

System der Klassifizierung eigentumsrelevanter Regelungen

– Flurbereinigung und gesetzliche Leitungsrechte: Inhaltsbestimmung oder Enteignung? –

Von Dr. Ingo Kraft, Ansbach

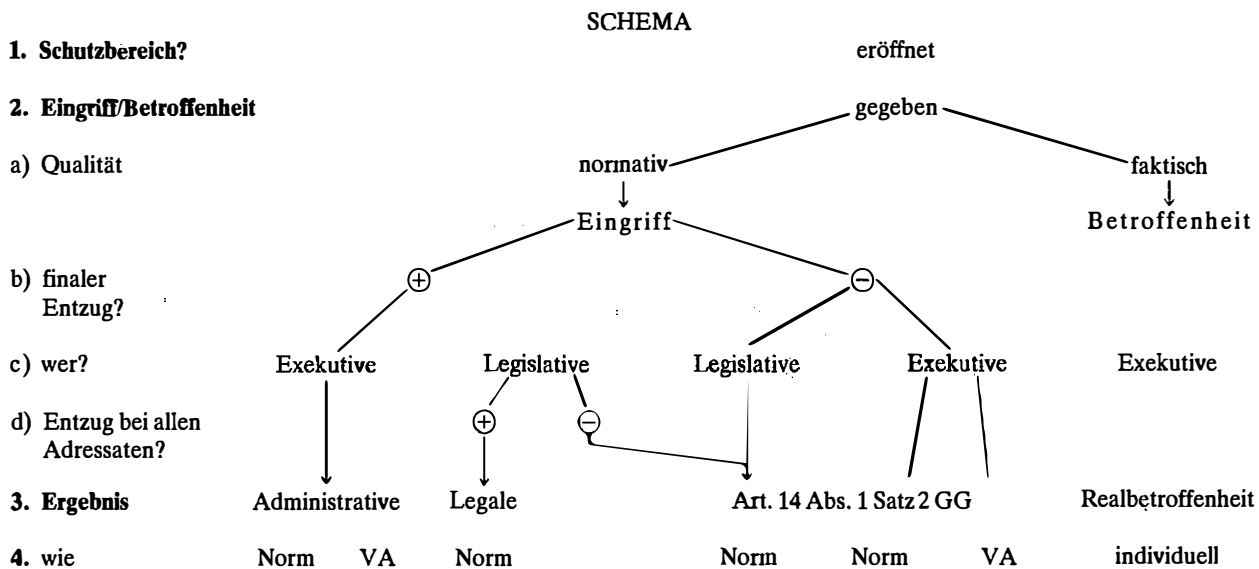
I. Einleitung

Der Naßauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts¹, eine Entscheidung, bei deren Erwähnung Juristen nach einem Bonmot von *Breuer* „das Wasser in den Augen zu stehen hat“², ist in die Jahre gekommen und kann mittlerweile auf mehr als ein Dezennium zurückblicken. Die heftige Resonanz der Fachliteratur³ stand in keinem Verhältnis zu seinem Gehalt an revolutionärer Dogmatik, denn die Entscheidung brachte zumindest in der verfassungsgerichtlichen Judikatur kaum etwas Neues⁴. Es wurde nur offen mit der eigentumsrechtlichen Dogmatik des BGH gebrochen, auf die Literatur und Rechtsprechung fixiert waren, ohne den verfassungsgerichtlichen Ansatz zur Kenntnis zu nehmen. Geradezu frustrierend ist die Einsicht, wie zäh sich bis heute die überholten Vorstellungen z. B. der intensitätsmäßigen Abgrenzung von Inhaltsbestimmung und Enteignung (Testfrage: Noch inhaltsbestimmend oder schon enteignend?) in der Praxis halten, die den Ansatz des BVerfG – bewußt oder unbewußt – negiert.

Dieser Beitrag möchte eine Hilfestellung zum Verlassen eingefahrener Gleise bieten und zeigen, daß es sich mit dem – wenn auch noch nicht vollständig abgeschlossenen – Konzept des BVerfG gut leben und arbeiten läßt. Darüber hinaus soll versucht werden, noch offene Abgrenzungsprobleme einer Lösung zuzuführen. Exemplarisch werden dazu Flurbereinigung und Umlegung auf ihre Einordnung als Inhaltsbestimmung oder Enteignung untersucht und Art. 24 Abs. 2 Satz 3 BayGO n.F. einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen.

II. Prüfungssystematik eigentumsrelevanter Regelungen und Realakte

Das folgende Schema mag der Verdeutlichung des Vorgehens bei der Prüfung eigentumsrelevanter Regelungen bzw. Realakte sowie der Aufzeigung der zur Verfügung stehenden Kategorien zur Einordnung von Eingriffen und Beeinträchtigungen dienen. Darüber hinaus gibt das Schema eine zwanglose Gliederung unserer Betrachtungen vor.



1 BVerfGE 58, 300.

2 In der mündlichen Fassung des Vortrags „Grundprobleme des Umweltschutzes aus juristischer Sicht“ auf dem Symposium „Ökologie, Ökonomie und Jurisprudenz“ im November 1986 in Würzburg.

3 Aus der unübersehbaren Literatur vgl. nur *Schulze-Osterloh*, NJW 1981, 2537; *Rittstieg*, NJW 1982, 721; *Baur*, NJW 1982, 1734; *Scholz*, NVwZ 1982, 337; *Battis*, NVwZ 1982, 585; *Ossenbühl*, NJW 1983, 1; *Leisner*, DVBl. 1983, 61; *Hendler*, DVBl. 1983, 873; *Schwabe*, JZ 1983, 273; *Papier*, NVwZ 1983, 258; *Ipsen*, DVBl. 1983, 1029; *Bender*, BauR 83, 1; *ders.*, VBIBW 1984, 225; *Knauber*, NVwZ 1984, 753; *Schwerdtfeger*, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983; *ders.*, JuS 1983, 104.

4 *Böhmer*, NJW 1988, 2561/2567; *ders.*, Der Staat 1985, 157/199.

1. Bestimmung des Schutzbereichs

Die Prüfung, ob ein Rechtsakt oder ein Realakt eingreifend bzw. beeinträchtigend wirkt, setzt zunächst die Feststellung voraus, daß überhaupt eine beeinträchtigungsfähige Rechtsposition vorhanden ist⁵. So trivial dieser binsenweisheitsverdächtige Satz auch klingen mag, auf dieser Ebene der Bestimmung des Schutzbereichs ist juristische Filigranarbeit gefragt. Das

5 BVerfGE 25, 112/121; 29, 348/360; 58, 300/332. Vgl. auch *Weyreuther*, Die Situationsgebundenheit des Grundeigentums, 1983, S. 66 ff..

BVerfG hat dazu festgestellt, daß der Begriff des von der Verfassung gewährleisteten Eigentums aus der Verfassung selbst gewonnen werden muß. Es gibt kein präkonstitutionelles, a priori existentes Eigentum, insbesondere nicht aus § 903 BGB. Mit dieser deutlichen Absage an die Übertragung der zivilistischen Eigentumstheorien des 19. Jahrhunderts auf die Ebene des Verfassungsrechts wurde zugleich herausgestellt, daß sich Gegenstand und Umfang des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Eigentumsschutzes durch eine Synopse aller den Inhalt des Eigentums bestimmenden, die Stellung des Eigentümers regelnden verfassungsgemäßen Vorschriften ergeben⁶. Angesichts des Zwecks der Eigentumsgarantie, dem Individuum einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich zu erhalten und ihm die eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu ermöglichen⁷, ist eigentumsfähig jedes vermögenswerte Recht, das dem Einzelnen zur privaten Nutzung und eigenen Verfügung zugeordnet ist⁸. Welche Rechte – abstrakt betrachtet – darunter zu fallen vermögen, ist für unsere Fragestellung nicht weiter von Bedeutung⁹.

Entscheidend ist auf der zweiten Stufe die Herausarbeitung der Eigentümerbefugnisse in concreto, und zwar der *normativ* verankerten Berechtigungen im Gegensatz zu faktischen Gegebenheiten und rechtlich nicht verdichteten Chancen und Erwartungen¹⁰. Beispielhaft dafür sind die mehrere Seiten umfassenden, in die Geschichte des Wasserrechts zurückgehenden Ausführungen des BVerfG im Naßauskiesungsbeschluß¹¹. Erst wenn der Schutzbereich der Eigentumsgarantie in seinem normativen Gehalt ganz konkret umrissen worden ist, kann überhaupt festgestellt werden, ob eine (neue) Rege-

lung eingreift bzw. ein Realakt beeinträchtigt. Dazu ist zwischen den Facetten des Eigentums als Zuordnungsregelung von Subjekt und Objekt zu differenzieren, das in Substanz-, Nutzungs- und Verwertungsbefugnisse zerfällt. Hinsichtlich dieser Eigentumskategorien besitzen die abstrakten gesetzlichen Vorgaben eine unterschiedliche Dichte, was am Beispiel des Grundeigentums ganz grob skizziert werden soll: Die *Substanz* ist, begrenzt durch § 905 BGB und die Regelungen des Bundesberggesetzes¹² hinsichtlich der bergfreien Bodenschätze sowie § 1 LuftVG im Hinblick auf den Luftraum, absolut garantiert. Bei der *Nutzung* des Grundeigentums ist zu unterscheiden: Die reine Binnennutzung intra muros kennt ebenfalls keine abstrakten rechtlichen Grenzen, während jede Nutzung mit Sozialbezug in der im internationalen Vergleich dicht besiedelten Bundesrepublik darauf Rücksicht zu nehmen hat, daß das Grundstück Teil eines größeren Ganzen ist¹³. Konfliktträchtige Nutzungen stellen sich – isoliert betrachtet – als prinzipiell gleichberechtigte Formen der Eigentumsausübung dar und angesichts ihrer Unvereinbarkeit miteinander bedarf es eines ausgleichenden Regulativs. Praktische Konkordanz (*Hesse*) kann aber nicht durch abschließende abstrakte Vorgaben auf Gesetzesebene hergestellt werden; insoweit erweist sich die Regelungsform des Gesetzes als strukturell ungeeignet. Die Ausfüllung des Gestaltungsbedarfs in concreto ist die Domäne der planenden Verwaltung und subsidiär Aufgabe des Zivilrechts im Wege der Anknüpfung an die Faktizität (§ 906 BGB). Mangels absoluter legislatorischer Vorgaben ist konsequenterweise kein Grundstück a priori vor der Nachbarschaft störender Eigentumsnutzung gefeit, so daß das BVerfG die staatsvertraglichen Nachbarrechtsregelungen für den Flughafen Salzburg als Inhaltsbestimmungen eingeordnet¹⁴ und auch den Verkehrslärmschutz für Straßenanlieger an Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gemessen hat¹⁵. Diese offene Flanke des Grundeigentums kann eben angesichts der Vielfältigkeit potentieller Nutzungskonflikte und der unterschiedlichsten tatsächlichen Verhältnisse kaum durch den Gesetzgeber mittels generell abstrakter Normen, sondern nur durch konkret individuelle Ausgleichsmodi der Verwaltung und des Zivilrechts befriedigend ausgefüllt werden.

2. Eingriff/Betroffenheit

Ergibt die Prüfung, daß dem Rechtsträger unbeschadet des zu prüfenden Rechtsaktes bzw. Realaktes eine Rechtsposition zustand, liegt bei einem Rechtsakt ein Eingriff vor bzw. ist der Eigentümer von dem Realakt betroffen. Jetzt ist zwischen normativen und faktischen Beeinträchtigungen zu differenzieren. Problematisch ist dabei die Zuordnung der faktischen Nebenfolgen von Rechtsakten, die eine exakte Bestimmung der Reichweite der Legalisierungswirkungen des Rechtsaktes erfordert¹⁶. Beispielhaft sind hier straßenrechtliche Wid-

6 BVerfGE 58, 300/335f. Zur privatrechtlichen Auslegung des Art. 153 WRV und der Entwicklung des Zusammenspiels von zivilrechtlichem Eigentum und öffentlich-rechtlichen Beschränkungen mit ihren unterschiedlichen Regelungsfunktionen in den Beziehungen zwischen den Individuen einerseits und dem Verhältnis Individuum – Allgemeinheit andererseits *Böhmer*, NJW 1988, 2561/2568ff.; *Hendler*, DVBl. 1983, 873/876; zum damit einhergehenden Übergang von der Statik zivilrechtlicher Institute zur Dynamik öffentlich-rechtlicher Normen: *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1987, 216/217.

7 BVerfGE 68, 193/222.

8 BVerfGE 78, 58/71.

9 Vgl. dazu die Zusammenstellungen der Rechtsprechung bei *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz Kommentar, Stand 1991, Art. 14 GG RdNm. 57ff.; *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, Grundgesetz, 6. Aufl., Stand November 1992, Art. 14 GG RdNm. 106 ff.; *Kimminich*, in: *Bonner Kommentar*, Stand August 1992, Art. 14 GG (Zweitbearbeitung), RdNm. 30ff.

10 An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß das *BVerwG* die mangels Trennung von factum und ius dogmatisch immer diffus gebliebene Figur der „eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition“ (dazu BVerwGE 26, 111/116; 47, 126/130 ff.; 49, 365/371 f.; 55, 272/274) eher nebenbei aufgegeben hat (*BVerwG*, U. v. 10. 8. 1990 – 4 C 3.90, DVBl. 1990, 1182/1184). Zugleich ist der Auffassung von *Kleinlein*, DVBl. 1991, 365/368f. entgegenzutreten, der die gegenwärtige Nutzungsmöglichkeit eines Grundstücks i. S. momentaner Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens als rechtlichen Bestand ansieht und konsequenterweise den Bestandsschutz um die faktische Voraussetzung des „Ins-Werk-setzen“ reduziert (so auch *Papier*, [Fußn. 9], RdNr. 316). Die rechtliche Absicherung einer gegenwärtigen Nutzungsmöglichkeit in Form des Anspruchs auf Genehmigung sagt aber noch nichts über die zukunftsgerichtete Perpetuierung dieses subjektiv-öffentlichen Rechts aus (so auch *Pietzcker*, NVwZ 1991, 418/422). Die Relativität des Anspruchs in zeitlicher Dimension kommt z. B. im Baurecht durch die Möglichkeit der Überplanung, der Planänderung sowie des Sicherungsinstrumentes der Veränderungssperre deutlich zum Ausdruck. Die Entschädigung für planungsbedingte Änderungen innerhalb der 7-Jahres-Frist (§ 42 Abs. 2 BauGB) erweist sich als „Luxus“ des einfachen Gesetzgebers und gehört nicht zum ipso iure constitutionis garantierten Bereich des Eigentums in verfassungsrechtlicher Hinsicht (A. A. *Maiwald*, BayVBl. 1991, 101/104). Die Rechtsprechung knüpft daher den Bestandsschutz zu Recht an das faktische Kriterium getroffener Dispositionen an; eine zukunftsgerichtete rechtliche Fixierung von Nutzungswünschen läßt sich im Baurecht nur über das Institut des Vorbescheids erreichen.

11 BVerfGE 58, 300/332ff., 336f.

12 Zum Konflikt zwischen Oberflächeneigentum und Bergwerkeigentum und zur verfassungsrechtlichen Einordnung der beiden Positionen BVerwGE 81, 329; *Hoppe*, DVBl. 1993, 221; *Gaentsch*, DVBl. 1993, 527.

13 Dazu umfassend *Breuer*, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, passim.

14 BVerfGE 72, 66/76f.: „Indessen ist grundsätzlich jedes Eigentum von vornherein der Gefahr ausgesetzt, daß eine solche Anlage (Flughafen, Anm. des Verf.) errichtet wird und daß dann entsprechende Vorschriften des Nachbarrechts zum Tragen kommen“ (a. a. O., S. 77).

15 BVerfG, B. v. 30. 11. 1988 – 1 BvR 1301/84, NJW 1989, 1271/1272. *Kleinleins* Kritik (DVBl. 1991, 365/367f.) an der Einordnung des BVerfG ist entgegenzuhalten, daß der Ausschluß nachbarlicher Abwehrrechte nur dann als enteignungsbegründender Entzug angesehen werden könnte, wenn vor dem Planungsakt überhaupt derartige Rechte in concreto bestanden hätten. Obwohl *Kleinlein* dieses Erfordernis generell anerkennt (a. a. O., S. 366), läßt er diese Voraussetzung hier ungeprüft.

16 Dazu *Lege*, NJW 1990, 864/867ff. mit der terminologischen Kategorie der „Nicht-Vollzugsfälle“.

mungsverfügungen ohne vorangegangene Planungsakte¹⁷ bzw. straßenrechtliche Planfeststellungsbeschlüsse oder straßenbezogene Bebauungspläne¹⁸ zu nennen, die den Anliegern eine Duldungspflicht hinsichtlich der Verkehrsimmissionen auferlegen. Anders ist dies bei einer in ihren Rechtswirkungen auf den Binnenbereich der Exekutive beschränkten Widmung einer öffentlichen Sache im Verwaltungsgebrauch, die hinsichtlich des Sachgebrauchs Außenstehende nicht zur Duldung verpflichtet¹⁹. Das Entscheidungskriterium steckt in der Frage, ob der de facto eingetretene Zustand noch normativ von dem Rechtsakt abgedeckt ist oder nicht. Dazu ist primär zwischen handlungs- und erfolgsbezogenen Legalisierungsnormen zu differenzieren und in einem weiteren Schritt innerhalb der zuletzt genannten Kategorie der Grenzbereich des Legalisierungsaktes zu bestimmen²⁰.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß nur die typischen, noch vom Rechtsakt intendierten Nebenfolgen unter den Eingriffsbegriff fallen, während in den übrigen Fällen, insbesondere bei Fehlen jeglicher Legalisierungsnorm, Realbetroffenheit vorliegt²¹.

3. Kategorien innerhalb des Eingriffsbereiches

a) Rechtsprechung des BVerfG

Wenn wir nun die Fälle der Realbetroffenheit²² außen vorlassen und uns dem Eingriff zuwenden, so ist eine der wesentlichen Aussagen des Naßauskiesungsbeschlusses die, daß der Normgeber eigentumsrelevante Regelungen auf drei verschiedene Arten schaffen kann²³:

- In Erfüllung der ihm in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG übertragenen Aufgabe, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, hat der Gesetzgeber in generell und abstrakter Weise die Pflichten des Eigentümers zu bestimmen. Durch privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften wird das Eigentum ausgestaltet.
- Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG bietet dem Gesetzgeber die Grundlage, durch Gesetz einem bestimmten oder bestimmbar Personenkreis konkrete Eigentumsrechte zu entziehen (Legalenteignung).
- Darüber hinaus gestattet dieselbe Vorschrift dem Gesetzgeber, die Exekutive zum konkreten Entzug des Eigentums Einzelner zu ermächtigen (Administrativenteignung).

Zum Verhältnis dieser Regelungen untereinander hat der Senat ausgeführt²⁴:

„Inhaltsbestimmung, Legalenteignung und Administrativenteignung sind jeweils eigenständige Rechtsinstitute, die das Grundgesetz deutlich voneinander absetzt. . . .“

Noch krasser wird die verfassungsrechtliche Unhaltbarkeit der intensitätsmäßigen Abgrenzung von Inhaltsbestimmung und Enteignung bzw. Enteignungsermächtigung in der Kleingartenentscheidung, wo im Hinblick auf die Konsequenzen der materiellen Verfassungswidrigkeit von inhaltsbestimmenden Vorschriften ausgeführt wird²⁵:

„Werden die insoweit aus der Verfassung sich ergebenden Grenzen überschritten, so ist die gesetzliche Regelung unwirksam und nicht eine Enteignung im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG. . . . Eine verfassungswidrige Inhaltsbestimmung kann auch nicht in eine Enteignung umgedeutet und der Verfassungsverstoß nicht durch Zubilligung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Entschädigung ‚geheilt‘ werden.“

Deutlicher kann das Ende der materiell orientierten „Umschlagtheorie“, die durch die Konzeption formaler Abgrenzbarkeit der Institute von Inhaltsbestimmung und Enteignung abgelöst wurde, nicht herausgestrichen werden.

b) Gründe für die formale Differenzierung

Die Schwellentheorie des BGH²⁶, derzufolge als Enteignung jeder nachteilige hoheitliche und gesetzlich gedeckte Eingriff in eine Eigentumsposition angesehen wird, der dem Betroffenen im Vergleich zu den anderen Norinunterworfenen ein Sonderopfer²⁷ abverlangt und ihm entschädigungslos nicht zuzumuten ist, ermöglicht eine eigentumsrechtliche Einordnung erst auf der Ebene der Normanwendung²⁸. Der Normzweck der Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG, der den Gesetzgeber sich-ähnlich wie das im Bereich des Art. 14 GG nicht anwendbare²⁹ Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG mit seiner Warn- und Besinnungsfunktion³⁰ – des Enteignungscharakters einer Vorschrift bewußt werden lassen soll³¹, wird damit verfehlt. Die Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des BGH bestand in der Schaffung von salvatorischen Entschädigungsklauseln in eigentumsrelevanten Gesetzen, die angesichts des erst in der Rechtsanwendung absehbaren Enteignungscharakters für den Gesetzgeber im Hinblick auf den beschriebenen

17 BGHZ 54, 384/388; 64, 220/222; BGH, U. v. 10. 11. 1987 – III ZR 204/86, NJW 1988, 900/901.

18 BVerfG, B. v. 30. 11. 1988 – 1 BvR 1301/84, DVBl. 1989, 352/353; BGHZ 97, 361/364.

19 Kraft, JuS 1990, 278/279; vgl. auch BGH, U. v. 13. 12. 1979 – III ZR 95/78, NJW 1980, 770 (Saatschäden durch von Mülldeponie herbeigelegte Vögel).

20 Vgl. BGH, U. v. 9. 4. 1987 – III ZR 3/86, NJW 1987, 2573/2574 – Vandalismus durch Dritte an behördlicherseits sichergestelltem Kfz; U. v. 13. 12. 1979 – III ZR 95/78, NJW 1980, 770.

21 BGH, U. v. 15. 3. 1962 – III ZR 211/60, NJW 1962, 1439 (Waldbrand durch Schießübungen der Streitkräfte); U. v. 14. 10. 1963 – III ZR 188/62, NJW 1964, 104 (Panzer rammt Haus). Ausführlich zu dieser Fallgruppe und ihrer Abgrenzung Ramsauer, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980, passim.

22 Es bietet sich an, zur Klärung der Entschädigungswürdigkeit in Fällen der Realbetroffenheit außerhalb gesonderter Haftungstatbestände wie z. B. der Amtshaftung die intensitätsorientierten „Enteignungstheorien“ des BGH und BVerfG wie bei der Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit inhaltsbestimmender Eingriffe unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten (vgl. dazu unten bei Fußn. 35) hilfsweise heranzuziehen. Dazu ist hypothetisch zu fragen, ob der Gesetzgeber einen dem realen Übergriff im Ausmaß entsprechenden Eingriff nur mit oder auch ohne Entschädigung regeln könnte. Zu diesen Fallkonstellationen der verschuldensunabhängigen Staatshaftung für Erfolgsunrecht in der Rechtsprechung des BGH: Lege, NJW 1990, 864/867 ff.

23 BVerfGE 58, 300/330f.

24 BVerfGE 58, 300/331 f.

25 BVerfGE 52, 1/27f. Wieder aufgegriffen in BVerfGE 58, 137/145 – Pflichtexemplar.

26 Grundlegend BGHZ 6, 270. Aus neuerer Zeit BGHZ 54, 293/295; 57, 359/363; 80, 111/114; 99, 24/27 ff.; 105, 15/16 ff. Eine übersichtliche Darstellung der Rechtsprechung des BGH findet sich bei v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, S. 170 ff. Kritisch zum Enteignungsbegriff des BGH angesichts der Rechtsprechung des BVerfG Böhrner, Der Staat 1985, 157/192 ff.; Lege, NJW 1990, 864/865 ff.

27 Schulte, Zur Dogmatik des Art. 14 GG, 1979, S. 12, hat darauf hingewiesen, daß das in der Rechtsprechung des BGH namensgebende, auf den Gleichbehandlungsgrundsatz abstellende Kriterium in Wirklichkeit durch eine materielle Abgrenzung abgelöst wurde.

28 Dazu auch die berechtigte Kritik von Dürig, JZ 1954, 4/8. Zur Position Dürigs und der Renaissance des von ihm vertretenen Enteignungsbegriffes: Maurer, Enteignungsbegriff und Eigentumsgarantie, in: Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift für Dürig, hrsgg. von H. Maurer, 1990, S. 293/300 ff.

29 BVerfGE 21, 92/93; 24, 367/396.

30 BVerfGE 5, 13/16.

31 BVerfGE 4, 219/235; 45, 63/75; 46, 268/287; BVerfG, U. v. 15. 2. 1990 – 4 C 47/89, DVBl. 1990, 585/586; Böhrner, NJW 1988, 2561/2565; Ossenkühn, JZ 1991, 89/90. Der demgegenüber von Pietzcker, NVwZ 1991, 418 in den Vordergrund gestellte Aspekt der parlamentarischen Haushalts-hoheit genießt allenfalls sekundäre Bedeutung, da im Rahmen der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmungen nicht exakt durch das Parlament zu steuernde Leistungen anfallen, die erst im Vollzug quantifiziert werden können.

Zweck der Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG natürlich nur Feigenblattfunktion besitzen³². Die vom BGH befürwortete, auf den Einzelfall abstellende Differenzierung zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GG unter Intensitätsgesichtspunkten ist zwingend auf die ex post Perspektive angewiesen, während formale Differenzierungskriterien eine Einordnung ex ante durch den Gesetzgeber erlauben. Nur so vermag er aber bei der Gesetzgebung dem Normzweck des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG gerecht zu werden. Die Formalisierung des Enteignungsbegriffes ist deshalb Voraussetzung für die Überwindung der rein entschädigungsorientierten und damit erfolgsbezogenen Perspektive der Zivilgerichte zugunsten seiner handlungsorientierten Aktivierung für Gesetzgebung und Verwaltung³³.

Darüber hinaus erlaubt eine seitens des Gesetzgebers zugebilligte enteignungsunabhängige Entschädigung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG³⁴ flexiblere Ergebnisse. Auf dieser Ebene behalten die intensitätsgesteuerten „Enteignungstheorien“ des BGH und BVerwG sowie die insoweit entschiedenen Präjudizien ihre Bedeutung bei der Beurteilung, wann eine inhaltsbestimmende Maßnahme unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ausgleichspflichtig ist³⁵. Die hergebrachte Ansicht mit ihrem qualitativen Sprung von Inhaltsbestimmung ohne jegliche Entschädigung zur Enteignung mit voller Entschädigung auf einer durchgängigen Intensitätsskala der Eingriffe führt zu wenig befriedigenden Schwarz-Weiß-Lösungen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die formale Unterscheidung zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung der stärkeren Inpflichtnahme des Gesetzgebers dient, indem ihm ex ante praktikable Differenzierungskriterien an die Hand gegeben werden. Auch wenn die Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG die Annahme des Verfassungsgebers zum Ausdruck bringt, daß Enteignungen a priori entschädigungswürdige Eingriffe darstellen und damit generell intensiver als Inhaltsbestimmungen einzugreifen scheinen, so ist diese Implikation aber nicht als absolut und unwiderlegbar anzusehen. Mit der formalen Einordnung eines Eingriffs ist eben im Gegensatz zur Auffassung des BGH wegen der Fallgruppe der entschädigungspflichtigen Inhaltsbestimmung zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *noch nicht* abschließend über die Frage einer Entschädigung entschieden. Unter materiellen Gesichtspunkten lassen sich durchaus stärker belastende Inhaltsbestimmungen (Nachbarschaft zu störenden Anlagen) und weniger intensiv eingreifende Teilenteignungen (zwangsweise begründetes Leitungsrecht) denken³⁶.

c) Das Konzept des BVerfG hatte aber bisher einen gewaltigen Pferdefuß: Dem Postulat eindeutiger Abgrenzbarkeit der Bereiche des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und Abs. 3 GG ex ante stand die Ansicht des BVerfG entgegen, daß neue, pro futuro geltende Inhaltsbestimmungen gleichzeitig eine Legalenteignung insoweit bewirken, als daß sie vom Einzelnen auf-

grund alten Rechts ausgeübte subjektive Rechte entziehen³⁷. Nachdem sich wieder erst auf der Ebene der Rechtsanwendung feststellen läßt, wen infolge tatsächlich begonnener Rechtsausübung das Gesetz enteignend zu treffen vermag, konterkarierte diese doppelte Zuordnungsmöglichkeit von Normen die verfassungsgerichtliche Programmatik des dogmatischen Ansatzes der ex ante Klassifizierbarkeit eigentumsregelnder Normen und stieß zu Recht auf Kritik³⁸.

Diese Relativität des Begriffes der (Legal-)Enteignung wurde im Beschluß des BVerfG vom 9. 1. 1991³⁹ – zumindest im Ergebnis – über Bord geworfen. Der 1. Senat geht in dieser Entscheidung explizit davon aus, daß Art. 14 Abs. 3 GG dann jedoch nicht unmittelbar anwendbar ist, wenn der Gesetzgeber im Zuge der generellen Neugestaltung eines Rechtsgebiets bestehende Rechte abschafft, für die es im neuen Recht keine Entsprechung gibt⁴⁰. Später wird hervorgehoben, daß selbst wenn Art. 14 Abs. 3 GG nicht unmittelbar eingreife, das darin zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes ... zu beachten ist, da sich der Eingriff für den Betroffenen wie eine (Teil- oder Voll-)Enteignung auswirke⁴¹. Damit ist das BVerfG in der Sache dem von *Bryde*⁴² und *Schoch*⁴³ vorgezeichneten Weg der weiteren Verengung des (Legal-)Enteignungsbegriffes gefolgt. Von einer Legalenteignung kann wohl demzufolge nur noch dann ausgegangen werden, wenn das Gesetz selbst und unmittelbar *alle* Adressaten *ausschließlich* (voll oder teilweise) rechtsentziehend betrifft⁴⁴. Mit diesem begrüßenswerten Schritt weg von der Zwitterigkeit hat das BVerfG, wenn auch ohne ausdrückliche Aufgabe oder Modifikation früherer Positionen⁴⁵, die Abgrenzbarkeit von inhaltsbestimmenden und enteignenden Vorschriften wesentlich erleichtert.

4. Das Abgrenzungskriterium von Inhaltsbestimmung und Enteignung: Der Entzug

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist Wesensmerkmal der Enteignung der vollständige oder teilweise *Entzug* subjektiver Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben⁴⁶. Gegenpol dazu ist die *Umgestaltung* individueller Eigentumspositionen durch den Gesetzgeber im Rahmen von Reformregelungen. Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, daß der Gesetzgeber bei einem Reformwerk nicht vor die Alternative gestellt sei, die nach bisherigem Recht begründeten subjektiven Rechte entweder zu belassen oder unter den Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG zu enteignen; er könne ohne Verstoß gegen die Eigentumsgarantie individuelle Positionen umgestalten⁴⁷.

32 Zur Diskussion um die Verfassungskonformität dieser salvatorischen Klauseln statt vieler: *Weyreuther*, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entschädigungsregelungen im Enteignungsrecht, 1980, passim; aus der Rechtsprechung vgl. BGHZ 99, 24/28; 105, 15/17; BVerwGE 26, 131/133 einerseits und BVerwG, U.v. 15. 2. 1990 – 4 C 47/89, DVBl. 1990, 585/587 andererseits. Das BVerfG legt eine derartige Vorschrift übergangsweise verfassungskonform als Ausgleichsanspruchsgrundlage im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung (vgl. BVerfGE 58, 137) aus. Dazu *Melchinger*, NJW 1991, 2524.

33 So *Schmidt-Aßmann*, JuS 1986, 833/835; *ders.*, DVBl. 1987, 216.

34 BVerfGE 58, 137/147 ff. Vgl. aber auch schon *Schulte* (Fußn. 27), S. 33 ff. m.w.N.

35 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1987, 216/218 m.w.N.; BVerwG, B. v. 24. 6. 1993 – 7 C 26.92, BayVBl. 1993, 693 = RdL 1993, 236/239. Kritisch *Schmitt-Kammler*, NJW 1990, 2515/2517.

36 *Rittstieg*, in: AK-GG, Bd. I, 2. Aufl. 1980, Art. 14 RdNr. 186.

37 So BVerfGE 52, 1/28; 58, 300/331 f., 338, 348. In BVerfGE 45, 297/332 wurde in den Fällen der sog. Aufopferungsenteignung sogar noch der primäre Anwendungsfall der Legalenteignung gesehen.

38 *Schoch*, Jura 1989, 113/121; *Schmitt-Kammler*, NJW 1990, 2515/2518; *Bryde*, in: v. Münch, Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 14 RdNr. 56 ff.; *Schink*, DVBl. 1990, 1375/1384 f.

39 1 BvR 929/89, DVBl. 1991, 376/377 f.

40 A.a.O., S. 377.

41 A.a.O., S. 378.

42 (Fußn. 38), RdNr. 58.

43 Jura 1989, 113/121. Dem folgend auch *Schink*, DVBl. 1991, 1375/1385; *Maurer* (Fußn. 28), S. 293/307 f.

44 Klassischer Fall ist und bleibt der BVerfGE 24, 367 zugrundeliegende, das Hamburger Deichordnungsgesetz betreffende Sachverhalt. Vgl. zum Begriff der Legalenteignung auch BVerfGE 45, 297/325 f.; 52, 1/27; BVerwG, B. v. 15. 6. 1992 – 7 B 122.91, NVwZ 1993, 772/773.

45 Fehlte dazu der Mut? Kritisch deshalb auch *Schwabe*, JZ 1991, 777/778.

46 Vgl. BVerfGE 24, 367/394; 38, 175/180; 42, 263/299; 52, 1/27; 58, 300/331; 66, 248/257; 70, 191/199 f.; 71, 137/143; 72, 66/76; BVerfG, B. v. 9. 1. 1991 – 1 BvR 929/89, DVBl. 1991, 376/377.

47 BVerfGE 31, 275/284 f., 289 f.; 36, 281/293; 43, 242/288; 58, 300/351; 70, 191/201 f. Vgl. auch BVerfGE 71, 137/143.

Diese Befugnis zur Transformation bereits begründeter alter in neue Rechte gehört zum Generalthema „Recht und Zeit“. Sie sichert die Effektivität der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, garantiert seinen unmittelbaren Einfluß bei der Ausformung der Lebenswirklichkeit. Neue Regelungen treffen angesichts der Verrechtlichung nahezu aller Bereiche sozialrelevanter menschlichen Verhaltens zumeist nicht auf eine „normative terra incognita“, sondern Gesetzgebung ist heute weitgehend Änderungsgesetzgebung. Wenn aber der Normgeber nur pro futuro in der Weise zu regeln vermöchte, daß neues Recht lediglich auf zukünftige Sachverhalte anwendbar wäre, stünde es schlecht um die legislatorische Gestaltungskraft. Bevor neue Regelungen in der Breite greifen könnten, müßten sich erst die alten Strukturen auswachsen. Die im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG anzuedelnde Möglichkeit der Umgestaltung verhindert demzufolge die andernfalls zwingend vorgezeichnete Sklerosierung des Rechtssystems.

Mit der Praktikabilität der Differenzierung zwischen Entzug und Umgestaltung steht und fällt das dogmatische Gebäude des BVerfG. Während das Gericht die erstgenannte Kategorie auch durch den Begriff der Überwindung von Rechten beschreibt, sind Synonyma der Umgestaltung auch die Umformung sowie die Überleitung von Rechtspositionen.

a) Beim *Vollentzug* bleibt in einer vergleichenden Betrachtung analog der auf *Mommensen*⁴⁸ zurückgehenden zivilrechtlichen Differenzhypothese zur Bemessung eines Vermögensschadens von einer in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallenden Rechtsposition nichts übrig. So „brutal“ geht der Reformgesetzgeber jedoch nur selten vor, wie z.B. bei der Reform des Weingesetzes. Das BVerfG⁴⁹ hatte über die Verfassungsmäßigkeit der fehlenden Weiterverwendungsmöglichkeit von Warenzeichen und Ausstattungsrechten im Rahmen der Neuordnung des geographischen Bezeichnungsrechts zu entscheiden. Diesen Vorgang wertete es als „der Sache nach entschädigungslosen Entzug, der weder als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung gerechtfertigt werden könne, noch seien die Voraussetzungen einer Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG gegeben“⁵⁰. Auch wenn nach dem unter 3.c) zitierten Beschluß vom 9. 1. 1991⁵¹ eine Qualifizierung als Enteignung nicht mehr in Frage käme, behalten die Beschlüsse des BVerfG dennoch Bedeutung für die wertende Abgrenzung von Entzug und Umformung eines Rechts. Zustimmung verdient in diesem Zusammenhang aber die kritische Anfrage von *Schwabe*⁵², warum der Senat die Einordnungsfrage übersprungen und sich alternativ der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs zugewandt hat.

Demgegenüber wurden die Ersetzung von Urheber- durch Leistungsschutzrechte⁵³, die Änderung der Modalitäten der Akteneinsicht im Patenterteilungsverfahren⁵⁴ und die Surrogation zivilrechtlicher vertraglicher durch gesetzliche Geldleistungsansprüche unter Auswechslung des Schuldners⁵⁵ im Hinblick auf entstandene Altrechte als Umformung bzw. Umschaffung gewertet und damit dem Bereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zugeordnet. Im zuletzt zitierten Contergan-Urteil war allerdings der Entzug einer entstandenen vertraglichen Forderung nicht zu verleugnen; die uno actu bewirkte Zuerkennung einer Ersatzforderung durch den Gesetzgeber

als Surrogat vermag daran nichts zu verändern. Diesbezüglich hat das BVerfG in der die Unternehmensflurbereinigung betreffenden Boxberg-Entscheidung klar herausgestellt, daß die gleichwertige Landabfindung als Surrogationsakt für die enteignungsrechtliche Qualifizierung des Eingriffsaktes irrelevant ist und lediglich Art und Ausmaß der Enteignungsschädigung betrifft⁵⁶.

Der Senat hätte demzufolge in der Contergan-Entscheidung bei rein formaler Betrachtungsweise einen auf eine Enteignung hindeutenden Rechtsentzug bejahen müssen, umschiffte diese Klippe aber im Wege der Anreicherung der begrifflichen Enteignungsvoraussetzungen um das Merkmal des „Entzuges im Fremd- oder Allgemeininteresse“⁵⁷. Die damit einhergehende problematische Doppelrelevanz des Eingriffszwecks sowohl auf der Ebene des Enteignungsbegriffs als auch bei der Prüfung seiner Verfassungskonformität und das Problem der Objektivierung subjektiver Interessen können hier nicht weiter gewürdigt werden; m.E. hätte es dieses Kunstgriffes nicht bedurft. Näher hätte eine Lösung über die in den Entscheidungsgründen lediglich angedeutete Frage der generellen Subsumierbarkeit des Entzuges einer geldwerten Forderung unter den Enteignungstatbestand aus folgenden Überlegungen gelegen:⁵⁸ Art. 14 Abs. 1 GG schützt als Bestandsgarantie eine konkrete Befugnis in der Hand des Eigentümers⁵⁹ und nur bei erfüllten Enteignungsvoraussetzungen wandelt sich die Substanz- zu einer Wertgarantie. Eine Geldforderung als solche ist zwar ein konkreter Gegenstand, aber sie richtet sich auf Wertverschaffung in Geldeinheiten, ist also Wertschuld im Gegensatz zur Sachschuld. Die Ersetzung einer Wertschuld (Geldforderung als Eigentumsobjekt) durch eine andere Wertschuld (Enteignungsschädigung) in gleicher Höhe ist ein Umwandlungsvorgang auf derselben Stufe. Er rechtfertigt – abgesehen von Bonitätsüberlegungen – mangels besonderer Schutzbedürftigkeit des Eigentümers, dessen Wertverschaffungsinteresse nicht berührt wird, nicht die Problematisierung als Enteignung unter gesteigerten Zulässigkeitsvoraussetzungen. Die durch die Enteignung beschriebene Transformation der Bestands- zur Wertgarantie setzt also den Speziescharakter der betroffenen Eigentumsposition voraus⁶⁰ und so könnte man auch die – zugegebenermaßen etwas unglückliche – Formulierung des BVerfG verstehen, mit der enteignungsfähige Objekte auf „konkrete individuelle Rechte“ beschränkt werden⁶¹.

Auch die Ersetzung der freien und autonomen Verwaltung von Fischereirechten durch Beteiligungsrechte an einer öffentlich-rechtlichen Fischereigenossenschaft als Beschränkung der freien Eigentumsausübung zugunsten einer genossenschaftlich gebundenen Verwaltung wurde vom BVerfG nicht als Entzug gewertet, da der Gesetzgeber nicht darauf abziele, zur Realisierung bestimmter öffentlicher Aufgaben entgegenstehende Rechtspositionen zu überwinden, sondern darauf, durch die Neugestaltung eigentumsrechtlicher Positionen generell-

48 Lehre vom Interesse, 1855.

49 BVerfGE 51, 193/219 ff.; 78, 59/74 f.

50 BVerfG, a.a.O.

51 Fußn. 39.

52 Anmerkung, JZ 1991, 777/778.

53 BVerfGE 31, 275/289.

54 BVerfGE 36, 281/293.

55 BVerfGE 42, 263/299 f.

56 BVerfGE 74, 264/280 und 283.

57 BVerfGE 42, 263/299. Die Aufnahme des Eingriffszwecks als Definitionselement wird auch von *Schulte* (Fußn. 27), S. 38 ff. befürwortet.

58 BVerfGE 42, 263/299.

59 BVerfGE 24, 367/389; 31, 229/239; 42, 263/294; 51, 193/220.

60 Vgl. auch BVerfGE 58, 137/144 f., wo die im Hessischen Landespressgesetz angeordnete Verpflichtung der Verleger zur vergütungsfreien Ablieferung eines Belegstücks jeder Auflage nicht als Enteignung angesehen wurde: „Es werde auf kein *bestimmtes* Objekt zurückgegriffen, sondern es liege eine Naturalleistungspflicht in Form der Abgabe vor, die auf der Gesamtheit der zu einer Auflage gehörenden Druckstücke ruhe“ (Hervorhebung vom Verf.).

61 BVerfGE 24, 367/396; 52, 1/27; 58, 300/330 f. (Hervorhebung vom Verf.). Kritisch gegenüber dieser Formulierung: *Schwabe*, Anmerkung, JZ 1991, 777.

abstrakt gesetzgeberische Ziele zu verwirklichen ...⁶². Diese auf die legislatorische Absicht abstellende Formulierung scheint eine in der Literatur vertretene Auffassung zu stützen, wonach es zur Differenzierung zwischen Sozialbindung und Enteignung auf die subjektive Absicht des Gesetzgebers ankommen soll⁶³. Eine derartig weitgehende Interpretation der oben wiedergegebenen Formulierung des BVerfG bedeutet zum einen eine Abkehr von dem Postulat, die Enteignung als verfassungsrechtliches Institut auf dem Wege objektiver Verfassungsinterpretation aus dem Grundgesetz abzuleiten, und überläßt zum anderen den Enteignungsbegriff – zumindest in Randbereichen – der Beliebigkeit des einfachen Gesetzgebers. Da aber die Eigentumsgarantie als Grundrecht gerade auch zum Schutz gegenüber dem Gesetzgeber konzipiert ist, geht es nicht an, diesen über die Eingriffsvoraussetzungen seiner eigenen Akte disponieren zu lassen. Der Auslieferung des Enteignungsbegriffes an den Gesetzgeber widerspricht auch die offensichtlich von einer objektiven Abgrenzung ausgehende Aussage des BVerfG, daß der Gesetzgeber keinen Etikettenschwindel dahingehend betreiben könne, daß er unter dem Etikett einer Inhaltsbestimmung eine ihrem Gehalt nach entschädigungspflichtige Enteignung vornehme⁶⁴. Darüber hinaus sollten auch die praktischen Probleme der Ermittlung des subjektiven legislatorischen Willens des Gesetzgebers nicht unterschätzt werden, so daß summa summarum der objektiven Differenzierung zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung der Vorzug zu geben und der einmalig gebliebenen Formulierung des BVerfG in seiner Entscheidung vom 19. 6. 1985⁶⁵ keine systemsprengende Intention zuzumessen ist.

b) Besondere Probleme wirft der vom BVerfG ebenfalls zum Enteignungsbegriff gezählte *Teilentzug*⁶⁶ von gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleitetem Eigentum auf. Die Gefahr diffuser Unschärfe bei der Klassifizierung konkreter gesetzlicher und administrativer Regelungen ist hier besonders groß, da der Bereich der sog. klassischen Enteignung⁶⁷ verlassen wird und das sich an der Schwere des Eingriffs orientierende Judiz versagt. Bei einer Rückbesinnung auf die Motive für die formale Unterscheidung zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung (sub 3.b)), also der Inpflichtnahme des Gesetzgebers unter Aktivierung des Warnzwecks der Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG, sind Differenzierungskriterien erforderlich, die eine Klassifizierung ex ante gewährleisten. Deshalb ist auch für die Frage, wann ein Teilentzug eines Eigentumsrechts vorliegt, konsequenterweise die formale Betrachtungsweise heranzuziehen. Dem Teilentzug zugänglich sind demzufolge nur verselbständigungsfähige Positionen, wie sie der Gesetzgeber insbesondere im Zivilrecht mit den beschränkten dinglichen Rechten vorgegeben hat⁶⁸.

Diese Ansicht entspricht auch der Rechtsprechung des BVerfG, das im Beschluß vom 10. 5. 1977⁶⁹ einen klaren Vorrang des Zivilrechts mit seinem System des numerus clausus ausgestalteter sachenrechtlicher Rechtstypen vor dem Enteignungsrecht statuiert hat. Die Enteignung modifiziert also

lediglich das Zuordnungsverhältnis von Subjekt zu Objekt, betrifft also im Kern die Privatautonomie in ihrer Ausprägung der negativen Veräußerungsfreiheit, denn ‚die Enteignung ist kein Instrument zur Änderung der Privatrechtsordnung, sondern setzt diese vielmehr voraus. ... Das Enteignungsrecht (hat) die Aufgabe, die privatrechtliche Vereinbarung zu ersetzen, die zur Begründung eines nach dem BGB möglichen dinglichen Rechts an einer Sache an sich erforderlich ist. Mehr kommt dem Enteignungsrecht nicht zu‘⁷⁰. Speziell für den Bereich des Teilentzuges hat der Senat ausgeführt, daß ‚... entsprechendes gelte, wenn das Eigentum nicht als ganzes, sondern nur in einzelnen Beziehungen – also durch Belastung mit einem dinglichen Recht – betroffen werde. Auch hier trete an die Stelle der privatrechtlichen Begründungsvereinbarung die staatliche Zwangsmaßnahme; das rechtliche Ergebnis sei nach gemeindeutschem Enteignungsrecht ein bürgerlich-rechtliches dingliches Recht. Im Wege der Enteignung könnten also nur solche dinglichen Rechte begründet werden, die einer privatrechtlichen Vereinbarung zugänglich seien‘⁷¹. Diese sehr eindringlich vorgetragene Ausrichtung der Enteignung allein auf den Transferakt, ihre ausschließlich vorgangsbezogene Charakterisierung als Substitut des freiwilligen Rechtsträgerwechsels und die Anbindung an vorgegebene Rechtsformen schließt eine an materiellen Maßstäben orientierte Bestimmung des Enteignungsbegriffs aus⁷².

c) Die begriffliche Beschränkung des Teilentzuges auf die Abspaltung von Teilrechten, wie sie in der Rechtsordnung z. B. in Form der dinglichen Rechte beim Grundeigentum ausgeformt sind, muß sich dem Vorwurf des Formalismus stellen. Dieselbe Eigentumsbeschränkung wie etwa eine Veränderungssperre, Betretungs- und Reitrechte im Privatwald oder Leitungsrechte könnten gesetzlich als bloße Duldungs- oder Unterlassungspflicht formuliert oder in die Form der Dienstbarkeit gegossen werden, so daß dieses Differenzierungskriterium nicht taugt⁷³. Diese Kritik ist im Ansatz unberechtigt, da nach der hier vertretenen Auffassung für die Prüfung des Teilentzuges ganz selbstverständlich nicht (allein) darauf abgestellt wird, ob der Gesetzgeber tatsächlich für eine Eigentumsbeschränkung z. B. die Form einer Dienstbarkeit gewählt hat. Entscheidend ist unabhängig von der gesetzgeberischen Formulierung, daß der Eingriff seiner inhaltlichen Ausgestaltung und Reichweite nach dem Eigentümer dieselben rechtlichen Befugnisse aberkennt, wie sie z. B. im zivilrechtlichen Institut einer Dienstbarkeit zusammengefaßt sind. Wenn der Gesetzgeber – auch in Form der Auferlegung einer Duldungspflicht – ein derartiges Bündel einzelner Eigentümerbefugnisse aus dem Eigentum herauschneidet, das identisch mit einem vom Rechtssystem bereits vorgegebenen abspaltbaren Teilrecht ist, liegt unter Enteignungsgesichtspunkten eine verselbständigungsfähige (Teil-)Rechtsposition vor. Andernfalls hätte es der Gesetzgeber in der Hand, der Eingriffsform der Enteignung durch ausschließliche Statuierung von Duldungspflichten auszuweichen; damit wäre der verfassungsrechtliche Enteignungsbegriff der Beliebigkeit des einfachen Gesetzgebers ausgeliefert. Ein derartiges Ergebnis, das die Kontrolle des Gesetzgebers ad absurdum führen würde, wurde bereits oben⁷⁴ abgelehnt.

Die Möglichkeit einer formalen Differenzierung zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung wurde von *Osterloh* gene-

62 BVerfGE 70, 191/200. Vgl. auch BVerfGE 71, 137/143 f.

63 Ipsen, DVBl. 1983, 1029/1030; Bryde (Fußn. 38), RdNr. 58; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 1989, Art. 14 RdNr. 27; in diese Richtung auch Kleinlein, DVBl. 1991, 365/370.

64 BVerfGE 24, 367/395 und 398.

65 BVerfGE 70, 191/200.

66 BVerfGE 24, 367/394; 42, 263/299; 52, 1/27; 56, 249/260; 70, 191/199 f.; 71, 137/143; 72, 66/76.

67 Vgl. dazu Rüstig, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S. 219 ff.; Maurer (Fußn. 28), S. 293/295 ff.

68 Maurer (Fußn. 28), S. 293/304. A. A. Schmidt-Aßmann, JuS 1986, 833/836 f.

69 BVerfGE 45, 297/339.

70 BVerfG, a.a.O.

71 BVerfG, a.a.O.

72 So aber Schmidt-Aßmann, JuS 1986, 833/835 ff.; Papier (Fußn. 9), RdNr. 317 und 452 ff.

73 Pietzcker, JuS 1991, 369/371; ders., NVwZ 1991, 418/419; Osterloh, DVBl. 1991, 906/912.

74 Vgl. oben sub 3. a) a.E. bei Fußn. 64.

rell in Frage gestellt: Da erst der einfache inhaltsbestimmende Gesetzgeber durch objektivrechtliche Normen enteignungsfähige verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen ausformen, könne es Enteignungen aufgrund oder durch Gesetz eigentlich nicht geben. Die Anerkennung der Definitionsmacht des Gesetzgebers im Hinblick auf enteignungsfähige Rechtspositionen einerseits und die Bindung des Gesetzgebers an Art. 14 Abs. 3 GG bei der Anordnung von Legalenteignungen oder der Ermächtigung zu Administriventeignungen sei eine logische Falle⁷⁵. Wenn ich die Kritik richtig verstehe, läuft sie – stark vereinfacht – auf Hiobis Klage hinaus: Der Herr (= Gesetzgeber) hat's gegeben, der Herr hat's genommen. Allein die legislatorische Definitions-kompetenz in positiver wie in negativer Hinsicht führt m. E. aber nicht in eine „logische Falle“, denn die Verfassung unterwirft den einfachen Gesetzgeber bei einer negativen Eigentumsdefinition, die sich als Entzug darstellt, gesteigerten materiellrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen und verpflichtet ihn zur Aufnahme einer Entschädigungsregelung. Der Umstand, daß eine eigentumsrechtliche Position durch inhaltsbestimmende Normen positiv kreiert worden ist, besagt noch nicht, daß sie – quasi als *actus contrarius* – auch nur durch Normen inhaltsbestimmenden Typs wieder ausgelöscht werden kann. Dem Gesetzgeber steht neben der Umformung und Überwindung eben auch die Möglichkeit des Entzuges einer derartigen Rechtsposition offen, wenn dies durch besonders dringende Gründe verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Die hier vertretene Ansicht, die einen Teilentzug nur bei der Aberkennung verselbständigungsfähiger Eigentumspositionen anerkennt, muß sich auch im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG vom Verfassungsgeber unterstellte generelle Entschädigungswürdigkeit jeder Enteignung hinterfragen lassen. Anders formuliert: Warum sollen gerade verselbständigungsfähige Teilrechte in jedem Fall entschädigt werden? Zwar wurde oben sub 3.b) a.E. bereits hervorgehoben, daß mit der Qualifizierung eines Eingriffs als Inhaltsbestimmung noch keine abschließende Aussage über seine Entschädigungswürdigkeit getroffen wird, aber dennoch ist die Frage berechtigt, warum abspaltbare Rechtspositionen generell in den Genuß der Entschädigung gemäß Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG kommen sollen. Die formale Differenzierung ist aber auch insoweit zu rechtfertigen, da die Abspaltbarkeit einer Rechtsposition zu einem Teilrecht ein deutliches Indiz für dessen selbständige wirtschaftliche Verwertbarkeit darstellt. Die Rechtsordnung hat derartige Teilrechte doch als Reaktion auf ein im Wirtschaftsverkehr erkennbar gewordenes Bedürfnis kreiert, so daß die Vermutung autonomer Vermarktbarkeit die formale Differenzierung auch unter dem Aspekt der Entschädigungswürdigkeit als gerechtfertigt erscheinen läßt.

III. Beispielhafte Anwendung

1. Flurbereinigung und Umlegung

Diese bodenordnenden Institute werden von der Rechtsprechung und dem ganz überwiegenden Teil der Literatur als inhaltsbestimmende Maßnahmen angesehen⁷⁶. Nachdem das

BVerfG aber im Boxberg-Urteil⁷⁷ die Unternehmensflurbereinigung explizit als Enteignung qualifiziert hat⁷⁸, ist zwar die Einstufung der Regelflurbereinigung und Umlegung noch nicht abschließend präjudiziert, aber gewissen Argumenten der bisher h. M. ist wegen der vergleichbaren Ausgangslage bei Unternehmens- und Regelflurbereinigung endgültig der Boden entzogen.

Angesichts der Priorität genießenden Substanzgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, der den konkreten Bestand in der Hand des einzelnen Eigentümers sichert⁷⁹, hat das BVerfG den (teilweisen) Verlust von Grundstücken auch bei gleichwertiger Landabfindung als Entzug von Eigentumspositionen angesehen. Die Landabfindung stellt sich als Realentschädigung im Rahmen des Art. 14 Abs. 3 Sätze 2 und 3 GG dar und ist für die enteignungsrechtliche Qualifizierung des Zugriffs auf das Eigentum des Einzelnen ohne Relevanz⁸⁰.

Auch der rechtstechnische Kunstgriff der Surrogation, der die Fortexistenz der Grundstücksrechte sichert, ist für die verfassungsrechtliche Einordnung irrelevant⁸¹. Bereits *Bachof* hatte dieses Argument treffend als „Musterfall begriffsjuristischer Spiegelfechtereie“ abgetan⁸². Dem ist nichts hinzuzufügen.

Ungleich schwerer wiegt demgegenüber das Argument, daß der die Enteignung kennzeichnende Gegensatz von privatem und öffentlichem Interesse bei Regelflurbereinigung und Umlegung fehle. Die Ziele dieser bodenordnungsrechtlichen Instrumente lägen auch im Interesse der Betroffenen an einer wirtschaftlichen Betriebsführung, so daß ihr Eigentum nicht gefährdet werde und kein Anlaß bestehe, das Eigentum im Rahmen der Grundrechtsgarantien gegen eine Umlegung zu schützen. Mißbrauchsgrenzen ergäben sich aus Begriff und Wesen der Umlegung resp. Flurbereinigung, da diese wegen der Parallelität von Individual- und Allgemeininteressen ihre Schranken in sich selbst trügen, so daß eine mißbräuchliche Inanspruchnahme mangels der die Umlegung kennzeichnenden Interessenlage keine Umlegung mehr sei⁸³. Die Eigentümernützigkeit folge aus der Privatnützigkeit des Eigentums; als privatnützig geprägtes Eingriffsinstrument hebe die Umlegung den Konflikt zwischen konkretem Bestand und Eingriff „gleichsam von innen heraus auf“, so daß wegen der Zweckgleichrichtung kein Anlaß bestehe, die Umlegung den qualifizierten Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG zu unterwerfen⁸⁴.

Die hier wiedergegebene interessenorientierte Eingrenzung des Enteignungsbegriffs, die nebenbei bemerkt auch der Auf-

⁷⁷ BVerfGE 74, 264.

⁷⁸ Wenig überzeugend daher *BayVGH*, U. v. 1. 12. 1988 Az. 13 A 86.02493 und 13 A 87.03854, *BayVBl.* 1989, 374 mit der Differenzierung zwischen Anordnung der Unternehmensflurbereinigung als Enteignung und dem sich im Flurbereinigungsplan manifestierenden Planungsergebnis, das bei gesetzeskonformem Ergebnis die Fremdnützigkeit quasi ex tunc entfallen lassen soll und sich deshalb (wieder) als inhaltsbestimmender Akt darstellt; zuletzt *BayVGH*, U. v. 22. 4. 1993 Az. 13 A 91.1205, *BayVBl.* 1994, 53.

⁷⁹ BVerfGE 74, 264/281 und 283 unter Rückgriff auf BVerfGE 24, 367/389; 38, 175/181.

⁸⁰ *BVerfG*, a.a.O. So aber auch schon BGHZ 66, 173/175 ff.; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1982, 152/154.

⁸¹ BVerfGE 74, 264/283 f.

⁸² Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. 1, 3. Aufl. 1966, S. 159 f.; ablehnend auch *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1982, 152/154: „Juristische Konstruktion artifiziellen Charakters ohne soziales Substrat“.

⁸³ BVerfGE 1, 225/227 f.

⁸⁴ *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1982, 152/155; Ansätze auch bei *Jänschke*, *BayVBl.* 1979, 71/72; *Hoecht*, *AgrarR* 1985, 273/275 ff.

⁷⁵ DVBl. 1991, 906/912.

⁷⁶ BVerfGE 1, 225/226 ff. (mit Nachweisen auch für die Gegenansicht); 12, 1 ff.; BGHZ 27, 15/24; 31, 49/54 ff.; 89, 353/357 f.; 93, 103/110; 100, 148/151, ständ. Rspr.; *Jänschke*, *BayVBl.* 1979, 71; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1982, 152/154 ff.; *Hoecht*, *AgrarR* 1985, 273 (insbesondere S. 275 ff.); *Brenner*, DVBl. 1993, 291/294. Offen aber jetzt *BVerfG*, U. v. 22. 3. 1990 – 4 C 24.86, DVBl. 1990, 781/782. Diese Frage ist auch nicht etwa rein akademischer Natur, da sich ein betroffener Eigentümer im Fall der Klassifizierung als Enteignung wegen der Allgemeinwohlvoraussetzung des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG auf sämtliche öffentlichen Belange, wie z. B. den Landschaftsschutz, zu berufen vermag (BVerfGE 67, 74/76; *BVerfG*, U. v. 27. 5. 1983 – 4 C 39.80, NJW 1984, 73 – nur Leitsatz).

fassung der Väter des Grundgesetzes widerspricht⁸⁵, ist aus zweierlei Gründen abzulehnen. Zum einen führt sie zurück zur materiellen Differenzierung zwischen Inhaltsbestimmung und Enteignung, die im Gegensatz zur Konzeption des BVerfG eine Einordnung erst ex post auf der Ebene der Normanwendung ermöglicht. Das wird deutlich, wenn das BVerwG angesichts der Mißbrauchsmöglichkeiten ausführt, daß eine fehlerhafte Umlegung „keine Umlegung mehr wäre, weil die sie kennzeichnende Interessenrichtung dann nicht mehr vorhanden wäre“⁸⁶. Eine allgemeine Einordnung ex ante in die Kategorien von Inhaltsbestimmung und Enteignung wird damit unmöglich.

Zum anderen geht mit der Abkehr vom echten Individualinteresse zugunsten des objektiviert verstandenen Interesses eines vernünftigen Eigentümers eine erhebliche Aufweichung des Grundrechtsschutzes einher. Entgegen dem liberalen Grundrechtsverständnis, das Grundrechte primär als subjektive Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat versteht, wird das z. B. in der Ablehnung konkreter bodenordnerischer Maßnahmen zum Ausdruck kommende Affektionsinteresse des Eigentümers durch den Kunstgriff der Objektivierung und Typisierung übertüncht. Das Kollektiv agiert unter der Maske des entmündigten Individuums, dem eine an wirtschaftlichen Maßstäben orientierte Vernunftentscheidung aufoktroiert wird. Der auf der Ebene des Individuums angesiedelte status negativus, die Freiheit des Einzelnen vom Staat, wird dem Individuum gegenüber dem Kollektiv verweigert. *Carl Schmitt* hat diesen Abstraktionsschritt im Hinblick auf die Frage nach der Definitionskompetenz der Freiheitsrechte treffend geäußert: „Was Freiheit ist, kann nämlich in der letzten Instanz nur der entscheiden, der frei sein soll. Sonst ist es nach allen menschlichen Erfahrungen mit der Freiheit schnell am Ende“⁸⁷. Transformiert auf das Problem der Einschränkung des Enteignungsbegriffs um im Interesse einer Solidargemeinschaft liegende Eigentumseingriffe folgt aus dieser Erkenntnis, daß man dem Betroffenen selbst die Artikulation seiner Interessen überlassen sollte. In der Abwehr einer Umlegung resp. Flurbereinigung dokumentiert er deutlich sein Gegeninteresse und bei einer zwangsweisen Umlegung entsteht der die Enteignung charakterisierende Interessengegensatz. „Ob der Betroffene seine Interessen denen der anderen Eigentümer oder denen der Allgemeinheit schlechthin unterordnen muß, ist im Prinzip gleichgültig: in beiden Fällen werden seine Interessen denen einer größeren oder kleineren Gemeinschaft geopfert, weil das Gesetz die Interessen dieser Gemeinschaften höher bewertet als die des einzelnen Betroffenen“⁸⁸.

Wegen der den Grundrechten genuinen Perspektive vom Individuum her⁸⁹ ist die aus dem Prinzip der Selbstverwaltung

abgeleitete Institutionalisierung der Eigentümergemeinschaft zwischen Individuum und Allgemeinheit für die Qualifizierung als Enteignung ohne Relevanz. Die Ausgrenzung von dem objektivierten Eigentümerinteresse dienenden Eingriffen aus dem Enteignungsbegriff ist daher abzulehnen, so daß Regel-flurbereinigung und Umlegung als Enteignung anzusehen sind⁹⁰.

2. Gesetzliche Leitungsrechte

a) Die überkommene Dogmatik der materiell-intensitätsmäßigen Abgrenzung von Inhaltsbestimmung und Enteignung hat erst jüngst wieder ihren Niederschlag in der Neufassung des Art. 24 Abs. 2 BayGO⁹¹ gefunden. Der neu angefügte Satz 3 enthält eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die dem Grundstückseigentümer im Wege der Satzung auferlegbare Pflicht zur unentgeltlichen Duldung des Einbringens und Verbleibs von Ver- und Entsorgungsleitungen für fremde Grundstücke. Die Verwaltungspraxis hatte diese Duldungspflicht schon vor der gesetzlichen Regelung auf der Satzungsebene statuiert und die Zulässigkeit – begrenzt durch das Merkmal der Zumutbarkeit – aus der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) abgeleitet⁹². Mit Beschluß vom 15. 1. 1992⁹³ hat der BayVGH festgestellt, daß eine satzungsmäßige unentgeltliche Duldungspflicht für der Fremdver- oder -entsorgung dienende Leitungen eine Enteignung i.S. des Art. 14 Abs. 3 GG sei, die sich auf keine gesetzliche Rechtsgrundlage zu stützen vermöge. Der Gesetzgeber reagierte schnell und reichte die seines Erachtens ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in Form von Art. 24 Abs. 2 Satz 3 BayGO n.F. nach:

„In Satzungen nach Abs. 1 Nrn. 2 und 3 kann vorgeschrieben werden, daß Eigentümer das Anbringen und Verlegen örtlicher Leitungen für die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung und die Versorgung mit Fernwärme und Gas auf ihrem Grundstück zu dulden haben, wenn dieses an die Einrichtung angeschlossen oder anzuschließen ist, in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Einrichtung benutzt wird oder wenn die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Einrichtung für das Grundstück sonst vorteilhaft ist; die Duldungspflicht entfällt, wenn die Inanspruchnahme des Grundstücks Eigentümer mehr als notwendig oder in unzumutbarer Weise belasten würde“.

„Die Abgrenzung der Erheblichkeit bzw. Unzumutbarkeit, an die eine Entschädigung unter dem Aspekt des über die Sozialbindung hinausgehenden Sonderopfers gebunden sei, sei einzelfallbezogen zu beurteilen und könne erst bei einer fühlbaren Beeinträchtigung des Verkehrswertes angenommen werden. Erst wenn die Grenze der Zumutbarkeit überschritten sei, müsse sich die Gemeinde mit dem betreffenden Grundstückseigentümer ... einigen oder die Grundstücksbelastung notfalls im Wege der Enteignung nach Art. 72 BayWG durchsetzen“⁹⁴.

85 Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JÖR N.F. Bd. 1 S. 150. Die historische Interpretation wird vom *BayVerfGH*, VGH n.F. 5, II S. 225/235 als Argument für die Qualifizierung der Umlegung als Enteignung ins Feld geführt, während das *BVerwG*, BVerwGE 1, 225/228f. ihr keine Bedeutung beimißt.

86 BVerwGE 1, 225/228.

87 *Carl Schmitt*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 167.

88 So absolut treffend *Siegl*, DVBl. 1956, 285/287.

89 Diese Sichtweise kann auch speziell im Bereich des Eigentumsgrundrechts nicht durch den Hinweis auf die Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) ausgehebelt werden (so aber *Jänschke*, BayVBl. 1979, 71/72). Dieser Gegenpol zur Privatnützigkeit und verfassungsrechtliche Legitimationsgrund für legislatorische Regelungen, die Eigentumsrechte relativieren, vermag keinen bis zur Auslöschung des konkreten Eigentumsgegenstandes führenden Substanzeingriff zu rechtfertigen. Bei der Ausgestaltung inhaltsbestimmender Normen erfordert die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Anerkennung des Privateigentums in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG „die Erhaltung des Zuordnungsverhältnisses und die Gewährleistung der Substanz des Eigentums“ (BVerfGE 42, 263/295; 52, 1/30). In Anbetracht dieser absoluten Grenze für die Ausgestaltung des Eigen-

tums durch den inhaltsbestimmenden Gesetzgeber konnten Flurbereinigung und Umlegung nicht in verfassungskonformer Weise als Inhaltsbestimmung geregelt werden, denn „der Gesetzgeber darf nicht unter dem Etikett einer Inhaltsbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG in Wahrheit eine Enteignung durchführen“ (BVerfGE 42, 263/295; 50, 290/341; *BVerwG*, U. v. 15. 2. 1990 – 4 C 47.89, DVBl. 585/588).

90 Im Ergebnis ebenso *Numberger*, BayVBl. 1988, 737/739f.; *Labbe*, AnwBl. 1989, 530/532f.

91 I.d.F. des Gesetzes zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 7. 8. 1992 (GVBl. S. 306).

92 Vgl. Die Fundstelle 1992 RdNr. 285 und die dort wiedergegebenen Fundorte für Formulierungshilfen in Mustersatzungen (Duldungspflicht in § 14 WASund § 19 EWS).

93 Az. 4 CS 90.1061, Die Fundstelle 1992 RdNr. 134 = BayVBl. 1993, 53; vgl. auch B. v. 29. 11. 1991 Az. 4 CS 91.2562; Kommunalpraxis 1992, 63.

94 So die halbamtliche Begründung, in: Die Fundstelle 1992 RdNr. 285 unter Rückgriff auf die Judikatur des BGH.

b) Wenn man diese gesetzliche Eingriffsbefugnis für den gemeindlichen Satzungsgeber⁹⁵ auf ihre Verfassungskonformität untersucht, ist zuerst festzustellen, daß der Schutzbereich der Eigentumsgarantie durch entsprechende Satzungsbestimmungen und Ausführungsakte unmittelbar tangiert wird. Die Duldungspflicht schränkt das zum Grundeigentum gehörende Recht an der Substanz ein, das bisher mangels Einschlägigkeit der Schrankenvorschrift des § 905 Satz 2 BGB insoweit unbeschränkt dem Eigentümer zustand⁹⁶. Diese neue Einschränkung der Eigentumsgarantie durch Rechtsakt unterfällt – entgegen der Auffassung des Gesetzgebers – nicht dem Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, sondern erweist sich als Administrativenteignung (sermächtigung) i.S. des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG. Nach den unter II.4.b)⁹⁷ herausgearbeiteten Kriterien liegt in der Auferlegung der Duldungspflicht ein vom Eigentum abspaltbares, durch eine Dienstbarkeit nach § 1018 1. Alt. BGB einräumbares Teilrecht vor, so daß der Eingriff wegen der Verselbständigungsfähigkeit dieser Eigentumsfacette in Form eines dinglichen Rechts als Teilentzug und damit als Enteignung zu qualifizieren ist⁹⁸. Konsequenterweise ist aber Art. 24 Abs. 2 Satz 3 BayGO n.F. als verfassungswidrig anzusehen, da die Vorschrift entgegen Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG keine Entschädigungsregelung vorsieht. Die materielle Selbstrestriktion der Vorschrift, die auf mangelnde Notwendigkeit und Unzumutbarkeit der Duldungspflicht abstellt, um auf diese Weise einer Einstufung als Enteignung zu entgegen, geht damit ins Leere⁹⁹.

95 Zum Gesetzesvorbehalt für Eingriffsnormen kommunaler Satzungen, die von der aus dem Selbstverwaltungsrecht fließenden Rechtsetzungshoheit nicht gedeckt werden, *BayVGH*, U. v. 22.1.1992 Az. 20 N 91.2580 u. a., DVBl. 1992, 717 und *BVerwG*, B. v. 7.9.1992 – 7 NB 2.92, DVBl. 1992, 153. Ungeachtet der im Folgenden zu untersuchenden Verfassungsmäßigkeit des Art. 24 Abs. 2 Satz 3 GO n.F. ist eine Neuerkündung von Satzungen, die vor Schaffung dieser gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage erlassen worden sind, erforderlich. Rechtsprechung und Literatur lehnen im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip eine Heilbarkeit von Normen ab, die im Erfaßzeitpunkt mangels Rechtsgrundlage von Anfang an nichtig waren, so daß trotz Nachschiebung einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm eine Neubekanntmachung der einschlägigen Satzungen erforderlich ist; vgl. *BayVGH*, B. v. 24.9.1984 Az. 22 N 81 A. 1217, *BayVBl.* 1986, 86/87 m. w. N.

96 S. o. sub II. 1. bei Fußn. 12.

97 S. o. bei Fußn. 68.

98 *BVerfGE* 56, 249/260 unter Rückgriff auf *BVerfGE* 45, 297/339; vgl. auch *BVerfGE* 66, 248/251 und 257; *BGH*, U. v. 15.10.1992 – III ZR 147/91, DVBl. 1993, 107/108. So auch der *BayVGH* in seinem B. v. 15.1.1992 Az. 4 CS 90.1061, Die Fundstelle 1992, RdNr. 134 S. 365 f. = *BayVBl.* 1993, 53. Umso erstaunlicher ist es, daß der Bayer. Landesgesetzgeber nicht die entsprechenden Konsequenzen bei der Ausgestaltung des Art. 24 Abs. 2 Satz 3 BayGO n.F. gezogen hat.

A. A. für das in § 128 NWWG niedergelegte Leitungszwangsrecht im Sinne einer Qualifizierung als Inhalts- und Schrankenbestimmung *OVG Münster*, U. v. 25.2.1993 – 20 A 1886/91, RdL 1993, 208 mit dem Hinweis auf eine weit zurückreichende präkonstitutionelle Tradition im Preußischen Wasserrecht. Derartige (latente) öffentliche Lasten, die dem Grundeigentum anhafteten, beschränkten a priori das Eigentum i.S. des Art. 14 GG in seiner tatbestandlichen Reichweite. Diese für den süddeutschen Raum nicht einschlägige historische Restriktion des Grundeigentums muß sich aber ihrerseits am verfassungsrechtlichen Wesenskern des Eigentums, der Privatnützigkeit, messen lassen; hierzu kann sinngemäß auf die Kritik in Fußn. 89 verwiesen werden.

99 Vgl. *BVerwG*, U. v. 15.2.1990 – 4 C 47.89, DVBl. 1990, 585/586: „Soweit es auf die Entziehung subjektiver Rechte ankommt, beeinflussen Fragen der Schwere des Eingriffs, der Zumutbarkeit der Belastung oder des auferlegten Sonderopfers grundsätzlich nicht die Entscheidung darüber, ob der Tatbestand der Enteignung i.S. des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG erfüllt ist“. Diese Passage wurde sogar im genannten Beschluß des *BayVGH* vom 15.1.1992 (Fußn. 93) expressis verbis zitiert.

Auch der von *Funk*¹⁰⁰ vorgetragene Ansatz, gesetzliche Ermächtigungen für Eigentumseingriffe, die sich „nur“ formal (nach Sichtweise des BVerfG) als Enteignung darstellen, materiell (nach überkommener Lehre) aber im Rahmen der Sozialbindung verbleiben, als verfassungskonforme Enteignungsermächtigung mit „Null-Entschädigung“ anzusehen, erscheint – wie vom Autor selbst eingeräumt – „zugegebenermaßen gewagt“. Eine mögliche Kompensation des Eingriffsnachteils durch den Erschließungsvorteil bei Leitungsrechten, die entgegen *Funk* allerdings nicht in jedem Fall als zwingend anzusehen ist, kann gemäß Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG nicht bereits auf der Stufe des abstrakt generellen Gesetzes erfolgen. Die den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG gerecht werdende Lösung der Entschädigungsfrage läßt sich eben nur in situatione individuell als Einzelfallentscheidung treffen und ist dem formalisierten Enteignungsverfahren vorbehalten¹⁰¹, das mit der Vorschrift des Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BayEG für das Prinzip des Vorteilsausgleichs durchaus offen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß sich der bayerische Landesgesetzgeber dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit des Art. 24 Abs. 2 Satz 3 BayGO¹⁰² am einfachsten durch Nachrüstung einer Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG gerecht werden- den Entschädigungsvorschrift wird entziehen können.

100 Anmerkung zu *BayVGH*, B. v. 15.1.1992, *BayVBl.* 1993, 279/280.

101 Zur verfassungsrechtlichen Wertigkeit des Enteignungsverfahrens vgl. *BVerwG*, U. v. 13.2.1970 – IV C 41.67, Buchholz 11 Art. 14 GG Nr. 106, S. 128/130, wonach enteignungsrechtliche Verfahrensvorschriften im Regelfall der Konkretisierung und Absicherung der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG auch in formeller Hinsicht dienen. Wegen ihrer Qualifizierung als subjektive Verfahrensrechte stellt sich ausnahmsweise ein rein objektivrechtlicher Verfahrensverstöß zugleich als Eingriff in Art. 14 GG dar, der für sich allein ohne Rücksicht auf materielle Erwägungen eine Rechtsverletzung i.S. des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO bewirkt (so *BVerwG*, a.a.O.).

102 Nicht nur das *BVerfG*, sondern auch der *BayVerfGH* müßte in einem Popularklageverfahren (Art. 65 BV, Art. 2 Nr. 7, Art. 55 BayVfGHG) bzw. einer Richtervorlage (Art. 65 BV, Art. 2 Nr. 5, Art. 50 BayVfGHG) zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit kommen. Zwar sind die Prüfungsmaßstäbe der beiden Gerichte nicht deckungsgleich, so daß Eigentum i.S. der Art. 103, 158 BV durchaus weiter als in Art. 14 GG reichen kann (vgl. z. B. zum Problem der Grundrechtsfähigkeit kommunaler Körperschaften des Öffentlichen Rechts im Bereich der Eigentumsgarantie einerseits *BVerfGE* 61, 82/105 ff. – verneinend – und andererseits *BayVerfGH*, B. v. 13.7.1984 Vf. 29-VI-82, *BayVBl.* 1984, 655 – bejahend –; vgl. im übrigen auch *BayObLG*, U. v. 5.2.1970 – RReg. 1A Z 123/68, *BayVBl.* 1970, 263f.). Dennoch besteht im Hinblick auf die Mindestreichweite eine zwingende Kongruenz gemäß Art. 142 GG, da die in den Landesverfassungen enthaltenen Grundrechte zwar einen weitergehenden Grundrechtsschutz zu gewährleisten vermögen, keinesfalls aber enger als die Grundrechte des GG ausgelegt werden können. Demzufolge ist es dem *BayVerfGH* verwehrt, den landesverfassungsrechtlichen Enteignungsbegriff des Art. 159 Satz 1 BV enger als das *BVerfG* zu fassen, weil ansonsten die bundesverfassungsrechtlichen Sicherungen des Eigentums unterlaufen werden könnten.