

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 aufzotroyieren 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 aufgezogenen 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

<b>Einführung</b>	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

<b>Bestandsaufnahme:</b>	
<b>Aktuelle Kompensationsmodelle</b>	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**

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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>182</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>204</b>

## 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Die Verhältnismäßigkeit wird dort allerdings je nach der Qualität des Eingriffs in das Eigentum auf unterschiedliche Art und Weise hergestellt.<sup>3</sup>

Im Falle einer Enteignung statuiert Art. 14 Abs. III S. 2 GG über das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit<sup>4</sup> hinaus die stets zwingende Notwendigkeit einer (nicht notwendig finanziellen) Entschädigung.<sup>5</sup> Die Zahlung einer solchen führt zumeist jedoch auch gleichzeitig zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne,

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Wieland, in: Dreier, GG, Bd. I, Art. 14, Rn. 118.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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“.

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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 notwendig<sup>7</sup> erachtete Zahlung eines finanziellen Ausgleichs hier zwangsläufig im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> Dieser Gedanke kommt jedenfalls im Rahmen von Art. 14 GG – mit einer entsprechenden Verpflichtung zum internen finanziellen Ausgleich zwischen Privaten – auch im sogenannten multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis<sup>10</sup> und im Zivilrecht<sup>11</sup> zum Tragen, das heißt dann, wenn der Staat nicht selbst eingreift, dennoch aber einem Privaten eigentumsrelevante Tätigkeit mit Drittbezug erlaubt, sogenannte bürgerlich-rechtliche Aufopferung.<sup>12</sup>

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

<sup>7</sup> 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.

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

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

<sup>10</sup> Zum Begriff siehe Teil 1. A. III. 4.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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 Kurzberichterstattungsbeschuß<sup>13</sup> des Bundesverfassungsgerichts erkennbare Tendenz eines extensiven Verständnisses von der Möglichkeit derartiger Kompensationszahlungen im Rahmen anderer Grundrechte wie zum Beispiel Art. 12 GG.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup>

## 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.<sup>16</sup> 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).

<sup>13</sup> BVerfGE 97, 228.

<sup>14</sup> Siehe hierzu jedoch bereits BVerfGE 54, 251 (271).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.