

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 924

**Ökonomische Gesichtspunkte
im Rahmen der Herstellung der
Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns
im multipolaren Verhältnis**

Von

Michael P. Guthke



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL P. GUTHKE

Ökonomische Gesichtspunkte im Rahmen der Herstellung
der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns
im multipolaren Verhältnis

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 924

Ökonomische Gesichtspunkte
im Rahmen der Herstellung der
Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns
im multipolaren Verhältnis

Von

Michael P. Guthke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
hat diese Arbeit im Jahre 2002
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Salignow Verlagsservice, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-11154-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Meinen Eltern

Vorwort

Mein Dank gilt in allererster Linie meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann. Von Beginn meiner Ausarbeitungen an hat er mich durch anregende und auch klärende Hinweise zu jeder Zeit besonders kompetent und hilfsbereit unterstützt, ohne mir dabei auch nur ansatzweise eine fremde Leitlinie aufzuzwingen zu wollen. Insbesondere diese sehr weitgehende Einräumung wissenschaftlicher Freiheit eröffnete mir die Möglichkeit, bei der Bearbeitung auch solche Gedanken zu verfolgen, die zumindest auf den ersten Blick keinen direkten Bezug zur erörterten Thematik aufweisen. Im Ergebnis war jedoch vor allem hierdurch bedingt ein – der bereits dem Grunde nach interdisziplinär angelegten Problematik gegenüber – adäquates Herangehen an die einzelnen, auch bereits perspektivisch sehr unterschiedlich aufgezeigten und diskutierten Bereiche möglich.

Zu danken habe ich ferner Herrn Prof. Dr. Edzard Schmidt-Jortzig für die rasche und sehr wohlwollende Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderen Dank schulde ich darüber hinaus Herrn Prof. Dr. Christian Tietje für die ursprüngliche Idee zur Bearbeitung der Thematik. Ohne die außerordentlich wertvollen Gespräche im Rahmen der ersten Recherche und Einarbeitung in die Materie wäre die Dissertation nicht in dieser Form entstanden und mit Sicherheit auch nicht in dem von mir anvisierten zeitlichen Rahmen erstellbar gewesen.

Zu bedanken habe ich mich ferner beim Bundesministerium des Inneren, welches die Veröffentlichung der Arbeit durch einen Druckkostenzuschuß gefördert hat.

Letztlich gebührt ein ganz besonderer Dank insbesondere auch meinen Eltern, die durch ihr beständiges Interesse nicht nur den Fortschritt der Arbeit gefördert haben, sondern auch durch inhaltliche Hinweise mich oftmals haben bereits Gedachtes aus einem anderen Blickwinkel sehen, erneut überdenken und differenzierter beurteilen lassen.

Dr. Michael P. Guthke

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung	13
A. Problemstellung	15
I. Ziel und Gegenstand der Untersuchung	16
II. Gang der Untersuchung	18
III. Herstellung der Verhältnismäßigkeit als Problemindikator	20
1. Zum Rechtsbegriff der Verhältnismäßigkeit	20
a) Dogmatische Verortung	21
b) Definitorische Klarstellungen und Voraussetzungen	23
c) Die Verhältnismäßigkeits-Rechtsprechung	27
aa) Bundesverfassungsgericht	27
bb) Verwaltungsgerichtliche Judikatur	31
d) Historische Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgedankens	32
e) Sinn und Zweck/Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	35
f) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Kontext der Eigentumsgarantie	36
2. Zum Begriff der Ökonomie	38
a) Definition und rechtlich-normativer Bezug	38
b) Arten ökonomischer Kriterien	40
aa) Rein ökonomische Kriterien	40
(1) Maximumprinzip (ökonomische Effektivität)	40
(2) Minimumprinzip (ökonomische Effizienz)	41
bb) Wirtschaftliche Gesichtspunkte innerhalb rechtlicher Regelungen	42
(1) Finanzielle Ausgleichszahlungen	42
(2) Materielle Entschädigungsformen	44
3. Spannungsverhältnis zwischen Recht und Ökonomie	45
4. Definition der Multipolarität und die daraus entstehende Problematik	50
B. Zusammenfassung	51

Teil 2

Bestandsaufnahme:	
Aktuelle Kompensationsmodelle	53
A. Verfassungsrechtliche Kompensationsmodelle	53
I. Art. 14 III GG	53
1. Enteignung zugunsten Privater als mehrpoliges Modell	55
a) Problematik der Allgemeinwohlbezogenheit	55
b) Boxberg-Urteil des Bundesverfassungsgerichts	57

aa) Sachverhalt	57
bb) Entscheidung des Gerichts	57
cc) Besonderheiten des Falles	58
c) Airbus-Landebahn Hamburg	59
aa) Sachverhalt und vorausgehende Entscheidung	59
bb) Entscheidung des OVG Hamburg	60
cc) Besonderheiten des Falles	60
2. Zusammenfassung	63
II. Art. 14 Abs. I S. 2 GG	64
1. Gesetzliche Regelung im Vergleich zu Art. 14 Abs. III GG	64
2. Spannungsverhältnis/Abgrenzung zu Art. 14 Abs. III GG	64
a) Schwellentheorien früher (sogenannter „weiter Enteignungsbegriff“) ...	66
aa) Bundesgerichtshof: Sonderopferkriterium	66
bb) Bundesverwaltungsgericht: Schwere und Tragweite	67
b) Naßauskiesungsurteil des Bundesverfassungsgerichts	68
aa) Sachverhalt	68
bb) Entscheidung des Gerichts	69
cc) Besonderheiten des Falles	70
c) Konsequenzen des Naßauskiesungsbeschlusses	73
3. Herstellung der Verhältnismäßigkeit	73
a) Normalfall: Entschädigungsfreie Inhaltsbestimmungen	73
b) Ausnahmen in der Entwicklung der Rechtsprechung	74
aa) Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung/Sozialbindung	74
bb) Weiterverwendung der Schwellentheorien	76
cc) Kompensatorische Entschädigungsregeln	77
c) Kritikpunkte der Literatur	79
III. Zusammenfassung und Ergebnis	81
B. Verwaltungsrechtliche Kompensationsmodelle	82
I. Einleitung	82
II. Bau-, Flurbereinigungs- und Immissionsschutzrecht	83
III. Natur-, Landschafts-, Umwelt- und Denkmalschutzrecht	87

Teil 3

Die Herkunft des Kompensationsgedankens 90

A. Entwicklung in der verfassungsrechtlichen Literatur	90
I. Ursprung und Inhalt	90
II. Besondere Akzentuierung bestimmter Gedanken	93
B. Entwicklung in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung	96
C. Zusammenfassung	99

Teil 4

**Der Kurzberichterstattungsbeschluß
des Bundesverfassungsgerichts**

	100
A. Darstellung des Urteils	100
I. Sachverhalt	100
II. Entscheidung des Gerichts	101
III. Besonderheit des Falles mit Blick auf Herstellung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	103
B. Analyse und Auswertung des Urteils	105
I. Problemaufriß	105
II. Zulässigkeit einer Eingriffsrechtfertigung durch finanzielle Kompensation ...	105
1. Normalfall der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bei Art. 12 Abs. I GG	105
2. Der neue Ansatz des BVerfG	107
a) Unzulässigkeit des Kompensationsmodells bei Art. 12 GG	107
b) Zulässigkeit des Kompensationsmodells bei Art. 12 GG	110
3. Stellungnahme	110
III. Ergebnis	112

Teil 5

**Lösungsansatz:
Grenzen finanzieller Kompensation**

	113
A. Verfassungsrechtliche Grenzen	113
I. Kritik am Kompensationsmodell	113
II. Widerspruch zur Grundkonzeption der Freiheitsrechte	114
1. Konzeption der Freiheitsrechte	114
a) Grundrechte als subjektive Rechte	115
b) Grundrechte als objektive Rechte	118
c) Die Bedeutung der Einteilung der Grundrechte	121
d) Ergebnis und Zusammenfassung	124
2. Widerspruch zur dargestellten Konzeption der Freiheitsrechte	124
a) Kollisionsverhältnis	125
b) Rechtfertigung des Kollisionsverhältnisses	126
aa) Vergleich zu strafrechtlichen Sanktionen	126
(1) Straftheorien	127
(a) Absolute Straftheorien	127
(b) Relative Straftheorien	130
(c) Möglichkeit des vorgelagerten „Freikaufs“ von der strafrechtlichen Sanktion	133
(2) Zulässigkeit des Vergleichs mit dem „Täter-Opfer-Ausgleich“ ..	134
(3) Ergebnis und Zusammenfassung	137
bb) Vergleich zu Ökonomisierungsaspekten bei der Aufgaben-Privatisierung	137

(1) Verifizierung von Gefahren und Risiken im Rahmen der Aufgaben-Privatisierung	138
(2) Zulässigkeit des Vergleichs	144
(3) Ergebnis	145
cc) Vergleich zur Kommerzialisierung von Umweltrechten	146
dd) Vergleich zu den Kompensationsmodellen des Art. 14 GG	151
(1) Einleitung: Beurteilung der Rechtfertigung über Einzelgesichtspunkte	151
(a) Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation	151
(b) Mittelbarer Eingriffsbegriff	156
(c) Parallelität zur Enteignung zugunsten Privater	162
(2) Ergebnis hinsichtlich der Rechtfertigung	165
3. Zusammenfassung und Lösungsvorschlag	166
III. Widerspruch zu den Strukturprinzipien der Artt. 20 und 28 GG	167
1. Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip	167
a) Ausprägung: Kalkulierbarkeit/Voraussehbarkeit staatlichen Handelns ...	167
b) Widerspruch	170
c) Ergebnis	172
2. Widerspruch zum Sozialstaatsprinzip	173
a) Ausprägung	173
b) Widerspruch	175
c) Ergebnis	178
3. Widerspruch zum Demokratieprinzip	178
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	181
Literaturverzeichnis	182
Sachwortverzeichnis	204

Teil I

Einführung

Die Thematisierung von Fragen der Herstellung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns durch kompensatorische Ausgleichsleistungen war in verfassungsrechtlicher Hinsicht bislang maßgeblich durch Art. 14 GG geprägt.¹ Beschränkungen des Eigentums können danach – jedenfalls im bipolaren Bürger-Staat-Verhältnis – dem Bürger gegenüber nur dann rechtmäßig sein, wenn sie, so der „kleinste gemeinsame Nenner“ der beiden Erscheinungsformen von Eigentumsbeeinträchtigungen im Rahmen des Art. 14 GG, verhältnismäßig sind.² Die Verhältnismäßigkeit wird dort allerdings je nach der Qualität des Eingriffs in das Eigentum auf unterschiedliche Art und Weise hergestellt.³

Im Falle einer Enteignung statuiert Art. 14 Abs. III S. 2 GG über das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit⁴ hinaus die stets zwingende Notwendigkeit einer (nicht notwendig finanziellen) Entschädigung.⁵ Die Zahlung einer solchen führt zumeist jedoch auch gleichzeitig zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne,

¹ Siehe auch Sass mit dem Hinweis auf die verfassungsrechtliche Einzigartigkeit des Entschädigungserfordernisses in Art. 14 Abs. III und Art. 15 GG, Sass, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, S. 8.

² Wieland, in: Dreier, GG, Bd. I, Art. 14, Rn. 118.

³ Die Abgrenzung der einzelnen Garantiebereiche des Art. 14 GG erfolgt seit dem NaBauskiesungsbeschuß des Bundesverfassungsgerichts anhand formaler Kriterien, dennoch sind auch heute immer wieder Bemühungen anzutreffen, zumindest auch das überkommene materielle Kriterium der Eingriffsintensität mit zu berücksichtigen, so etwa Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Art. 14, Rn. 352; mit Blick auf Nutzungsbeschränkungen zuletzt Axer, der zur Beurteilung der Eingriffsschwere lediglich an einzelnen verselbständigten Rechten und nicht an dem Eigentumsobjekt in seiner Gesamtheit anknüpfen will, vgl. DVBl. 1999, 1533 (1541), siehe zum Ganzen auch Teil 2. A. II. 2.

⁴ Vgl. zum Standort der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Enteignung Schmidbauer, Enteignung zugunsten Privater, S. 148, der sich für eine Prüfung im Rahmen des Wohls der Allgemeinheit ausspricht; ebenso Bryde, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 14, Rn. 85; v. Brünneck, NVwZ 1986, 425 (429); Kimminich, in: BK, GG, Bd. II, Art. 14, Rn. 399; a. A. BVerfGE 24, 367 (404); Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Art. 14, Rn. 596 – „Gemeinwohlbezug (...) wird ergänzt“.

⁵ Die in Art. 14 Abs. III S. 1 GG umschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Enteignung wird daher oft dergestalt mißinterpretiert, als daß sie als bloße Wertgarantie erachtet wird. Vgl. generell zum Verhältnis von Eigentumsbestands- und Wertgarantie Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, S. 143, 194. Hierzu eingehend Schulze-Osterloh, Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht, S. 233 ff., 255 ff.

zumal der Eigentumsentzug durch die Entschädigung erheblich gemildert wird.⁶ Damit sind ökonomische Aspekte bereits hier im Rahmen der Frage nach der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu beurteilen.

Deutlicher hingegen stellt sich die Situation im Falle einer Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 dar. Eine der Junktim-Klausel vergleichbare Regelung existiert nicht, so daß die in Einzelfällen für notwendig⁷ erachtete Zahlung eines finanziellen Ausgleichs hier zwangsläufig im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.⁸

Diese Beispiele verdeutlichen die generelle Möglichkeit, die Beurteilung der Zulässigkeit grundrechtlicher Beschränkungen von ökonomischen Gesichtspunkten abhängig zu machen.

Von diesem Ursprung ausgehend hat das Verwaltungsrecht vielfach einfachgesetzliche Konkretisierungen erfahren, die solche Nachteile am Eigentum kompensieren sollen, welche durch eine staatliche Eingriffshandlung bewirkt worden sind.⁹ Dieser Gedanke kommt jedenfalls im Rahmen von Art. 14 GG – mit einer entsprechenden Verpflichtung zum internen finanziellen Ausgleich zwischen Privaten – auch im sogenannten multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis¹⁰ und im Zivilrecht¹¹ zum Tragen, das heißt dann, wenn der Staat nicht selbst eingreift, dennoch aber einem Privaten eigentumsrelevante Tätigkeit mit Drittbezug erlaubt, sogenannte bürgerlich-rechtliche Aufopferung.¹²

⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rn. 72.

⁷ Zum Streit um die verfassungsrechtliche Notwendigkeit von Ausgleichszahlungen im Rahmen von Inhalts- und Schrankenbestimmungen gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Art. 14, Rn. 334 ff.; eingehende Darstellung bei Schmid, Zur Verfassungsgemäßheit salvatorischer Entschädigungsklauseln, S. 108 ff.; Sieckmann, Modelle des Eigentumsschutzes, S. 411 ff., 428 ff.; Külpmann, Enteignende Eingriffe?, S. 119 ff. und insbesondere S. 128 ff.

⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14, Rn. 42.

⁹ Vgl. Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 14, Rn. 217.

¹⁰ Zum Begriff siehe Teil 1. A. III. 4.

¹¹ Der Ausgleichsgedanke wird dort auch zum Teil unter den Schlagwörtern der „Haftung für erlaubte Eingriffe“, der „Ausgleichshaftung“ oder der „Eingriffshaftung“ behandelt, vgl. Schulze-Osterloh, Eigentumsopferentschädigung, S. 6. m. w. N.

¹² Siehe hierzu Sieckmann, Eigentumsschutz, S. 428, 454 mit der Frage nach der Alternativität des Entschädigungspflichtigen – „Wenn solche alternativen Ansprüche (gegen den privaten Schädiger, Anm. des Verfassers) allerdings unzureichend sind, bleibt es bei dem Entschädigungsanspruch gegen den Staat.“ (S. 454).

Eine Zusammenstellung von Fällen der privatrechtlichen Aufopferung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Vorläufer und dogmatischer Grundlage der Pflichtexemplarentscheidung findet sich bei Schwabe, JZ 1983, 273 (276).

Gesetzlich geregelt sind beispielsweise die Fälle der §§ 904, 906 II BGB, vgl. insoweit Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14, Rn. 84. Eingehende Darstellung (auch der Wirkungsweise) zivilrechtlicher Normen zur Eigentumsaufopferung bei Schulze-Osterloh, Eigentumsopferentschädigung, S. 6 ff. Siehe hierzu insbesondere Teil 3. B.

Anlaß der vorliegenden Untersuchung ist die im Kurzberichterstattungsbeschuß¹³ des Bundesverfassungsgerichts erkennbare Tendenz eines extensiven Verständnisses von der Möglichkeit derartiger Kompensationszahlungen im Rahmen anderer Grundrechte wie zum Beispiel Art. 12 GG.¹⁴

Diese Entwicklung bietet Anlaß zur Diskussion um die grundlegende verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines derartigen, ökonomische Gesichtspunkte berücksichtigenden Vorgehens, zumal eine maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägte Gestattung bzw. Verpflichtung hierzu bislang weitestgehend auf den Zusammenhang zu Art. 14 GG beschränkt war.¹⁵

A. Problemstellung

Der rechtswissenschaftliche Teil der vorliegenden Problematik ist die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung ökonomischer Faktoren im Rahmen der Herstellung der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns. Diese Frage soll vor dem Hintergrund des der Arbeit zugrundeliegenden Kurzberichterstattungsbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf die Betroffenheit des Art. 12 GG angegangen und sodann auf der Grundlage des gesamten Verfassungsrechts für den grundrechtlichen Bereich geklärt werden.

Die schwierige Ausgangslage ist dadurch gekennzeichnet, daß sich die Arbeit aus Gründen der Eingrenzung der Thematik auf die Erörterung mehrpoliger Beziehungen beschränkt, so daß die bereits im zweipoligen Verhältnis streitige und nicht annähernd ausdiskutierte Frage vorliegend durch Zurechnungs- und Delegationsgesichtspunkte angereichert wird.¹⁶ Es entsteht damit eine Drittwirkungsproblematik

Eine insoweit mit dem Kurzberichterstattungsbeschuß vergleichbare Problematik im „Dreiecksverhältnis“ zeigt sich in der aktuell durch das OVG Hamburg angenommenen Streitfrage um die Genehmigung der Airbus-Landebahn in Hamburg, vgl. hierzu den Teilbeschuß vom 19. Februar 2001, in: NordÖR 2001, 135 ff.; eingehende Darstellung in Teil 2. A. I. 1. c).

¹³ BVerfGE 97, 228.

¹⁴ Siehe hierzu jedoch bereits BVerfGE 54, 251 (271).

¹⁵ Die zunehmende Annahme von allgemeinen verfassungsrechtlichen Wertschutzpflichten des Staates für vermögensschmälernde staatliche Eingriffe in die Rechtssphäre Privater führt Sass zutreffend auf die Heranziehung von Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Basis der Wertausgleichspflicht zurück, zumal selbige Prinzipien bei vermögensrelevanten Eingriffen stets tangiert sind, vgl. Sass, Entschädigungserfordernis, S. 105.

¹⁶ Zur Problematik der Zurechnung von staatlich genehmigten Schutzgutsbeeinträchtigungen im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis siehe Huber, der unter Bezugnahme auf die Terminologie von Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht – Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 31 ff., eine Unterscheidung zwischen wechselbezüglichen und wechselseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen vornimmt, im Rahmen derer die Zurechnungen auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen werden, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, Art. 19 Abs. IV, Rn. 415 ff.