰. Diese sei auf das Schwanken der Rechtsprechung zurückzuführen, die zum Teil Gezieltheit des Eingriffs verlange oder den Begriff der Unmittelbarkeit denaturiere. Stattdessen wird vorgeschlagen, die Enteignung auf den gezielten Eingriff zu beschränken, alle anderen Beeinträchtigungen (auch von Vermögensgütern) der Aufopferung zu unterstellen²¹.

Dabei wird jedoch übersehen, daß die Folgen eines Eingriffs beim polizeilichen Notstand oder in den Straßenbaufällen oft durchaus vorhergesehen werden. Dennoch liegt keine Enteignung vor. Bezogen auf eigentumsberührende Gesetze wäre die Konsequenz aus der Finalitätslehre, daß der Gesetzgeber stets entscheiden würde, was Enteignung sei. Das widerspricht Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG²². Zutreffend ist

¹³ BGH NJW 1959, 1916 (1917) U. v. 2. 7. 1959 III ZR 81/58.

¹⁴ BGHZ 30, 241 (244, 246) U. v. 2. 7. 1959 III ZR 76/58.

¹⁵ BGH DB 1968, 258 U. v. 2. 10. 1967 III ZR 89/65; nach Krefst Aufopferung 15 sieht der III. Senat in Art. 14 GG die Entschädigungsgrundlage, da das Eigentum umfassend durch Art. 14 GG geschützt werde.

¹⁶ BGH NJW 1962, 1439 (1440) U. v. 15. 3. 1962 III ZR 211/60.

¹⁷ So BGH LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 24 U. v. 30. 4. 1964 III ZR 125/63; BGHZ 45, 150 (152) U. v. 31. 1. 1966 III ZR 110/64; BGHZ 48, 65 (67) U. v. 29. 5. 1967 III ZR 126/66; BGHZ 48, 58 (64) U. v. 29. 5. 1967 III ZR 143/66; BGHZ 48, 46 (49) U. v. 22. 5. 1967 III ZR 124/66; BGH NJW 1965, 1907 (1908) U. v. 5. 7. 1965 III ZR 173/64.

¹⁸ NJW 1967, 2333 (2334).

¹⁹ So in BGH DVBl. 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60; BGHZ 48, 98 (104) U. v. 15. 6. 1967 III ZR 23/65.

²⁰ So Kriele DÖV 1967, 531 (537 f.).

²¹ Kriele im Anschluß an Janssen 190 ff.

²² So zutreffend Scheuner JUS 1961, 243 (246); Selmer 57 ff.

es, im Anschluß an Scheuner²³ das Kennzeichen der Enteignung in der Eingriffsform zu sehen. Ergeht gegenüber dem Betroffenen ein förmlicher Hoheitsakt (Gesetz oder Verwaltungsakt), so liegt eine Enteignung vor. Diese Ansicht trifft sich mit dem Ausgangspunkt des Bundesgerichtshofes: Enteignung sei ein durch Gesetz oder gesetzlich zugelassenen Verwaltungsakt erfolgender entschädigungspflichtiger Eingriff²⁴. Sie wird auch dem Wortlaut der Junktimklausel gerecht, da der förmliche Hoheitsakt als Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgt. Das bedeutet jedoch nicht, daß nur eine rechtmäßige Enteignung eine Enteignung sein kann. Der förmliche Hoheitsakt kann als enteignend eingreifendes Gesetz (Art. 14 Abs. 3 Satz 2, 1. Fall GG) ohne Entschädigungsregelung rechtswidrig sein. Das gleiche gilt für den Verwaltungsakt, der auf Grund eines aus diesem oder einem anderen Grunde rechtswidrigen Gesetzes ergeht. Dies ist gegenüber neueren Tendenzen zu betonen, die darauf zielen, die Enteignung auf eine finale rechtmäßige Enteignung zu beschränken²⁵. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG definiert jedoch den Begriff der Enteignung nicht, sondern stellt die Voraussetzungen für ihre Rechtmäßigkeit auf²⁶.

Die Junktimklausel bildet den anderen Ausgangspunkt der Kritik an der Rechtsprechung. Es sei eine, vom Verfassungsrecht her gesehen, gefährliche Entwicklung, daß auch ein rechtmäßiges Verhalten ein enteignungsgleicher (enteignender) Eingriff sein könne. Es könne leicht die Formvorschrift der Junktimklausel entwertet werden²⁷. Der Gesetzgeber brauche sich über die enteignenden Wirkungen eines Gesetzes keine Rechenschaft mehr zu geben. Als Folge der Junktimklausel gebe es nur rechtmäßige Eigentumsbeschränkungen, die rechtmäßige Enteignung und den rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff. Für eine rechtmäßige Enteignung ohne Enteignungsgesetz, wie sie nach Ansicht des Bundesgerichtshofes bei rechtmäßigen Straßenbaumaßnahmen vorliegen soll, sei kein Raum²⁸. Am deutlichsten formuliert Vogel²⁹: Die Konsequenz der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum enteignungsgleichen Eingriff sei, da ein Gesetz, das der Bundeswehr Schießübungen gestatte, mangels einer Entschädigungsregelung an Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG scheitern müsse, wenn versehentlich ein Haus außerhalb des Truppenübungsplatzes getroffen werde. Dem ist jedoch mit Schneider³⁰ entgegenzuhalten, daß ein derartiges Gesetz gerade nicht

²³ JUS 1961, 243 (248) und ausführlich Selmer 119 f.

²⁴ BGHZ 6, 270 (276) Beschl. v. 10. 6. 1952 GSZ 2/52.

²⁵ So H. Schneider und Vogel bei Krefst Aufopferung 32 ff.

²⁶ Vgl. R. Schneider NJW 1968, 1320.

²⁷ So Kriele DÖV 1967, 531 (538).

²⁸ So Konow BB 1967, 103.

²⁹ Bei Krefst Aufopferung 32 f., 36 f.

³⁰ NJW 1968, 1320 (1321).

dazu ermächtigt, Sacheigentum außerhalb des Übungsgeländes zu beschädigen. Deshalb wird die Junktimklausel gar nicht berührt. Diese Argumentation verspricht aber nicht, wenn z. B. auf Grund von § 2 Abs. 3 a Bundesfernstraßengesetz eine Straße umgestuft wird. Das kann zu Beeinträchtigungen der Anlieger führen, die der Bundesgerichtshof als enteignend bewertet³¹. Das Gesetz ermächtigt zu der Maßnahme, ohne eine Entschädigungsregelung vorzusehen. Wird die Enteignung auf einen förmlichen Hoheitsakt gegenüber dem Betroffenen als Adressaten beschränkt, so liegt in den Nebenfolgenfällen keine Enteignung vor³².

Soweit gegenüber dem Betroffenen als Adressaten ein Verwaltungsakt ergeht (z. B. bei einer angeordneten Impfung), handelt es sich schon nach der Terminologie des Bundesgerichtshofes um eine Aufopferung. Das Ergebnis stimmt dann mit dem der Kritiker überein. Die Nebenfolgenfälle unterfallen der Aufopferung. Dieser Ansicht war schon das Reichsgericht³³.

§ 28

Die Rechtswidrigkeit bei den Nebenfolgenfällen

Die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung ist für die verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfe, die bei der Bewertung der Opferlage zu beachten sind, erheblich. Sie ist daher auch bei den Nebenfolgenfällen zu untersuchen. Soweit das Verwaltungshandeln gegen ein Gesetz verstößt³⁴, ist die Rechtswidrigkeit unproblematisch. Sobald jedoch das Handeln wie in den Impf- oder Polizistenfällen unvorgesehene, oder wie in den Niveauveränderungsfällen zumindest unbeabsichtigte Folgen auslöst, gehen die Meinungen weit auseinander. Sie reichen von der Rechtmäßigkeit der Impffolgen³⁵ über die Rechtmäßigkeit des Handelns³⁶, die Rechtswidrigkeit der Schädigungen³⁷, die rechtswidrigen Folgen rechtmäßigen Handelns³⁸ bis hin zur völligen Ausklammerung der Rechtswidrigkeitsproblematik³⁹. Schließlich soll sogar wegen der zu ent-

³¹ Vgl. BGHZ 48, 65 ff. U. v. 29. 5. 1967 III ZR 126/66.

³² Die Mittelstufe als dinglicher Verwaltungsakt ist adressatlos. Sie regelt nur „mittelbar“ das Verhalten der Anlieger. Vgl. Wolff Verwaltungsrecht I 308 ff.

³³ Vgl. Zusammenstellung bei Schack VerwArch 40 (1935) 426 ff.; Selmer 15 Fn 9.

³⁴ Z. B. BGH NJW 1962, 1816 U. v. 25. 6. 1962 III ZR 62/61.

³⁵ So Scheuner JUS 1961, 243 (247 f.).

³⁶ So Jaenicke VVDStRL 20, 135 (165 f.); Wolff Verwaltungsrecht I 415; Schack DÖV 1965, 616 (619); Weimar DÖV 1963, 607.

³⁷ So Leisner VVDStRL 20, 185 (203 ff.).

³⁸ So Luhmann 131; Kriele DÖV 1967, 531 (537 f.).

³⁹ So Wagner NJW 1967, 2333 (2334 ff.).

schädigenden Folgen das in keiner Weise zu beanstandende Verhalten der Verwaltung beim U-Bahnbau als rechtswidrig klassifiziert werden⁴⁰.

Gegen Wagners Übertragung der privatrechtlichen Lehre vom Handlungsunrecht als Gegensatz zum Erfolgsunrecht ins öffentliche Recht bestehen erhebliche Bedenken. Ohne auf die den hier gesteckten Rahmen sprengenden Auseinandersetzung Handlungs-/Erfolgsunrecht einzugehen, ist anzumerken: Die privatrechtliche Lehre vom Handlungsunrecht baut auf einem ethischen Prinzip auf. Das Unrechtsurteil ergeht nicht auf Grund des eingetretenen Erfolges, sondern nur wegen des Verstoßes eines handelnden Menschen gegen Gebots- oder Verbotsnormen, die sich an ihn richten⁴¹. So verneint denn auch Wagner die Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns, wenn der Schädiger die im Verkehr erforderliche menschenmögliche Sorgfalt beachtet habe³⁹. Das Verhalten des Schädigers könne auch nach öffentlichem Recht nicht anders qualifiziert werden als nach privatem. Diese Ansicht übersieht, daß ein Verwaltungsakt — ohne daß zunächst Handlung und Erfolg desselben gesondert und unter Umständen verschieden bewertet werden sollen — rechtswidrig sein kann, obwohl ein rechtmäßiger Erlaß dem Beamten gar nicht möglich war, weil ihm z. B. die technischen Mittel zur Erforschung des wahren Sachverhaltes nicht zur Verfügung standen⁴². Nicht wovon der Beamte hat ausgehen dürfen, ist entscheidend, sondern ob die Voraussetzungen, die das Gesetz aufgestellt hat, gewahrt sind oder nicht⁴³. Die privatrechtliche Lehre vom Handlungsunrecht umreißt nur diejenige Grenze von Haftungstatbeständen, von der ab die Verletzung eigenständiger Pflichtinhalte einer Person zur Schadenshaftung führen⁴⁴. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns und die des dadurch bewirkten Erfolges ergibt sich hingegen aus der fehlenden objektiven Übereinstimmung nach Inhalt und Form bezogen auf die gesetzlichen Vorschriften sowie aus der objektiven Verletzung der Verfahrensvorschriften⁴⁵. Auch soweit es sich um schlichtes Verwaltungshandeln handelt, gilt das Gesetzmäßigkeitsprinzip im negativen Sinne⁴⁶, wonach das Verwaltungsverhalten, einschließlich des Erfolges, nicht einem Rechtssatz widersprechen darf.

⁴⁰ So Konow BB 1967, 103 (104).

⁴¹ Vgl. Baur AcP 160, 465 (469).

⁴² Vgl. BSGE 10, 72 (75) U. v. 11. 6. 1959 11 RV 1188/57.

⁴³ Vgl. Müller-Heidelberg, DVBl. 1961, 11 (13); Hauelsen NJW 1960, 1881 (1884 f.).

⁴⁴ Vgl. Rupp Grundfragen 226 f.; in Fn 397 befindet sich der zutreffende Hinweis auf die ungelöste Rechtswidrigkeitsproblematik der Lehre vom Handlungsunrecht bei § 1004 BGB sowie auf deren Strukturähnlichkeit zum öffentlichen Recht.

⁴⁵ Vgl. Bull 80 ff.; dort auch zutreffende Kritik an Zeidler DVBl. 1961, 493 f., nach dessen Ansicht maschinell hergestellte Verwaltungsakte weder rechtmäßig noch rechtswidrig sein könnten.

⁴⁶ Dazu Wolff Verwaltungsrecht I 155 ff.

Die gegensätzliche Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Nebenfolgenfälle wird durch eine zu undifferenzierte Betrachtungsweise gefördert. Soweit es sich um verfahrensrechtlich zulässige Hoheitsakte handelt, ist aus der Sicht ex ante die *Handlung* rechtmäßig. Die bewirkte Rechtsgutverletzung wird demgegenüber vom materiellen Recht nicht gebilligt. Bezogen auf den *Erfolg* liegt eine rechtswidrige Schädigung vor⁴⁷. Aus der Rechtmäßigkeit des Handelns folgt noch nicht die Rechtmäßigkeit des Erfolges. Andererseits kann man von der Rechtswidrigkeit des Handelns auf die Rechtswidrigkeit des Erfolges schließen⁴⁸. Geht man davon aus, daß der Bundesgerichtshof zumindest in der Mehrzahl der von ihm entschiedenen Nebenfolgenfälle auf die Rechtswidrigkeit der Folgen abstellt⁴⁹, so bleibt auch die Einheftlichkeit des durch Rechtswidrigkeit gekennzeichneten enteignungsgleichen Eingriffs bestehen. Eine Ausnahme bilden insoweit jedoch die durch Rechtmäßigkeit des Handelns gekennzeichneten Straßen- und U-Bahnbaufälle. Der eingetretene Erfolg, Umsatzeinbußen oder Minderung des Grundstückswertes, ist, auch wenn er ein Sonderopfer darstellt, nicht immer rechtswidrig⁵⁰. Die Straßengesetze lassen von vornherein Einschränkungen der Anliegerposition durch rechtmäßiges Verwaltungshandeln zu. In den übrigen Fällen ist von der erfolgsbezogenen Rechtswidrigkeit auszugehen. Damit soll keineswegs zum vielschichtigen Problem der Bewertung der Rechtswidrigkeit im öffentlichen Recht abschließend Stellung genommen werden. Für die hier gestellte Aufgabe ist jedoch wesentlich, daß mit Rücksicht auf den vom Objekt her aufgebauten Eigentumsschutz, der die Opferlage — also den Erfolg — an Hand der Sonderopferlehre bewertet, die erfolgsbezogene Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Schädigung für die Beantwortung der Wertungsfrage erheblich ist.

§ 29

Die Anwendung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen auf die einzelnen Fallgruppen

In den Straßenbaufällen ergeht gegenüber den Betroffenen als Adressaten kein Verwaltungsakt. Es läßt sich also nicht ohne weiteres wie beim Erlaß eines Verwaltungsaktes gegenüber dem Betroffenen auf Grund der Kongruenz des Verwaltungsaktes mit dem die Opfergrenze festlegenden Gesetz das Sonderopfer bestimmen. Schlichtes Verwaltungshandeln wie Straßenbauarbeiten ist nicht streng Gesetzesakzessorisch.

⁴⁷ Vgl. *Bender* DÖV 1968, 156 (159 Fn 39).

⁴⁸ So *Weyreuther* 70 bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des Folgenbeseitigungsanspruches.

⁴⁹ So *Weyreuther* 155 ff.

⁵⁰ Dazu oben § 23.

Führt es jedoch zu Beeinträchtigungen der Rechtsstellung von Zivilpersonen, so gilt das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. In den Straßenbaufällen kann das Anliegerrecht des Betroffenen verletzt sein. Nachdem die Landesstraßengesetze⁵¹ durch Kodifizierung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Rechtsstellung des Anliegers bestimmt haben, ist von einem subjektiven öffentlichen Recht des Anliegers auszugehen. Nach § 16 nordrhein-westfälisches Landesstraßengesetz ist dem Straßenanlieger (Eigentümer oder Besitzer von Grundstücken, die an einer öffentlichen Straße gelegen sind) eine Entschädigung zu gewähren, wenn ihm durch die Änderung oder Einziehung einer Straße der berechtigterweise bestehende Zugang zu seinem Grundstück entzogen oder wesentlich beschränkt wird und die Änderung oder Einziehung eine Enteignung darstellt und nicht auf andere Weise ein angemessener Ersatz geschaffen werden kann. Die Grenze der Beschränkung des Anliegerrechts bildet die Zweckentfremdung der Straße, d. h. die Straße muß als Kommunikationsmittel erhalten bleiben⁵². Der Bundesgerichtshof lehnt zwar ein Anliegerrecht ab⁵³, doch schützt er der Sache nach das Anliegerrecht (mittelbar)⁵⁴ über das Grundstückseigentum und/oder das Recht am Gewerbebetrieb. Die Straßengesetze setzen also eine weitgehende Duldungspflicht fest. Sie sind eigentumsbeschränkende Gesetze. Insoweit unterliegen sie derselben Überprüfung an Hand der beiden Gleichheitssätze wie alle anderen Gesetze, die das Eingriffsobjekt bestimmen. Führen die Bauarbeiten zu Beeinträchtigungen, so ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Folgen die vom Gesetz gesteckten Grenzen überschreiten. Der Bundesgerichtshof prüft zusätzlich, ob die Maßnahmen verhältnismäßig sind⁵⁵. Sind sie unverhältnismäßig, so bejaht er ein Sonderopfer. Zu Recht, denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auf alle hoheitlichen Maßnahmen anwendbar, die nicht ausschließlich begünstigende Wirkung haben und bei denen der Verwaltung das Handeln nicht zwingend und ohne jeden Spielraum vorgeschrieben ist⁵⁶.

Der Grundsatz dient damit ebenso wie z. B. die Straßengesetze zur Bestimmung der alle Interessenträger gleich belastenden Duldungspflicht.

⁵¹ Vgl. z. B. § 16 Abs. 1 nordrhein-westfälisches Landesstraßengesetz GVBl. 305 vom 28. 11. 1961; m. w. N. bei *Wolff* Verwaltungsrecht I 403.

⁵² Vgl. *BGHZ* 48, 65 (68 f.) U. v. 29. 5. 1967 III ZR 126/66.

⁵³ Vgl. *BGHZ* 8, 273 (274 f.) U. v. 22. 12. 1952 III ZR 139/50; anders anscheinend der V. Senat *BGHZ* 49, 231 (237) U. v. 3. 1. 1968 V ZR 219/64.

⁵⁴ Vgl. *Wolff* Verwaltungsrecht I 403.

⁵⁵ Vgl. *BGH* LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 24 U. v. 30. 4. 1964 III ZR 125/63; *BGH* NJW 1965, 1907 (1908) U. v. 5. 7. 1965 III ZR 173/64; *BGHZ* 48, 65 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 126/66.

⁵⁶ Zum Verhältnis zum Gesetzmäßigkeitsprinzip vgl. *Wolff* Verwaltungsrecht I 156; zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Enteignungen vgl. *BVerfG* NJW 1969, 309 (313) U. v. 18. 12. 1968 1 BvR 638, 673/64, 200, 238, 249/66.

Sind die Maßnahmen unverhältnismäßig, so wird die Opfergrenze überschritten. Der Betroffene wird gegenüber anderen Interessenträgern in wesentlich gleicher Lage ungleich behandelt. Es fehlt das die Ungleichbehandlung rechtfertigende Essentiale. Da die Maßnahmen rechtswidrig sind, trifft den Betroffenen eine Schadensverhinderungs- oder -minderungspflicht.

Wird eine Maßnahme von den Straßengesetzen gedeckt, bleibt also das Anliegerrecht erhalten, so steht ihre Rechtmäßigkeit fest. Ein Sonderopfer ist damit aber noch nicht ausgeschlossen. Die Situation ist parallel der, wenn an Hand des Opferausgleichsatzes geprüft wird, ob ein rechtmäßiges vermögensbezogenes Gesetz ein Sonderopfer auferlegt. Die Opferlage ist mit Hilfe der entwickelten Topoikataloge zu bewerten. So werden die einem Bauern durch die langen Umwege infolge einer rechtmäßigen Umstufung einer Straße entstandenen Schäden nicht durch ein Essentiale des betroffenen Grundstückes gerechtfertigt (Wertminderung des Ackergrundstückes durch eine von außen herangetragene Planungsentscheidung)⁵⁷. Anders ist es jedoch bei den Schäden, die ein Hotel durch den Abzug potentieller Kunden infolge der Eröffnung einer neuen Autostraße erfährt (Geschäftsrisiko des Gewerbebetriebes)⁵⁸. Zu widersprechen ist dem Bundesgerichtshof insoweit, als er die Formel Rechtswidrigkeit = Sonderopfer auch generell auf die Nebenfolgenfälle überträgt⁵⁹. Hier gelten dieselben Bedenken, die schon gegen die Formel vorgetragen wurden. Ist eine Maßnahme nur formell rechtswidrig, so liegt kein Sonderopfer vor. Das gleiche gilt, wenn die beeinträchtigende Nebenfolge formell und/oder materiell rechtswidrigen Verwaltungshandelns auf nach Art. 14 GG nicht schutzwürdiges Eigentum (z. B. polizeirechtlich störendes) trifft.

Fälle, wie der des schießenden Polizisten oder der des verunglückten Panzers, sind typisch für rechtmäßiges Handeln unter Beachtung aller zumutbaren Sorgfaltspflichten mit rechtswidrigen Folgen. Solange eine zurechenbare menschlich gesteuerte Handlung abläuft, tritt noch keine Einbuße ein. Die belastenden Folgen, die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oder des Eigentums, sind durch kein Gesetz gerechtfertigt, also rechtswidrig. Das ist für die Schadensminderungs- oder -verhinderung erheblich. Letztere dürfte jedoch kaum möglich sein. Da der Schaden sachlich nicht gerechtfertigt, also willkürlich ist, steht mit der Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes auch die des Opferausgleichsatzes fest.

In den Impffällen ist die hoheitliche Handlung zwar auf einen gezielten Eingriff gegenüber dem Betroffenen gerichtet. Es soll aber kein Sonder-

⁵⁷ Vgl. BGHZ 48, 65 (67) U. v. 29. 5. 1967 III ZR 126/66.

⁵⁸ Vgl. BGHZ 48, 58 ff. U. v. 29. 5. 1967 III ZR 143/66.

⁵⁹ So in BGHZ 45, 150 (153) U. v. 31. 1. 1966 III ZR 110/64.

opfer verlangt werden. Die schwere Körperverletzung tritt als unerwartete Folge ein. Nur die Folgen, die das Gesetz oder bei freiwilliger Impfung die zulässige Einwilligung des Betroffenen erlauben, die Injektion und die typischen harmlosen Beschwerden, entsprechen dem Gesetzmäßigkeitsprinzip. Die weitergehenden Schäden, die ex ante nicht erkennbar waren, sind rechtswidrig. Daran knüpft die Schadensminderungspflicht an. Da die zulässige Opfergrenze überschritten ist, liegt ein Sonderopfer vor. Demgemäß prüft der Bundesgerichtshof, inwieweit der Gesetzgeber die Folgen in Kauf zu nehmen anordnet. Die geringfügigen notwendigen Folgen werden im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege entschädigungslos in Kauf genommen. Die Formulierung des Bundesgerichtshofes darf nicht dahin mißverstanden werden, daß durch Gesetz allgemein und unbeschränkt Opfer abverlangt werden könnten, wenn der Gesetzgeber sie nur im Auge habe⁶⁰. Auch das eingreifende Gesetz ist zunächst an Hand der beiden Gleichheitssätze und sonstiger Schranken der Verfassung (z. B. Art. 19 Abs. 1 und 2 GG) zu überprüfen.

Grundsätzliche Unterschiede der Nebenfolgenfälle von den übrigen Gruppen der Entschädigung wegen eines Sonderopfers bestehen also nicht. Auch hier läßt sich die Entschädigungsfrage mit Hilfe der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen sachgerecht beantworten.

⁶⁰ Vor diesem Mißverständnis warnt Horst 10 f.

Dritter Hauptteil

Erster Abschnitt

Der Erwerbsschutz durch Art. 14 GG

Erstes Kapitel

Die Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz

§ 30

Kritische Übersicht über den Problemstand

Nachdem die Sonderopferlehre überprüft und ihre Tragfähigkeit für die öffentlich-rechtliche Entschädigung nachgewiesen wurde, ist die Behandlung der Erwerbsschutzfälle, deren vernunftrechtliche Position erschüttert und deren juristische Begründung widersprüchlich ist, entgegen den abweisenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in das System der Entschädigung wegen eines Sonderopfers einzugliedern.

In allen Fällen wurde der begünstigende Verwaltungsakt rechtswidrig versagt. Deshalb erörtert der Bundesgerichtshof eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff. Das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs unterfällt dem Schutzbereich des Art. 14 GG. Die Lösung des Erwerbsschutzproblems über den enteignungsgleichen Eingriff könnte ausgeschlossen sein, wenn Art. 14 GG auf Bestandsschutz zu beschränken ist¹.

Daher bedarf es einer genaueren Klärung dessen, was unter dem Begriff Bestandsschutz verstanden wird.

Negativ bedeutet die Beschränkung des Schutzbereiches des Art. 14 GG auf Bestandsschutz, daß durch Art. 14 GG nicht das subjektive öffentliche Recht, Eigentum zu erwerben, geschützt wird². Im Gegensatz zu Art. 111 WV und einigen Länderverfassungen³ garantiert das Grundgesetz ausdrücklich nicht, das Recht, Eigentum oder zumindest Grund-eigentum zu erwerben⁴.

¹ So *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (285); *Wolff* Verwaltungsrecht I 454.

² So *Herzog* Sp. 375 (378); *Wittig* NJW 1967, 2185 (2186 f.); *Zitzelsberger* 170; *Rüfner* Der Staat 7 (1968), 41 (50).

³ Art. 109 Abs. 1 Bayrische Verfassung; Art. 45 Abs. 1 Hessische Verfassung; Art. 60 Abs. 1 Satz 2 Rheinland-Pfälzische Verfassung.

⁴ Die besondere Schutzrichtung des Art. 111 WV — Verhinderung der Verweigerung des Grundstückserwerbs wegen des Glaubensbekenntnisses, der

Die wenigen Autoren⁵, die ein durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes subjektives öffentliches Recht zum Eigentumserwerb bejahen, lassen eine nähere Begründung vermissen. Unklar bleibt auch, inwieweit zwischen der Bedeutung von Art. 14 Abs. 1 GG als Schutz des Grundrechts der Eigentumsfreiheit (unter Umständen einschließlich des Eigentumserwerbs) einerseits und des Schutzes des Eigentum als Rechtsinstituts andererseits unterschieden wird. Auch von Vertretern der Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz wird nicht ausgeschlossen, daß der Erwerb von Eigentum im Rahmen der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist⁶. Dieser Schutz folgt aus dem Zusammenhang zwischen dem Innehaben des Eigentums und dem Erwerb des Eigentums. Ein generelles Verbot für Zivilpersonen, Eigentum zu erwerben, würde auf die Dauer zu einer Beseitigung des Eigentums als Rechtsinstitut führen. Zum Institut des Eigentums gehört die Veräußerbarkeit. Diese würde durch ein Verbot des Erwerbs ausgeschlossen. Vorliegend interessiert aber nur der Erwerbsschutz durch das Grundrecht des Art. 14 GG. Aus der Verletzung des Grundrechts, nicht aus der des Rechtsinstitutes kann ein Entschädigungsanspruch für Zivilpersonen hergeleitet werden.

Erheblich vielfältiger werden die Meinungen, wenn positiv bestimmt werden soll, was unter dem Begriff Bestandsschutz durch Art. 14 GG zu verstehen ist. So schlägt *Wolff*⁷ vor, den Schutzbereich des Art. 14 GG auf vergegenständlichte Vermögenswerte zu beschränken. *Dürig* bezieht das Grundrecht auf Eigentum auf in der Außenwelt erkennbare Objektivationen der Freiheit im güterweltbezogenen Lebensbereich⁸. Im Eigentumsbegriff des Grundgesetzes spiegeln sich wider vermögensrechtliche Leistungen in Freiheit und besondere Opfer an Freiheit (als vermögensrechtlich kompensierte Körperschäden). Auf derselben Linie liegt

Orts- und Landesfremdheit — (vgl. *Rohmer* 245) erhellt, daß diese Vorschrift nicht in das Grundgesetz übernommen wurde.

⁵ *Süsterhenn-Schäfer* 253; *Dürig* in *Maunz-Dürig-Herzog* Art. 2 Abs. 1 Rn 43; anders aber in *Apelfestschrift* 13 (31 ff.); wohl auch *Rüfner* Der Staat 7 (1968), 41 (43 Fn 15), anders aber 50.

⁶ *Herzog* Sp. 375 (378); *Wittig* NJW 1967, 2184 (2186 f.); offen gelassen vom *BVerfGE* 21, 73 (76) Beschl. v. 21. 1. 1967 1 BvR 169/63.

⁷ Verwaltungsrecht I 454.

⁸ *Apelfestschrift* 13 (30 ff., 47). Nach Ansicht des *BVerfG* NJW 69, 309 U. v. 18. 12. 1968 1 BvR 638, 673/64, 200, 238, 249/56 hat das Grundrecht die Funktion seinem Träger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen. Der Bestand geschützter Güter wird vorausgesetzt (NJW 1969, 309 [312]). Ähnlich *Lerche* Übermaß 275: Art. 14 GG sei das Recht der verkörperten, in Besitzstand überführten Freiheit; *Scheumer* *VVDSIRL* 22, 1 (38 Fn 110): Art. 14 GG sichere nur eine solche wirtschaftliche Erwerbsposition, die sich in einer sachlichen Organisation niedergeschlagen habe; zustimmend *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (285); vgl. auch *Wettbewerb* 81; zu Art. 153 WV *Kaufmann* 452.

die vom Bundesgerichtshof verwendete Formulierung, die Enteignung setze konkrete Werte voraus⁹.

Die Beschränkung des Schutzbereiches des Art. 14 GG auf vergegenständlichte Vermögenswerte erinnert an die Regelung des § 903 BGB. Das BGB folgt darin im wesentlichen dem römischen Recht. Dessen stoffgebundenem Rechtsdenken war nur ein Eigentum an greifbaren Sachkörpern geläufig¹⁰. Es überrascht aber, wenn im öffentlichen Recht zur Begrenzung des Schutzbereiches des Art. 14 GG ähnliche Tendenzen auftreten. Denn die Ansicht Martin Wolffs¹¹, die Weimarer Verfassung verstehe unter Eigentum in Art. 153 jedes private Vermögensrecht, gleichviel, ob dinglichen oder persönlichen Charakters, ist — heute, bezogen auf Art. 14 GG — außer Streit. Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sind daher z. B. auch Forderungen, Kaufrechte, Warenzeichenrechte¹². Streitig ist nur noch, in welchem Umfang subjektive öffentliche Rechte dazu gehören, ob in der Regel¹³ oder nur als Ausnahme^{14, 15}. Unstreitig werden durch Art. 14 GG die subjektiven öffentlichen Rechte geschützt, die durch Kapital oder Arbeit einer Zivilperson erworben wurden¹⁶ oder anders formuliert, der auf Grund des subjektiven öffentlichen Rechtes errichtete Gewerbebetrieb, zu dessen Bestandteil auch das subjektive öffentliche Recht (z. B. eine gewerberechtliche Erlaubnis) gehört¹⁷. Wegen der fehlenden eigenen Leistung sind umstritten Rentenansprüche¹⁸ und Subventionen¹⁹. Ohne auf die Streitfragen eingehen zu müssen, drängt sich die Frage auf, wo und warum die Grenze zu ziehen ist zu einem auf einer langen und kostspieligen Ausbildung — Kapital und Arbeit — basierenden (entstandenen) Anspruch auf eine Apothekenkonzession, die die Behörde zu erteilen gesetzlich verpflichtet ist.

⁹ DVBl. 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60; NJW 1967/1856 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64 sowie w. N. § 9 Fn 1; vgl. auch Nicolaysen Schackfestschrift 107 (113); Zitzelsberger 167 f.; Stoedter Entschädigung 233; sowie zum Schweizer Recht Marti 257.

¹⁰ Vgl. Boehmer 148.

¹¹ Kahlfestschrift 3.

¹² Vgl. Palandt-Degenhardt § 903 5b.

¹³ So BGHZ 6, 270 (278) Beschl. v. 10. 6. 1952 GSZ 2/52; H. H. Klein Der Staat 6 (1967), 396 f.

¹⁴ So ursprünglich BVerfGE 1, 264 (275 ff.) U. v. 30. 4. 1952 I BvR 14, 25, 167/52; Nicolaysen Schackfestschrift 107 (113).

¹⁵ Zusammenstellung der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur bei Weber AöR 91 (1966), 382—401.

¹⁶ Dazu grundlegend Dürrig Apelfestschrift 13 ff.; vgl. auch Kreft Aufopferung 18.

¹⁷ So Zitzelsberger 164 ff.; ähnlich in AöR 91 (1966), 382 (400 f.) Weber.

¹⁸ H. M. verneint, vgl. BVerfGE 11, 221 (226) Beschl. v. 21. 6. 1960 I BvL 10, 25/58; a. A. z. B. Berg Bogfestschrift 13, 17 ff.

¹⁹ H. M. verneint, vgl. Wolff Verwaltungsrecht I 427; Zacher VVDStRL 25, 308 (368, 435); BVerwG NJW 1969, 522 (524) U. v. 30. 8. 1968 VII C 122/66; a. A. Götz 280; in der Schweiz ebenso Giacometti 420; ähnlich wohl Rüfner BB 1968,

§ 31

Der objektsbezogene Schutz durch Art. 14 GG

Ein Ansatzpunkt zur Klärung der Bedeutung des Bestandsschutzes könnte sich daraus ergeben, daß der Bundesgerichtshof als Maßstab der Entschädigung nach Art. 14 GG den Substanzverlust des Eingriffsobjekts behandelt²⁰. Die Beschränkung der Entschädigung auf den Substanzverlust wird als Wesensmerkmal der Entschädigung nach Art. 14 GG und als das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zum Schadensersatz gesehen. Der Grundsatz ist bei der rechtmäßigen Enteignung entwickelt worden. Es ist nicht Aufgabe der Entschädigung, den Eingriff ungeschehen zu machen. Vielmehr soll die Vermögensverformung verwirklicht werden, die mit dem enteignenden Eingriff begonnen hat und mit der Auszahlung der Entschädigung abgeschlossen werden soll.

Es liegt auf der Hand, daß diese Betrachtungsweise auf die rechtmäßige Enteignung zugeschnitten ist. Indem die Entschädigung wegen eines rechtswidrig verursachten Sonderopfers an den Art. 14 GG angeleitet wurde, hat der Bundesgerichtshof dieselbe Optik auf den enteignungsähnlichen Eingriff übertragen. Man kann darin einen Grund für die Unbrauchbarkeit des enteignungsähnlichen Eingriffs als Instituts der Staats-

881 (882); die Meinung von Götz, der entstandene Subventionsanspruch werde durch Art. 14 GG geschützt, kann nicht dazu verwendet werden, die Beschränkung des Schutzbereiches des Art. 14 GG auf Bestandsschutz aufzulösen. Der Schutz des bestehenden Gewerbebetriebes entweder des subventionierten oder des benachteiligten Konkurrenten ist auch bei Götz stets der entscheidende Gesichtspunkt. So deutlich auch Friauf DVBl. 1966, 729 (738). Götz will lediglich die Beschränkung auf den Topos „durch Kapital oder Arbeit“ überwinden.

Auch der unter dem Stichwort Plangewährleistung diskutierte Problembereich ist nicht einschlägig. Wenn unter dem Gesichtspunkt der Aufopferung oder des enteignungsähnlichen Eingriffs demjenigen, der im Vertrauen auf den Planfortbestand disponiert hat, und der in seiner bestehenden Betriebsorganisation durch eine Planänderung geschädigt wird, Ersatz dieses Schadens gewährt wird (vgl. Kriele DÖV 1967, 531 [536 ff.]; Koppensteiner BB 1967, 217 [222 ff.]; BGH NJW 1968, 293 f. U. v. 7. 12. 1967 III ZR 83/65), ist der entscheidende Gesichtspunkt, daß der den Vertrauenstatbestand konkretisierende bestehende Gewerbebetrieb geschützt werden soll, nicht aber, daß etwas für die Zukunft Begehrtes versagt wird. Die von Zacher VVDStRL 25, 308 (368) als umgekehrte Enteignung bezeichnete Situation, daß einer Zivilperson eine Subvention rechtswidrig versagt wird, gehört nicht zur Problematik des Art. 14 GG und schon gar nicht der Enteignung (so auch Zacher), sondern der des Art. 3 GG. — Kann durch Verletzung des Art. 3 GG ein einklagbarer Anspruch auf die Subvention (nicht auf die Entschädigung) entstehen? — Bejahend Wolff Verwaltungsrecht III 142; verneinend Friauf NJW 1968, 290; dazu auch BVerwG NJW 1969, 522 (523) U. v. 30. 8. 1968 VII C 122/66 wo zusätzlich zum grundsätzlich bejahten Anspruch auf Subventionierung aus Art. 3 GG auf Art. 2 GG (Wettbewerbsfreiheit) abgestellt wird; a. A. Scholz in Anm. NJW 1969, 1044 (1045) Schutz über Art. 12, 14 GG.

²⁰ So BGHZ 37, 269 (274) U. v. 4. 6. 1962 III ZR 163/61; BGHZ 30, 281 (286 f.) U. v. 8. 6. 1959 III ZR 66/58; st. Rspr. vgl. Steffen DRiZ 1968, 126 (127 Fn 18 m. w. N.).

haftung sehen²¹. Im hier gesteckten Rahmen, schrittweise Ausweitung der Rechtsprechung auf eine Fallgruppe, muß die Betrachtungsweise hingenommen werden.

Die Entschädigung ist nicht wie der Schadensersatz an einer hypothetischen Vermögenslage, sondern am objektiven Verkaufswert des vorhandenen Eingriffsobjektes orientiert. Entscheidend ist der Wert im Zeitpunkt des Eingriffs. Nur die Faktoren, die sich bereits zu diesem Zeitpunkt wertbildend ausgewirkt haben, sind beachtlich. Nicht ein hypothetischer Wert, sondern der im Objekt bereits tatsächlich niedergeschlagene Mehrwert werden berücksichtigt²². Ein Substanzverlust liegt also vor, wenn die von der Natur der Sache her gegebene bisher ungestört ausgeübte Benutzungsart oder wirtschaftliche Ausnutzung des Eigentums untersagt oder wesentlich eingeschränkt wird²³. So ist die Befugnis zum Bauen als Ausfluß des Eigentums erheblich für den konkreten Wert des Grundstücks²⁴.

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen scheint dann vorzuliegen, wenn bei einem Gewerbebetrieb oder bei einem Grundstück durch Bau sperren sowie vorzeitige Besitzeinweisung entgangene Nutzungen entschädigt werden²⁵. In diesen Fällen soll eine Entschädigung des entgangenen Gewinns wie beim Schadensersatz vorliegen²⁶.

Da die Nutzungsmöglichkeit durch einen vorübergehenden zeitlich begrenzten Eingriff entzogen wird, kann der Substanzverlust nicht nach dem Verkaufswert (bzw. dessen Minderung) des Eingriffsobjektes berechnet werden. Der Ersatz der entgangenen Nutzungen stellt deshalb nur eine Methode zur Berechnung des Substanzverlustes dar, nämlich des konkreten Nutzungswertes. Der Wert eines Gewerbebetriebes hängt weitgehend vom Ertrag des Unternehmens ab, ist aber nicht mit dem entgangenen Gewinn identisch²⁷. Eine Ausnahme vom Grundsatz liegt dann nicht vor.

Die durch Art. 14 GG gewährte Entschädigung wird dadurch gekennzeichnet, daß sie *objektsbezogen* ist. Ein Unterschied zum Umfang des Schadensersatzes wird häufig fehlen. Entscheidend ist aber die unterschiedliche Betrachtungsweise. Darin liegt gleichzeitig das entscheidende Merkmal, das sich hinter dem Begriff Bestandsschutz verbirgt: Der Schutz ist *objektsbezogen*.

²¹ So *Bartelsperger* NJW 1968, 1697 (1704).

²² So *Steffen* DRiZ 1968, 126 (127); vgl. auch *Rüfner* BB 1968, 881 (883).

²³ Vgl. *Pagendarm* WM 1965, 5.

²⁴ *Westermann* NipperdeyFestschrift 765 (769).

²⁵ Vgl. *Pagendarm* WM 1965, 4 ff.

²⁶ Vgl. *Schack* BB 1963, 1227 (1232); *Bender* DÖV 1968, 156 (161 Fn 58); *Luhmann* 49.

²⁷ Vgl. *BGH* U. v. 29. 5. 1967 III ZR 72/66 zit. v. *Steffen* DRiZ 1968, 126 (128, 130).

Wird in ein Grundstück eingegriffen, so ist die Objektsbezogenheit unproblematisch.

Bedenken könnten bei einer Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebes auftreten. Der Bundesgerichtshof schützt durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb das bestehende Unternehmen als objektiv faßbare Verkörperung der Unternehmertätigkeit. Die Unternehmertätigkeit *als solche* schützt er hingegen nicht²⁸. Die von der Unternehmertätigkeit als solcher zu trennende Unternehmertätigkeit in einem bestehenden Unternehmen zählt als Güterschutz zum Schutzbereich des Art. 14 GG. Hinter dem Begriff Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verbergen sich zwei verschiedene Bereiche: eine Gesamtheit von Sachen und eine von gewerblichen Betätigungen. Kompliziert wird die Rechtslage dadurch, daß die Sachen, die Einzelgegenstände, aus denen sich das Unternehmen zusammensetzt, erst als Gesamtheit, als Betrieb den spezifischen Wert ausmachen, der geschützt werden soll. Je nach der Betonung des Betriebes oder der Betätigungen kann man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit Hilfe der privatrechtlichen Dogmatik entweder als Persönlichkeitsrecht oder als Güterrecht oder als beides ansehen²⁹. Da der Bundesgerichtshof das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für das öffentliche Recht im Schutzbereich des Art. 14 GG angesiedelt hat, liegt der Akzent auf dem Schutz der Interessen am vorhandenen Betrieb. Der Schutz der gewerblichen Betätigung ist nur die Konsequenz der vorgenommenen Güterzuordnung. Ebenso wie beim privatrechtlichen Sacheigentum die Zuordnung des Objektes zu einer Person die Befugnis enthält, das Objekt zu nutzen, schützt Art. 14 GG außer der Erhaltung des Betriebes auch dessen Gebrauch durch den Unternehmer. Art. 14 GG hat insofern die Funktionen eines mittelbaren Persönlichkeitsrechtes³⁰. Einem so verstandenen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann die objektsbezogene Schutzrichtung nicht abgesprochen werden.

§ 32

Der Bestandsschutz als beschränkter Tätigkeitsschutz

Da der Begriff des Erwerbsschutzes antithetisch dem des Bestandsschutzes entgegengestellt wurde, müßte in den Fällen des Erwerbsschutzes die dem Bestandsschutz typische Objektsbezogenheit fehlen.

²⁸ Vgl. *BGHZ* 45, 150 (155) U. v. 31. 1. 1966 III ZR 110/64; *BGH* LM § 839 BGB Nr. 5 U. v. 26. 3. 1953 III ZR 206/52; *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (278 ff. m. w. N.).

²⁹ *Zitzelsberger* 4.

³⁰ Vgl. *Zitzelsberger* 8; neuestens betont das *BVerfG* NJW 69, 309 (312) U. v. 18. 12. 1968 1 BvR 638, 673/64, 200, 238, 249/56 die Funktion der Eigentums-

Unproblematisch sind die Fälle, in denen z. B. die zur Aufnahme eines Gewerbebetriebes begehrte gewerberechtliche Erlaubnis verweigert wird und noch keine Einrichtungsvorbereitungen getroffen worden sind. Ihnen entsprechen im Privatrecht die Fälle, in denen der Schutz des potentiellen Unternehmers durch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gefordert wird³¹.

Im Apotheken-³² und Schankerlaubnisfall³³ hatte der jeweilige Antragsteller bereits einen Betrieb eingerichtet. Wird er, wie im Schankerlaubnisfall, durch Art. 14 GG geschützt, so handelt es sich um objektsbezogenen Bestandsschutz. Der Fall ist dem des Apothekers gleichgelagert. Hier wird aber unter dem Aspekt des Erwerbsschutzes die Objektsbezogenheit der Entschädigung nach Art. 14 GG betont. Daher wird mangels schutzwürdigen Objektes die Entschädigung verweigert. Trotz der Strukturgleichheit der beiden Fälle wird also entsprechend den Regeln des sich ausschließenden Bestands- bzw. Erwerbsschutzes entschieden. Dieser Widerspruch erklärt sich daraus, daß der Bundesgerichtshof nur die vorhandene Betriebseinrichtung des Apothekers für den Fall der nicht konzessionierten Betriebsaufnahme als polizeiwidriges, und daher nicht durch Art. 14 GG geschütztes Eigentum behandelt. Ob das Gericht im Schankerlaubnisfall zutreffend ebenso hätte entscheiden müssen, kann hier offenbleiben.

Wird einem Unternehmer die beantragte Zulassung eingeführten Saatgutes als Importsaatgut rechtswidrig versagt³⁴ könnte nach der Betrachtungsweise des Bestandsschutzes der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als Schutzobjekt genügen. Der Bundesgerichtshof geht aber nicht so vor. Dem bestehenden Sacheigentum am Getreide sei durch die Verweigerung nichts genommen worden. Der Gewerbebetrieb sei nicht in seiner Substanz beeinträchtigt. Als Folge der besonderen Struktur des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird der Erwerbsschutz verweigert. Das Recht am Gewerbebetrieb ist nicht wie ein absolutes³⁵ Recht im Sinne der privatrechtlichen Dogmatik, z. B. das Eigentum an einem Grundstück, auf einen Gegenstand beschränkt, sondern stellt eine Obereinheit von verschiedenen Sachen, Rechten und Immaterialgütern dar^{36, 37}. Zwar umfaßt es als Annex auch die Nutzung des eingerichteten Unternehmens, doch wird mit Rücksicht

garantie als Rechtsbürgergarantie. Das Eigentum wird in seiner personenhaften Bezogenheit als Freiheitsraum für eigenverantwortliche Betätigung gesehen. Vorausgesetzt wird aber ein Bestand an geschützten Gütern.

³¹ *Fikentscher Wettbewerbs* 233.

³² DVBl. 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60.

³³ BGH LM Art. 14 GG Nr. 56 U. v. 20. 12. 1956 III ZR 113/55.

³⁴ Vgl. BGH NJW 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64.

³⁵ Kritisch dazu Wolff *Verwaltungsrecht* I 245.

³⁶ Vgl. Wolf *Von Hippelfestschrift* 665 (667 ff., 681); *Zitzelsberger* 23.

auf den statischen Charakter des Art. 14 GG, der im Bestandsschutz zutage tritt, der Tätigkeitsschutz nur beschränkt gewährt. Die beantragte Importgutzulassung richtet sich zwar an den Unternehmer, der durch das Innehaben des Saatgutes bestimmt wird. Ihre Verweigerung beeinträchtigt aber nicht die Substanz des Gewerbebetriebes, sondern nur eine einzelne Tätigkeitsform. Die Betrachtungsweise ist nicht objekts- sondern tätigkeitsbezogen. Indem der Akzent auf die Tätigkeit verlagert wird, wird diese verselbständigt und außerhalb des objektsbezogenen Art. 14 GG angesiedelt. Die zukunftsbezogene Betätigung wird nicht als Teil des verkörperten Gewerbebetriebes angesehen.

Genau entgegengesetzt verfährt der Bundesgerichtshof, wenn eine Baugenehmigung rechtswidrig verweigert worden ist³⁸. Als Schutzobjekt ist das Grundstückseigentum vorhanden. Das Gebrauchenkönnen wird neben das Habendürfen gestellt und so als Teil des Objekts gesehen. Es wird also nicht wie beim Gewerbebetrieb verselbständigt. Das unterschiedliche Vorgehen ist auf die herrschende Auffassung von der Baufreiheit zurückzuführen. Als Baufreiheit sind zwei verschiedene Begriffe zu unterscheiden: einerseits das aus dem Eigentum fließende ihm immanente Recht auf Freiheit, bauliche Anlagen zu errichten und zu verändern, zum anderen der baurechtliche Begriff, das subjektive öffentliche Recht auf Erteilung einer Genehmigung für Bauvorhaben, die baurechtlich zulässig sind³⁹. Der Bundesgerichtshof wertet die Baufreiheit als ein Element der dem Grundeigentümer verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsnutzungsfreiheit⁴⁰. So gesehen, erweitert die Baugenehmigung den Rechtskreis des Eigentümers nicht, sondern umgekehrt wird der Rechtskreis durch die rechtswidrige Versagung verkürzt⁴¹. Die Bebauung eines Grundstücks wird als Nutzung des durch den Bestandsschutz des Art. 14 GG geschützten vergegenständlichten Vermögens gewertet. Wie fließend die Grenze zwischen den beiden Betrachtungsweisen ist, zeigt der Schluß der Saatgutentscheidung⁴². Wäre durch die rechtswidrige Verweigerung der Saatgutzulassung ein solch umfangreicher Schaden entstanden, daß die Substanz des bestehenden Betriebes beeinträchtigt worden wäre, so hätte der Bundesgerichtshof die Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs nicht verweigert. Dasselbe hoheitliche Verhalten, das unter dem Gesichtspunkt des Erwerbs-

³⁷ Es kann als Rahmenrecht bezeichnet werden. Vgl. *Fikentscher Schuldrecht* 652.

³⁸ Vgl. z. B. BGH LM Art. 14 GG (Ce) Nr. 21 U. v. 25. 6. 1959 III ZR 114/57; BGH WM 1962, 1008 (1010 ff.) U. v. 28. 5. 1962 III ZR 33/60.

³⁹ Vgl. Hoppe DVBl. 1964, 165 (166).

⁴⁰ Vgl. Hoppe DVBl. 1964, 165 (166); *Westermann Nipperdey* *Festschrift* 765 (769).

⁴¹ Vgl. *Bender DÖV* 1968, 156 (160).

⁴² BGH NJW 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64.

schutzes nicht als enteignender Akt bewertet wird, kann also unter dem Blickwinkel des Bestandsschutzes entschädigungsrechtlich relevant sein. Beschränkt man den Schutzbereich des Art. 14 GG auf Bestandsschutz, so ist die unterschiedliche Behandlung, bezogen auf Art. 14 GG, gerechtfertigt. Der Schutz durch ein anderes Grundrecht ist damit aber noch nicht ausgeschlossen.

§ 33

Die Begründung der Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz

Ehe der Schutz durch ein anderes Grundrecht zu erörtern ist, muß angesichts der Konsequenzen der Rechtsprechung die Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz begründet werden.

Einmal läßt sich anführen, daß sich in den Materialien zum Grundgesetz kein Nachweis finden läßt, durch Art. 14 GG solle auch der Erwerb von Eigentum grundrechtlich geschützt werden⁴³. Ein solcher Nachweis erscheint mit Rücksicht darauf angemessen, daß Art. 14 GG im wesentlichen auf Art. 153 WV zurückgeht, die WV aber in Art. 111 das Recht zum Erwerb von Grundeigentum gesondert aufführte. Zum anderen mag man aus dem Grundverständnis des Eigentums als objektivierter Freiheit auf die Notwendigkeit von in der Außenwelt erkennbaren Objektivationen schließen⁴⁴. Allerdings ist dann nicht einzusehen, wieso für diese Objektivationen nicht erkennbare berufsbezogene Handlungen genügen sollen.

Entscheidend ist, daß durch die Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz die Schutzbereiche der Art. 12 und 14 GG abgegrenzt werden sollen⁴⁵. Die Abgrenzung wird mit Hilfe einer funktionalen Betrachtungsweise gewonnen. Art. 14 GG gewährt den objektsbezogenen, Art. 12 GG den handlungsbezogenen Schutz. Diese funktionale Betrachtungsweise liegt auch der Formulierung zugrunde, Art. 14 GG gewähre nur statischen Eigentumsschutz⁴⁶. Dasselbe gilt, wenn die Abgrenzung zwischen Art. 12 und 14 GG darin gesehen wird, daß Art. 14 GG mehr auf die Vergangenheit, Art. 12 GG dagegen mehr auf die Zukunft bezogen sei, Art. 14 GG mehr das Resultat der eigenen Leistung, Art. 12 GG dagegen mehr die Leistung selbst im Auge habe, bei Art. 14 GG der Schwerpunkt auf dem Erfolg, bei Art. 12 GG auf der Betätigung liege⁴⁷.

⁴³ Dazu *Wittig* NJW 1967, 2185 (2186).

⁴⁴ So *Dürig* Apeltfestschrift 13 (30 ff., 47).

⁴⁵ Vgl. *Herzog* Sp. 375 (378); *Wittig* NJW 1967, 2185 (2188); *Scheuner* VVDStRL 22, 1 (38 Fn 111); *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (285); *R. Schneider* VerwArch 58 (1967), 301 (345 Fn 201); *Zitzelsberger* 9 f., 170; wohl auch *Wolff* Verwaltungsrecht I 454.

⁴⁶ So *Dürig* VVDStRL 25, 416 (417); ähnlich *Nicolaysen* Schackfestschrift 107 (116 Fn 51).

⁴⁷ So *Wittig* NJW 1967, 2185 (2188).

Ein Vergleich mit der Entwicklung im Wettbewerbsrecht zeigt, daß diese funktionale Betrachtungsweise beim Schutz der gewerblichen Betätigung durch Grundrechte sachgerecht ist. Die Entwicklung des gewerblichen Rechtsschutzes vom Persönlichkeitsrecht zum Funktionsrecht ist ebenfalls durch funktionsorientierte Erwägungen gekennzeichnet⁴⁸.

Der Unschärfegrad, mit dem diese Betrachtungsweise behaftet ist, zeigte sich bereits bei der Untersuchung, inwieweit in den Erwerbsschutzfällen die objektsbezogene Betrachtungsweise des Bestandsschutzes ausgeschlossen ist. Die dort festgestellte Unschärfe ist keine Besonderheit der genannten Fälle. Sie wird vielmehr in der Literatur schon bei der Abgrenzung der Schutzbereiche der Art. 12 und 14 GG erkannt. So weist *Scheuner*⁴⁹ darauf hin, daß Art. 12 und 14 GG sich zum Teil deckten und sogar auswechselbar seien. Ebenso spricht *Lerche*⁵⁰ von einer Vertauschbarkeit des verfassungsrechtlichen Schutzes in Randzonen. In solch einer Randzone liegen die Erwerbsschutzfälle.

§ 34

Exkurs in das Schweizer Recht

Die Austauschbarkeit eines Teiles der Schutzbereiche der Grundrechte auf Eigentum und Berufsfreiheit wird bestätigt durch einen Vergleich mit der Rechtslage in der Schweiz.

Dort wird der Eigentumserwerb unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen der Freiheit der Erwerbstätigkeit (Art. 31 Bundesverfassung) und nicht im Rahmen der Eigentumsfreiheit geschützt. Auf Grund einer funktionalen Betrachtungsweise wird die Betroffenheit des Eigentums außer acht gelassen⁵¹. So gilt die Verfügungsmacht des Eigentümers immer dann als ein verfassungsrechtlich gleichgültiges Zwischenglied, wenn sie nur ein Mittel für die durch die Freiheit der Erwerbstätigkeit geschützte Wirtschaftstätigkeit ist⁵². Nach deutschem Recht ist wesentlich, ob das Eigentum in seiner Verfügungsmacht über Wirtschaftsmittel und Produkte betroffen ist. Das schweizerische Recht stellt demgegenüber darauf ab, daß diese Verfügungsmacht ja nur eine Voraussetzung der durch die Gewerbefreiheit primär geschützten Wirtschaftstätigkeit ist⁵³.

Die unterschiedliche Betrachtungsweise erklärt sich daraus, daß in beiden Staaten jeweils nur eine Freiheit, und zwar jeweils die andere, voll ausgebildet war⁵³. So steht der staatsgerichtete Eigentumsschutz in

⁴⁸ Vgl. *Burmann* WRP 1968, 258 (262 ff.).

⁴⁹ VVDStRL 22, 1 (38 Fn 110).

⁵⁰ *Übermaß* 275; ähnlich *Rüfner* Der Staat 7 (1968), 41 (49).

⁵¹ *Huber* Gewährleistung 49 (68); *Marti* 44 ff.

⁵² *Huber* Gutzwillerfestgabe 535 (543 f.).

⁵³ Dazu ausführlich *Huber* Gutzwillerfestgabe 535 (544 ff.).

Deutschland in einer gefestigteren Tradition als die Erwerbsfreiheit. Die Gewerbefreiheit der Gewerbeordnung war auf ihre Stoßrichtung gegen das Zunftwesen ausgerichtet. Sie enthält nicht die Vertragsfreiheit. Symptomatisch ist die anfängliche unsichere Behandlung des Art. 12 GG⁵⁴. Demgegenüber entsprach die Gewerbefreiheit in der Schweiz im wesentlichen seit jeher der Wirtschaftsfreiheit im heutigen Sinne. Sie ist nur durch justiziable polizeirechtliche Vorbehaltsschranken einzuengen⁵⁵. Andererseits enthält die Schweizer Bundesverfassung keine ausdrückliche Eigentumsgarantie.

Zwar wird in der Schweiz eine angestrebte Erwerbstätigkeit geschützt. Eine Entschädigung wegen der Verletzung der Erwerbsfreiheit, die mit der Sonderopferentschädigung verglichen werden könnte, wird aber nicht geleistet⁵⁶. Einen allgemeinen Aufopferungsgedanken wie im deutschen Recht gibt es im schweizerischen nicht⁵⁷. Die Bedeutung des Vergleichs, die Austauschbarkeit eines Teils der Schutzbereiche der beiden Grundrechte zu bestätigen, wird dadurch nicht gemindert.

Zweites Kapitel

Die Gleichsetzung von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Recht am Gewerbebetrieb

§ 35

Das privatrechtliche Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Obwohl der Bundesgerichtshof auf dem in der Theorie klaren Standpunkt steht, daß Art. 14 GG auf Bestandsschutz zu beschränken ist, geht er, wie gezeigt¹, tatsächlich weiter. Besonders eindrucksvolle Chancen werden als Bestandteile des Rechtes am Gewerbebetrieb substantiiert. Zur Aufhellung dieses Gegensatzes ist auf die Struktur des aus dem Privatrecht ins öffentliche Recht übertragenen Rechts am Gewerbebetrieb einzugehen.

Das privatrechtliche Recht am Gewerbebetrieb, wie es im Rahmen des § 823 BGB geschützt wird, setzt der Bundesgerichtshof gleich mit dem

⁵⁴ Dazu *Uber* 139 ff.

⁵⁵ *Huber Gutzwillerfestgabe* 535 (554 m. w. N.).

⁵⁶ Vgl. *Marti* 257 ff.; mit Erlaß des Verantwortlichkeitsgesetzes, Sammlung der eidgenössischen Gesetze 1958, 1413 wurde inzwischen eine reine Rechtswidrigkeitshaftung eingeführt.

⁵⁷ Vgl. *Gueng* 5.

¹ Vgl. oben § 10; *Luhmann* 115.

Recht am Gewerbebetrieb im Rahmen des Art. 14 GG². Der Begriff des Gewerbebetriebes könne nur einheitlich gefaßt werden. Der im Hinblick auf § 823 BGB angewendete Schutz des Gewerbebetriebes mit allen seinen Ausstrahlungen müsse daher auf die Entschädigung wegen Enteignung oder enteignungsgleichen Eingriffs übertragen werden.

Die herrschende Ansicht³ versteht das Recht am Gewerbebetrieb sowohl im Rahmen des § 823 BGB als auch des Art. 14 GG als ein Rahmenrecht, dessen Grenzen in wirtschaftlich wertender Betrachtungsweise zu bestimmen sind, indem die geschützte Substanz des Gewerbebetriebes, zu dem die Sach- und Rechtsgesamtheit, alle Erscheinungsformen, der Tätigkeitskreis, die gesellschaftlichen Beziehungen und Verbindungen, der Kundenstamm zählen, von den ungeschützten Interessen, Erwartungen und tatsächlichen Vorteilen abgegrenzt wird⁴. Geschützt werden zwei Bereiche⁵, das objektiv verkörperte Unternehmen und die Erwerbstätigkeit, letztere aber nur im bestehenden Unternehmen⁶.

Das so verstandene Recht am Gewerbebetrieb wird von zwei Seiten angegriffen. Einmal wird seine Existenzberechtigung überhaupt in Frage gestellt, zum anderen der Schutzbereich als zu eng angesehen.

Eine Rechtsordnung, die ihren Subjekten die Freiheit gewerblicher Betätigung gewähre, könne nicht gleichzeitig einen Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbssaussichten durch ein absolutes Recht schützen. Die mangelnde Bestimmtheit des Rechts führe zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit⁷. Ein absolutes Recht könne nur einen Gegenstand als Grundlage haben, entweder eine Sache oder einen Bestandteil der menschlichen Person. Ein Recht am Gewerbebetrieb könne nicht bestehen, da dieser eine Gesamtheit von Gegenständen und

² So ausdrücklich *BGHZ* 23, 158 (162) U. v. 28. 1. 1957 III ZR 141/55; neuestens noch *BGH NJW* 1969, 1207 (1208) U. v. 18. 3. 1969 VI ZR 204/67; ebenso *Pagen-darm* in Anm. z. U. in *LM Art. 14 GG* Nr. 63; zweifelnd *Kreft* in Anm. z. U. in *LM Art. 14 GG* (Cf) Nr. 18.

³ Vgl. *BGHZ* 45, 296 (306 ff.) U. v. 21. 6. 1966 VI ZR 261/64; *BGHZ* 45, 150 (155) U. v. 31. 1. 1966 III ZR 110/64; *Fikentscher Schuldrecht* 652 ff.; *Uhlitz NJW* 1966, 2097; *Nipperdey NJW* 1967, 1985 (1987 m. w. N.).

⁴ *Götz* 274 und *Koppensteiner* BB 1967, 217 (221 f.) bezeichnen die Formulierung des Bundesgerichtshofes, die gesamte Erscheinungsform einschließlich einzelner Ausstrahlungen, als Gegensatz zur Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes, das den Gewerbebetrieb nur in seiner Substanz als geschützt ansieht (*BVerfGE* 13, 225 (229)). Zu Unrecht, auch der Bundesgerichtshof verlangt, daß der Eingriff in eine Ausstrahlung des Gewerbebetriebes zu dessen Substanzverletzung führt (*BGH NJW* 1968, 293 f. U. v. 7. 12. 1967 III ZR 83/65; *BGH NJW* 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64).

⁵ Dazu oben § 31.

⁶ Insoweit am weitestgehenden, jedoch ohne grundsätzlich abzuweichen *BAG NJW* 1964, 1291 (1292 f.) U. v. 20. 12. 1963 I AZR 157/63: der Schutz erstreckte sich auch auf eine erst geplante Ausweitung des Betätigungsbereiches des Gewerbebetriebes, soweit diese Ausweitung in Zusammenhang mit einem bestehenden Unternehmen stehe.

⁷ Vgl. *Mestmäcker* JZ 1958, 521 (526); ähnlich *Raiser* JZ 1961, 465 (469).

Handlungen sei. Nicht ein Recht am Gewerbebetrieb, sondern das Recht auf Entscheidungsfreiheit und das Vermögen würden in Wirklichkeit geschützt⁸.

Diese Kritik träge nur ein absolutes Recht. Das Recht am Gewerbebetrieb als ein Rahmenrecht, d. h. einen Katalog von Verhaltenspflichten für wirtschaftlich tätige Personen, trifft sie nicht. Die Rechtswidrigkeit des einen Gewerbebetrieb beeinträchtigenden Verhaltens wird nicht wie bei einem absoluten Recht indiziert, sondern ist positiv durch eine Güterabwägung zu bestimmen. Von der Rechtswidrigkeit des Eingriffs kann erst auf seine Tatbestandsmäßigkeit geschlossen werden⁹.

Die entgegengesetzte Kritik fordert die Ausweitung des Rechtes am Gewerbebetrieb auf den Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung als solcher, auch ohne bestehenden Gewerbebetrieb¹¹. Die Erweiterung sei mit Rücksicht auf den auch bei der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachtenden Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG geboten¹². Nach *Hefermehl* soll das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit den Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen des § 823 BGB übernehmen¹³. Überwiegend wird gestützt auf Art. 2, 12 GG das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterschieden¹⁴. Bei dieser privatrechtlichen Problematik ist zu fragen, was geschützt werden soll. Gilt der Schutz vornehmlich dem ideellen Wert der freien Entfaltung der Persönlichkeit gerade in ihrer Erwerbstätigkeit, dann ist die geforderte Erweiterung zutreffend. Wenn aber nicht die Erwerbstätigkeit als solche, sondern die ungestörte Tätigkeit gerade des eingerichteten Gewerbebetriebes geschützt werden soll, dann ist die Beschränkung auf die eigentumsähnliche Obereinheit Recht am Gewerbebetrieb als Vermögensgegenstand gerecht-

⁸ So *Wolf* Von Hippel festschrift 665 (676 ff.).

⁹ Vgl. *Ramm* Arbeit und Recht 1966, 161 (163).

¹⁰ Vgl. *BGHZ* 45, 296 (306 ff.) U. v. 21. 6. 1966 VI ZR 261/64 unter ausdrücklicher Abweichung von *BGHZ* 3, 270 (278 ff.) U. v. 26. 10. 1951 I ZR 8/51; *Uhlitz* NJW 1966, 2097; *Nipperdey* NJW 1967, 1985 (1991).

¹¹ So *Fikentscher* Schuldrecht 656 f., *Kronsteinfestgabe* 261 (281); *Nipperdey* NJW 1967, 1985 (1987); v. *Caemmerer* 90; *Brox-Rüthers* 119 ff.; *Baumbach-Hefermehl* I Allg. Rn 109; *Säcker* Arbeit und Recht 1965, 352 (361 Fn 69); *Weber* NJW 1957, 618; *Henkel* 9, 18; *R. Schneider* VerwArch 58 (1967), 197 (209 Fn 21); *Wiedemann* Anm. z. *BGH* U. v. 15. 11. 1966 VI ZR 65/65 JR 1967, 381 f.; einschränkend auch *Puttfarcken* Grur 1962, 500 (502 f.); im Ergebnis auch *Wolf* Von Hippel festschrift 665 (682 ff.).

¹² So *Nipperdey* NJW 1967, 1985 (1987); *Fikentscher* Schuldrecht 565.

¹³ Vgl. *Baumbach-Hefermehl* I Allg. Rn 109; kritisch dazu *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (282 f.); ähnlich *Puttfarcken* Grur 1962, 500 (502 ff.). Er stellt die gewerbliche Tätigkeit ohne Betriebsorganisation zwar auch dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, will aber die Entscheidung wegen des dann nur vorliegenden immateriellen Schadens (?) versagen.

¹⁴ So *Nipperdey* NJW 1967, 1985 (1987); *Henkel* 9; *Säcker* Arbeit und Recht 1965, 631 Fn 69; wohl auch *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (281).

fertigt¹⁵. Der Bundesgerichtshof beschränkt den Schutz ohne Begründung auf die zweite Variante.

Eine mehr als fünfzigjährige Rechtsprechung hat im Wege richterlicher Rechtsfortbildung¹⁶ durch das Recht am Gewerbebetrieb die Beschränkung des § 823 Abs. 1 BGB auf einzelne geschützte Rechtsgüter gesprengt¹⁷. Das Recht am Gewerbebetrieb gewährt im Rahmen des § 823 BGB einen besonderen Vermögensschutz, der an die Verletzung von Verhaltenspflichten anknüpft¹⁸. Nicht das Eigentum an einem Gegenstand allein ist geschützt, sondern ein Inbegriff von Sachen, Rechten und Immaterialgütern zusammengefaßt zu einer Obereinheit, die auch den ideellen Wert der freien Entfaltung der Persönlichkeit in ihrer Erwerbstätigkeit im Rahmen eines bestehenden Unternehmens umfaßt. Dieser Schutz der Gesamtheit des als Unternehmen im Wirtschaftsleben arbeitenden Vermögens einer Person vor der Einhaltung von Verhaltenspflichten durch die Konkurrenten, zusammengefaßt unter dem Recht am Gewerbebetrieb, kann nicht ohne weiteres mit dem durch die objektsbezogene Betrachtungsweise gekennzeichneten Eigentumsschutz des Art. 14 GG gegenüber Hoheitsträgern gleichgesetzt werden.

§ 36

Die Unterschiede zum öffentlichen Recht am Gewerbebetrieb

Die das öffentliche Recht kennzeichnende Vertikalsicht gilt ebenso wie für das Eigentum auch für das eigentumsähnliche Recht am Gewerbebetrieb. Die Interessenlage beim Schutz des Unternehmens gegen Eingriffe des Staates ist eine andere als beim Schutz des Unternehmens durch § 823 Abs. 1 BGB gegenüber Privaten¹⁹. Die Vermögenswerte, die unter dem Begriff am Gewerbebetrieb als privatrechtliches Eigentum durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt werden, brauchen ebensowenig wie andere Vermögenswerte, die nicht gewerblich genutzt werden, mit dem durch Art. 14 GG geschützten staatsgerichteten Eigentum identisch zu sein²⁰. Wird z. B. ein betrieblich genutztes Grundstück polizeiwidrig

¹⁵ Vgl. *Larenz* II, 423 f.

¹⁶ Für Wohnheitsrecht sprechen sich aus: v. *Caemmerer* 89; *Brox-Rüthers* 119; *Schippel* 2 f.; *Nipperdey* NJW 1967, 1985 (1987); *Hueck* Herschelfestschrift 35 f.; *Larenz* II 422; *Deutsch* Jus 1967, 152 (153 f.); *Säcker* Arbeit und Recht 1965, 361 Fn 69; *Henkel* 7.

¹⁷ Vgl. v. *Caemmerer* 90.

¹⁸ Vgl. *Fikentscher* Kronsteinfestgabe 261 (264).

¹⁹ So *Nipperdey* Marktwirtschaft 54 Fn 104. Er folgert daraus, gegenüber dem Staat könne es, anders als im Privatrecht, nur Bestandsschutz durch das Recht am Gewerbebetrieb geben.

²⁰ Zum staatsgerichteten Eigentum vgl. *Rupp* Grundfragen 233 ff., 237 ff.; bezeichnenderweise erörtert *Rupp* 234 Fn 415 den Fall eines vom Bundesgerichtshof durch das Recht am Gewerbebetrieb zu schützenden Anliegers; vgl. auch *Martens* Schackfestschrift 85 (93); sowie schon *Jellinek* 412.

bebaut, so ist der Bau ein Bestandteil des privatrechtlich geschützten, wirtschaftlich arbeitenden Vermögens. Wird der Bauherr wegen formeller und materieller Illegalität des Baues durch baupolizeiliche Verfügung zum Abriß herangezogen, so ist er dazu verpflichtet. Der Bau wird nicht durch Art. 14 GG geschützt, obwohl er privatrechtlich vom Recht am Gewerbebetrieb umfaßt wird. Es liegt kein staatsgerichtetes Eigentum vor. Schon aus diesem Grunde kann daher der Gleichsetzung der beiden Rechte am Gewerbebetrieb nicht gefolgt werden.

Die Unterschiede zwischen dem Recht am Gewerbebetrieb im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB und dem im öffentlichen Recht geschützten werden noch deutlicher durch einen Vergleich der privatrechtlichen Erwerbsschutzfälle mit denen des öffentlichen Rechtes. Erweitert man das privatrechtliche Recht am Gewerbebetrieb zu einem umfassenden Recht auf freie berufliche Betätigung, wie es die herrschende Meinung fordert, so bedeutet dies, daß, wie gezeigt, der ideelle Wert der freien Entfaltung der Persönlichkeit gerade in ihrer Erwerbstätigkeit stärker betont wird. Sekundär ist die Frage, ob der Schutz durch das in § 823 Abs. 1 BGB gesicherte Rechtsgut Freiheit²¹ oder das ebenfalls in § 823 Abs. 1 BGB gesicherte allgemeine Persönlichkeitsrecht²² oder ein als selbständiges, ebenfalls in § 823 Abs. 1 BGB angesiedeltes, Rahmenrecht²³ auf freie gewerbliche und berufliche Betätigung übernommen werden soll. Der Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung durch § 823 BGB würde dadurch nicht gesprengt. Daran ändert nichts, daß der Bundesgerichtshof diesen Schritt noch nicht getan hat. Warum der Bundesgerichtshof bisher seine Rechtsprechung insoweit einschränkte, interessiert hier nicht²⁴. Würde als öffentlich-rechtliches Seitenstück zu diesem Vorgang der Bundesgerichtshof im öffentlichen Recht Erwerbsschutz gewähren, so würde demgegenüber der auf Bestandsschutz beschränkte Schutz des Art. 14 GG gesprengt. Erwerbsschutz könnte anders als beim § 823 BGB durch Art. 14 GG nicht gewährt werden. Anderenfalls würde die Abgrenzung zu anderen Grundrechten verschwimmen. Somit zeigt sich, daß über die Folgen der öffentlich-rechtlichen Vertikalsicht hinaus²⁵, auch als Konsequenz des statischen, mehr auf die Vergangenheit, das Produkt, bezogenen²⁶ Charakters des Eigentumsschutzes durch Art. 14 GG

²¹ So Wolf Von Hippelfestschrift 665 (683 ff.); es schadet nicht, daß das Recht dann vielleicht anders genannt würde.

²² So Hefermehl in Baumbach-Hefermehl I Allg. Rn 109; einschränkend auch Puttjarcken Grur 1965, 500 (502 f.).

²³ So Nipperdey NJW 1967, 1985 (1987); Fikentscher Kronsteinfestgabe 261 (282 f.); diese Ansicht erscheint zutreffend.

²⁴ Dazu Fikentscher Kronsteinfestgabe 261 (281).

²⁵ Die dort behandelte Problematik war immerhin durch den Schutz im Rahmen je einer Vorschrift in beiden Rechtsgebieten (Art. 14 GG, § 823 BGB) gekennzeichnet.

²⁶ Der Katalog der Abgrenzungstopoi ist nicht abschließend.

eine Gleichsetzung des öffentlichen Rechtes am Gewerbebetrieb mit dem dynamischen, zukunftsbezogenen, mehr die Leistung betonenden²⁶, Erwerbsschutz grundsätzlich umfassenden, privatrechtlichen Recht am Gewerbebetrieb des § 823 BGB ausgeschlossen wird. Aus dem genannten Charakter des Erwerbsschutzes folgt, daß er durch ein im Bereich des Art. 14 GG angesiedeltes Recht am Gewerbebetrieb nicht geschützt werden kann. Die unterschiedslose Gleichsetzung beider Rechte durch den Bundesgerichtshof ist ein Beispiel für die nicht gerechtfertigte Übernahme privatrechtlicher Institute ins öffentliche Recht.

Mit dem Ausschluß der Erwerbsschutzfälle aus dem Schutzbereich des Art. 14 GG entfällt eine Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff. Diese wird ja aus Art. 14 GG hergeleitet.

Das Ergebnis wird dadurch bestätigt, daß Fikentscher²⁷ und Wolff²⁸ zwar in den hier behandelten Fällen öffentlich-rechtlichen Erwerbsschutz vorschlagen, einen Schutz durch Art. 14 GG aber bezweifeln.

²⁷ Kronsteinfestgabe 261 (285).

²⁸ Verwaltungsrecht I 454.

Zweiter Abschnitt

Lösung der Sonderopferentschädigung von Art. 14 GG

§ 37

Das Entschädigungsmonopol des Art. 14 GG

Der Ausschluß der Erwerbsschutzfälle aus dem Schutzbereich des Art. 14 GG wirft die Frage auf, ob im Rahmen der Sonderopferlehre unter dem Schutzbereich eines anderen Grundrechtes Entschädigung gewährt werden kann. Oder ist es vielleicht so, daß der Bundesgerichtshof einen begrenzten Erwerbsschutz deshalb unter der Hand durch Art. 14 GG gewährt, weil andernfalls nach der Sonderopferlehre gar keine Entschädigung gewährt werden könnte? Mit anderen Worten: ist die Konsequenz aus der Tatsache, daß der Erwerbsschutz durch Art. 14 GG nicht möglich ist, daß Entschädigung über die Sonderopferlehre in diesen Fällen ganz ausgeschlossen ist¹.

Der Bundesgerichtshof hat in den Urteilen vom 20. 9. 1962² und vom 5. 4. 1965³ offen gelassen, inwieweit ein rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in das Grundrecht der freien Berufswahl und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einen Entschädigungsanspruch zu begründen geeignet ist.

In der Wertgarantie des Art. 14 Abs. 3 GG wird eine Sonderstellung dieses Grundrechtes gesehen⁴. Nur im Falle des Art. 14 gestatte das Grundgesetz die Abwendung der Nichtigkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung, indem gleichzeitig Entschädigung gewährt werde⁵. Überschreite der Gesetzgeber z. B. das Verhältnismäßigkeitsprinzip, so lasse sich nur aus Art. 14 GG ein Anspruch auf Entschädigung ableiten⁶.

¹ Die Ausführungen Weyreuthers 96 f. zeigen, daß diese Meinung zumindest „im Raume steht“.

² DVBl. 1963, 24 f. III ZR 98/60.

³ VersR 1965, 693 (695) III ZR 201, 63 (auf Art. 2 Abs. 1 GG beschränkt).

⁴ Haas System 35.

⁵ H. H. Klein BB 1967, 297 (301); ähnlich, wenn auch positiv formuliert, Kreft Aufopferung 33: Art. 14 GG unterscheidet sich von anderen Grundrechten dadurch, daß bei einer Verletzung des Eigentums die Entschädigungspflicht vorausgesetzt werde.

⁶ H. H. Klein Der Staat 6 (1967), 395 (396).

Dem entspricht es, wenn für das Schweizer Recht eine Entschädigung wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in die Handels- und Gewerbefreiheit abgelehnt wird, weil der Handels- und Gewerbefreiheit die besondere Eigenschaft der Eigentumsgarantie fehle, für den Fall des zulässigen Eingriffs eine Entschädigungspflicht vorzusehen⁷.

Diese Meinung ist mit der Entschädigung wegen Aufopferung zu konfrontieren. Erleidet eine Person infolge einer gesetzlich vorgeschriebenen Impfung einen schweren Gesundheitsschaden, so wird der Eingriff in der gesetzlich vorgeschriebenen Impfpflicht gesehen⁸. Der gesetzessvollziehende Verwaltungsakt und die Impfung selbst sind nur weitere Kausalfaktoren. Man kann daher in diesem Fall ebenso wie in der von Klein⁹ behandelten gesetzlichen Anordnung einer Bevorratungspflicht der Mineralölindustrie von einer gesetzlichen Grundrechtsbeeinträchtigung sprechen. Wenn der Gesetzgeber die Impfpflicht anordnet, rechnet er auch mit den erfahrungsgemäß, wenn auch nur selten, auftretenden schweren Schäden. Er billigt sie zwar nicht, nimmt sie aber im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege in Kauf. Wäre die gesetzlich angeordnete Impfung in der Regel mit ernststen Gefahren verbunden, so wäre, würde man die Regelung im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege zulassen, in diesem Fall auch in der Regel ein Aufopferungsanspruch gegeben¹⁰.

Von einem Entschädigungsmonopol des Art. 14 GG könnte man nur dann sprechen, wenn auch die Aufopferungsentschädigung aus Art. 14 GG abgeleitet würde¹¹. In den Impffällen ist das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) verletzt. Art. 14 GG als Schutznorm des Eigentums kann nicht tangiert sein. Der Hinweis auf Art. 14 GG kann nur dahin verstanden werden, daß Art. 14 GG als gesetzliche Ausprägung der Sonderopferlehre gemeint ist. Sowohl der Aufopferung als auch der Enteignung und dem enteignungsgleichen Eingriff liegt die Verletzung des Opferausgleichsatzes zugrunde. Der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG führt zur Entschädigung wegen der Verletzung des Opferausgleichsatzes¹². Die Sonderopferlehre führt

⁷ Vgl. Marti 262.

⁸ Vgl. BGHZ 45, 290 (292) U. v. 6. 6. 1966 III ZR 167/64.

⁹ H. H. Klein BB 1967, 297 (301).

¹⁰ So Horst 47 bezüglich einer vorgeschriebenen Heilmethode.

¹¹ So anscheinend BGH WM 1958, 1397 U. v. 30. 6. 1958 III ZR 78/57, wo ein Landesimpfgesetz auf seine Vereinbarkeit mit Art. 14 GG geprüft wird. Vgl. auch Steffen DRiZ 1967, 110; Menger VerwArch 56 (1965), 177; im U. v. 23. 11. 1959 BGHZ 31, 187 ff. III ZR 146/58 ist von Art. 14 GG nicht die Rede. Es ist daher nicht einzusehen, warum der BGH das Impfurteil unter den Schutzbereich des Art. 14 GG eingereiht haben sollte (so Menger).

¹² Vgl. auch Wolff Verwaltungsrecht I 423; dort ist vom Gleichheitssatz die Rede. Gemeint ist der Opferausgleichsatz, denn nur dessen Verletzung führt zur Entschädigung; vgl. auch Wahl-Soell AcP 167 (1967), 1 (20).

nicht nur bei Eingriffen in den Schutzbereich des Art. 14 GG zur Entschädigung.

Dies entspricht der Ansicht des Bundesgerichtshofes in der zur Aufopferung grundlegenden Entscheidung vom 19. 2. 1953¹³: „Der in § 75 Einleitung ALR normierte Grundsatz der Entschädigungspflicht des Staates ist in dieser Gesetzesbestimmung selbst *gegenständlich* nicht beschränkt, sondern er umfaßt *jedes* Sonderopfer, das der Einzelne an *irgendwelchen Rechtsgütern* zum Wohle der Allgemeinheit zu bringen genötigt wird... Über Eingriffe in *sonstige* Rechtsgüter, *insbesondere* Eingriffe in die körperliche Integrität des Einzelnen aber wollte sie (die Kobinettorder vom 4. 12. 1831) nichts besagen... daraus, daß das Grundgesetz in Art. 14 für Eingriffe in das Eigentum ausdrücklich eine Entschädigung vorsieht, kann nicht geschlossen werden, daß das Grundgesetz das Eigentum stärker als das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit geschützt wissen wollte und bei diesen Grundrechten eine Entschädigungspflicht ausgeschlossen sehen wollte.“ Die Hervorhebung des Eigentums durch Art. 14 GG sei darauf zurückzuführen, daß Eingriffe kraft Hoheitsrechts in die Rechtssphäre des Einzelnen in der Regel das Eigentum berührten. Es liege aber keinerlei Anhaltspunkt dafür vor, daß das Grundgesetz damit die Entschädigungspflicht bei Eingriffen anderer Art verneinen wolle. Die Enteignung sei nur ein Sonderfall der Aufopferung. Beide seien durch den Verstoß gegen den Gleichheitssatz gekennzeichnet. Die Stellung, die der Einzelne nach heutiger Anschauung zum Staat einnehme, und der im heutigen Rechtsstaat dem Einzelnen verfassungsmäßig garantierte Schutz seiner wichtigsten *Lebensgüter* (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum) gebiete, daß ein Schaden, den der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit durch Eingriffe in *diese* Lebensgüter erleide, nicht von ihm, sondern der Allgemeinheit zu tragen sei¹⁴.

Der Bundesgerichtshof beschränkt also die Sonderopferlehre nicht auf den Eingriff in das Eigentum¹⁵.

Dies entspricht auch einer in der Literatur weit verbreiteten Ansicht. So plädiert Ipsen¹⁶ für die Entschädigung der Ölindustrie, weil die gesetzlich angeordnete Bevorratungspflicht die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte wirtschaftliche Dispositionsfreiheit verletze. Er leitet die Entschädigung aus dem Rechtsgedanken der Gegenleistungspflicht ab, der im Grundrechtssystem gegenständlich nicht an den durch Art. 14 GG

¹³ BGHZ 9, 83 (88) III ZR 208/51; Hervorhebungen sind solche des Verfassers).

¹⁴ So BGHZ 9, 83 (90 f.) U. v. 19. 2. 1953 III ZR 208/51.

¹⁵ Vgl. auch Krefz DJT L 78.

¹⁶ AöR 90 (1965), 393 (430 ff.).

gewährleisteten Eigentumsschutz gebunden sei. Dieser Rechtsgedanke ist identisch mit dem Aufopferungsgrundsatz¹⁷.

Auf derselben Linie liegt es, wenn für den rechtswidrig nicht versetzten Schüler wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts Entschädigung über den Aufopferungsgrundsatz vorgeschlagen wird¹⁸.

Nach Dürig¹⁹ soll sogar bei jeder ungleichen Beeinträchtigung der freien Entfaltung der Persönlichkeit eine Aufopferung vorliegen.

Hubmann²⁰ ist der Ansicht, daß die Entschädigung wegen eines Sonderopfers neben dem Eigentum auch andere Rechte und geschützte Interessen, insbesondere die Persönlichkeitsgüter umfasse.

Wolff²¹ schlägt zur Lösung der Erwerbsschutzfälle vor, das rechtswidrige Verwaltungshandeln wegen eines Eingriffes in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) über die Aufopferung zu entschädigen.

Schließlich geht Konow²² davon aus, daß Eingriffe in alle Grundrechte über die Aufopferung entschädigt werden könnten.

§ 38

Folgerungen aus dem Nichtbestehen des Entschädigungsmonopols

Der These von der Sonderstellung des Art. 14 GG kann insoweit zugestimmt werden, als er ausdrücklich den Opferausgleichssatz enthält. Dies erklärt sich aus der historischen Entwicklung der Enteignung entsprechend den besonderen Landbeschaffungsbedürfnissen im 19. Jahrhundert²³.

¹⁷ So R. Schneider VerwArch 58 (1967), 301 (355), der auch aus der Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG mit Hilfe der Aufopferung die Entschädigung ableitet. Vgl. auch dort die Übereinstimmung von Ipsens Bewertungstopoi mit denen der Sonderopferlehre. Den Leistungsgesetzen, auf die Ipsen sich beruft, liegt der Aufopferungsgrundsatz zugrunde (vgl. Rumpff 109 ff.). Im Ergebnis ist allerdings die Entschädigung der Ölindustrie eher mangels Sonderopfers zu verneinen; vgl. dazu Krüger, Schackfestschrift 71 (78).

¹⁸ So Pötter zit. bei Hoppe DVBl. 1967, 195 f.; Rißner DVBl. 1967, 186 (187, 189), BB 1968, 881 (886); besser würde das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG) benannt, um eine Verwechslung mit dem privatrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu vermeiden. Zum unterschiedlichen Funktionsbereich beider Rechte Ramm Arbeit und Recht 1966, 161 (162).

¹⁹ In Maunz-Dürig-Herzog Art. 2 Abs. 1 Rn 27; dazu kritisch Wolff Verwaltungsrecht I 454.

²⁰ JZ 1968, 66 f. Anm. zu BGH U. v. 15. 6. 1967 III ZR 23/65.

²¹ Verwaltungsrecht I 454; ebenso Hoffmann DJT L 120.

²² DVBl. 1968, 205 (207); da er dem Aufopferungsgrundsatz den Verfassungsrang abspricht, ist er allerdings der Ansicht, daß nach dem GG mit Ausnahme des Art. 14 alle Grundrechte in den Grenzen des Art. 19 rechtmäßig entschädigungslos entzogen werden könnten.

²³ Dazu oben §§ 14, 15.

Eine weitere Besonderheit im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 2 GG ergibt sich aus der Direktionsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Auch die entschädigungslos zu dulden Impfpflicht greift in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG ein. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist betroffen, wenn der Körper, sei es auch nur minimal, verletzt wird. Erfolgt hingegen ein Vermögenseingriff auf Grund eines Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmenden Gesetzes, so ist das durch Art. 14 GG geschützte staatsgerichtete Eigentum nicht berührt²⁴. Im Unterschied zu Art. 2 Abs. 2 GG hat bei Art. 14 GG die Lehre vom besonderen Opfer eine doppelte Funktion²⁵. Bei Art. 2 Abs. 1 GG, in der Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes, wirkt sich die Direktionsbefugnis des Gesetzgebers wie bei Art. 14 GG aus. Insoweit liegt also keine Besonderheit gerade des Art. 14 GG vor.

Ein Eingriff in den Schutzbereich eines anderen Grundrechtes als den des Art. 14 GG kann also zur Entschädigung führen. Dem steht nicht entgegen, daß die Grundrechte zum status negativus gehören, also auf Abwehr und nicht auf Leistung (von Entschädigung) gerichtet sind. Zur Entschädigung kommt es erst mit Hilfe des Opferausgleichssatzes. Wird also der öffentlich-rechtliche Erwerbsschutz über Art. 14 GG abgelehnt, so ist damit noch nicht notwendigerweise die Entschädigung über die Sonderopferlehre ausgeschlossen.

Um so schwerer ist es verständlich, warum der Bundesgerichtshof in den Urteilen vom 20. 9. 1962²⁶ und vom 5. 4. 1965²⁷ entgegen seiner eigenen im Urteil vom 19. 2. 1953²⁸ ausgesprochenen Grundposition den Erwerbsschutz durch Art. 2 Abs. 1 oder Art. 12 GG kombiniert mit der Sonderopferlehre zwar anspricht, dann aber offenläßt. Dabei stellt der Bundesgerichtshof selbst fest, daß der Schutzbereich des Art. 14 GG nicht berührt sei. Der Hinweis auf die Betriebsbezogenheit des Eingriffs ist mangels eines vorhandenen Gewerbebetriebes wenig überzeugend. Die Argumentation erklärt sich daraus, daß das Gericht im öffentlichen Recht den Schutz des Unternehmens (auch des zukünftigen) über ein Recht am Gewerbebetrieb gewähren will, das durch die Gleichsetzung des Rechtes am Gewerbebetrieb im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB und des Art. 14 GG gekennzeichnet ist. Diese Gleichsetzung wurde abgelehnt.

Ebensowenig überzeugt die dem Bundesgerichtshof zustimmende Begründung, eine Entschädigung aus Aufopferung scheidet aus, da eine vermögenswerte Sonderopferlage vorliege²⁹. Auch bei Eingriffen in im-

²⁴ Vgl. BVerfG NJW 69, 309 (311) U. v. 18. 12. 1968 1 BvR 638, 673/64, 200, 238, 249/56.

²⁵ Vgl. dazu oben § 14.

²⁶ DVBl. 1963, 24 f. III ZR 98/60.

²⁷ VersR 1965, 693 (695) III ZR 201/63.

²⁸ BGHZ 9, 83 (88 ff.) III ZR 208/51.

²⁹ So Selmer 23.

materielle Güter, die nach Ansicht des Bundesgerichtshofes die Aufopferung von der Enteignung und dem enteignungsgleichen Eingriff unterscheiden, entstehen zu entschädigende Vermögensnachteile. Insofern kann auch bei der Aufopferung von einer vermögenswerten Sonderopferlage gesprochen werden³⁰.

Der öffentlich-rechtliche Erwerbsschutz läßt sich auch nicht mit der Begründung ablehnen, der Begriff der Enteignung setze einen Eingriff in bereits geschaffene Werte voraus³¹. Hinter dieser Argumentation verbirgt sich die zutreffende Erkenntnis, daß die Enteignung zum Schutzbereich des Art. 14 GG gehört und daher auf Bestandsschutz beschränkt ist. Eine Entschädigung wegen Aufopferung kann aber nicht deshalb abgelehnt werden, weil kein Schutz durch die Enteignung möglich ist.

Die Ausgliederung des öffentlich-rechtlichen Erwerbsschutzes aus dem Schutzbereich des Art. 14 GG auf den eines anderen Grundrechtes, verbunden mit dem Opferausgleichssatz, ist also möglich und im Interesse einer klaren Abgrenzung der Schutzbereiche der Grundrechte untereinander geboten.

³⁰ Vgl. Kreft JZ 1961, 767 f.

³¹ So Henkel 17.

Dritter Abschnitt

Erwerbsschutz durch Art. 12 GG

Erstes Kapitel

Ausschluß von Art. 2 Abs. 1 GG

§ 39

Das Interesse an der Kontinuität der Rechtsprechung ist besonders ausgeprägt, gerade weil als Vorschlag zur richterlichen Rechtsfortbildung ein kleiner, die Rechtsprechung abändernder Schritt erörtert wird.

Dem könnte Rechnung getragen werden, indem der Erwerbsschutz dem Schutzbereich des Art. 2 GG zugeordnet würde. Es könnte daran angeknüpft werden, daß der Bundesgerichtshof die Aufopferungsentschädigung aus der Verbindung der Sonderopferlehre mit dem Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG (körperliche Integrität) ableitet. Ebenso wird in der Literatur¹ aus der Verbindung des Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit der Sonderopferlehre Entschädigung gefordert. Auch wird Art. 2 Abs. 1 GG zum entschädigenden Schutz der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit verwendet².

Der Bundesgerichtshof hat aber die Aufopferungsentschädigung bisher nur bei einer Verletzung von Art. 2 Abs. 2 GG gewährt. Dieses Grundrecht ist gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG selbständig. Andererseits hat das Gericht in der zur Aufopferung grundlegenden Entscheidung vom 19. 2. 1953³ den Art. 2 Abs. 2 GG betont nur als einen von mehreren grundrechtlich gesicherten Schutzbereichen aufgezählt, deren Verletzung mit Hilfe der Sonderopferlehre zu entschädigen sei. Hinzu kommt, daß Art. 2 Abs. 1 GG unabhängig davon, ob man diese Vorschrift als Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit⁴, als Grundlage für zu entwickelnde neue unbenannte Freiheitsrechte⁵ oder lediglich als Norm des

¹ Vgl. Pötter bei Hoppe DVBl. 1967, 195 f.; Riefner DVBl. 1967, 186 (187, 189), BB 1968, 881 (886).

² Vgl. Ipsen AöR 90 (1965), 393 (430 ff.).

³ BGHZ 9, 83 (88 ff.) III ZR 208/51.

⁴ So das BVerfG in st. Rspr. seit E 6, 32 (36 ff.) U. v. 16. 1. 1957 I BvR 253/56.

⁵ So Schmidt AöR 191 (1966), 42 (75 ff.).

objektiven Verfassungsrechts⁶ ansieht, gegenüber den benannten Freiheitsrechten, die im Grundgesetz auf Art. 2 Abs. 1 folgen, subsidiären Charakter hat⁷. Deshalb sind erst die Schutzbereiche dieser Freiheitsrechte zu untersuchen.

Dem könnte entgegenstehen, daß in der ausführlichsten Untersuchung darüber, welchem Grundrecht das Recht auf Erwerb von Eigentum zuzuordnen sei, auf Art. 2 Abs. 1 GG rekuriert wird⁸. Dieser Untersuchung ist aber gerade als Mangel anzulasten, daß auf Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen wird, ohne zuvor den Schutz durch ein anderes Grundrecht (außer Art. 14 GG) erörtert zu haben⁹. Für eine Entschädigung über Art. 2 Abs. 1 GG könnte noch sprechen, daß Art. 2 Abs. 1 den Schutz der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit¹⁰ umfaßt. In den Erwerbsschutzfällen soll gerade die gewerbliche Betätigung geschützt werden. Die gewerbliche Betätigung kann jedoch als berufliche Arbeit bewertet werden. Zunächst ist daher der Schutz über das Grundrecht der Berufsfreiheit zu untersuchen.

Zweites Kapitel

Entschädigung über Art. 12 GG
in Verbindung mit der Sonderopferlehre

§ 40

Das besondere Opfer im Schutzbereich von Art. 12 GG

Entsprechend dem Vorschlag Wolffs¹, insbesondere aber wegen der Bezugspunkte, die deutlich wurden, als die Beschränkung des Schutzbereiches des Art. 14 GG auf den Bestandsschutz begründet wurde, ist es geboten, zu untersuchen, ob in den Erwerbsschutzfällen infolge der Verletzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG Entschädigung durch die Sonderopferlehre gewährt werden kann.

Zu diesem Zweck können Ergebnisse verwertet werden, die anlässlich der Kritik des Rechtes am Gewerbebetrieb, wie es sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darstellt, gefunden wurden. Das

⁶ So v. Mangoldt-Klein I 167.

⁷ Zu dieser „Spezialitätslehre“ vgl. Berg Jus 69, 16 (17).

⁸ So Wittig NJW 1967, 2185 (2187 f.).

⁹ Bezeichnenderweise fehlt am Ende (NJW 1967, 2188) eine klare Abgrenzung zum Schutz durch Art. 12 GG, obwohl zumindest dessen teilweise Relevanz erkannt wird. Anders mit Recht Herzog Sp. 375 (378), an den Wittig anknüpft.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 21, 245 (249) U. v. 4. 4. 1967 I BvR 126/65; Ipsen Planung II 93 ff.; a. A. v. Mangoldt-Klein I 173.

¹ Verwaltungsrecht I 454; vgl. auch Hoffmann DJT L 120.

Recht am Gewerbebetrieb kann im Privatrecht ein Persönlichkeits- oder ein Güterrecht oder beides sein. Im öffentlichen Recht schützt Art. 14 GG das Eigentum und dessen Benutzung. Zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zählt das Interesse an der bloßen gewerblichen Betätigung unabhängig von einem bestehenden Betrieb oder zumindest nicht als Nutzung von öffentlich-rechtlich geschütztem Eigentum. Diese Aufteilung des Schutzes der gewerblichen Betätigung durch unterschiedliche Betonung der güterrechtlichen oder der persönlichkeitsrechtlichen Komponente ist mit Rücksicht auf die Verwandtschaft der Schutzbereiche der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG sachlich geboten. Insoweit die gewerbliche Betätigung dem Art. 12 Abs. 1 GG als Persönlichkeitsrecht zugewiesen wird, ergibt sich eine Parallele zur Entschädigung mit Hilfe der Sonderopferlehre bei Verletzung des Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit². Wird der Akzent auf den ideellen Wert der freien Entfaltung der Persönlichkeit in ihrer Erwerbstätigkeit gelegt, so schließt das den Schutz von damit verbundenen Vermögenswerten nicht aus³. Denn die Aufopferung wird in der Definition des Bundesgerichtshofes gerade wegen Vermögensnachteilen bei Eingriffen in immaterielle Güter gewährt. Das verdeutlicht auch die Regelung im privatrechtlichen Schadensersatzrecht. § 823 Abs. 1 BGB entschädigt den Vermögensschaden, der durch Verletzung der Persönlichkeitsrechte Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit entsteht, § 847 BGB über den Vermögensschaden hinaus noch den Nichtvermögensschaden.

Gegen die Entschädigung wegen eines Eingriffs in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG könnte sprechen, daß auf diese Weise gewissermaßen durch die Hintertür Entschädigung zugesprochen würde, obwohl im Rahmen des Schutzbereiches des Art. 14 Abs. 1 GG, also in vertrauter Umgebung, die Entschädigung abgelehnt wurde. Das folgte aber daraus, daß die Erwerbsschutzfälle wegen der Beschränkung des Art. 14 Abs. 1 GG auf Bestandsschutz leer ausgingen. Diese Beschränkung war wegen der Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 GG notwendig. Bestünde dieses Problem nicht, so könnten die Erwerbsschutzfälle unter den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG fallen. Wenn sie nun dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zugewiesen werden, so kann von der bloßen Entscheidung über den Schutzbereich beider Grundrechte noch nicht auf die Unmöglichkeit der Entschädigung geschlossen werden. Gegen die Verwendung von Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der Sonderopferlehre könn-

² Vgl. Pötter zit. bei Hoppe DVBl. 1967, 195 f.; RUFNER DVBl. 1967, 186 (187, 189), BB 1968, 881 (886).

³ So für das Privatrecht Larenz II 423 f.; Baumbach-Hefermehl Allgem. Rn 9; nicht eindeutig Fikentscher Kronsteinfestgabe 261 (283); unzutreffend Puttfarcken Grur 1962, 500 (504): bei hoheitlichen Maßnahmen gegen Frei-berufler ohne eingerichteten Gewerbebetrieb liege nur ein immaterieller Schaden vor.

ten die Untersuchungen *Martis*⁴ zur Schweizer Handels- und Gewerbe-freiheit ins Feld geführt werden, dies zumal die Handels- und Gewerbe-freiheit in der Schweiz stärker zum Schutz des Wirtschaftslebens verwen-det wird als Art. 12 Abs. 1 GG in der Bundesrepublik Deutschland. Zu der meines Wissens bisher einzigen Untersuchung der Frage, inwieweit aus dem Grundrecht der Gewerbe-freiheit anstelle der Eigentums-garantie Entschädigung gewonnen werden kann, wurde schon bemerkt, daß sie für unser Recht nur deshalb beschränkt verwendbar ist, weil in der Schweiz der allgemeine Aufopferungsgrundsatz nicht gilt⁵. Damit fehlt aber der entscheidende Hebel zur Lösung unseres Problems. Das Frei-heitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG soll nicht ex nihilo zu einem Anspruch auf Entschädigung umgewandelt werden. Entscheidend ist gerade die Verbindung der Verletzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG mit der Sonderopferlehre. Erst die Aufrechterhaltung eines besonderen Opfers, also der Verletzung des Opferausgleichssatzes, und zwar des Opfers eines Eingriffsobjektes, das zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zählt, kann die Entschädigung auslösen. Im übrigen ist für *Martis* ablehnende Haltung erhellend, daß er die Bedenken aufgreift, denen zufolge ein zu weitgehender Schutz des Gewerbebetriebes die Gesetzgebung lahmlege⁶. Dem ist sicher zuzustimmen. Die Frage ist nur, wann der Schutz zu weit geht.

Die erste Gruppe der Erwerbsschutzfälle⁷, bei der noch kein öffentlich-rechtlich geschützter Gewerbebetrieb besteht, kann entsprechend der Terminologie, wie sie das Bundesverfassungsgericht⁸ durchgesetzt hat, dem Art. 12 Abs. 1 GG als Schutz der Berufswahl unterstellt werden. Die zweite Gruppe der Erwerbsschutzfälle⁷, bei der schon ein öffentlich-rechtlich geschützter Gewerbebetrieb besteht und nur ein begünstigender tätigkeitsbezogener Verwaltungsakt versagt wird, ist dementsprechend in Art. 12 Abs. 1 GG als Schutz der Berufsausübung einzuordnen^{8a}. Inso-wweit wird aber nur an bestehende Ordnungsbegriffe angeknüpft. Rechts-folgen werden dadurch nicht entschieden.

§ 41

Die Bestimmung des Eingriffsobjektes

Im Anschluß an die Abgrenzung der Schutzbereiche der Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG ist also die Möglichkeit, mit Hilfe der Sonderopferlehre

⁴ 257 ff.

⁵ Vgl. Gueng 5.

⁶ Vgl. 262.

⁷ Vgl. oben § 1.

⁸ Vgl. BVerfGE 7, 377 (401 ff.) U. v. 11. 6. 1958 1 BvR 596/56; grundlegend dazu Über 103 ff.

^{8a} Vgl. auch Maunz in Maunz-Dürig-Herzog Art. 12 Rn 102.

wegen einer Verletzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG Entschädigung zu gewähren, grundsätzlich zu bejahen. Als Konsequenz dieses Schrittes ist für die Erwerbsschutzfälle — entsprechend der Struktur der Entschädigung wegen eines Sonderopfers — das Eingriffsobjekt zu bestimmen, dessen Verletzung zur Entschädigung führt. An Hand dieses Verfahrens können ebenso wie bei der Entschädigung wegen eines Sonderopfers bei einer Verletzung eines zum Schutzbereich des Art. 14 GG gehörenden Eingriffsobjekts Bewertungstopoi als Verfestigungskriterien gewonnen werden. Diese Methode entspricht der von der Rechtsprechung zu Art. 14 GG angewendeten. Dort sind zu den einzelnen Eingriffsobjekten, Grundeigentum, Gewerbebetrieb und insbesondere subjektiven öffentlichen Rechten, spezielle Bewertungsgesichtspunkte entwickelt worden. Sie bezwecken, bei der Beantwortung der Frage, ob der Schutzbereich des Art. 14 GG in zu entschädigender Weise tangiert worden ist, eine Ausuferung der Entschädigung zu verhindern. Als Beispiel sei genannt der Topos, ein subjektives öffentliches Recht sei dann als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen, wenn es durch Kapital und/oder Arbeit erworben worden sei⁹. *Kriete*¹⁰ hat schon gezeigt, daß hier die Bestimmung des Begriffes Eigentum mit Hilfe dieses Topos von vernunftrechtlichen Erwägungen beherrscht wird. In den Erörterungen des Bundesverfassungsgerichtes¹¹ hat das Interesse am Vertrauen in die Verlässlichkeit staatlicher Zusicherungen das Interesse an der Bewegungsfreiheit des Gesetzgebers überwogen. Entsprechend diesem durch vernunftrechtliche Erwägungen bestimmten Verfahren zur Bestimmung des Eingriffsobjektes ist auch im Rahmen des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG vorzugehen.

Die Erwerbsschutzfälle werden in der Literatur¹² mit den Fällen der rechtswidrig verweigerten Baugenehmigung verglichen. Die Diskrepanz zwischen beiden Fallgruppen wurde im Rahmen dieser Untersuchung unter dem Gesichtspunkt der Formel, Unterlassen sei kein Eingriff, aufgezeigt¹³. Die genannten Autoren mißbilligen die unterschiedliche Behandlung beider Fallgruppen. Im Gegensatz zur Mehrheit lehnt Jaenicke für beide Gruppen, darin weitgehend als der Bundesgerichtshof, die Entschädigung ab. Die Erteilung einer Erlaubnis durch den Staat setze eine Tatsachen- und Rechtsprüfung durch Verwaltungsbehörden voraus. Soweit nicht der Amtshaftungsanspruch eingreife, seien Fehler der Be-

⁹ Vgl. *Dürig* Apeltfestschrift 13 (41); *Kreft* Aufopferung 18.

¹⁰ Theorie 280.

¹¹ *BVerfGE* 1, 264 (275 ff.) U. v. 30. 4. 1952 1 BvR 14, 25, 167/52; 16, 94 (112 ff. m. w. N.) Beschl. v. 7. 5. 1963 2 BvR 481/60.

¹² *Luhmann* 113 ff.; *Heidenhain* 171, *JZ* 1968, 487 (493); *Jaenicke* VVDStRL 20, 134 (158 ff.); *Rüfner* BB 1968, 881 (882); *Bender* DÖV 1968, 156 (160).

¹³ Vgl. oben § 6.

hörde vom Betroffenen entschädigungslos hinzunehmen, weil er vom Staat eine Rechtsposition begehre.

Diese Betrachtungsweise läßt außer acht, daß die gebundene Erlaubnis nur formelle Voraussetzung für eine materiell gar nicht rechtswidrige, weil vom Recht des Antragstellers umfaßte Betätigung ist¹⁴. Die Baugenehmigung und die Gewerbeerlaubnis sind in derselben juristischen Konstruktion eines präventiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Durch die Erteilung der gebundenen Erlaubnis wird kein neues Recht zur Vornahme einer Tätigkeit begründet, sondern eine Tätigkeit freigegeben, die bereits grundrechtlich durch Art. 12 bzw. 14 GG gewährleistet ist. Wird dem Antragsteller die Erlaubnis erteilt, so wird das durch den Erlaubnisvorbehalt logisch vorgeschaltete *verfahrensrechtliche* Verbot, das die grundrechtlich geschützte Handlungsfreiheit einschränkt, aufgehoben. Das zum status negativus des Antragstellers zählende Recht wird von der Verfahrensbeschränkung befreit. Es bedeutet eine Verknüpfung der grundrechtlich geschützten Position des Antragstellers, in der Erteilung der Erlaubnis die Verleihung einer dem Betroffenen ursprünglich nicht zustehenden Rechtsposition durch den Staat zu sehen. Daraus dann die Verpflichtung zur entschädigungslosen Hinnahme im Konfliktfalle zu folgern, geht notwendigerweise fehl.

Die kritisierte Meinung ist unvereinbar mit den Ausführungen, die das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Sammlungsurteil¹⁵ zum gesetzlichen Erlaubnisvorbehalt gemacht hat. Die Genehmigung sei lediglich eine zur präventiven Kontrolle vorgesehene *formelle*¹⁶ Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung einer an sich nicht verbotenen Betätigung. Die gesetzliche Verpflichtung, eine Erlaubnis einzuholen, besage daher nicht, daß die erlaubnispflichtige Tätigkeit als solche verboten sei, sondern nur, daß mit der Rechtsausübung erst begonnen werden dürfe, wenn die Gesetzmäßigkeit des Vorhabens in einem geordneten *Verfahren*¹⁷ geprüft und festgestellt worden sei. Die Betätigung als solche sei als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit grundrechtlich geschützt.

¹⁴ So *Bender* DÖV 1968, 156 (160); *Rüfner* BB 1968, 881 (883) erkennt dies bei den Baugenehmigungsfällen. Die Versagung einer gewerblichen Erlaubnis bewertet er zwar als einen Akt der Eingriffsverwaltung. Es soll also ein Eingriff vorliegen, aber an einem gegenwärtigen konkreten Wert fehlen. Diese Beurteilung ist auf Art. 14 GG fixiert. Die Möglichkeit einer Entschädigung über Art. 12 GG wird nicht gesehen.

¹⁵ *BVerfGE* 20, 150 (154 ff.) U. v. 5. 8. 1966 1 BvF 1/61; dabei kann offenbleiben, ob dieses Urteil als Wende in der Rechtsprechung des BVerfG (so *Rupp* NJW 1966, 2037 ff.; *Ipsen* Außenwirtschaft 54) oder als kontinuierliche Fortentwicklung im Rahmen der bisherigen Erkenntnisse (so *Menger-Erichsen* VerwArch 58 (1967), 278 (280)) zu bewerten ist.

¹⁶ Im Original kursiv; *BVerfGE* 20, 150 (157).

¹⁷ Hervorhebung d. Verfassers.

Dasselbe gilt für die zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG gehörende gewerbliche Betätigung. Beide Grundrechte sind insoweit gleich strukturiert¹⁸. Es geht daher nicht an, die Erlaubnis nur als ein Produkt öffentlicher Verwaltung zu bewerten¹⁹. Ebenso wenig trifft es angesichts des Grundrechtskatalogs des Grundgesetzes zu, daß die Erlaubnis nur die natürliche Handlungsfreiheit wieder herstelle²⁰. Aus Art. 2 Abs. 1 GG und, bezogen auf die berufliche Betätigung, aus Art. 12 Abs. 1 GG folgt die prinzipielle rechtliche Freiheit im Grundrechtsbereich²¹.

Die Gegenmeinung führt dazu, in der Berufsfreiheit nur eine abstrakte gesetzliche Befugnis zu sehen, die aus Verhältnissen entspringt, auf deren Fortbestand der Antragsteller kein Recht hat, über die der Gesetzgeber entgegen den Wertungen des Grundgesetzes, wie sie im Sammlungsurteil herausgestellt werden, ungebunden verfügen könnte²².

¹⁸ Vgl. *BVerfGE* 13, 181 (185) Beschl. v. 30. 10. 1961 1 BvR 833/59; E 21, 245 (249) U. v. 4. 4. 1967 1 BvR 126/65; zu den Folgen der Wechselwirkung zwischen Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG, wie sie gerade im Sammelurteil sich ausdrücken, vgl. *Ipsen Außenwirtschaft* 54.

¹⁹ Ein Parallelproblem zeigt sich bei der Diskussion um die subjektiven öffentlichen Rechte als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG: nach *Nicolaysen* (Schackfestschrift 107, 112 ff.) ist die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechtes regelmäßig nicht eine Zuwendung an den Begünstigten, sondern die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Die daraus fließende Berechtigung sei also ein Stück öffentlicher Verwaltung. Ein subjektives öffentliches Recht feie somit prinzipiell nicht unter Art. 14 GG. Dem hält *H. H. Klein* (Der Staat 6 [1967], 396 [397]) zu Recht entgegen, daß diese Auffassung darauf hinauslaufe, alle unter dem Vorbehalt behördlicher Erlaubnis gestellten Betätigungen als grundsätzlich dem Staat vorbehalten und dem Einzelnen prinzipiell als verboten anzusehen. Es entspreche dem Sammlungsurteil, daß das Verhältnis von Regel und Ausnahme, wann ein subjektives öffentliches Recht Eigentum im Sinne des Art. 14 GG sei, umgekehrt sei.

Derselbe Einwand gilt auch gegenüber der ähnlichen Formulierung *Wittigs* (NJW 1967, 2185 [2188 Fn 46]), der anlässlich des Schutzes von subjektiven öffentlichen Rechten durch Art. 14 GG von „durch das öffentliche Recht gewährten Betätigungschancen“ spricht.

²⁰ So etwa *Mayer Verwaltungsrecht* I 244 (vgl. auch 108).

²¹ Dazu ausführlich *Haselau DÖV* 1965, 449 ff.; zustimmend *Ipsen Außenwirtschaft* 53 Fn 7; ebenso *BVerfGE* 20, 150 (154 ff.) U. v. 5. 8. 1966 1 BvF 1/61.

²² So denn auch *RGZ* 101, 289 (292) U. v. 13. 1. 1921 VI 497/20. Demgegenüber enthält das Urteil des RG v. 27. 3. 1928 431/27 VII in JW 1928, 1449 f. einen interessanten Vorläufer der hier vorgeschlagenen Lösung. Nicht nur ein Eingriff in das Eigentum, sondern auch in sonstige subjektive Berechtigungen dinglicher und persönlicher Art könnten zur Entschädigung wegen eines Sonderopfers führen. Das gelte auch für einen Eingriff in die subjektive Gewerbefreiheit. Nach Ansicht von *Ehlermann* 85 versteht das RG hier unter dem Eingriff in die subjektive Gewerbefreiheit einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das wäre jedoch nicht entscheidend. Denn auch die in dieser Untersuchung vorgeschlagene Lösung kann als Schutz durch das Recht am Gewerbebetrieb bezeichnet werden, ohne daß sachlich dadurch etwas daran geändert wird, daß die Entschädigung wegen einer Verletzung des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt wird. Das RG hätte also gleichwohl die Fixierung der Entschädigung auf das Eigentum durchbrochen. Einschränkung ist aber zu bemerken, daß die Entscheidung mit der sonstigen Rechtsprechung des RG unvereinbar ist. Das RG schützte keine subjektiven öffentlichen Rechte. Vgl. *Stoedter Entschädigung* 161.

In einigen Entscheidungen wies der Bundesgerichtshof die Klagen mit der Begründung ab²³, die Nichterfüllung einer öffentlichen Pflicht genüge nicht zur Entschädigung eines Sonderopfers. Außer der öffentlichen Pflicht sei nichts vorhanden, in das eingegriffen worden sein könnte. Auch *Janssen*²⁴ zweifelt, ob ein öffentlich-rechtlicher Anspruch ein taugliches Eingriffsobjekt sein könne.

Es ist zu fragen, ob in den Erwerbsschutzfällen der Anspruch auf die Erlaubnis als Eingriffsobjekt zu behandeln ist. Zum Vergleich seien wieder die Baugenehmigungsfälle herangezogen. Wird eine Baugenehmigung rechtswidrig versagt, so liegt darin ein Eingriff in die Freiheitsrechte der Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG, die die Baufreiheit schützen²⁵. Die Baufreiheit im verfassungsrechtlichen Sinne, der status negativus²⁶, ist verletzt. Der zum status positivus zählende Anspruch auf die Baugenehmigung ist davon zu unterscheiden. Er ist nicht das Eingriffsobjekt. Wird die gebundene Gewerbeerlaubnis rechtswidrig versagt, ist die Rechtslage nicht anders. Der zum status positivus zählende Anspruch auf die Erlaubnis ist von der zum status negativus zählenden Berufsfreiheit zu trennen. Auch hier ist die Verletzung des status negativus, also nicht die des Anspruchs, entscheidend. Eingriffsobjekt ist die grundrechtlich geschützte, bestehende Berufsfreiheit. Wird nach Erteilung der Erlaubnis in den bestehenden Gewerbebetrieb eingegriffen, berührt das nicht mehr den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Den Bestandschutz gewährt vielmehr Art. 14 GG. Ist die Gewerbeerlaubnis noch nicht erteilt, besteht aber ein eingerichteter Gewerbebetrieb, so greift mangels staatsgerichteten schutzwerten Eigentums Art. 14 GG nicht ein²⁷. Da die Berufsfreiheit noch nicht hergestellt wurde, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG noch nicht verlassen. In den Fällen, in denen der Schutz der Berufsausübung in Frage steht, wird ebenfalls in die grundrechtlich geschützte und bestehende Berufsfreiheit eingegriffen²⁸. Verweigert die Verwaltung z. B. dem Antragsteller rechtswidrig die gebundene Saatgutzulassung²⁹, so wird zwar formell lediglich der bestehende Rechtskreis

²³ *BGH LM Art. 14 GG* Nr. 46 U. v. 14. 11. 1955 III ZR 143/54; *DVBl.* 1963, 24 U. v. 20. 9. 1962 III ZR 98/60; *VersR* 1964, 1070 (1074) U. v. 18. 6. 1964 III ZR 65/63; *NJW* 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64; *VersR* 1968, 789 (792) U. v. 5. 2. 1968 III ZR 162/66.

²⁴ *DVBl.* 1967, 190 (192 Fn 34).

²⁵ Vgl. *Menger-Erichsen VerwArch* 56 (1965), 374 (387); *Haselau DÖV* 1965, 449 (450).

²⁶ So *Bender DÖV* 1968, 156 (160).

²⁷ Vgl. oben §§ 10, 36.

²⁸ Die Differenzierungen der Stufentheorie des *BVerfG* gelten für die vorliegenden rechtswidrigen Verwaltungseingriffe im Unterschied zu grundrechtsgestaltenden gesetzlichen Maßnahmen des Gesetzgebers nicht.

²⁹ Vgl. *BGH NJW* 1967, 1857 U. v. 29. 5. 1967 III ZR 191/64; § 52 Abs. 2 des Gesetzes über Saatenschutz und Saatgut von Kulturpflanzen v. 27. 6. 1953 Bundesgesetzblatt 1953 Teil I, 450 ff.

des Antragstellers nicht erweitert. Dennoch ist die gebundene Erlaubnis nur formelle Voraussetzung für die materiell nicht rechtswidrige, weil vom Grundrecht auf Berufsfreiheit umfaßte Betätigung. Anlässlich der Beschränkung des Art. 14 GG auf den Bestandsschutz wurde schon aufgezeigt, daß in diesem Falle trotz des bestehenden durch Art. 14 GG geschützten Gewerbebetriebes, im Unterschied zu den Baugenehmigungsfällen, auf Art. 12 Abs. 1 GG zu rekurrieren ist³⁰.

§ 42

Die vernunftrechtlichen Gründe

Neben den systemimmanenten Argumenten wird die Versagung von Erwerbsschutz auch zum Teil de lege ferenda³¹ aus Billigkeitgesichtspunkten gerechtfertigt. Diese Bewertung steht im Gegensatz zu der Tatsache, daß insbesondere anlässlich des 47. Deutschen Juristentages immer wieder die Behandlung der Erwerbsschutzfälle als bedauernswerte Lücke des Staatshaftungsrechts angesehen wurde³². Sie ist unvereinbar mit der Tendenz zur reinen Rechtswidrigkeitshaftung, die in einigen Staaten bereits in Kraft getreten ist³³, und für die auch die öffentlich-rechtliche Abteilung des 47. Deutschen Juristentages votiert hat³⁴. Argumente, wie langsames oder falsches Arbeiten trafe alle Bürger und sei als Betriebsgefahr zu dulden³⁵ oder durch eine Entschädigung in den Erwerbsschutzfällen werde die Entscheidungsfreude³⁶ des handelnden — bzw. gerade nicht handelnden — Amtswalters eingeschränkt, lassen sich gegen jede Staatshaftung vorbringen.

Der den ablehnenden Stimmen zugrunde liegenden berechtigten Abneigung gegen eine Hypertrophie des Entschädigungsrechts kann Rechnung getragen werden durch die Übernahme und Entwicklung von sachgerechten Begrenzungstopoi. Solange es darum geht, Schäden, die vom Staat selbst zugefügt worden sind, zu ersetzen, können schwerlich wohlfahrtsstaatliche Tendenzen beschworen werden³⁷. Ebenso wie der Bundesgerichtshof bei der Ausweitung der Sonderopferlehre auf den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG die Gefahr der Ausuferung erkannte und

³⁰ s. oben § 32.

³¹ So Kessler DRiZ 1968, 258 (262); de lege lata Jaenicke VVDStRL 20, 134 (158 ff.); Schneider Enteignung 32 f.; Flume 95; Rübner DVBl. 1967, 186 (187), anders aber BB 1968, 881 (882).

³² Bender Referat L 20, 85; Haas Referat L 39; Heidenhain JZ 1968, 487 (493); Bettermann L 89, 109; Hoffmann L 120.

³³ Vgl. Übersicht bei Jaenicke Haftung 866 ff.

³⁴ Vgl. Verhandlungen II L 145.

³⁵ So Kessler DRiZ 1968, 258 (262); Schneider Amtshaftung 32 f.

³⁶ Kessler DRiZ 1968, 258 (262); dagegen zutreffend Bender Referat L 24.

³⁷ Vgl. Bender Referat L 24.

vermied³⁸, kann auch die Ausweitung der Sonderopferlehre auf den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG gesteuert werden.

§ 43

Begrenzungstopoi

Anlässlich der Auseinandersetzung mit der Begründung des enteignungsgleichen Eingriffs durch den Bundesgerichtshof³⁹ wurde schon darauf gelegt, daß nicht jedes rechtswidrige Verwaltungsverhalten zur Entschädigung wegen eines Sonderopfers führt⁴⁰.

Das wesentlichste Steuerungsmittel, das von der Rechtsprechung bisher nicht benutzt wurde, liegt darin, daß der Betroffene zum Rechtsmittelgebrauch verpflichtet ist, wenn er Entschädigung verlangen will⁴¹. Der Antragsteller, der vorwerfbar die Untätigkeit oder den ablehnenden Bescheid der Verwaltung hinnimmt, geht leer aus.

Eine weitere Begrenzung ergibt sich aus dem zu Art. 14 GG entwickelten Topos, ein subjektives öffentliches Recht sei dann als Eigentum zu bewerten, wenn es durch Kapital und/oder Arbeit erworben worden sei. Der sich hinter dieser Formel verbergende vernunftrechtliche Aspekt, Begrenzung des Entschädigungsrechts⁴², ist auch im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG erheblich. Das bedeutet aber nicht, daß in den Erwerbsschutzfällen zu fragen ist, ob es sich bei dem Anspruch auf die Erlaubnis um ein durch Kapital und/oder Arbeit erworbenes Recht handelt⁴³. Denn diese Fragestellung ist darauf fixiert, ob ein subjektives öffentliches Recht Eigentum im Sinne des Art. 14 GG darstellt. Es ist vielmehr zu prüfen, ob der Antragsteller durch eigenes Kapital und/oder Arbeit (Ausbildung) Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat. Wird z. B. ein Antrag auf eine Schankerlaubnis gestellt, ohne daß ein genehmigungsfähiges Lokal vorliegt, so scheidet auch bei rechtswidriger Versagung eine Entschädigung aus. Der Antragsteller muß objektiv zur rechtmäßigen Beteiligung am Wirtschaftsleben in der Lage sein und subjektiv die Absicht dazu haben. Ein Antrag, der nur deshalb gestellt wurde, um müheolos zur Entschädigung zu gelangen, würde keinen Erwerbsschutz auslösen⁴⁴. Es fehlt am Schaden.

³⁸ BGHZ 9, 83 (92) U. v. 19. 2. 1953 III ZR 208/51.

³⁹ Vgl. oben §§ 23 ff.

⁴⁰ Das befürchtet aber Schneider Amtshaftung 33.

⁴¹ Vgl. oben § 25.

⁴² Vgl. Kriele Theorie 279 f.

⁴³ So aber Janssen DVBl. 1967, 190 (192 Fn 34).

⁴⁴ Im Ergebnis so schon BGH LM Art. 14 GG Nr. 56 U. v. 20. 12. 1956 III ZR 113/55.

Eine weitere Beschränkung ergibt sich aus der Begrenzung der Sonderopferlehre auf Entschädigung im Unterschied zum Schadensersatz. Die Entschädigung, und zwar nicht nur die aus Enteignung und enteignungs-gleichem Eingriff, sondern auch die aus Aufopferung, umfaßt nicht den entgangenen Gewinn⁴⁵. Die Fälle, in denen der Bundesgerichtshof die Entschädigung umfangmäßig dem Schadensersatz angeglichen hat, wenn nämlich der Gewinn ersetzt wird, dessen Erwartung im Zeitpunkt des Eingriffs bereits so sicher war, daß er den Nutzungswert eines Gewerbebetriebes erhöhte⁴⁶, werden gerade durch eine bestehende Betriebsorganisation gekennzeichnet. Nur darin kann sich ein zukünftiger Gewinn konkret niederschlagen. Ersetzt werden die Aufwendungen zur Eröffnung eines Gewerbebetriebes, die anderweitig nicht verwertet werden können, die also das Vermögen des Antragstellers mindern. Für entgangenen Gewinn, das gilt insbesondere für die Berufsausübungsfälle, bleibt es im Ergebnis bei der bisherigen Rechtsprechung.

Demgegenüber ist die Übertragung des Topos Erheblichkeit der Beeinträchtigung, wie er im Urteil vom 29. 5. 1967⁴⁷ im Rahmen des Art. 14 GG zur Entschädigung wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs verwendet wird, zu bezweifeln. Der Topos Erheblichkeit wurde zur Entschädigung für *rechtmäßige* Enteignungen speziell hinsichtlich der Höhe der Entschädigung entwickelt⁴⁸. Außerdem dient er zur Beantwortung der Frage, ob eine Beeinträchtigung so bedeutsam ist, daß von einer rechtmäßigen Enteignung die Rede sein kann⁴⁹. In den Erwerbsschutzfällen wird ebenso wie beim enteignungsgleichen Eingriff⁵⁰ der Betroffene durch eine *rechtswidrige* Maßnahme, die nicht getroffen werden durfte, belastet. Die Interesselage ist daher eine andere. Bezeichnenderweise würde de lege ferenda eine reine Rechtswidrigkeitshaftung in diesen Fällen entschädigen. Eine Beschränkung auf eine für die rechtmäßige Enteignung relevante Erheblichkeit gäbe es nicht.

Andererseits ist nicht entscheidend, daß die Entschädigung aus Art. 14 GG trotz bestehenden Gewerbebetriebes zu Recht versagt wird, vielmehr scheidet eine Entschädigung mit Hilfe des auf Bestandsschutz beschränkten Art. 14 GG aus, weil Erwerbsschutz über Art. 12 Abs. 1 GG verlangt und erreicht wird.

⁴⁵ Speziell auf Erwerbsschutz bezogen vgl. *Janssen* DVBl. 1967, 190 (192 Fn 34); vgl. auch *Luhmann* 120 de lege ferenda für Erwerbsschutz durch eine Rechtswidrigkeitshaftung.

⁴⁶ Vgl. dazu oben § 31.

⁴⁷ BGH NJW 1967, 1857 III ZR 191/64.

⁴⁸ Vgl. *Wolff* Verwaltungsrecht I 430.

⁴⁹ BVerfG NJW 1969, 309 (310) U. v. 18. 12. 1968 1 BvR 638, 673/64, 200, 238, 249/56.

⁵⁰ Insoweit kritisch *Debelius* 91.

Eine weitere Begrenzung des Erwerbsschutzes folgt daraus, daß die Entschädigung darauf beschränkt wurde, daß trotz eines gebundenen Anspruches, einer vollen Einräumungsberechtigung, der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verletzt wird. Nur in diesen Fällen ist die (gebundene) Erlaubnis lediglich formelle Voraussetzung für eine materiell nicht rechtswidrige, weil vom Grundrecht des Antragstellers umfaßte Betätigung⁵¹. Der Erwerbsschutz kann schließlich begrenzt werden, indem er nur dann zu gewähren ist, wenn trotz eines gebundenen Anspruchs, d. h. einer vollen Einräumungsberechtigung⁵² auf eine Erlaubnis der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG verletzt wird. Der Antragsteller, der lediglich eine Destination genießt, weil sein Antrag nach Ermessen abgelehnt werden kann, würde also leer ausgehen. Diese Begrenzung des Erwerbsschutzes fände ihre Parallele im geltenden Richterrecht, wie es im Rahmen des Art. 14 GG praktiziert wird. Die rechtswidrige Versagung eines Baudispenses — einer Ermessensentscheidung — ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes kein Sonderopfer⁵³. Auch in der Literatur⁵⁴ wird die Beeinträchtigung einer Destination im Rahmen des Art. 14 GG mit Hilfe der Sonderopferlehre als nicht entschädigungsfähig angesehen.

Die Verwaltung ist bei der Entscheidung über den Antrag eines Destinatärs nicht in der Weise gebunden, daß sie den Antrag nur aus den gesetzlich angegebenen Gründen versagen darf. Innerhalb der gesetzlichen Grenzen des Handlungsrahmens und des die sachgerechten Motive umfassenden Motivationsrahmens stehen der Verwaltung im Regelfall mehrere rechtmäßige Entscheidungen offen. Die Rechtstellung des Destinatärs ist also — auch wenn die Verwaltung rechtswidrig entscheidet — schwächer als die des Inhabers einer vollen Einräumungsberechtigung. Insoweit kommt eingeschränkt auch die für die gebundene Erlaubnis hier abgelehnte Argumentation *Jaenickes*⁵⁵ zum Tragen, daß die Erteilung einer Erlaubnis durch die Verwaltung eine Tatsachen- und Rechtsprüfung voraussetze. Soweit nicht der Amtshaftungsanspruch eingreife, seien Fehler der Behörde vom Betroffenen entschädigungslos zu tragen, weil er vom Staat eine Rechtsposition begehre, deren Gewährung im (pflichtgemäßen) Ermessen des Staates steht. Der Unterschied zur gebundenen Erlaubnis wird besonders deutlich bei der repressiven Erlaubnis. Die Ausnahmebewilligung und der Dispens stehen in der Regel im Ermessen der Behörde⁵⁶. Nur als Ausnahme wird ein Abweichen von der gesetzlichen Regel gestattet. Die schwächere Rechtsposition zu dem eine bloße

⁵¹ Vgl. *Bender* DÖV 1968, 156 (160).

⁵² Vgl. *Wolff* I 269 f., 320 f.

⁵³ III ZR 150/59 U. v. 3. 11. 1960 zitiert bei *Kröner* 45; vgl. oben § 6.

⁵⁴ Vgl. *Wolff* I 427, 454, 271.

⁵⁵ Vgl. *VVDStRL* 20, 134 (158 ff.).

⁵⁶ *Wolff* I 322.

formelle Schranke darstellenden präventiven Verbot ist signifikant. Diese Schwäche rechtfertigt es, um die Ausuferung des Erwerbsschutzes zu steuern, zumindest zunächst im Rahmen dieser Untersuchung, dem Destinatär den Erwerbsschutz zu versagen. Eine pauschale Bejahung des Erwerbsschutzes für Destinatäre ließe sich in ihren Folgen kaum überschauen.

An diesem Ergebnis ändert nichts, daß de lege ferenda eine an die Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Verhaltens anknüpfende Staatshaftung die Entschädigung der Destinatäre nicht ausschlosse. Eine solche rechtspolitische Entscheidung, die einen einschneidenden Wandel des geltenden öffentlichen Entschädigungsrechts darstellte, müßte die demokratisch legitimierte Legislative treffen. Demgegenüber sind der richterlichen Rechtsfortbildung und damit auch dem vorliegenden Vorschlag dazu Schranken für einen solchen Wandel gesetzt. Auf dem hier beschrittenen Wege sollen und können nur die besonders evidenten Unstimmigkeiten durch einen „kleinen Schritt“ beseitigt werden.

Wenn also grundsätzlich Erwerbsschutz bei einer freien Erlaubnis zu versagen ist, so wird dadurch eine sachgerechte schrittweise Ausweitung nicht ausgeschlossen. Diese ist z. B. geboten, wenn das Ermessen auf nur eine rechtmäßige Entscheidung reduziert ist, die Destination also zur vollen Einräumungsberechtigung sich verdichtet hat⁵⁷. Die Schwäche der Destination, um derentwillen der Ausschluß des Erwerbsschutzes gerechtfertigt ist, liegt dann nicht vor.

Im übrigen kann im Rahmen dieser Erörterung kein abschließendes System der Begrenzungstopoi entworfen werden. Es soll nur der Anstoß zur richterlichen Rechtsfortbildung gegeben werden. Die „Von-Fall-zu-Fall-Erörterung“, die für die Rechtsprechung allgemein und für die zur Entschädigung wegen eines Sonderopfers im besonderen typisch ist, kann dadurch nicht abgeschnitten⁵⁸, sondern allenfalls angeregt werden.

⁵⁷ Wolff I 269.

⁵⁸ Vgl. insoweit auch Kriele zu seinem Lösungsvorschlag für die Plangewährleistung DÖV 1967, 531 (538).

Thesen

- I. 1. Die Behandlung der Erwerbsschutzfälle im geltenden öffentlichen Entschädigungsrecht ist unbefriedigend (§ 1).
2. Eine Regelung durch den Gesetzgeber ist in naher Zukunft nicht zu erwarten. Eine Änderung kann daher nur im Wege richterlicher Rechtsfortbildung herbeigeführt werden (§ 1).
3. Ein Vorschlag zur richterlichen Rechtsfortbildung hat allenfalls dann Aussicht auf Erfolg, wenn er als gebotene Konsequenz aus den Instituten des geltenden öffentlichen Entschädigungsrechtes, wie es die Rechtsprechung praktiziert, folgerichtig hergeleitet wird (§ 1).
- II. 1. Die Literatur zu den Erwerbsschutzfällen enthält nur Anregungen für einen realisierbaren Vorschlag zur richterlichen Rechtsfortbildung (§§ 2, 3).
2. Die erste Formel, mit deren Hilfe der Bundesgerichtshof den Erwerbsschutz versagt, es fehle ein Eingriff, ist ein Relikt der Einzelaktstheorie. Sie beruht auf der ungerechtfertigten Gleichsetzung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Verhalten und steht allgemein in Widerspruch zur geltenden Sonderopferlehre, sowie speziell zur Entschädigung für rechtswidrig abgelehnte Baugenehmigungen. Die Formel wird bisweilen versteckt aufgegeben (§§ 5 bis 8).
3. Die im Ansatz zutreffende zweite Formel, mit deren Hilfe der Bundesgerichtshof den Erwerbsschutz versagt, es fehle am Schutzobjekt, wird nicht folgerichtig angewendet. Die folgerichtige Anwendung rechtfertigte den Ausschluß des Erwerbsschutzes nicht (§§ 9, 10).
4. Dem vernunftrechtlichen Grund für die Versagung von Erwerbsschutz — Bedenken gegen eine Hypertrophie des öffentlichen Entschädigungsrechts — kann durch Überprüfung des geltenden Entschädigungsrechts mit Hilfe systemgerechter notwendiger Einschränkungen Rechnung getragen werden (§ 11).
- III. 1. Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Aufopferung sind bestimmte Ausgestaltungen des Rechtsgrundsatzes, den die Lehre vom besonderen Opfer darstellt (§ 14).

2. Die Sonderopferlehre beruht auf dem Opferausgleichssatz. Der Opferausgleichssatz wurde als Grundlage der Enteignung mit dieser Inhalt des Grundgesetzes (Art. 14 Abs. 3 GG) (§ 14).
 3. Ein Sonderopfer liegt vor, wenn ein hoheitliches Verhalten, dessen unausweichliche Folgen der Betroffene nicht zu mindern vermag, eine ungleiche Belastung des betroffenen Interessenträgers gegenüber anderen nicht duldungspflichtigen Interessenträgern in essentiell gleicher Lage bewirkt (§§ 16, 21 bis 29).
 4. Der Opferausgleichssatz ist nicht identisch mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Wird der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, so ist auch der Opferausgleichssatz verletzt, da notwendigerweise ein das Opfer rechtfertigendes Essentiale nicht vorliegt (§§ 16 bis 19).
 5. Zwischen der Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips in seiner negativen Ausgestaltung und der des Opferausgleichssatzes besteht zwar ein typischer, nicht aber ein notwendiger Zusammenhang (§§ 23, 24).
 6. Die Rechtswidrigkeit der Folgen eines hoheitlichen Verhaltens hat für die Sonderopferlehre die Bedeutung eines negativen Tatbestandsmerkmals. Die Rechtswidrigkeit ist bei der Bewertung der Opferlage zur Bestimmung eines Sonderopfers zu beachten. Dadurch wird der Begriff des Sonderopfers nicht verdoppelt (§§ 25, 26).
- IV. 1. Art. 14 GG ist auf objektsbezogenen Bestandsschutz beschränkt. Die Beschränkung folgt aus der Notwendigkeit, eine Grenze zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zu ziehen (§§ 30 bis 34).
2. Die undifferenzierte Gleichsetzung des Begriffes des privatrechtlichen Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe enthält eine unzutreffende Übernahme eines privatrechtlichen Rechtsinstitutes ins öffentliche Recht (§§ 35, 36).
 3. Die Gleichsetzung bewirkt eine Fixierung des öffentlichen Rechtes am Gewerbebetrieb auf den Schutzbereich des Art. 14 GG. Dadurch wird die Lösung des Erwerbsschutzproblems blockiert (§ 36).
 4. Art. 14 GG enthält kein Entschädigungsmonopol (§ 37, 38).
- V. 1. Ein besonderes Opfer an einem zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zählenden Eingriffsobjekt ist mit Hilfe des Opferausgleichssatzes zu entschädigen (§§ 40, 41).
2. Die rechtswidrige Versagung einer gebundenen Erlaubnis stellt einen entschädigungspflichtigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar (§ 41).

3. Im Rahmen der Sonderopferlehre kommt es zu einer Funktions- teilung zwischen den Artikeln 12 Abs. 1 und 14 GG zum Schutze potentieller und tätiger Gewerbetreibender (§ 41).
4. Dem vernunftrechtlichen Grund für die Versagung vor Erwerbsschutz — Bedenken gegen eine Hypertrophie des öffentlichen Entschädigungsrechts — ist durch spezielle auf den Erwerbsschutz zugeschnittene Begrenzungstopoi Rechnung zu tragen (§§ 42, 43).
5. Eine Ausdehnung des Erwerbsschutzes auf die rechtswidrige Verletzung einer bloßen Destination würde die der richterlichen Rechtsfortbildung gegenüber der Legislative gezogenen Schranken überschreiten (§ 43).

Literaturverzeichnis

- Bachof, Otto*: Diskussionsbeitrag in Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages München 1969, L 81 f.
- Bartelsperger, Richard*: Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, NJW 1968, 1697—1705.
- Baumbach, Adolf* — *Hefermehl, Wolfgang*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, 9. Auflage 1964, München und Berlin.
- Baur, Fritz*: Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961), 465 bis 493.
- Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Auflage 1968, München (Sachenrecht).
- Bender, Bernd*: Sozialbindung des Eigentums und Enteignung, NJW 1965, 1297—1304.
- Zur Problematik der durch Staatsunrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Kompensations- und Restitutionspflichten, DÖV 1968, 156—163.
- Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln? (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung). Referat zum 47. Deutschen Juristentag. Verhandlungen des 47. DJT, Band II, L 7—31, Diskussionsbeitrag L 85, München 1969.
- Berg, Wilfried*: Zur Rechtsprechung des BSG auf dem Gebiete der Eigentums-garantie in Festschrift für Walter Bogs, 13—30, Wiesbaden 1967 (Bogsfestschrift).
- Betterman, Karl-August*: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Die Grundrechte, Band III, 2. Halbband, 779—908, Berlin 1959.
- Diskussionsbeiträge in Verhandlungen des 47. DJT, München 1969, L 88—90, 109.
- Böckenförde, Werner*: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Berlin 1957.
- Boehmer, Gustav*: Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen 1954.
- Brox, Hans* — *Rüthers, Bernd*: Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965.
- Bull, Hans Peter*: Verwaltung durch Maschinen, Köln 1964.
- Burmans, Hans F.*: Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, WRP 1968, 258—266.
- von Caemmerer, Ernst*: Wandlungen des Deliktsrechts, in 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Band II, 49—136, Karlsruhe 1960.
- Debelius, Jörg*: Die Struktur des Anspruchs aus einem rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriff, Diss. jur. Marburg 1968.
- Deutsch, Erwin*: Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, JUS 1967, 152—158.

- Dürig, Günter*: Der Staat und die vermögenswerten Berechtigungen seiner Bürger, in Festschrift für Apelt, 13—55, München und Berlin 1958 (Apeltfestschrift).
- Diskussionsbeitrag in VVDStRL 25, 416 f., Berlin 1967.
- Ehlermann, Claus Dieter*: Wirtschaftslenkung und Entschädigung, Heidelberg 1957.
- Erichsen, Hans Uwe*: Baudispens und Übermaßverbot, DVBl. 1967, 269—275.
- Esser, Josef*: Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in Festschrift für Fritz von Hippel, 95—130, Tübingen 1967 (Von Hippelfestschrift).
- Fikentscher, Wolfgang*: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958 (Wettbewerb).
- Schuldrecht, 2. Auflage, Berlin 1969 (Schuldrecht).
- Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes und des Bundesgerichtshofes, in Festgabe für Heinrich Kronstein, 261—304, Karlsruhe 1967 (Kronsteinfestgabe).
- Flume, Werner*: Diskussionsbeitrag in den Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Band II, 94 f., Tübingen 1956.
- Forsthoff, Ernst*: Anmerkung zum Beschluß vom 10. 6. 1952, BGHZ 3, 270 ff., GSZ 2/52, in JZ 1952, 627 f.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München und Berlin 1966.
- Franke, Franz Josef*: Der Folgenentschädigungsanspruch, Diss. jur. Münster 1965.
- Der Folgenentschädigungsanspruch, VerwArch 57 (1966), 357—376.
- Friauf, Karl Heinrich*: Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl. 1966, 729—738.
- Besprechung von Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, NJW 1968, 290.
- Gallwas, Hans Ullrich*: Nebenwirkungen hoheitlicher Akte und Enteignungsrecht, BayVBl. 1965, 40—45.
- Glacometti, Zaccaria*: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- Götz, Volkmar*: Recht der Wirtschaftssubventionen, München und Berlin 1966.
- Gueng, Urs*: Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Diss. verwaltungswissenschaftl. St. Gallen, Zürich und St. Gallen 1967.
- Haas, Diether*: System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955 (System).
- Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln? (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung), Referat zum 47. Deutschen Juristentag (Verhandlungen des 47. DJT, Band II, L 32—51, München 1969).
- Häberle, Peter*: Die Wesensgehaltstheorie des Art. 19 Abs. 2 GG, Karlsruhe 1962.
- Hamann, Andreas*: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Neuwied 1958.

- Haselau, Klaus: Stellt eine Erlaubnis oder Ausnahmegewilligung „lediglich natürliche“ Handlungsfreiheit wieder her? DÖV 1965, 449—454.
- Haueisen, Fritz: Voraussetzung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, NJW 1960, 1881—1885.
- Heidenhain, Martin: Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, Berlin 1965.
- Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ 1968, 487 bis 494.
- Henkel, Wilfried: Das Recht am Unternehmen und Sozialadäquanz, Diss. jur. Köln 1966.
- Herzog, Roman: Eigentum, in Evangelisches Staatslexikon, Sp. 375—386, Stuttgart 1966.
- Hinke, Horst: Zu den Bestimmungen über die Staatshaftung im Referententwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, DVBl. 1967, 641—646.
- Hoppe, Werner: Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl. 1964, 165—173.
- Aus der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im Deutschen Anwaltsverein, Landesgruppe Nordrhein-Westfalen, DVBl. 1967, 195—197.
- Horst, Paul Günter: Querverbindungen zwischen Aufopferungsanspruch und Gefährdungshaftung einerseits und Aufopferungsanspruch und Eingriffserwerb andererseits, Berlin 1966.
- Huber, Ernst Rudolf: Anmerkung zu BGH Urteil vom 29. 11. 1951, III ZR 103/51, AöR 78 (1952/53), 113—117.
- Huber, Hans: Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, in Festgabe für Gutzwiller, 535—562, Basel 1959 (Gewerbefreiheit).
- Öffentlich-rechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz, in Staat und Privateigentum, 49—112, Köln und Berlin 1960 (Gewährleistung).
- Hubmann, Heinrich: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15. 6. 1967, III ZR 23/65, JZ 1968, 66 f.
- Hueck, Alfred: Die Grenzen des rechtmäßigen Streiks, in Festschrift für Herschel, 27—45, Stuttgart 1955.
- Ipsen, Hans Peter: Gleichheit, in Die Grundrechte, Band II, 111—198, Berlin 1954 (Gleichheit).
- Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater, AöR 90 (1965), 393—440.
- Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in Planung II, 63—112, Baden-Baden 1966 (Planung).
- Außenwirtschaft und Außenpolitik, Stuttgart 1967 (Außenwirtschaft).
- Isensee, Josef H.: Rezension von Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung von enteignungsgleichem Eingriff, DÖV 1968, 222.
- Jaenicke, Günter: Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht, VVDStRL 20, 135—184, Berlin 1963.
- Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Länderbericht Bundesrepublik Deutschland, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 68—134, Köln und Berlin 1967 (Haftung).

- Die Staatshaftung in rechtsvergleichender Sicht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 859—878, Köln und Berlin 1967.
- Janssen, Günter: Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, Stuttgart 1961 (Entschädigung).
- Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht? NJW 1962, 939—945.
- Entschädigungsrechtlicher Adhäsionsprozeß in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1967, 190—194.
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1931, Neudruck Offenburg 1950.
- Kaiser, Joseph H.: Verfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, Enteignung und Eigentumbildung in der Bundesrepublik Deutschland, in Staat und Privateigentum, 5—48, Köln und Berlin 1960.
- Kaufmann, Erich: Eigentum und Verwaltung, in Gesammelte Werke I, 450 bis 466, Göttingen 1960.
- Kessler, Heinrich: Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung, DRiZ 1967, 374—379.
- Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln? (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung), DRiZ 1968, 258—263.
- Kienzle, Werner: Entschädigung für rechtswidrige hoheitliche Eingriffe in den Gewerbebetrieb, Der Münzautomat 1960, 279—283.
- Klein, Hans H.: Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der einfachen Notstandsgesetzgebung, BB 1967, 297—304.
- Besprechung der Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Der Staat 6 (1967), 395—399.
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz: Zweitbearbeitung, Hamburg 1950 ff. (BK).
- Konow, Karl Otto: Zur Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB bei den Ansprüchen wegen rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriffs, DÖV 1966, 327—329.
- Anliegerentschädigung bei U-Bahnbau, BB 1967, 103 f.
- Zum allgemeinen Schadensersatzanspruch bei rechtswidrigen Grundrechtsverletzungen, JR 1967, 245—247.
- Zur Frage der Subsidiarität der Aufopferungsansprüche, DVBl. 1968, 205 bis 209.
- Koppensteiner, Hans Georg: Intervention, Wettbewerb und Unternehmen, BB 1967, 217—224.
- Kreft, Friedrich: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23. 1. 1961, III ZR 8/60, LM Art. 14 GG (Cf) Nr. 18.
- Rezension von Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, JZ 1961, 767 f.
- Grenzfragen des Enteignungsrechts, in Ehrengabe für Heusinger, 167—181, München 1968 (Ehrengabe).
- Aufopferung und Enteignung, Karlsruhe 1968 (Aufopferung).
- Diskussionsbeitrag in Verhandlungen des 47. DJT, München 1969, I, 77.
- Kriele, Martin: Plangewährleistungsansprüche? DÖV 1967, 531—538.
- Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967 (Theorie).

- Kröner, Herbert*: Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Köln 1961.
- Krüger, Herbert*: Die Bestimmung des Eigentumsinhaltes (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG), in *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack*, 71—84, Hamburg 1966.
- Kuschmann, Horst*: Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Amtshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, *NJW* 1966, 574—577.
- Larenz, Karl*: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 9. Auflage 1968.
- Leisner, Walter*: Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? *VVDStRL* 20, 185—245, Berlin 1963.
- Lerche, Peter*: Grundrechtsbegrenzungen „durch Gesetz“ im Wandel des Verfassungsbildes, *DVBl.* 1958, 524—534.
- Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, *JUS* 1961, 237—243.
- Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, *DÖV* 1961, 486—492.
- Übermaß und Verfassungsrecht, Köln und Berlin 1961 (Übermaß).
- Loewenberg, Bernward*: Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht, Berlin 1967.
- Luhmann, Niklas*: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965.
- Maetzel, Wolf Bogumil*: Rechtsfragen zur Folgenbeseitigung, *DÖV* 1968, 515 bis 520.
- von Mangoldt, Hermann — Klein, Friedrich*: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt 1957.
- Martens, Wolfgang*: Öffentlich-rechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immission, in *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack*, 85—95, Hamburg 1966.
- Marti, Hans*: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.
- Maunz-Dürig-Herzog*: Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig, Roman Herzog, München seit 1958.
- Mayer, Otto*: Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, 3. Auflage 1924, Neudruck Berlin 1961.
- Menger, Christian Friedrich*: Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungstreitsachen, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 347—359, München 1955 (Jellinekgedächtnisschrift).
- Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, *VerwArch* 48 (1957), 352—364, *VerwArch* 50 (1959), 77—92, *VerwArch* 51 (1960), 271—275, *VerwArch* 56 (1965), 177—193.
- Menger, Christian Friedrich — Erichsen, Hans Uwe*: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, *VerwArch* 56 (1965), 374—392, *VerwArch* 58 (1967), 278—293.
- Mestmäcker, Ernst Joachim*: Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, *JZ* 1958, 521—526.
- Mohnhaupt, Heinz — Reich, Norbert*: Aufopferungsansprüche bei Schulunfällen, *NJW* 1967, 758—762.

- Müller-Heidelberg, Klaus*: Verwaltungsrechtliche Probleme des maschinell hergestellten Verwaltungsaktes? *DVBl.* 1961, 11—14.
- Nicolaysen, Gert*: Eigentumsgarantie und vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte, in *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack*, 107—123, Hamburg 1966.
- Nipperdey, Hans Carl*: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Auflage, Köln und Berlin 1965 (Marktwirtschaft).
- Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, *NJW* 1967, 1985—1994.
- Pagendarm, Kurt*: Bemessung der Entschädigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, *WM* 1965, Sonderbeilage Nr. 5.
- Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. 1. 1957, III ZR 141/55, in *LM Art. 14 GG* Nr. 63.
- Bemessung der Enteignungsentschädigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, *WM* 1958, 1350—1361.
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 28. Auflage, München 1969.
- Puttfarcken, Carsten*: Der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes bei freien Berufen, *Grur* 1962, 500—504.
- Raiser, Ludwig*: Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, *JZ* 1961, 465—473.
- Ramm, Thilo*: Sozialadäquanztheorie und freiheitlicher sozialer Rechtsstaat, *Arbeit und Recht* 1966, 161—166.
- Reinhardt, Rudolf*: Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes, über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?, in *Verfassungsschutz und Eigentum*, 1—58, Tübingen 1954.
- Ritter, Ernst Hasso*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 31. 1. 1966, III ZR 127/64, in *NJW* 1966, 1355 f.
- Rohmer*: Artikel 111 WV Freizügigkeit und Freiheit des Erwerbs von Grundstücken, in die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band I, 232—249, Berlin 1929.
- Rüfner, Wolfgang*: Der Folgenbeseitigungsanspruch — ein materiell-rechtlicher oder ein prozessualer Anspruch?, *DVBl.* 1967, 186—190.
- Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, *Der Staat* 7 (1968), 41—61.
- Zum gegenwärtigen Stand des deutschen Staatshaftungsrechts, *BB* 1968, 881—886.
- Rumpf, Helmut*: Verteidigungslasten in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1960.
- Rupp, Hans Heinrich*: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965 (Grundfragen).
- Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zum Sammlungsgesetz — eine Wende in der Grundrechtsinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG, *NJW* 1966, 2037—2040.
- Sücker, Franz Jürgen*: Betriebs- oder unternehmensbezogene Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers und des Betriebsrates bei parteipolitischer Betätigung im Sinne des § 51 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz, *Arbeit und Recht* 1965, 353—361.

- Schack, Friedrich*: Die Anwendung des § 75. Einleitung ALR auf schuldlos rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes, *VerwArch* 40 (1935), 426—450.
- Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? Gutachten zum 41. Deutschen Juristentag, Band I, 5—60, Tübingen 1955 (DJT).
- Der Eigentumsschutz gewerblicher Rechtspositionen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, *BB* 1963, 1227—1232.
- Enteignungsentschädigung bei nicht beabsichtigten Schäden, *DÖV* 1965, 616 bis 619.
- Scheuner, Ulrich*: Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in *Verfassungsschutz des Eigentums*, 63—162, Tübingen 1953 (Verfassungsschutz).
- Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, *JUS* 1961, 243—250.
- Pressefreiheit, *VVDStRL* 22, 1—100, Berlin 1965.
- Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 20, 262 f., Berlin 1963.
- Schippel, Helmut*: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Köln 1956.
- Schmidt, Walter*: Die Freiheit vor dem Gesetz, *AöR* 91 (1966), 42—85.
- Schneider, Egon*: Enteignung und Aufopferung, Berlin 1964 (Enteignung).
- Eingriffsschwere oder Einzelakt?, *DÖV* 1965, 292—297.
- Entschädigung der Straßenanlieger bei Straßenbauarbeiten, *DRiZ* 1968, 190 bis 196.
- Schneider, Hans*: Diskussionsbeiträge in *Kreft, Aufopferung und Enteignung*, 32 ff., Karlsruhe 1968.
- Schneider, Rudolf*: Rechtsnorm und Individualakt im Bereich des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes, *VerwArch* 58 (1967), 197—229, 301—359.
- Diskussion über enteignungsrechtliche Fragen bei der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, *NJW* 1968, 1320 f.
- Selmer, Peter*: Der Aufopferungsanspruch auf vermögensrechtlichem Gebiet, *Diss. jur.* Frankfurt 1965.
- Spanner, Hans*: Gesetzliche Regelung des Folgenbeseitigungsanspruchs, *DVBl.* 1968, 618—625.
- Steffen, Erich*: Der Aufopferungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, *DRiZ* 1967, 110—115.
- Die Enteignungsentschädigung, *DRiZ* 1968, 126—131.
- Stoedter, Rolf*: Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933 (Entschädigung).
- Über den Enteignungsbegriff, *DÖV* 1953, 96—101, 136—141.
- Süsterhenn, Adolf* — *Schäfer, Hans*: Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950.
- Thomä, Volker* — *Wolter, Björn*: Zweckentfremdung und Enteignung, *MDR* 1958, 203—205.
- Über, Gisbert*: Freiheit des Berufs, Hamburg 1952.
- Uhlig, Otto*: Gewerbeschädigende Werturteile, *NJW* 1966, 2097—2099.

- Ule, Carl Hermann*: Preisstop für Bauland im Bereich von Entlastungsstädten, *VerwArch* 54 (1963), 345—368.
- Vogel, Klaus*: Diskussionsbeiträge in *Kreft, Aufopferung und Enteignung*, Karlsruhe 1968, 32 f., 36 f.
- Volkmar, Dieter*: Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt, Berlin 1962.
- Wagner, Heinz*: Der Haftungsrahmen in der Lehre vom Sonderopfer, in *Festschrift für Hermann Jahrreiss*, 441—471, Köln 1964 (Jahrreissfestschrift).
- Eingriff und unmittelbare Einwirkung im öffentlichen Entschädigungsrecht, *NJW* 1966, 569—574.
- Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff, *NJW* 1967, 2333—2338.
- Wahl, Eduard* — *Soell, Hermann*: Ersatzansprüche wegen Unfruchtbarmachung auf Grund unrichtiger Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts?, *AcP* 167 (1967), 1—28.
- Weber, Alfred*: Zur Frage der Ersatzpflicht für Schädigung in der Ausübung freier Berufe, *NJW* 1957, 618 f.
- Weber, Werner*: Eigentum und Enteignung, in *die Grundrechte*, Band II, 331 bis 399, Berlin 1954 (GR).
- Öffentlich-rechtliche Rechtstellungen als Gegenstand der Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung, *AöR* 91 (1966), 382—401.
- Weimar, Robert*: Zufallsschädigung durch die öffentliche Hand, *DÖV* 1963, 607—610.
- Westermann, Harry*: Die Befugnis zum Bauen nach der Rechtsprechung und nach dem Bundesbaugesetz als Frage der Inhaltsbestimmung des Grundeigentums im Rahmen des Art. 14 GG, in *Festschrift für H. C. Nipperdey*, Band I, 765—782, München und Berlin 1965.
- Weyreuther, Felix*: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln? (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung), Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag, München 1968.
- Wiedemann, Herbert*: Anmerkung zu BGH Urteil vom 15. 11. 1966 III ZR 65/65, *JR* 1967, 381 f.
- Wilke, Günther*: Die Haftung des Staates für rechtswidriges, aber schuldloses Verhalten eines Amtsträgers in Wahrnehmung von Hoheitsrechten, Frankfurt 1960.
- Wittig, Peter*: Der Erwerb von Eigentum und das Grundgesetz, *NJW* 1967, 2185—2188.
- Wolf, Ernst*: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in *Festschrift für Fritz von Hippel*, 665—685, Tübingen 1967.
- Wolff, Hans J.*: Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, 33—52, München 1955 (Jellinekgedächtnisschrift).
- *Verwaltungsrecht*, Band I, 7. Auflage München 1967.
- *Verwaltungsrecht*, Band III, 2. Auflage, München 1967.
- Wolff, Martin*: Reichsverfassung und Eigentum, Sonderdruck aus *Festschrift für Kahl*, 1923 ohne Erscheinungsort.

Zacher, Hans F.: Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25, 308—400, Berlin 1967.

Zeidler, Karl: Zur Technisierung der Verwaltung, DVBl. 1961, 493 f.

Zitzelsberger, Heribert: Der Schutz des Gewerbebetriebes in Art. 14 des Grundgesetzes, Diss. jur. München 1966.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Seit Sommer 1968 erschienen folgende Bände

- 72 Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt. Von D. Reuter. 253 S. 1968. DM 44,60.
- 73 Innere Gelbtesfreiheit und suggestive Beeinflussung. Von H. Faber. 234 S. 1968. DM 43,60.
- 74 Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Von J. Schmidt-Salzer. 103 S. 1968. DM 18,60.
- 75 Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“. Von E. Hesse. 137 S. 1968. DM 22,60.
- 76 Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht. Von K. Dorenberg. 210 S. 1968. DM 38,60.
- 77 Das Honnefer Modell. Von G. Stephany. 126 S. 1968. DM 22,60.
- 78 Die Ausfertigung der Bundesgesetze. Von K. Rode. 106 S. 1968. DM 22,60.
- 79 Wesen und Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen. Von W.-D. Hauenschild. 218 S. 1968. DM 39,60.
- 80 Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Von J. Isensee. 340 S. 1968. DM 58,—.
- 81 Informationsfreiheit und Filmkontrolle. Von W. Wohland. 279 S. 1968. DM 48,60.
- 82 Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Von F. Müller. 34 S. 1968. DM 6,60.
- 83 Die Selbstbindung der Verwaltung. Von M. Wallerath. 147 S. 1968. DM 26,60.
- 84 Die Unverletzlichkeit der Wohnung. Von M. Gentz. 183 S. 1968. DM 33,60.
- 85 Das Zugangsrecht der Westmächte auf dem Luftwege nach Berlin. Von H. G. Ruge. 124 S. 1968. DM 28,—.
- 86 Parteilpolitische Betätigung der Richter. Von Ch. Niethammer-Vonberg. 164 S. 1969. DM 29,60.
- 87 Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst. Von A. Risken. 215 S. 1969. DM 39,60.
- 88 Grundrechte und Sozialordnung. Von H. Schumbeck. 140 S. 1969. DM 39,60.
- 89 Repräsentation und Organschaft. Von H. Pollmann. 162 S. 1969. DM 29,60.
- 90 Strelk und Staatsnotstand. Von V. H. Lohse. 308 S. 1969. DM 56,—.
- 91 Der baurechtliche Nachbarschutz. Von F. H. Timmermann. 272 S. 1969. DM 48,60.
- 92 Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse. Von A. Podlech. 183 S. 1969. DM 33,60.
- 93 Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung. Von H. K. Voss. 203 S. 1969. DM 39,60.
- 94 Die Auswahl der Richter in der englischen und amerikanischen Rechtspraxis. Von U. Kayser. 339 S. 1969. DM 55,—.
- 95 Die Befehls- und Kommandogewalt. Von M. Erhardt. 128 S. 1969. DM 24,—.
- 96 Der demokratische Bundesstaat. Von W. Hempel. 325 S. 1969. DM 54,60.
- 97 Die Geschäftsreglerung nach dem Grundgesetz. Von R. Lutz. 88 S. 1969. DM 18,60.
- 98 Das Widerstandsrecht. Von G. Scheidte. 163 S. 1969. DM 29,60.
- 99 Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltentellenden Staat. Von T. Vogel. 108 S. 1969. DM 19,60.
- 100 Die Positivität der Grundrechte. Von F. Müller. 106 S. 1969. DM 19,60.
- 101 Das Widerspruchsverfahren der VWGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung. Von A. v. Mutius. 262 S. 1969. DM 48,—.
- 102 Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik. Von F. Müller. 161 S. 1969. DM 29,60.
- 103 Verbindlichkeit der Bundesgrundrechte bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane. Von G. Gorny. 197 S. 1969. DM 36,60.
- 104 Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem. Von J. F. v. Eichborn. 91 S. 1969. DM 17,60.
- 105 Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen. Von H. Hummel. 119 S. 1969. DM 24,60.
- 106 Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des Grundgesetzes. Von H.-H. Klumpp. 202 S. 1969. DM 39,60.
- 107 Der Abwehrenspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte. Von M. Hoffmann. 108 S. 1969. DM 19,60.
- 108 Die Dritte Gewalt als politischer Faktor. Von K. Hopt. 236 S. 1969. DM 44,60.
- 109 Technisches Sicherheitsrecht. Von H. P. Pitschka. 252 S. 1969. DM 49,60.
- 110 Die kurzfristige polizeiliche Freiheitsentziehung. Von J. Koschwitz. 278 S. 1969. DM 49,60.