

## **Vorlesung Staatshaftungsrecht**

Dienstag, den 1. Juni 2004

### **I. Enteignungsgleicher Eingriff**

#### **1. Wiederholungen und Ergänzungen**

Der enteignungsgleiche Eingriff ist ein richterrechtliches Haftungsinstitut. Er besteht in einer gemeinwohlmotivierten, aber rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme, die auf eine eigentumsgrundrechtlich geschützte Position einwirkt, ohne Enteignung zu sein, und die unmittelbar einen Schaden verursacht. Dieser Schaden wird als Sonderopfer angesehen, für das eine Entschädigung zu gewähren ist. Im Unterschied zur Amtshaftung wird kein Verschulden verlangt. Der einzige Filter, der die Rechtswidrigkeitshaftung abmildert und von einer Gefährdungshaftung unterscheidet, ist das Unmittelbarkeitskriterium. Es spielt für die Haftung weiter keine Rolle, ob die fragliche Maßnahme ein Rechtsakt oder ein Realakt ist. Nur Parlamentsgesetze und Maßnahmen, die auf Parlamentsgesetzen beruhen, können keine enteignungsgleichen Eingriffe sein.

Rechtsgrundlage des enteignungsgleichen Eingriffs war nach der älteren Rechtsprechung des BGH Art. 14 III GG. Daran erinnert heute noch der Name des Haftungsinstituts. Seit der Nassauskie- sungs-Entscheidung des BVerfG ist Rechtsgrundlage des enteig- nungsgleichen Eingriffs der Aufopferungsgedanke der §§ 74 und 75 der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts (zu diesem Schmitt-Kammler, JuS 1995, S. 473 ff.). Nach wie vor ist aber bei einigen der Anspruchsmerkmale die Abstammung von Art. 14 III GG noch erkennbar. Das gilt:

**1.** für die geschützten Rechtsgüter: Der enteignungsgleiche Eingriff besteht in der Schädigung eines Vermögensgutes, das dem sachlichen Schutzbereich des Art. 14 I 1 GG unterfällt. Schädi- gungen anderer Grundrechte, etwa der Berufsfreiheit, des

allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der Grundrechte aus Art. 2 II GG, werden vom enteignungsgleichen Eingriff nicht erfasst. Dieser hat seine Grundlage zwar im Aufopferungsgedanken. Gleichwohl sind Überschneidungen zwischen dem Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff und dem Aufopferungsanspruch tatbestandlich ausgeschlossen. Der enteignungsgleiche Eingriff betrifft Schädigungen von Vermögensgütern, die in den Schutzbereich des Art. 14 I GG fallen, der Aufopferungsanspruch dagegen Schädigungen immaterieller Rechte, die vor allem in den Schutzbereich von Art. 2 II GG fallen.

2. Die Orientierung des enteignungsgleichen Eingriffs an der Dogmatik des Art. 14 GG wird weiterhin deutlich bei dem sogenannten Vorrang des Primärrechtsschutzes. Soweit der Schaden, der durch die enteignungsgleiche Maßnahme verursacht wird, durch die Einlegung von Primärrechtsmitteln abgewendet werden kann (oder konnte), also durch Rechtsmittel, die auf eine Unterlassung der enteignungsgleichen Maßnahme zielen, so sind vorrangig diese Primärrechtsmittel einzulegen. Allerdings muss die Einlegung von Primärrechtsmitteln zumutbar sein, woran es fehlt, wenn diese bei verständiger Würdigung keine Aussicht auf Erfolg haben. Dieser Vorrang des Primärrechtsschutzes ist Ausfluss der Dogmatik des Art. 14 I GG, weil dort der Vorrang der Eigentumsbestandsgarantie vor der Eigentumswertgarantie zum Ausdruck kommt. Der Inhaber einer eigentumsgrundrechtlich geschützten Position muss sich vorrangig darum bemühen, diese Position gegen hoheitliche Schädigungen zu verteidigen. Nur wenn und soweit die Schädigung durch Rechtsmittel nicht abzuwenden ist, kann Entschädigung verlangt werden. Dies stimmt im Übrigen mit § 839 III BGB überein.

a) X erhält eine Bauordnungsverfügung, durch die ihm aufgegeben wird, einen Holzschuppen abzureißen. Die Verfügung ist rechtswidrig, und X hätte bei einer Prüfung der Verfügung auch Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit bekommen können. X unternimmt jedoch nichts, so dass der Holzschuppen von der Bauaufsichtsbehörde im Wege der Ersatzvornahme abgerissen wird. Nunmehr verlangt X

Entschädigung für den abgerissenen Holzschuppen unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs. Dieser Anspruch besteht nicht. Abrissverfügung und Ersatzvornahme sind zwar rechtswidrige hoheitliche Maßnahmen, die auch nicht wegen evtl. Bestandskraft dieser Verwaltungsakte als rechtmäßig fingiert werden, und der Schaden an dem eigentumsgrundrechtlich geschützten Holzschuppen stellt sich als deren unmittelbare Auswirkung dar. X hat es aber unterlassen, ihm zumutbare Primärrechtsbehelfe einzulegen. Diese hätten hier in Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Abrissverfügung und Ersatzvornahme bestanden.

**b)** Ein Flugzeug der Bundeswehr verliert bei einem Übungsflug Munition. Diese trifft den Holzschuppen von X und explodiert, was dessen Zerstörung zur Folge hat. Der Verlust der Munition ist rechtswidriger Teil einer hoheitlichen Maßnahme, und der Schaden an dem Holzschuppen stellt sich als dessen unmittelbare Auswirkung dar. Im Unterschied zu dem vorangegangenen Fall ist Primärrechtsschutz gegen die herabstürzende Munition aus tatsächlichen Gründen offensichtlich nicht möglich. Der Vorrang des Primärrechtsschutzes steht dem Anspruch darum nicht entgegen.

**3.** Der dritte Prüfungspunkt beim enteignungsgleichen Eingriff, der nach wie vor eigentumsgrundrechtlich determiniert ist, ist die Rechtsfolge: Entschädigung. Die Entschädigung ist im Unterschied zum Schadensersatz nicht an der hypothetischen Vermögensentwicklung orientiert, sondern am Verkehrswert der entzogenen Substanz. Der zu Entschädigende soll in die Lage versetzt werden, sich für die entzogene Eigentumsposition am Markt eine neue Position gleicher Art und Güte zu besorgen.

Neben diesen nach wie vor bestehenden Gemeinsamkeiten zwischen dem enteignungsgleichen Eingriff und Art. 14 I GG gibt es inzwischen einen Unterschied. Dieser betrifft die Frage der

Aktivlegitimation. Betrachtet man den enteignungsgleichen Eingriff wie die frühere Rechtsprechung als Ausfluss des Art. 14 GG, so sind nur natürliche Personen und inländische juristische Personen des Privatrechts anspruchsberechtigt. Geht man mit der neueren Rechtsprechung davon aus, dass der Anspruch seine Grundlage nicht mehr in Art. 14 GG findet, so verweist das einfachgesetzliche Institut des enteignungsgleichen Eingriffs nur noch auf den sachlichen, nicht aber auf den persönlichen Schutzbereich des Art. 14 I. Anspruchsberechtigt sind dann auch ausländische juristische Personen und juristische Personen des öffentlichen Rechts, obwohl diese, wie ein Umkehrschluss aus Art. 19 III GG ergibt, nicht grundrechtsfähig sind.

Keine Veränderung hat die Austauschung der Rechtsgrundlage für den Rechtsweg bewirkt, auf dem Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff zu verfolgen sind. Zwar handelt es sich bei Streitigkeiten um solche Ansprüche um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, doch greift eine abdrängende Sonderzuweisung zugunsten der ordentlichen Gerichte ein. Solange man Art. 14 III GG als Grundlage des enteignungsgleichen Eingriffs angesehen hat, ergab diese Sonderzuweisung sich aus Art. 14 III 4 GG. Seitdem der enteignungsgleiche Eingriff im Aufopferungsgedanken fundiert wird, ist § 40 II 1 VwGO einschlägig. Für Streitigkeiten über Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff ist damit der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben. Die sachliche Zuständigkeit, also die Aufteilung der erstinstanzlichen Zuständigkeit zwischen Amts- und Landgerichten, richtet sich nach der Höhe des Streitwerts. Anders als bei der Amtshaftung sind also nicht die Landgerichte unabhängig von der Höhe des Streitwertes zuständig. § 71 II Nr. 2 GVG ist nicht einschlägig.

Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kann mit Amtshaftungsansprüchen und Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen kumulieren. Das Verhältnis zum Aufopferungsanspruch ist ein solches der Ausschließlichkeit auf Tatbestands-ebene.

## **2. Exemplarische Vertiefung anhand von Fällen**

Nachdem die dogmatische Struktur, die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolgen des enteignungsgleichen Eingriffs dargestellt sind, will ich zwei Sonderprobleme anhand von Fällen vertiefen. Im Verhältnis zum Amtshaftungsanspruch ist der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff insoweit günstiger, als § 839 I 2 BGB nicht gilt und kein Verschulden gefordert wird. Der Amtshaftungsanspruch ist auf der Rechtsfolgenseite günstiger: Schadensersatz statt Entschädigung, einschließlich entgangenem Gewinn und Schmerzensgeld.

### **a) Qualifiziertes Unterlassen**

X beantragt bei der zuständigen Behörde die Erteilung einer Baugenehmigung. Alle Voraussetzungen für eine positive Entscheidung sind erfüllt. Gleichwohl bleibt die Behörde ohne zureichende Gründe untätig. Nachdem 6 Monate verstrichen sind, verlangt X Ersatz für die Mehraufwendungen, die ihm bei der Baufinanzierung infolge dieser Verzögerung entstanden sind und künftig entstehen.

Ist ein solcher Anspruch unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs gegeben?

Das setzt als erstes voraus, dass die zögerliche Bearbeitung des Baugesuchs als ein hoheitlicher, gemeinwohlmotivierter Eingriff qualifiziert werden kann (Punkt 1 des ausgeteilten Prüfungsschemas). Dies wird vom BGH in ständiger Rechtsprechung trotz zum Teil heftiger Kritik in der Literatur grundsätzlich abgelehnt. Ein Eingriff im Sinne des enteignungsgleichen Eingriffs könne nicht in einem Unterlassen bestehen. Enteignung meine die Inanspruchnahme (das Nehmen), nicht das Vorenthalten (das Nicht-Geben). Eine Enteignung durch Unterlassen könne es darum nicht geben. Die hoheitliche Maßnahme beim enteignungsgleichen Eingriff müsse vielmehr in einem positiven Tun bestehen.

Den naheliegenden Einwand, dass im Zivil- und im Strafrecht das Unterlassen dem positiven Tun dann gleichstehe, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben sei, lässt der BGH nicht gelten. Eine solche Rechtspflicht wäre im vorliegenden Fall gegeben. Wenn sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung erfüllt sind, besteht darauf ein Anspruch, denn das Baugenehmigungserfordernis ist nach § 62 I BerlBauO ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Teile der Literatur würden deshalb einen Eingriff im Sinne des 1. Punktes des ausgeteilten Prüfungsschemas annehmen. Warum der BGH das Unterlassen einem positiven Tun nicht gleichstellt, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht, ist nicht recht ersichtlich. Es werden hierfür begriffliche Erwägungen angeführt, insbesondere die Parallele zur Enteignung, die ebenfalls nur in einem positiven Tun bestehen könne. Diese Erwägungen überzeugen jedenfalls nach der Abkoppelung des enteignungsgleichen Eingriffs von Art. 14 III GG nicht mehr.

Allerdings macht auch der BGH eine Ausnahme. Das sogenannte qualifizierte Unterlassen stehe einem positiven Tun gleich und könne darum ein enteignungsgleicher Eingriff sein. Qualifiziert sei das Unterlassen, wenn die Behörde ihr gebotenes Handeln förmlich oder unförmlich, jedenfalls aber unmissverständlich verweigere. Das ausdrückliche Nein-Sagen stehe einem positiven Tun gleich. In dem Beispielsfall wäre ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nur dann gegeben, wenn die Behörde dem X gegenüber die Erteilung einer Baugenehmigung ausdrücklich abgelehnt hätte. Nur dann läge kein schlichtes Unterlassen, sondern ein qualifiziertes Unterlassen vor - mit der Folge, dass von einem enteignungsgleichen Eingriff gesprochen werden könnte. Wegen des Erfordernisses des Primärrechtsschutzes ist dieser Anspruch sodann auf die Verzögerungsschäden beschränkt, die durch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen die ablehnende Entscheidung nicht mehr abgewendet werden können.

## **b)   Legislatives und normatives Unrecht**

**Fall** (nach BGHZ 111, 349): Die Kakaoverordnung verbietet den Herstellern von Puffreisriegeln, als Bindemasse zum Zusammenhalten der gepufften Reiskörner eine pflanzliche Fettglasur zu verwenden, die durch den Zusatz von Kakaopulver eine schokoladenähnliche Farbe erhält. Durch eine solche Glasur würde der Verbraucher getäuscht. X hält sich unter dem Druck der Lebensmittelaufsichtsbehörde an dieses Verbot und verwendet anstelle der kakaohaltigen Fettglasur als Bindemittel Schokolade, was die Produktionskosten deutlich erhöht. Ein Konkurrent des X ist in einem anderen Bundesland ansässig. Die dortigen Aufsichtsbehörden bestehen nicht auf der Einhaltung der Kakaoverordnung. Der Konkurrent kann deshalb kostengünstiger produzieren, was zur Folge hat, dass X die Herstellung von Puffreisriegeln einstellen muss. Kurz darauf erklärt das BVerfG das Verbot, kakaohaltige Fettglasuren zu verwenden, die Schokolade zum Verwechseln ähnlich sind, für nichtig. Es verstoße gegen Art. 12 I GG. X verlangt nunmehr von der Bundesrepublik Deutschland Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs, weil seine Firma wegen einer verfassungswidrigen Rechtsverordnung des Bundes ihre Produktion habe aufgeben müssen.

Kann X von der Bundesrepublik Deutschland den Verdienstausschlag ersetzt verlangen, den er durch die Beachtung der KakaoVO erlitten hat?

**Lösung:** Als hoheitlicher gemeinwohlmotivierter Eingriff kommt im vorliegenden Fall nur der Erlass der Kakaoverordnung in Betracht. Das Verhalten der Lebensmittelbehörden ist der beklagten Bundesrepublik Deutschland nicht zuzurechnen, weil die Lebensmittelbehörden Landesbehörden sind, die die Kakaoverordnung als eigene Angelegenheiten der Bundesländer gemäß Art. 84 GG ausführen. Fraglich ist also, ob eine Rechtsverordnung des Bundes eine enteignungsgleiche Maßnahme sein kann.

Soweit es um ein förmliches, vom Parlament beschlossenes Gesetz

geht, lehnt der BGH dies ab, weil der Ausgleich von Nachteilen, die unmittelbar oder mittelbar durch ein förmliches Gesetz herbeigeführt werden, sich nicht mehr im Rahmen eines richterrechtlich geprägten und ausgestalteten Haftungsinstituts halte, wie es der enteignungsgleiche Eingriff darstelle. Der Richter würde damit seine Kompetenz zur Rechtsfortbildung überschreiten. Die Zubilligung von Entschädigungsansprüchen für legislatives Unrecht habe für die Staatsfinanzen weitreichende Folgen, weil ein Gesetz für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Fällen gelte. Schon das spreche dafür, die Haushaltsprärogative des Parlamentes in möglichst weitgehendem Umfange zu wahren und die Gewährung von Entschädigung für legislatives Unrecht der Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers zu überantworten. Es komme hinzu, dass bei der Gewährung von Entschädigung für legislatives Unrecht verschiedene, nicht unerheblich voneinander abweichende Lösungen denkbar seien. Nach alledem fehle dem Richter die Legitimation für Einführung und Ausgestaltung der Staatshaftung für die nachteiligen Folgen verfassungswidriger Parlamentsgesetze. Das gelte nicht nur für Eingriffe unmittelbar durch das Gesetz selbst, sondern auch für Eingriffe in der Form von Rechts- und Verwaltungsakten, die auf dem Gesetz beruhen, also sowohl für die Unmittelbarkeits- als auch für die Beruhensfälle (BGH NJW 1987, 1875 (1877)).

Diesen Standpunkt vertritt der BGH aber nur für das sogenannte legislative Unrecht, also für rechtswidrige Eingriffe, die unmittelbar durch ein Parlamentsgesetz erfolgen oder die auf einem Parlamentsgesetz beruhen. Vom legislativen Unrecht sei das normative Unrecht zu unterscheiden. Während legislatives Unrecht durch Parlamentsgesetze zugefügt werde oder darauf beruhe, werde normatives Unrecht durch untergesetzliches Recht der Exekutive und darauf beruhende Rechtsakte zugefügt. Untergesetzliches Recht der Exekutive sind Satzungen, z.B. Bebauungspläne, aber auch Rechtsverordnungen. Rechtsverordnungen und Satzungen seien zwar Rechtsnormen, sie seien aber auch Maßnahmen der Exekutive. Aus diesem Grund würden sie von dem richterrechtlichen Institut des enteignungsgleichen Eingriffs erfasst, sofern das exekutive

Recht an eigenen, nicht auf dem Parlamentsgesetz beruhenden Nichtigkeitsgründen leidet. Das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs bietet mithin gegen sämtliche Maßnahmen der Exekutive Schutz, einschließlich der exekutiven Rechtsetzung, nicht aber gegen Parlamentsgesetze. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass ein hoheitlicher, gemeinwohlmotivierter Eingriff vorliegt. Dies ist die Kakaoverordnung.

Ebenfalls schwierig ist der nächste Punkt. Es ist nämlich fraglich, ob die Kakaoverordnung in eine eigentumsgrundrechtlich geschützte Rechtsposition des X eingreift. In Betracht kommt nur der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb. Die Substanz eines Gewerbebetriebes sei - so der BGH - nur berührt, wenn in die den Betrieb darstellende Sach- und Rechtsgesamtheit als solche, in den Betrieb als wirtschaftlichen Organismus eingegriffen und damit das ungestörte Funktionieren dieses Organismus unterbunden oder beeinträchtigt wird. Dementsprechend kann von einem Eingriff in die Substanz des Gewerbebetriebs nicht gesprochen werden, wenn im Rahmen der die Produktionsprozesse regelnden Normen lediglich auf die Ausgestaltung eines einzelnen Produktes Einfluss genommen wird, und dort auch nur auf das "Wie", nicht dagegen auf das "Ob" der Herstellung. Die Chance eines Unternehmers, seine Leistungen und Erzeugnisse rentabel abzusetzen, wird von der Rechtsordnung nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet, solange dadurch der Kernbereich des Eigentums nicht angetastet wird. Vielmehr handelt es sich, soweit das Eigentum am Gewerbebetrieb betroffen sein könnte, allenfalls um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 I 2 GG, die auch bei Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßig eine Inhaltsbestimmung bleibt und nicht etwa nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen zu einer Entschädigung führt.

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen kann allenfalls dann gelten, wenn die Produktionsumstellung für den Betrieb des X insgesamt schlechthin nicht mehr verkraftbar ist, also gleichsam zu einer Erdrosselung des Betriebes führt. Die bloße

Beeinträchtigung der Liquidität eines Unternehmens oder eine Schmälerung des Ertrages reicht für die Annahme eines solchen Ausnahmefalles nicht aus.

Diese Betrachtungsweise deckt sich mit der Abgrenzung der Schutzbereiche von Art. 12 I und Art. 14 I GG durch das BVerfG. Art. 14 I GG hat eine objektbezogene Gewährleistungsfunktion. Dieses Grundrecht schützt nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen. Es schützt deshalb keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten. Art. 14 I GG schützt - anders ausgedrückt - das Erworben, das Ergebnis einer Betätigung. Art. 12 I GG schützt dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst. Diese Freiheit wird durch das Verbot, kakaohaltige Fettglasuren zu verwenden, eingeschränkt, nicht aber Art. 14 I GG.

Ein Eingriff in eine eigentumsgrundrechtlich geschützte Position liegt darum im Ergebnis nicht vor. X hat nur die Herstellung von Puffreisriegeln, nicht seine Firma einstellen müssen. Ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gegen die Bundesrepublik Deutschland als Urheberin der Kakaoverordnung besteht darum nicht.

Ein Anspruch aus Amtshaftung scheidet bei legislativem oder normativem Unrecht regelmäßig an der fehlenden Drittbezogenheit einer Amtspflichtverletzung. Dies ist herrschende Meinung. Ausnahmen müssen besonders begründet werden, so bei Bebauungsplänen mit § 1 V S. 2 Nr. 1 BauGB. Probleme bereitet weiterhin das Verschulden, das wegen des Spielraums eines Normsetzers nur bei vermeidbaren groben Mängeln bejaht werden kann.