

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 111

Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung

Von

Ulrich Battis



Duncker & Humblot · Berlin

ULRICH BATTIS

Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 111

Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung

Von

Dr. Ulrich Battis



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

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

Meinen Eltern

Vorwort

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

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

Berlin, im Juli 1969

Ulrich Battis

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	13
----------------------	----

I. Hauptteil

1. Abschnitt

Die gegenüber der Rechtsprechung selbständigen Lösungen

1. Kapitel

§ 2 Ausdrückliche Behandlung des Erwerbsschutzes	17
--	----

2. Kapitel

§ 3 Beiläufige Behandlung des Erwerbsschutzes	20
---	----

2. Abschnitt

Die Beschränkung der Rechtsprechung auf Bestandsschutz

1. Kapitel

§ 4 Unterscheidung der Begründungsformeln	22
---	----

2. Kapitel

Kritik der ersten Formel	23
--------------------------------	----

§ 5 Die ungerechtfertigte Gleichsetzung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Handeln	23
---	----

§ 6 Der Widerspruch zur Entschädigung für abgelehnte Baugenehmigungen	25
---	----

§ 7 Der Widerspruch zur Sonderopferlehre	27
--	----

§ 8 Die versteckte Aufgabe der ersten Formel	31
--	----

3. Kapitel

Kritik der zweiten Formel	32
---------------------------------	----

§ 9 Die Grenzen des Bestandsschutzes	32
--	----

§ 10 Unstimmigkeiten bei der Anwendung der zweiten Formel	35
---	----

4. Kapitel

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

II. Hauptteil**1. Abschnitt****Die Grundlagen der Sonderopferlehre****1. Kapitel**

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

2. Kapitel

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

2. Abschnitt**Die Erweiterung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen****1. Kapitel**

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

2. Kapitel

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

3. Kapitel

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

Inhaltsübersicht 11

4. Kapitel

Opferlage und Rechtsmittel 66

§ 25 Die Erheblichkeit von Rechtsmitteln für die Opferlage 66

§ 26 Die rechtstechnische Kanalisierung der Erheblichkeit von Rechtsmitteln 68

5. Kapitel

Die Lehre von den beiden Gleichheitssätzen in den Nebenfolgenfällen 72

§ 27 Die Aufgliederung der Nebenfolgenfälle 72

§ 28 Die Rechtswidrigkeit bei den Nebenfolgenfällen 76

§ 29 Die Anwendung der Lehre von den beiden Gleichheitssätzen auf die einzelnen Fallgruppen 78

III. Hauptteil

1. Abschnitt

Der Erwerbsschutz durch Art. 14 GG

1. Kapitel

Die Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz 82

§ 30 Kritische Übersicht über den Problemstand 82

§ 31 Der objektsbezogene Schutz durch Art. 14 GG 85

§ 32 Der Bestandsschutz als beschränkter Tätigkeitsschutz 87

§ 33 Die Begründung der Beschränkung des Art. 14 GG auf Bestandsschutz 90

§ 34 Exkurs in das Schweizer Recht 91

2. Kapitel

Die Gleichsetzung von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Recht am Gewerbebetrieb 92

§ 35 Das privatrechtliche Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 92

§ 36 Die Unterschiede zum öffentlichen Recht am Gewerbebetrieb 95

2. Abschnitt

Lösung der Sonderopferentschädigung von Art. 14 GG

§ 37 Das Entschädigungsmonopol des Art. 14 GG 98

§ 38 Folgerungen aus dem Nichtbestehen des Entschädigungsmonopols ... 101

3. Abschnitt**Erwerbsschutz durch Art. 12 GG***1. Kapitel*

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

2. Kapitel

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

Einleitung

§ 1

Ein Vergleich des Gutachtens¹, der Referate² und der Diskussionsbeiträge³ anlässlich der Verhandlungen der öffentlich-rechtlichen Abteilung des 47. Deutschen Juristentages zeigt, daß der Gutachter und die Referenten, ungeachtet weitgehender Meinungsverschiedenheiten⁴ im übrigen, übereinstimmend die Behandlung der Fälle im geltenden öffentlichen Entschädigungsrecht für reformbedürftig halten, in denen dem Antragsteller, der einen Gewerbebetrieb betreibt oder aufbauen will, rechtswidrig aber schuldlos ein begünstigender statusverleihender Verwaltungsakt versagt oder zeitweilig vorenthalten wird. Darin, daß der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung⁵,⁶ Entschädigung nicht gewährt, wird eine Lücke im öffentlichen Entschädigungsrecht gesehen.

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

¹ *Weyreuther* 95 Fn 387, 187 (einschränkend).

² *Bender* Referat L 20; *Haas* Referat L 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ Vgl. dazu *Wolff* Verwaltungsrecht III 142.

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

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

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

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

¹³ Vgl. auch insoweit *Kreft* DJT L 77 f.

¹⁴ Vgl. *Bender* Referat 21.

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

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