

# Art. 14 GG für Fortgeschrittene

## 45 Fragen zum Eigentum, die Sie nicht überall finden. Unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts

Von Prof. Dr. **Joachim Lege**, Greifswald\*

*Es gehört zu den Besonderheiten des Jura-Studiums, dass manche Materien, die in den ersten Semestern gelernt werden, erst in höheren Semestern in ihrer ganzen Bedeutung erkannt werden können. Dazu zählen insbesondere die Grundrechte: Sie durchdringen die gesamte Rechtsordnung und man muss immer wieder mit immer mehr Verständnis auf sie zurückkommen. Die folgenden 45 Fragen zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG wollen daher in einer Art Mosaik einen Gesamteindruck vermitteln: von den absoluten Basics, die „sitzen müssen“ (etwa Nr. 3 bis 5, 17 und 18, 45), über aufschlussreiche Detailfragen vor allem aus dem Baurecht (etwa Nr. 24 bis 28) bis hin zu kritischen Anfragen an die h.M. in Rechtsprechung (etwa Nr. 21, 41) und Lehre (etwa Nr. 8, 11 und 12). Ziel ist, Studentinnen und Studenten aller Semester nicht nur Wissen, sondern auch Verständnis zu vermitteln – und nicht zuletzt einen Sinn dafür wecken, dass man als Jurist gelegentlich hinter die Kulissen schauen sollte (etwa Nr. 2, 12, 43).*

### I. Einführung

#### 1. Ist das Grundrecht aus Art. 14 GG besonders schwierig?

Eigentlich nicht. Man kann seinen Schutzbereich, die Eingriffe in den Schutzbereich und deren Rechtfertigungsvoraussetzungen klar und konsistent definieren.<sup>1</sup> Schwierig ist, dass es zu Art. 14 GG nach wie vor nicht nur *eine* Dogmatik gibt, sondern zwei: die des BGH und die des BVerfG.<sup>2</sup> Vordergründig betrachtet, hat sich die Dogmatik des BVerfG zwar durchgesetzt. Der BGH hält jedoch in einigen wichtigen Fällen an seiner alten Doktrin fest, und das BVerfG kann dagegen nichts tun (vgl. Frage 43).

#### 2. Worum ging es in der berühmten Nassauskiesungsentscheidung BVerfGE 58, 300?

Es ging letztlich um den soeben angedeuteten Kompetenzkonflikt zwischen BVerfG und BGH – und damit letztlich um Definitionsmacht. Der BGH hatte lange Jahre hindurch mit Hilfe eines „weiten“ Enteignungsbegriffs den Eigentümern großzügig Entschädigung gewährt, wenn sie ihr Grundstück wirtschaftlich nicht so nutzen durften, wie sie es wollten – z.B. zur Nassauskiesung, d.h. zur Ausbeutung von Kiesaufkommen bis in den Grundwasserbereich hinein. Gegen diese Rechtsprechung brachte das BVerfG „seinen“ Enteignungsbegriff in Stellung – mit allen seinen Konsequenzen<sup>3</sup>.

\* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald.

<sup>1</sup> Dazu zuletzt *Lege*, Jura 2011, 507.

<sup>2</sup> Dazu zuletzt *Lege*, Jura 2011, 826; *ders.*, JZ 2011, 1084.

<sup>3</sup> Begriffe sind nichts anderes als die Gesamtheit ihrer praktischen Konsequenzen (vgl. *Peirce*, in: *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, repr. 1960, 5.402; dt. in: *ders.*, in:

### II. Allgemeines

#### 3. Eigentum ist ein sog. normgeprägtes Grundrecht. Steht das so im Grundgesetz?

Ja. Denn Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG lautet: „Inhalt und Schranken [ergänze: des Eigentums] werden durch die Gesetze bestimmt.“ Daran zeigt sich: Eigentum ist kein derart „naturwüchsig“ vorhandenes (Grund-)Rechtsgut wie z.B. Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) oder Freizügigkeit (Art. 11 GG). Vielmehr ist Eigentum immer schon und immer erst eine Schöpfung der Rechtsordnung („die Gesetze“). Gäbe es diese Gesetze nicht, gäbe es nur rechtlich ungesicherten, „faktischen“ Besitz.

#### 4. Was ist die wichtigste praktische Konsequenz der Begriffe Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung?

Nach der Dogmatik der ehemals ganz h.M. (BGH, BVerwG, Literatur) war die Unterscheidung von höchster praktischer Bedeutung: Entschädigung konnte nur für Enteignungen verlangt werden, während Inhalts- und Schrankenbestimmungen, als Konkretisierung der sog. „Sozialbindung“ des Art. 14 Abs. 2 GG, entschädigungslos blieben. „Enteignung“ und „Entschädigungspflicht“ war, m.a.W., ein Synonym.

Nach der heutigen Dogmatik gilt: Für Enteignungen *muss* – immer – Entschädigung geleistet werden (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen *kann* – muss aber nicht immer – eine Entschädigungspflicht bestehen (sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung).

#### 5. Ist der Begriff „Wohl der Allgemeinheit“ in Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG identisch?

Nein. In Art. 14 Abs. 2 GG wird mit der sog. Sozialpflichtigkeit ein Kriterium benannt, das allein zu Inhalts- und Schrankenbestimmungen passt: Der Gebrauch des Eigentums (durch den Eigentümer) soll „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen“. Dies rechtfertigt es etwa, ihm Beschränkungen aus Gründen des Natur- oder Denkmalschutzes aufzuerlegen. Bei der „echten“ Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG wird dem Eigentümer das Eigentumsobjekt oder seine Nutzung hingegen entzogen und auf einen anderen übertragen (Güterbeschaffungsvorgang). Deshalb meint „zum Wohle der Allgemeinheit“ hier ein „konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben“<sup>4</sup>, also etwa eine Auto- oder Eisenbahntrasse.

Apel [Hrsg.], *Schriften zum Pragmatismus und Pragmatizismus*, 2. Aufl. 1976, S. 195).

<sup>4</sup> BVerfG, *Beschl. v. 22.5.2001 – 1 BvR 1512/97 u.a.* = BVerfGE 104, 1 (9 f.) – Städtebauliche Umlegung.

### III. Zum Schutzbereich

#### 6. Hat Artikel 14 GG überhaupt einen Schutzbereich?

Das ist in der Tat fraglich, weil es ein normgeprägtes Grundrecht ist (s.o. Frage 3): Der Inhalt des Eigentums ergibt sich eben immer erst „aus den Gesetzen“, d.h. aus dem einfachen Recht. Nichtsdestoweniger wird das Eigentum in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG „gewährleistet“. Daraus folgt verfassungsrechtlich: Das einfache Recht muss ein Eigentum schaffen, das diesen Namen auch verdient (berühmte Formulierung<sup>5</sup>). Etwas paradox formuliert besteht der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 14 GG also darin, den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eben dieses Schutzbereichs gewissen Mindestanforderungen – wenn man so will: prinzipiellen<sup>6</sup> Anforderungen – zu unterwerfen.

#### 7. Wann verdient ein Eigentumsrecht seinen Namen?

Wenn es dem (Privat-)Eigentümer hinsichtlich des Eigentumsobjekts zweierlei zuordnet: Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis. Es verstößt daher gegen Art. 14 GG, wenn der Eigentümer eine Denkmalvilla, die ihm keinerlei Nutzen bringt und nur noch Kosten verursacht, weder abreißen darf noch Entschädigung erhält<sup>7</sup> (s. auch Frage 26). Und es würde gegen Art. 14 GG verstoßen, wenn das Aktienrecht nicht den Kapitaleigentümern, sondern der Arbeitnehmerseite das Übergewicht bei der betrieblichen Mitbestimmung einräumte.<sup>8</sup>

#### 8. Gehört es zum Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts, dass der Eigentümer sein Grundstück bebauen darf (sog. Baufreiheit)?

Dies ist nach wie vor streitig und die wohl h.M. bejaht die Frage nach wie vor.<sup>9</sup> Nach dem Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und der Rechtsprechung des BVerfG kann die Antwort jedoch nur lauten: Nein.<sup>10</sup> Denn was zum Inhalt

des Eigentums gehört, ergibt sich aus den Gesetzen. Wenn die Gesetze daher die Bebaubarkeit des Grundstücks grundsätzlich von einer Baugenehmigung abhängig machen (so alle Landesbauordnungen<sup>11</sup>), dann darf eben nur mit Genehmigung bebaut werden – und es gibt keine Baufreiheit mit Verfassungsrang. Wenn die Landesbauordnungen zudem einen Anspruch<sup>12</sup> auf die Baugenehmigung gewähren, dann ist dies gerade nur ein einfachrechtlicher Anspruch – und nicht eine Baufreiheit mit Verfassungsrang. Wenn schließlich das Bauplanungsrecht die Bebaubarkeit von Grundstücken nicht generell zulässt, sondern die Zulässigkeit baulicher Anlagen detailliert von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht (s. insb. §§ 30, 34 und 35 BauGB), dann ist die Bebaubarkeit erst unter diesen einfachrechtlichen Voraussetzungen Inhalt des Eigentums, und es sind nicht etwa die §§ 30, 34 und 35 BauGB nachträgliche Beschränkungen einer vorgegebenen Baufreiheit mit Verfassungsrang.

#### 9. Hat die Frage nach der Baufreiheit praktische Konsequenzen?

Die Frage hat in mindestens drei Konstellationen praktische Konsequenzen: beim baurechtlichen Bestandschutz, beim „Baurecht auf Zeit“ und beim sog. qualifizierten Unterlassen. Das sog. qualifizierte Unterlassen wird später aufgegriffen (Frage 41).

#### 10. Was versteht man unter dem baurechtlichen Bestandschutz? Folgt er aus Art. 14 GG?

Unter baurechtlichem Bestandsschutz versteht man den Anspruch des Eigentümers eines bebauten Grundstücks darauf, dass ihm die einmal zulässig verwirklichte Nutzung des Grundstücks gewissermaßen „auf ewig“ erhalten bleibt. Beispiel: Wenn das Wohnhaus des Eigentümers abbrennt, hat er das Recht, an gleicher Stelle wieder ein gleiches Gebäude zu errichten – auch wenn dies nach heutigem Recht nicht mehr zulässig wäre. Dieser sog. passive Bestandsschutz ist heute z.B. in § 35 Abs. 4 Nr. 2 und 3 BauGB gesetzlich fixiert. Darüber hinaus hatte die Rechtsprechung früher auch einen sog. aktiven Bestandsschutz anerkannt: Das neu zu errichtende Gebäude durfte „begrenzte Erweiterungen“ aufweisen, soweit eine „zeitgemäß-funktionsgerechte Nutzung“ dies erforderte – im konkreten Fall ging es um den Anbau von Garagen.<sup>13</sup>

Einen solchen aktiven Bestandsschutz erkennt das BauGB mittlerweile nicht mehr an, und er folgt auch nicht, wie das

<sup>5</sup> Sie geht zurück auf *Wolff*, in: Festgabe für W. Kahl, 1923, Teil IV, S. 1 (S. 6).

<sup>6</sup> Ich spiele an auf die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien von *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, fortgeführt und angewendet auf Art. 14 GG von *Sieckmann*, *Modelle des Eigentumsschutzes*, 1998; *Sieckmann*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum GG*, Art. 14 GG. Nach dieser Theorie gelten Regeln im Alles-oder-nichts-Modus, während Prinzipien als Optimierungsgebote wirken, d.h., sie sind bei der Generierung neuer Regeln gegeneinander abzuwägen. Insofern besteht eine gewisse Ähnlichkeit zur älteren Lehre von der anzustrebenden „praktischen Konkordanz“ verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter (*Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 72 et passim).

<sup>7</sup> BVerfG, *Beschl. v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91 = BVerfGE 100, 226 – Denkmalvilla*.

<sup>8</sup> BVerfG, *Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a. = BVerfGE 50, 290 – Mitbestimmung*.

<sup>9</sup> Besonders vehement *Leisner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 173 Rn. 194 f.

<sup>10</sup> Aus jüngerer Zeit dezidiert *Dähne*, *Jura* 2003, 455.

<sup>11</sup> Z.B. § 59 LBauO M-V.

<sup>12</sup> Z.B. § 72 LBauO M-V: „Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn [...]“ (*Hervorhebung des Verf.*); genau besehen ist dies allerdings nicht schon der Anspruch auf die Baugenehmigung, sondern der Anspruch auf eine *gebundene* Entscheidung über die Baugenehmigung – im Gegensatz zum Anspruch auf (nur) – fehlerfreie *Ermessensentscheidung*.

<sup>13</sup> BVerwG, *Urt. v. 17.1.1986 – 4 C 80/82 = BVerwGE 72, 362 – Wohnhausumbau*.

BVerwG klargestellt hat, unmittelbar aus Art. 14 GG.<sup>14</sup> Mehr noch: Auch der passive Bestandsschutz folgt nach der – richtigen – Ansicht des BVerwG nicht mehr unmittelbar „aus Art. 14 GG“, sondern allein aus den Gesetzen, die – wie § 35 Abs. 4 Nr. 2 und 3 BauGB – Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen. Dass zu einem Eigentum, das diesen Namen verdient, auch ein gewisser baurechtlicher Bestandsschutz gehört, dass m.a.W. das einfache Gesetzesrecht dem Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG genügen muss, ist eine zweite, ggf. vom BVerfG zu entscheidende Frage.

#### 11. Was hat es mit dem sog. „Baurecht auf Zeit“ auf sich?

Das „Baurecht auf Zeit“ ist eine relativ neue Problematik. Insofern ist bereits der Name eine These, denn mit „Baurecht“ ist hier nicht etwa das objektive Baurecht gemeint, wie es in den Gesetzen steht, sondern das subjektive Recht des Eigentümers, sein Grundstück zu bebauen. Treffender wäre deshalb die Bezeichnung „Baubefugnis auf Zeit“. Diese Bezeichnung wurde jedoch vermieden: wohl, weil sie zu stark nahelegt, dass sich die Befugnis zum Bauen erst aus den Gesetzen ergibt – und nicht unmittelbar, als verfassungsmäßiges „Recht“, aus dem Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG (vgl. Frage 8).

Konkret wird es als „Baurecht auf Zeit“ bezeichnet, wenn die Verwaltung dem Eigentümer sein „Recht“, das Grundstück zu bebauen, nur auf Zeit gewährt. Nach ganz h.M. ist sie dazu grundsätzlich nicht befugt, und zwar wegen des schon genannten, letztlich in der Baufreiheit verwurzelten Dogmas, dem Eigentümer stünde eine einmal gewährte Befugnis zu bauen „auf ewig“ zu.<sup>15</sup> Nunmehr hat der Gesetzgeber allerdings in § 9 Abs. 2 BauGB erlaubt, dass die Gemeinde einen Bebauungsplan „in besonderen Fällen“ mit einer Bedingung oder Befristung versehen kann, und auch in städtebaulichen Verträgen können Bedingungen oder Befristungen vereinbart werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB).

Richtigerweise sollte man noch weiter gehen. Es spricht jedenfalls verfassungsrechtlich nichts dagegen, dem Eigentümer eine Baubefugnis nur so lange zu gewähren, wie er sie allgemeinwohlverträglich (siehe Art. 14 Abs. 2 GG!) nutzt. Nach h.M. bedarf ein „Baurecht auf Zeit“ freilich nach wie vor einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Zudem sollen bauordnungsrechtliche Vorschriften, die die Erteilung

der Baugenehmigung unter einer Bedingung oder Befristung erlauben (z.B. § 72 Abs. 4 LBauO M-V), nicht ausreichen.<sup>16</sup>

#### 12. Welche aktuellen stadtplanerischen Probleme verbergen sich hinter der – hier so bezeichneten – „Baubefugnis auf Zeit“?

Es sind Probleme im Zusammenhang mit den großen Einzelhandelsketten (Aldi, Lidl, Netto et cetera). Beispiel: Im Innenbereich (§ 34 BauGB) gibt einer von vier großflächigen Einzelhandelsbetrieben (im Folgenden: Einkaufsmärkten) den Betrieb wegen Unrentabilität auf. Das Grundstück liegt sodann viele Jahre brach, weil sich kein Käufer findet, der die Kosten des Abbruchs übernimmt. Dies ließe sich vermeiden, wenn dem Betreiber von vornherein die Baugenehmigung nur unter der Bedingung erteilt würde, bei Aufgabe des Betriebs – und sofern dies kein anderer übernimmt – die Kosten des Abbruchs zu tragen (vgl. auch § 35 Abs. 5 S. 2 BauGB). Es mag sein, dass sich dann das Vorhaben für den Einkaufsmarkt (bzw. die Kette) „nicht gerechnet hätte“. Aber das wäre nicht zu beklagen, sondern ganz im Gegenteil zu begrüßen: Erstens haben Einkaufsmärkte negativen Einfluss auf den örtlichen Einzelhandel („Kaufkraftabfluss“, vgl. §§ 34 Abs. 3, 9 Abs. 2a BauGB)<sup>17</sup> und auf die verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und sonstigen Waren (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 8a BauGB)<sup>18,19</sup>. Und zweitens ist nicht einzusehen, dass der Wettbewerbsvorteil der Einkaufsmärkte und die Stärkung ihres Handels-Oligopols von der Allgemeinheit mitfinanziert wird – in Gestalt einer zu weit gehenden, auf Kosten der Allgemeinheit ausgeübten „Baufreiheit“.

#### 13. Hat der Eigentümer einen Anspruch darauf, sein Grundstück wirtschaftlich bestmöglich zu nutzen?

Ja und nein. Selbstverständlich darf der Eigentümer sein Grundstück im Rahmen des rechtlich Erlaubten nach seinen Vorstellungen nutzen. Er hat aber keinen Anspruch darauf, jede Nutzung zu ziehen, die sich ihm, als „vernünftigen Eigentümer“ (Frage 43), wirtschaftlich aufdrängt – z.B. auf seinem Grundstück bis in den Grundwasserbereich hinein Kies abzubauen, wenn sich dies wegen des nahen Wasserwerks der Stadt S nicht mit dem Gemeinwohl vertrüge. Kurz: Art. 14 GG gewährt dem Eigentümer nicht ein Recht, gerade

<sup>14</sup> BVerwG, Urt. v. 12.3.1998 – 4 C 10/97 = BVerwGE 106, 228 – Sturmzerstörtes Scheunengebäude.

<sup>15</sup> Vgl. Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Novellierung des Baugesetzbuchs, Bericht der Unabhängigen Expertenkommission, August 2002, Rn. 202, wo das Stichwort „Baufreiheit“ zwar nicht fällt, wo es aber umso deutlicher heißt: „Ein allgemeines städtebauliches Interesse der Gemeinde, nach einer bestimmten Zeit ohne Entschädigungsrisiken planerisch neu disponieren zu können, rechtfertigt nicht derart gravierende Eingriffe in das Bodeneigentum. Bei einer generellen Befristung neuer Baurechte dürften die Institutsgarantie des Artikels 14 GG sowie die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit verletzt sein.“

<sup>16</sup> Krit. zu allem *Lege*, LKV 2007, 97.

<sup>17</sup> Stichwort: Verödung der Innenstädte dadurch, dass große Einkaufsmärkte „auf der grünen Wiese“ durch ihre niedrigen Preise die kleinen Einzelhändler („Tante-Emma-Läden“) ihrer Kundschaft berauben.

<sup>18</sup> So gibt es in vielen Wohngebieten keine Möglichkeit mehr, in fußläufiger Entfernung ein Lebensmittelgeschäft zu erreichen.

<sup>19</sup> Zu beiden Aspekten wie hier BVerwG, Urt. v. 17.12.2009 – 4 C 2/08 = BVerwGE 136, 10 – Weiterer Discounter in Köln-Poll; dazu *Kraus/Feise*, UPR 2010, 331.

diejenige Verwertungsmöglichkeit zu verwirklichen, die ihm den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil verspricht.<sup>20</sup>

#### IV. Zur Eingriffsebene

14. *Wie viele Arten von Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG gibt es?*

Nur zwei: Enteignungen (Art. 14 Abs. 3 GG) und – dem Eigentümer nachteilige – Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Insbesondere sind der sog. enteignungsähnliche und enteignende Eingriff keine „Eingriffe dritter Art“, sondern schlichte Rechtsinstitute des einfachen Rechts, nämlich Entschädigungsansprüche, die die Zivilgerichte den Eigentümern bei bestimmten Beeinträchtigungen des Eigentums auch ohne gesetzliche Grundlage gewähren (was verfassungsrechtlich fragwürdig ist).<sup>21</sup>

15. *Aber: Ist die Inhalts- und Schrankenbestimmung wirklich ein Eingriff?*

Diese Frage dürfte überholt sein. Auf den ersten Blick erscheint es zwar in der Tat fraglich, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung ein „Eingriff“ sein kann – weil sie doch den Schutzbereich des Eigentums, in den eingegriffen werden könnte, überhaupt erst bestimmt. Jedenfalls dann aber, wenn diese Inhalts- und Schrankenbestimmung für den Eigentümer nachteilig ist (siehe auch Frage 22), handelt es sich um einen Eingriff (womit aber weder über die Rechtfertigung des Eingriffs noch über die Frage, ob entschädigt werden muss, etwas präjudiziert ist<sup>22</sup>).

<sup>20</sup> Noch pointierter BVerfG, Urt. v. 4.2.1975 – 2 BvL 5/74 = BVerfGE 38, 348 (371) – Zweckentfremdung von Wohnraum/Umwandlung in ein Bordell: Der Eigentümer hat nicht das Recht, „jede sich bietende Chance zu einer günstigeren Verwertung seines Eigentums sofort und maximal auszunutzen“; die hier zitierte Formulierung in BVerfGE 58, 300 (345) – Nassauskiesung; anerkannt auch von BGH, Urt. v. 16.7.1993 – III ZR 60/92 = BGHZ 123, 242 (253 f.) – Flugsanddünen.

<sup>21</sup> Die Gliederungen der meisten Lehrbücher und Kommentare sind daher insofern irreführend, als sie dem „enteignungsähnlichen“ und „enteignenden Eingriff“ einen gleichwertigen Abschnitt widmen (z.B. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 26. Aufl. 2010, Rn. 1024 ff.: „Sonstige Eingriffe“).

<sup>22</sup> Möglicherweise könnte es doch Sinn haben, nicht von „Eingriff“ zu reden, sondern – z.B. – von Regulation: Denn „Eingriff“ suggeriert doch sehr, es handele sich beim Eigentum um ein ebenso natürliches Recht wie (Bewegungs-)Freiheit, Leben und Gesundheit (vgl. Frage 3). Jedoch würde man dann wohl auch eine andere Grundrechtstheorie und ein anderes Prüfungsschema als das Klapp-Klapp von „Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung des Eingriffs“ benötigen.

16. *In welchen beiden Entscheidungen des BVerfG werden die Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung“ maßgeblich definiert? Welche drei weiteren Entscheidungen sind wichtig für die Konzeption dieser Begriffe?*

Die maßgeblichen Entscheidungen sind die Beschlüsse des BVerfG zum Kleingartenrecht (BVerfGE 52, 1)<sup>23</sup> und zur Nassauskiesung (BVerfGE 58, 300)<sup>24</sup>. In ihnen wurden die bis heute gültigen Definitionen entwickelt, allerdings nicht deckungsgleich; daher muss man beide Formulierungen nach wie vor gewissermaßen „zusammenlesen“.

Was den Begriff der Enteignung angeht, hat in neuerer Zeit ein Urteil zur städtebaulichen Umlegung (BVerfGE 104, 1)<sup>25</sup> eine wichtige, aber nur teilweise richtige Präzisierung geliefert. Klarstellungen zu Begriff und Konzeption der Inhalts- und Schrankenbestimmung hatte zuvor das Urteil zur Denkmalsvilla gebracht (BVerfGE 100, 226)<sup>26</sup>. Aus der Zeit vor „Kleingarten“ und „Nassauskiesung“ ist die Entscheidung zum Hamburger Deichordnungsgesetz (BVerfGE 24, 367)<sup>27</sup> von überragender Bedeutung.

17. *Wie lauten die klassischen Formeln des BVerfG zur Abgrenzung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung“?*

Im Kleingartenbeschluss heißt es: „Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen gerichtet, die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet sind. [...] Demgegenüber versteht das Grundgesetz unter Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den ‚Inhalt‘ des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen.“<sup>28</sup>

Unwesentlich verändert findet sich diese Formel auch im Nassauskiesungsbeschluss<sup>29</sup>; allerdings fehlt dort gerade die – ganz wesentliche (Frage 20) – Formulierung „hinsichtlich solcher Rechtsgüter [...]“.

18. *Wie lautet die jüngste Präzisierung des Enteignungsbegriffs durch das BVerfG?*

In der Entscheidung zur städtebaulichen Umlegung wird der Enteignungsbegriff wie folgt erweitert: Die Enteignung sei gerichtet auf die vollständige oder teilweise Entziehung subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleiteter Rechtspositionen „zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben.“ Und weiter: „Die Enteignung setzt den Entzug

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.6.1979 – 1 BvL 19/76.

<sup>24</sup> BVerfG, Urt. v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78.

<sup>25</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.5.2001 – 1 BvR 1512/97 u.a.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschl. v. 2.3.1999 – 1 BvL 7/91.

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 18.12.1968 – 1 BvR 638/64 u.a.

<sup>28</sup> BVerfGE 52, 1 (27).

<sup>29</sup> BVerfGE 58, 300 (330 f.).

konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll [...]. Ist mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln [...].<sup>30</sup>

*19. Inwieweit sind die „klassischen“ Definitionen (Frage 17) zur Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung unbrauchbar?*

Unbrauchbar sind sie insofern, als ein Gegensatz konstruiert wird zwischen einerseits „abstrakt-generellen Regelungen“ auf der Ebene des „objektiven Rechts“ (= Inhalts- und Schrankenbestimmung), andererseits dem Entzug „konkreter subjektiver Rechtspositionen“ des Einzelnen (= Enteignung).<sup>31</sup> Denn auch ein Gesetz, das zur Enteignung ermächtigt (z.B. § 19 FStrG, § 22 AEG), trifft eine abstrakt-generelle und damit objektiv-rechtliche Regelung (anders natürlich die sog. Legislativenteignung unmittelbar „durch Gesetz“, vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG). Auf der anderen Seite entzieht auch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, sofern sie dem Eigentümer nachteilig ist, eine konkrete subjektive Rechtsposition: Wird ein Grundstück unter Denkmalschutz gestellt – sei es nun durch das Denkmalschutzgesetz selbst oder erst durch dessen Vollzug<sup>32</sup> –, so greift dies unmittelbar auf das Eigentum des davon betroffenen „Einzelnen“ zu.

*20. Welches sind demnach die entscheidenden Definitionsmerkmale?*

Entscheidend ist, dass die Inhalts- und Schrankenbestimmung hinsichtlich des Eigentums eine objektbezogene Regelung trifft (in der Diktion des BVerfG: eine Regelung „hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind“). Eine Villa wird unter Denkmalschutz gestellt, weil sie in ihrem jetzigen Zustand erhalten werden soll;<sup>33</sup> ein landwirtschaftliches Grundstück darf nur mit Genehmigung veräußert werden, weil nur auf diese Weise einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden vorgebeugt werden kann.<sup>34</sup> Kurz: Inhalts- und Schrankenbestimmungen knüpfen an eine Eigenschaft des Eigentumsobjekts an, sie definieren die rechtlichen Eigenschaften der Güter, an denen Eigentum besteht (Güterdefinition).

Demgegenüber wird enteignet, um einen gleichsam von außen an das Objekt herangetragenem Zweck zu erfüllen. Man könnte daher formulieren: Die Enteignung ist projektbezogen – das Grundstück wird z.B. für eine Autobahn oder Eisenbahn benötigt. Im Grunde kommt es jedoch allein darauf an, dass jemand ein Eigentumsobjekt haben will, aus welchem Grund auch immer, und die Rechtsordnung ihm erlaubt, sich dieses Objekt (genauer: seine Nutzung) mit legal erlaubtem Zwang zu beschaffen, falls der Eigentümer nicht bereit ist, es dem Nachfrager durch Vertrag (Kontrakt) zu überlassen (Zwangskontrakt).<sup>35</sup>

*21. Was ist von der jüngsten Präzisierung des Enteignungsbegriffs seitens des BVerfG (siehe Frage 18) zu halten? Inwiefern ist die Entscheidung methodisch bedenklich?*

Die neue Formel des BVerfG birgt die Gefahr, den Tatbestand der Enteignung (zwangswise Entzug eines Objekts zu Gunsten eines anderen) zu verwechseln mit der Rechtfertigung der Enteignung („zu Gunsten eines Gemeinwohlprojekts“).<sup>36</sup> Dies zeigt sich gerade am entschiedenen Fall: Bei der sog. städtebaulichen Umlegung gem. §§ 45 ff. BauGB werden in einem bestimmten Gebiet alle Grundstücke den Eigentümern vollständig und endgültig entzogen, sodann „zu einer Masse vereinigt“ und derart neu geschnitten, dass zur Bebauung geeignete Grundstücke entstehen, die schließlich auf die Eigentümer entsprechend ihren Anteilen verteilt werden. Das BVerfG hält dies *nicht* für eine Enteignung, weil das gesamte Verfahren allein dem „Ausgleich privater Interessen“ diene, nicht also der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Aber das ist doch gerade das Problem! Enteignungen sind nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG) – dann aber darf man Enteignungen, die dieser Anforderung nicht genügen, nicht einfach zu Nicht-Enteignungen umdefinieren!

Methodisch bedenklich ist: Das BVerfG weicht in der Entscheidung zur städtebaulichen Umlegung von zwei wichtigen Präjudizien ab – ohne dies deutlich zu machen. Das erste Präjudiz ist die sog. Boxberg-Entscheidung<sup>37</sup>: In ihr hatte das Gericht ein nahezu identisches Verfahren, die sog. Unternehmensflurbereinigung gem. § 144f BBauG, ganz zwanglos als (privatnützige) Enteignung qualifiziert. Warum die städtebauliche Umlegung anders zu beurteilen sein soll, wird nicht einmal im Ansatz begründet. Das zweite Präjudiz,

<sup>30</sup> BVerfGE 104, 1 (9 f.).

<sup>31</sup> Aber Achtung: Die ganz h.M. wendet diese Formeln unreflektiert und gewissermaßen als Faustformeln an; krit. und mit der hier geschilderten Lösung *Lege*, Zwangskontrakt und Güterdefinition, 1995.

<sup>32</sup> S. dazu Frage 22; klassischer Fall zum Naturschutz: BVerwG, Urt. v. 24.6.1993 – 7 C 26.92 = BVerwGE 94, 1 – Herrschinger Moos.

<sup>33</sup> BVerfGE 100, 226.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.1.1967 – 1 BvR 169/63 = BVerfGE 21, 73 – Grundstückverkehrsgesetz.

<sup>35</sup> Noch einmal anders gewendet: Enteignung ist der rechtlich gebilligte marktinterne Zwangszugriff eines Nachfragers auf ein Eigentumsobjekt – wobei „Zugriff“ meint: Entzug und Übertragung der Nutzung des Objekts auf den Begünstigten. Beispiel: Eigentümer müssen dulden, dass eine Gondelbahn ihre Grundstücke überfährt, vgl. BVerfG, Urt. v. 10.3.1981 – 1 BvR 92/71 = BVerfGE 56, 249 (mit berühmtem Sondervotum von *Böhmer*).

<sup>36</sup> *Berkemann*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 2002, Art. 14 Rn. 523, 546.

<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 24.3.1987 – 1 BvR 1046/85 = BVerfGE 74, 264.

die Entscheidung zum bergrechtlichen Vorkaufsrecht,<sup>38</sup> hatte explizit verworfen, was nunmehr die Enteignung ausmachen soll: „Das Vorliegen einer Enteignung hängt [...] nicht davon ab, dass es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt. Ihr entscheidendes Merkmal ist der Entzug des Eigentums und der damit bewirkte Rechts- und Vermögensverlust, nicht die Übertragung des entzogenen Objekts“. Dies ist mit der neuen Formel – siehe Frage 18 – unvereinbar, und es ist schlicht unredlich, das entgegenstehende Präjudiz nicht einmal zu zitieren.

## V. Zur Inhalts- und Schrankenbestimmung

### 22. Inwiefern bedarf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einer kleinen berechtigenden Auslegung?

Die Vorschrift lautet, wie gesagt: „Inhalt und Schranken [des Eigentums] werden durch die Gesetze bestimmt“. Zu ergänzen ist: „durch die Gesetze – und natürlich auch durch ihren Vollzug seitens der Verwaltung“. Dies muss deshalb betont werden, weil seit einer sehr misslichen Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 116, 268 – Galgenberg [lesen!])<sup>39</sup> die Vorstellung aufkam: Wenn ein Gesetz, das eigentlich nur Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt, die Verwaltung ermächtigt, „ausnahmsweise im Einzelfall“ einzelne Eigentümer herauszugreifen, dann ermächtigt es zur Enteignung. Der BGH hat dies in der bahnbrechenden Entscheidung BGHZ (GS) 6, 270 – Wohnungsgesetz<sup>40</sup> – zwar modifiziert: Grundsätzlich bildeten das inhalt- und schrankenbestimmende Gesetz und der es vollziehende Anwendungsakt zwar eine „Einheit“. Dies gelte aber nicht, wenn der Vollzugsakt dem Betroffenen ein „Sonderopfer“ zumute. Dann werde die Schwelle zur Enteignung überschritten, so dass entschädigt werden müsse (sog. Schwellentheorie). Kurz: Auch der BGH hält es für möglich, dass der Vollzug eines inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetzes eine Enteignung sein, in eine Enteignung „umschlagen“ könne.

Demgegenüber ist nach der Dogmatik des BVerfG zu betonen: Auch der Vollzug eines inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetzes ist und bleibt – immer – eine Inhalts- und Schrankenbestimmung. Sie verwandelt sich niemals – auch nicht bei schwerster Beeinträchtigung des Eigentümers – in eine Enteignung (sog. Trennungstheorie).

### 23. Worin besteht der Unterschied zwischen Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung?

Es gibt keinen praktischen Unterschied. Eigentum hat, als eine Grenzziehung der Freiheit im vermögensrechtlichen Bereich, immer eine zugleich ermächtigende und beschränkende Funktion.<sup>41</sup> Daher sind denn auch alle Versuche, Inhaltsbestimmungen von Schrankenbestimmungen abzugrenzen und daran unterschiedliche Rechtsfolgen zu knüpfen,

gescheitert. Und daher besteht auch zwischen den Ausdrücken „Inhalt- und Schrankenbestimmung“ und (allein) „Inhaltsbestimmung“ kein praktischer Unterschied.

### 24. Nach allgemeiner Meinung sind unter „Gesetz“ i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG auch Gesetze im materiellen Sinne zu verstehen. Nennen Sie das wichtigste Beispiel!

Der Bebauungsplan. Er ist gemäß § 10 Abs. 1 BauGB eine Satzung, also ein Gesetz im materiellen Sinn. Im Bebauungsplan wird von der Gemeinde konkret und rechtsverbindlich „festgesetzt“ (§§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 BauGB), in welcher Weise ein Grundstück bebaut werden darf – oder aber auch nicht. Damit wird der „Inhalt“ des Grundeigentums ganz maßgeblich „bestimmt“: Der Wert von Bauland übersteigt den von Ackerland um ein Vielfaches (im Durchschnitt 23,32 bis 122,05 Euro<sup>42</sup> gegenüber 1,18 Euro<sup>43</sup> pro Quadratmeter). Wird das Grundstück gar für eine Verkehrsfläche oder öffentliche Grünflächen eingeplant, hat es für den Eigentümer kaum noch einen wirtschaftlichen Wert.

### 25. Nennen Sie das wichtigste Beispiel für eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung!

Das sog. Planungsschadensrecht der §§ 39 bis 44 BauGB.<sup>44</sup> Es setzt der Planungsfreiheit der Gemeinden sehr wirksame finanzielle Grenzen. Wenn nämlich die Gemeinde zu Lasten des Eigentümers die zulässige Nutzung eines Grundstücks durch einen Bebauungsplan neu „bestimmt“ – z.B. wird aus Bauland Grünfläche; oder: statt bislang dreistöckiger ist nur noch zweistöckige Bebauung zulässig –, dann hat der Eigentümer hierfür einen Anspruch auf Entschädigung für den Wertverlust (Einzelheiten siehe § 42 BauGB).

### 26. Was ist der sog. Übernahmeanspruch?

Der Übernahmeanspruch – genauer: Anspruch auf Übernahme gegen Entschädigung – ist ein Geheimschlüssel für das

<sup>42</sup> Das erste der Preis für sog. Rohbauland, das zweite der Preis für (voll erschlossenes) sog. baureifes Land (zu den Begriffen § 5 Abs. 3 und 4 ImmoWertV – Sartorius Ergänzungsband Nr. 310); siehe Statistisches Bundesamt, [http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/BauImmobilienPreise/Tabellen/Content75/KaufwerteBaulandZeitvergleich\\_templateId=renderPrint.psml](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/BauImmobilienPreise/Tabellen/Content75/KaufwerteBaulandZeitvergleich_templateId=renderPrint.psml) (zuletzt abgerufen am 28.8.2011).

<sup>43</sup> So der Durchschnitt für ganz Deutschland im Jahr 2010 mit allerdings starken Schwankungen (Nordrhein-Westfalen 2,8 Euro, Brandenburg 0,63 Euro), vgl. Statistisches Bundesamt, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Preise/BauImmobilienPreise/Tabellen/Content100/VerkaufeLandwirtschaftlicherGrundtemplaId=renderPrint.psml> (zuletzt abgerufen am 28.8.2011); zur Erläuterung: die dort genannten Preise beziehen sich auf 1 Hektar, und 1 Hektar hat bekanntlich 10.000 qm).

<sup>44</sup> Die Einordnung als Inhaltsbestimmung dürfte mittlerweile unstrittig sein, vgl. *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (Hrsg.), *Baugesetzbuch*, 11. Aufl. 2009, Vorb. §§ 39-44 Rn. 5.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.1.1991 – 1 BvR 929/89 = BVerfGE 83, 201 (211).

<sup>39</sup> RG, Urt. v. 11.3.1927 – VI 346/26.

<sup>40</sup> BGH (GS), Beschl. v. 10.6.1952 – GSZ 2/52.

<sup>41</sup> Schrankenloses Recht wäre Unrecht: *summum ius summa iniuria*.

Verständnis des Art. 14 GG. Er gibt dem Eigentümer nämlich das Recht, von sich aus vom Staat zu verlangen, „enteignet“ zu werden. Ein solcher Anspruch besteht nur, wenn ein Gesetz ihn gewährt, etwa im Denkmal- oder Naturschutzrecht. Voraussetzung des Anspruchs ist dann etwa, dass eine Beschränkung des (Grund-)Eigentums den Eigentümer im Einzelfall derart belastet, dass „ihm der weitere Verbleib in seinem Eigentum wirtschaftlich nicht zuzumuten ist“ (so § 68 Abs. 2 S. 2 BNatSchG). Wenn dies der Fall ist, kann der Eigentümer statt Entschädigung in Geld (§ 68 Abs. 2 S. 1 BNatSchG) zusätzlich verlangen, dass der zuständige Verwaltungsträger das Grundstück und alle daran hängenden Lasten „übernimmt“ (vgl. § 68 Abs. 2 S. 2 BNatSchG) – natürlich gegen Entschädigung (in aller Regel in Höhe des Verkehrswerts).

### 27. Gibt es den Übernahmeanspruch auch im Baurecht?

Ja. Gemäß § 40 Abs. 2 BauGB kann der Eigentümer die Übernahme seines Grundstücks verlangen, wenn es ihm wegen der Festsetzungen des Bebauungsplans wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist, das Grundstück zu behalten oder es wie bisher zu nutzen. Die dazu passenden Fälle sind in § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 14 BauGB aufgezählt, so u.a. die Ausweisung von Flächen für den Gemeinbedarf (Nr. 1), Verkehrsflächen (Nr. 5), Flächen für Abfall- und Abwasserbeseitigung (Nr. 7), Grünflächen (Nr. 8), von Bebauung freizuhaltende Flächen (Nr. 12), Flächen zum Schutz von Boden, Natur und Landschaft (Nr. 14). Wenn man so will, sind es Flächen, die dem „Markt“, d.h. dem normalen Wirtschaftsleben gänzlich entzogen werden, indem ihre private Nutzbarkeit „auf null“ reduziert wird.

### 28. Wie ist der Übernahmeanspruch dogmatisch einzuordnen?

Es handelt sich um einen Entschädigungsanspruch im Rahmen der sog. ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung.<sup>45</sup> Oder wenn man will: Dieser Anspruch ist das *ius extremum*, die ultima ratio des Eigentümers gegen den Staat, wenn dieser ihm das Eigentumsobjekt wirtschaftlich entwertet. In einem solchen Fall kann der Eigentümer verlangen, dass der Staat ihm das Eigentum gleichsam „abkauft“.

## VI. Zur Enteignung

### 29. Gibt es im Bauplanungsrecht auch echte Enteignungen?

Ja. § 85 Abs. 1 BauGB sieht hierfür insgesamt sieben Tatbestände vor, genauer: sieben Zwecke, zu deren Verwirklichung die Enteignung zulässig ist. Einer dieser Zwecke ist z.B., Grundstücke für die Entschädigung in Land zu beschaffen (Nr. 3), ein anderer, Grundstücke einer baulichen Nutzung zuzuführen, wenn der Eigentümer ein Baugebot gemäß § 176 Abs. 1 oder 2 BauGB nicht erfüllt.

<sup>45</sup> So implizit auch BVerfGE 100, 226 (245 f.) – Denkmalvilla.

### 30. Was ist eine planakzessorische Enteignung?

Als planakzessorische Enteignung bezeichnet man es, wenn enteignet wird, „um entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans ein Grundstück zu nutzen oder eine solche Nutzung vorzubereiten“ (§ 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB). Dies ist nicht unproblematisch: Gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG darf die Enteignung nur „durch oder auf Grund eines Gesetzes“ erfolgen – und mit Gesetz ist hier allein das Gesetz im formellen Sinn (Parlamentsgesetz) gemeint. Der Bebauungsplan ist jedoch nur ein Gesetz im materiellen Sinn, und doch enthält er in der Sache die entscheidenden, die Enteignung rechtfertigenden Festsetzungen.

Das BVerfG hält die planakzessorische Enteignung dennoch für verfassungsgemäß<sup>46</sup>: § 85 Abs. 1 Nr. 1 BauGB sei das erforderliche förmliche Gesetz. Das konkrete, die Enteignung rechtfertigende Projekt werde zwar von der Verwaltungsebene bestimmt,<sup>47</sup> hier von der Gemeinde. Jedoch werde diese Entscheidung – der Bebauungsplan – sowohl von der Enteignungsbehörde als auch von den Baulandgerichten (Frage 39) derart überprüft, dass dem Grundrecht aus Art. 14 GG Genüge getan werde. Vor allem aber sei die Enteignungsbehörde gerade nicht an die Entscheidung der Gemeinde gebunden (siehe sogleich Frage 31), sie habe vielmehr selbst im Einzelfall nochmals zu prüfen, ob das Wohl der Allgemeinheit die Enteignung erfordert (§ 87 Abs. 1 BauGB).<sup>48</sup>

### 31. Was ist eine enteignungsrechtliche Vorwirkung?

Enteignungsrechtliche Vorwirkung kann Planfeststellungsbeschlüssen<sup>49</sup> zukommen – zwar nicht schon nach den §§ 74 ff. VwVfG, wohl aber, wenn ein Fachplanungsgesetz dies anordnet. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung besteht dann darin, dass der Planfeststellungsbeschluss, mit dem z.B. eine Auto- oder Eisenbahntrasse genehmigt wird, für die Enteignungsbehörde bindend ist (§ 19 Abs. 2 FStrG, § 22 Abs. 2 AEG). M.a.W.: Bereits der Planfeststellungsbeschluss entscheidet abschließend darüber, ob die für das Vorhaben benötigten Grundstücke enteignet werden dürfen.

### 32. Gibt es auch Enteignungen durch Private?

Nach der hier vertretenen Meinung: Ja, und zwar im Recht der Kapitalgesellschaften. Denn gem. §§ 327a ff. AktG hat ein Gesellschafter, dem Aktien in Höhe von 95 Prozent des Grundkapitals gehören (Hauptaktionär), das Recht, sich „gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung“ die Aktien der übrigen Aktionäre (Minderheitsaktionäre) zu beschaffen (sog. „squeeze out“). Nach fast allgemeiner Mei-

<sup>46</sup> BVerfG (I. Kammer des *Ersten Senats*), Beschl. v. 8.7.2009 – 1 BvR 2187/07 = NVwZ 2009, 1283.

<sup>47</sup> Insofern liegen die Dinge also nicht anders als bei der Planfeststellung von Auto- oder Eisenbahnen durch die dafür zuständigen Behörden.

<sup>48</sup> BVerfG NVwZ 2009, 1283 (1285): keine enteignungsrechtliche Vorwirkung des Bebauungsplans.

<sup>49</sup> Nicht hingegen auch Plangenehmigungen, siehe § 74 Abs. 6 S. 2 VwVfG.

nung handelt es sich hierbei nicht um eine Enteignung, weil nur Private beteiligt sind.<sup>50</sup> Jedoch ist es, gerade unter dem Aspekt von Freiheit und Gleichheit, überhaupt nicht einzusehen, warum es keine Enteignung sein soll, wenn Private ermächtigt werden, andere Private aus einer Eigentümerposition hinauszudrängen – und dies, ohne irgendeinen rechtfertigenden Grund angeben zu müssen. (Nebenbei: Mit Hilfe dieses scheinbar privatrechtlichen Instruments hat sich die Bundesrepublik im Zuge der großen Wirtschaftskrise 2009 die Minderheitsaktien der „Pleitebank“ Hypo Real Estate beschafft.)

*33. Stimmt es eigentlich, dass die Enteignung eine ultima ratio ist, also erst dann zulässig, wenn eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht ausreicht?*

Nein.<sup>51</sup> Die Enteignung ist nicht ein Mehr als die Inhalts- und Schrankenbestimmung, sondern ein Aliud, also etwas völlig anderes (vgl. auch Frage 28). Allerdings kann man bei der Enteignung von einer ultima ratio in dem Sinn sprechen, dass sich der Begünstigte zunächst bemühen muss, das Eigentumsobjekt „freihändig“, d.h. durch Vertrag, zu erwerben.<sup>52</sup> Zudem muss vorrangig Eigentum der öffentlichen Hand in Anspruch genommen werden, wenn sich das Vorhaben mit seiner Hilfe ebenso gut verwirklichen lässt.<sup>53</sup>

*34. Nennen Sie ein Beispiel dafür, dass nicht schon der – auch vollständige – Entzug des Eigentums die Enteignung ausmacht!*

Die Tötung tollwutverdächtiger Hunde (BVerfGE 20, 351)<sup>54</sup>. Vielmehr handelt es sich um den Vollzug eines inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetzes: Das Tierseuchengesetz knüpft an die Gefährlichkeit des Eigentumsobjekts „Hund“ an und erlaubt eben deshalb die Tötung bei Tollwutverdacht.

*35. Nennen Sie Beispiele dafür, dass die Übertragung der Nutzung auf den begünstigten Nachfrager mit Hilfe eines „Zwangskontrakts“ die Enteignung kennzeichnet!*

Ein Beispiel dafür, dass bei bestehenbleibenden Eigentumsverhältnissen allein die Nutzung beschafft wird: Die öffentliche Hand lässt sich für eine Gondelbahn auf den Teufelsstein von den Grundeigentümern per Dienstbarkeit die nötigen Überfahrungsrechte einräumen.<sup>55</sup> Ein Beispiel für zwangsweise Übertragung der Nutzung im Bereich des Immaterialgüterrechts: Die sog. Zwangslizenz gem. § 24 PatG ermöglicht es einem Nachfrager („Lizenzsucher“), sich vom Pa-

tentgericht im Klagewege die „nicht ausschließliche Befugnis zur gewerblichen Benutzung einer Erfindung“ erteilen zu lassen. Voraussetzung ist, dass er sich (1) erfolglos bemüht hat, die Zustimmung vom Patentinhaber selbst zu erhalten und dass (2) das öffentliche Interesse die Erteilung einer Zwangslizenz gebietet.

Ein Beispiel dafür, dass der Zwangskontrakt kein „Zwangskauf“ sein muss: Nach dem Urheberrechtsgesetz von 1965 mussten die Autoren von Sprachwerken wie Gedichten oder Kurzgeschichten es dulden, dass ihre Werke in Schulbüchern ohne ihre Zustimmung und sogar ohne Entschädigung abgedruckt werden – das war also eine Zwangsschenkung.<sup>56</sup>

## VII. Prozessuales und Staatshaftungsrecht

*36. Inwiefern ist bei hoheitlicher Beeinträchtigung des Eigentums der Rechtsweg gleich doppelt gespalten?*

Für den sog. Primärrechtsschutz, also die Frage, ob die hoheitliche Beeinträchtigung rechtmäßig ist, sind grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zuständig, denn es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO). Für den sog. Sekundärrechtsschutz, also einen möglichen Schadensersatz oder eine Entschädigung bei rechtswidriger Beeinträchtigung des Eigentums, sind jedoch die ordentlichen Gerichte zuständig (vgl. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG, Art. 34 S. 3 GG; s. aber auch Frage 38). Das gleiche gilt bei Enteignungen, dort allerdings nur wegen der Höhe der Entschädigung (Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, sog. Lex Dehler). Wenn der Eigentümer meint, er sei rechtswidrig enteignet worden, muss er mithin vor den Verwaltungsgerichten klagen. Will er Geld, sind die ordentlichen Gerichte am Zug.

*37. Was versteht man unter Vorfragenkompetenz?*

Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG lautet, mit Bezug auf Enteignungen: „Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten offen.“ Der BGH nahm jedoch für sich und die ordentlichen Gerichte in Anspruch, nicht nur über die Höhe, sondern auch über den Grund des Entschädigungsanspruchs zu entscheiden. M.a.W.: Er entschied auch über die „Vorfrage“, ob überhaupt eine „Enteignung“ vorlag (die dann, nach der alten Dogmatik, unmittelbar aus Art. 14 GG zu entschädigen war).<sup>57</sup> Damit griff er allerdings in die Kompetenz der Verwaltungsgerichte über.

*38. In welcher Vorschrift des Verwaltungsprozessrechts manifestiert sich heute der (Kompetenz-)Streit um den Enteignungsbegriff?*

§ 40 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO. Die Vorschrift ist eigentlich überflüssig, denn sie weist „Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes“ den Verwaltungsgerichten zu. Dorthin hatten sie freilich, bei Zugrundelegung

<sup>50</sup> Siehe aber auch Berkemann (Fn. 36), Art. 14 Rn. 644.

<sup>51</sup> Anders nur prima facie BVerfGE 24, 367 (405) – Hamburger Deichordnung; zumindest missverständlich Haas, NVwZ 2002, 272 (274).

<sup>52</sup> So etwa BVerwG, Urt. v. 27.8.2009 – 4 CN 1/08, BRS 74 Nr. 20 (2009) Rn. 19 f. (juris).

<sup>53</sup> BVerfG NVwZ 2009, 1283 (1285, 1268 = Rn. 13, 20, 23 [juris]).

<sup>54</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.11.1966 – 1 BvL 10/61.

<sup>55</sup> BVerfG, Urt. v. 10.3.1981 – 1 BvR 92/71 = BVerfGE 56, 249.

<sup>56</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.7.1971 – 1 BvR 765/66 = BVerfGE 31, 229.

<sup>57</sup> Klassischer Fall: BGH, Urt. v. 26.11.1954 – V ZR 58/53 = BGHZ 15, 268 – Stuttgarter Bausperre.

der richtigen Dogmatik des BVerfG, schon immer gehört. Wegen der soeben geschilderten, tief eingefahrenen BGH-Rechtsprechung war eine Klarstellung im Gesetz jedoch angebracht.

### 39. Worin besteht die Eigenart der Kammern und Senate für Baulandsachen?

Die Kammern und Senate für Baulandsachen sind spezielle Spruchkörper, die bei den ordentlichen Gerichten für bestimmte Materien des Bauplanungsrechts eingerichtet werden. Die Kammern werden bei den Landgerichten gebildet, sie bestehen aus zwei Richtern des Landgerichts, einem davon als Vorsitzenden, und einem Richter eines Verwaltungsgerichts (§ 220 BauGB). Entsprechendes gilt für die Senate für Baulandsachen an den Oberlandesgerichten (§ 229 BauGB). Die Kammern bzw. Senate entscheiden in allen speziell „eigentumsrelevanten“ Rechtsfragen, insbesondere über Enteignungen gemäß §§ 85 ff. BauGB und Umlegungen gemäß § 45 ff. BauGB (§ 217 Abs. 1 S. 2 BauGB). Sie entscheiden aber auch über die Entschädigung nach den §§ 39 bis 44 BauGB (§ 217 Abs. 1 S. 1 BauGB), die, wie wir gesehen haben (Frage 25), eine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung ist.

### 40. Was ist eine faktische Bausperre?

Als Bausperre bezeichnete man in der Zeit vor dem BBauG/BauGB das, was heute Veränderungssperre (§ 14 BauGB) oder Zurückstellen von Baugesuchen (§ 15 BauGB) heißt: Sobald von Seiten der Gemeinde der Beschluss vorliegt, einen Bebauungsplan aufzustellen (§ 2 Abs. 1 S. 2 BauGB, sog. Planaufstellungsbeschluss), kann die Gemeinde im gesamten Plangebiet Vorhaben vorläufig verbieten (§§ 14, 16 BauGB) oder einzelne Vorhaben durch die Baugenehmigungsbehörde vorläufig verbieten lassen (§ 15 BauGB). Sinn der Regelung ist zu verhindern, dass die Gemeinde nach Abschluss des Planverfahrens Entschädigung für die Beseitigung mittlerweile errichteter Vorhaben zahlen muss (vgl. §§ 39 ff. BauGB).

Als „faktische Bausperre“ bezeichnet der BGH es nach wie vor, wenn eine zu erteilende Baugenehmigung mit Verzögerung erteilt wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Behörde bei der Verzögerung ein Verschulden traf.<sup>58</sup> Und er gewährt in diesen Fällen nach wie vor entgegen der Wertung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (Verschuldenserfordernis) Entschädigung aus dem sog. „enteignungsgleichen Eingriff“.

### 41. Welche Fallgruppe bezeichnet der BGH mit „qualifiziertes Unterlassen“? Inwiefern ist sie verfassungsrechtlich bedenklich?

Es geht um folgende Konstellation: A beantragt einen Verwaltungsakt, auf den er einen – einfach-rechtlichen – Anspruch hat, z.B. eine Baugenehmigung (vgl. § 72 Abs. 1 LBauO MV). Die Behörde lehnt den Verwaltungsakt mit vertretbarer Begründung, d.h. ohne Verschulden, ab. A klagt

und erhält in letzter Instanz Recht. Für die Zeit zwischen Ablehnung der Baugenehmigung und Verurteilung der Behörde zum Erlass des Verwaltungsakts klagt A nun auf Entschädigung, etwa wegen entgangenen Gewinns. Nach der Rechtsprechung des BGH hat er Erfolg: Aus Art. 14 GG ergebe sich ein verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf die Baugenehmigung („Baufreiheit“, s.o. Frage 12). Werde dieser Anspruch in rechtswidriger Weise nicht erfüllt, sei der Eigentümer aus „enteignungsgleichem Eingriff“ zu entschädigen.

Das verstößt gegen die Verfassung. Die Ablehnung eines einfach-rechtlichen Anspruchs ist nicht schon eine Verletzung des Verfassungsrechts,<sup>59</sup> hier des Art. 14 GG. Denn Inhalt und Schranken des Eigentums ergeben sich erst aus den Gesetzen, hier also primär aus § 72 Abs. 1 LBauO und sekundär aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (Amtshaftung). Nach § 893 BGB haftet der Staat aber nur, wenn er bei der – am Ende rechtswidrigen – Ablehnung der Baugenehmigung vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Über dieses Verschuldenserfordernis setzt sich der BGH contra legem und praeter constitutionem hinweg. Praktisch setzt er damit die Verwaltung unter Druck, im Zweifel zu Gunsten des Eigentümers zu entscheiden.

### 42. Welche Funktion hat in der Rechtsprechung des BGH die sog. eigentumsfähige Rechtsposition?

Sie dient der Abgrenzung zwischen solchen einfach-gesetzlichen Ansprüchen gegen die Verwaltung, deren Nichterfüllung der BGH auch dann mit einer Entschädigung sanktioniert, wenn die Behörde kein Verschulden trifft, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Beispiel: Ärztin A kauft einen Computertomographen. Die für die Abrechnung mit der Krankenkasse erforderliche behördliche Zustimmung wird rechtswidrig, aber ohne Verschulden versagt. A kann den Tomographen daher nicht gewinnbringend nutzen.<sup>60</sup> – In diesem Fall gewährt der BGH keinen Anspruch aus „enteignungsgleichem Eingriff“: Verletzt sei nur die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, nicht das Eigentum (Art. 14 GG) – nach der Formel, Art. 12 GG schütze den Erwerb, Art. 14 GG das Erworbenes. Nur: Geht es nicht auch bei der im Rahmen des Art. 14 GG angeblich geschützten „grundrechtlich geschützten Veräußerungsfreiheit“ um Erwerb, nicht um Erworbenes?

Es zeigt sich mithin: Der BGH privilegiert mit einer gewissen Willkür einige einfach-rechtliche Ansprüche des Bürgers – wobei das „qualifizierte Unterlassen“ zunächst den Weg öffnet und die „eigentumsfähige Rechtsposition“ ihn dann für Unerwünschtes wieder versperrt. Aber nach welchen Kriterien? Man wird sagen können: Nach Ansicht des BGH steht das Grundeigentum unter dem besonderen Schutz des Art. 14 GG.

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 11.1.2007 – III ZR 302/05 = BGHZ 170, 260 (273) – Grundbuchamt.

<sup>59</sup> Falsch daher BGHZ 170, 260 (274), wo von einer „grundrechtlich (!) geschützten Veräußerungsfreiheit“ die Rede ist.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 14.3.1996 – III ZR 224/94 = BGHZ 132, 181.

*43. Warum ist im Staatshaftungsrecht – nach wie vor – das BVerfG gegenüber dem BGH in der schwächeren Position?*

Es gibt kaum eine Möglichkeit, dass ein Rechtsstreit, in dem es um die Entschädigung des Eigentümers „aus Art. 14 GG“ geht – bzw. aus den nicht gesetzlich verankerten Ansprüchen aus „enteignungsgleichem“ oder „enteignenden Eingriff“, vor das BVerfG kommt. Wenn dem Eigentümer eine Entschädigung zugesprochen wird, die er nach Ansicht des BVerfG nicht bekommen darf, ist er durch das Fehlurteil nicht beschwert – und wird folglich auch nicht Verfassungsbeschwerde einlegen. Die öffentliche Hand, die zu Unrecht zahlen muss, ist für die Verfassungsbeschwerde nicht beschwerdeberechtigt (kein „jedermann“ i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) und es gibt auch kein anderes für sie passendes Verfahren.<sup>61</sup>

Sogar wenn der BGH selbst Zweifel hätte, ob er mit Recht Entschädigung gewähren darf, wäre ein Vorlageverfahren nach Art. 100 GG häufig unzulässig. Wenn z.B. ein Gesetz eine nach Ansicht des BGH verfassungsrechtlich gebotene Entschädigungsregelung nicht enthält oder gar ausschließt, dann ist die Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes eigentlich nicht entscheidungserheblich (vgl. Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG). Der BGH müsste nämlich bei Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes genauso entscheiden wie bei Verfassungswidrigkeit, nämlich die Klage mangels einer gesetzlich vorgesehenen Entschädigung abweisen. Aus diesem Grund war übrigens das Verfahren in der berühmten Nassauskiesungsentscheidung des BVerfG eigentlich unzulässig und konnte mir mit Mühe zulässig gemacht werden.<sup>62</sup>

### VIII. Zum Abschluss

*44. Aus wessen Perspektive beurteilen (a) der BGH und (b) das BVerfG die Entschädigungsbedürftigkeit von Eigentumsbeeinträchtigungen?*

a) Der BGH stellt nach wie vor ab auf die Sicht eines „vernünftigen Eigentümers“, der sein Grundstück wirtschaftlich nutzen will, dabei aber auch, sozusagen von sich aus, die Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt. Nutzungen, die er ziehen will, gehören zum Inhalt des Eigentums; verhindert die Behörde die Nutzung, ist zu entschädigen. (Interessant ist übrigens: Der „vernünftige Eigentümer“ war ursprünglich ein Topos, um die Haftung der öffentlichen Hand zu beschränken: Wenn ein Landschaftsplan aus Gründen des Gemeinwohls ein Grundstück als Grünfläche ausweist, nimmt ein „vernünftiger Eigentümer“ dies ohne Entschädigung hin.<sup>63</sup>)

b) Anders als der BGH stellt das BVerfG primär auf die Sicht des Gesetzgebers ab: Was er angesichts des Art. 14 Abs. 2 GG – der Gebrauch des Eigentums soll „zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen“ – für vernünftig hält, hat die

Vermutung der Richtigkeit für sich. M.a.W.: Der Gesetzgeber hat bei dem gerechten Ausgleich zwischen dem privaten Eigentümerinteresse und der „Sozialbindung“ einen Gestaltungsspielraum. Dieser ist umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt einen sozialen Bezug und eine soziale Funktion hat.<sup>64</sup> Es muss freilich (siehe Frage 7) immer ein Eigentum übrig bleiben, das diesen Namen verdient.

*45. Was ist, falllösungstechnisch betrachtet, der wichtigste praktische Unterschied zwischen enteignungsgleichem/enteignendem Eingriff und ausgleichspflichtiger Inhaltsbestimmung?*

Der sog. enteignungsgleiche und der sog. enteignende Eingriff sind eigenständige Anspruchsgrundlagen, gerichtet auf Entschädigung des Eigentümers. Die sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung ist als solche noch keine Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung. Es handelt sich vielmehr um eine Sammelbezeichnung dafür, dass manche inhalt- und schrankenbestimmenden Gesetze eine Ausgleichs- bzw. Entschädigungsregelung enthalten müssen, um unbeabsichtigte Härten bei Anwendung des Gesetzes abzumildern, andernfalls sie verfassungswidrig sind. Erst diese Ausgleichsregelung im Gesetz ist dann die erforderliche Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung (Grundsatz der Gesetzlichkeit der Entschädigung).

<sup>61</sup> Daher musste BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977 – 1 BvR 108/73 u.a. = BVerfGE 45, 63 (80 f.) – Stadtwerke Hameln – die Verfassungsbeschwerden der verurteilten Städte und Landkreise mit merklichem Bedauern als unzulässig verwerfen.

<sup>62</sup> BVerfGE 58, 300 (317 ff.).

<sup>63</sup> BGH, Urt. v. 20.12.1956 – III ZR 82/55 = BGHZ 23, 30 (33, 35) – Grünflächenverzeichnis (lesenswert).

<sup>64</sup> BVerfGE 50, 290 (340 f.) – Mitbestimmung.