

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 24

NIKLAS LUHMANN

Öffentlich-rechtliche Entschädigung
rechtspolitisch betrachtet



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

NIKLAS LUHMANN

**Öffentlich-rechtliche Entschädigung
rechtspolitisch betrachtet**

Schriftenreihe der Hochschule Speyer

Band 24

Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet

Von

Niklas Luhmann



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1965 Duncker & Humblot, Berlin
Gedruckt 1965 bei Albert Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort des Herausgebers

Probleme der öffentlich-rechtlichen Entschädigung sind nach dem Erlaß des Bonner Grundgesetzes wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen gewesen, wie das am Schluß dieses Bandes abgedruckte umfangreiche Literaturverzeichnis ausweist. Die Regelung der Enteignungsentschädigung in Art. 14 Abs. 3 GG und des Schadenersatzes aus Amtspflichtverletzung in Art. 34 GG, vor allem aber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, durch die mit Hilfe des sogenannten enteignungsgleichen Eingriffs die dogmatischen Grenzen zwischen Enteignungsentschädigung und Schadenersatz aus Amtspflichtverletzung weitgehend niedergelegt worden sind, haben ein kaum noch übersehbares Schrifttum hervorgerufen. Auch die Frage, ob es an der Zeit sei, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln, hat die deutschen Juristen in diesem Zeitraum beschäftigt, wie sich aus der Thematik des 41. Deutschen Juristentages in Berlin (1955) ergibt. Bisher hat diese Frage allerdings noch keinen Widerhall beim Bundesgesetzgeber gefunden, obwohl sich auch die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer auf ihrer Freiburger Tagung (1961) dem Problem der Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht zugewandt hatte.

Das Problem einer gesetzlichen Regelung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, für die gewisse Ansätze in den neueren Polizei- und Ordnungsgesetzen der Länder — seit dem Pr. Polizeiverwaltungsgesetz von 1931 — vorliegen, mußte jedoch in *den* Ländern an Bedeutung gewinnen, die sich den Erlaß eines umfassenden Landesverwaltungsgesetzes zum Ziel gesetzt haben, in dem neben Organisation und Verfahren der Landesverwaltung auch allgemeine Fragen des materiellen Verwaltungsrechts geregelt werden sollen. Für diese Länder mußte sich die Frage ergeben, ob auch das Recht der öffentlich-rechtlichen Entschädigung in die geplante Kodifikation einzubeziehen sei.

Aus dieser Lage einiger Landesgesetzgeber ergab sich die an die Hochschule für Verwaltungswissenschaften gerichtete Anregung, die Möglichkeiten einer gesetzlichen Regelung der Entschädigungsprobleme durch den Landesgesetzgeber einer eingehenden Prüfung zu unterziehen, gegebenenfalls Vorschläge für eine solche gesetzliche Regelung zu machen. Allerdings stellte sich bald heraus, daß die von der Hochschule

übernommene Untersuchung nicht auf die Erörterung einer landesgesetzlichen Regelung beschränkt werden konnte. Das Problem der öffentlich-rechtlichen Entschädigung ist ein gemeinsames Problem des Bundes- und des Landesrechts, das sich einer isolierten landesrechtlichen Behandlung entzieht. So kommt der Verfasser der in dem Forschungsinstitut der Hochschule entstandenen Arbeit, Oberregierungsrat *Niklas Luhmann*, auch zu einem Gesetzgebungsvorschlag, der nicht für ein einzelnes Land gedacht ist. Aber er könnte zum Inhalt landesgesetzlicher Regelung in einem umfassenden, auch die öffentlich-rechtliche Entschädigung einschließenden Landesverwaltungsgesetz werden.

Den Gedanken, in den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, der in diesem Jahr der Öffentlichkeit übergeben worden ist, das Recht der öffentlich-rechtlichen Entschädigung aufzunehmen, eine Möglichkeit, die von Luhmann eingehend erörtert wird und der er grundsätzlich positiv gegenübersteht, halte auch ich nicht für opportun. Im gegenwärtigen Zeitpunkt, in dem die Diskussion um diesen Entwurf schon in vollem Gange ist, sollte man ihn nicht noch mit weiteren Problemen belasten, zumal diese von dem Bund-Länder-Ausschuß, der den Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes in fast dreijähriger Tätigkeit ausgearbeitet hat, erst gründlich beraten werden müßten. Der richtige Weg zu einer gesetzlichen Lösung scheint mir nur über umfassende Landesverwaltungsgesetze oder über besondere Staatshaftungsgesetze zu führen.

Es ist zu wünschen, daß die vorliegende Arbeit, die die rechtspolitische Problematik der öffentlich-rechtlichen Entschädigung vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtslage in umfassender Weise behandelt, dem Gesetzgeber in Bund und Ländern dazu Veranlassung gibt, eine in sich geschlossene Konzeption der öffentlich-rechtlichen Entschädigung zu entwickeln und nach ihr das geltende Recht umzugestalten.

Speyer, den 15. November 1964

Prof. Dr. *Carl Hermann Ule*

Inhaltsverzeichnis

Einführung	9
-------------------	----------

I. Teil: Grundlagen

1. Kapitel: Funktion der Entschädigung	16
2. Kapitel: Programmierung von Entscheidungen	29
3. Kapitel: Geschichtliche Lösungsversuche	37
4. Kapitel: Der Gleichheitsgedanke	52
5. Kapitel: Überblick und Ausblick	68

II. Teil: Rechtspolitische Einzelprobleme

6. Kapitel: Die Haftung für Rechtswidrigkeit und ihre Grenzen . . .	76
7. Kapitel: Rechtswidrigkeitshaftung und gerichtlicher Rechtsschutz .	91
8. Kapitel: Umfang und Fallgruppen der Rechtswidrigkeitshaftung . .	103
9. Kapitel: Haftung für Hoheitsakte der Rechtsprechung und der Gesetzgebung	121
10. Kapitel: Haftung für rechtswidrige Folgen rechtmäßigen Handelns .	131
11. Kapitel: Eigentum, Entscheidungsprogramme und die Junktim- klausel	143
12. Kapitel: Schutzwürdigkeit des Betroffenen	160

III. Teil: Gesetzgebungsmöglichkeiten

13. Kapitel: Das Gesetzgebungsklima und die Macht von Wissenschaft und Rechtsprechung	189
--	-----

14. Kapitel: Verfassungsrechtliche Bedenken	204
15. Kapitel: Regelungszusammenhänge	221
16. Kapitel: Ein Gesetzgebungsvorschlag	232
Schluß	244
Literaturverzeichnis	251
Sachverzeichnis	260

Einführung

Die gegenwärtigen Bemühungen, Teile des allgemeinen Verwaltungsrechts, namentlich das Verwaltungsverfahrenrecht und damit zusammenhängende Sachgebiete, in Gesetzesform zu bringen, haben unter anderem auch das Recht der öffentlich-rechtlichen Entschädigung in den Aufmerksamkeitsbereich des Gesetzgebers gebracht. Handelt es sich im ganzen oder zum Teil um ein regelungsreifes Rechtsgebiet?

Manche Züge der neueren Rechtsentwicklung, vor allem die zentrale Stellung, die der Aufopferungsanspruch als allgemeine, übergesetzliche Entschädigungsgrundlage durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gewonnen hat, scheinen zu einer großzügigen, konstruktiven Gesamtlösung zu befähigen. Dafür spricht auch, daß es sich auf diesem Gebiet um durchdachte, bis zur Ermüdung diskutierte Rechtsinstitute handelt. Überraschungen, neuartige Rechtserfindungen, sind in absehbarer Zeit kaum zu erwarten. Kein Neuland, sondern beackertes Feld liegt vor dem Gesetzgeber, obwohl man zugeben muß, daß manche Furchen nicht ganz gerade gezogen und an anderen Stellen Grenzsteine umgepflügt worden sind. Aber im großen und ganzen fügen die Anspruchsgrundlagen, welche die Geschichte uns überliefert hat, sich zu einem verständlichen Bild zusammen. Aus einer Reihe von verschiedenen Gründen kann der Staat verpflichtet sein, Folgen hoheitlichen Handelns, die den Bürger unzumutbar belasten, in Geld auszugleichen. Literatur und Judikatur befassen sich in kaum noch zu überblickendem Umfange mit dem Verhältnis dieser Anspruchsgrundlagen: Enteignung, Aufopferung, Gefährdungshaftung, Folgenbeseitigung, Erstattung, Amtshaftung, zueinander und zu dem Bereich derjenigen belastenden Eingriffe, die ohne Entschädigung hingenommen werden müssen. Alle erdenkliche Mühe ist darauf verwandt worden, Entscheidungsregeln zu konstruieren, welche die Fallentscheidung erleichtern, die vorkommenden Fälle möglichst zweifelsfrei auf Anspruchstypen verteilen bzw. abweisen sollen. Mithin läge es nahe, die besten dieser Formeln zu rezipieren und in Gesetzesform verbindlich zu machen.

So einfach liegen die Dinge indes nicht. Eine brauchbare Abgrenzung der entschädigungspflichtigen von den nicht-entschädigungspflichtigen Eingriffen, eine Formel, die umfassend wäre und doch klare Hinweise für die Einzelentscheidung gäbe, hat sich nicht entwickeln lassen. Und weil diese Außengrenze des Entschädigungsrechts unklar geblieben ist,

hat sich auch im Innern, im Verhältnis der einzelnen Anspruchsarten zueinander, keine Klarheit erzielen lassen. Nach wie vor besteht das Recht der öffentlichen Entschädigung aus verschiedenen Anspruchstypen mit je eigenen Anspruchsvoraussetzungen, deren Abgrenzung umstritten ist. Wenn diese Kontroversen um die richtige Abgrenzung der einzelnen Rechtsinstitute auch ohne wesentliche praktische Bedeutung sind, so spiegeln sie doch jene Unsicherheit wieder, die daraus fließt, daß man nicht genau weiß, von welchen Tatbestandsmerkmalen man Entschädigung überhaupt abhängig machen will. Die Neigung der Rechtsprechung, nur noch *eine* Abgrenzungsformel, das „Sonderopfer“, gelten zu lassen, führt zwar in ihrer Konsequenz zu einer klaren Konzeption: zum Zusammenschumpfen aller Anspruchsarten auf eine einzige, den Aufopferungsanspruch, der nur „zufällig“ als Enteignungsanspruch in der Verfassung eine Teilregelung gefunden hat. Ob aber damit eine wirklich instruktive, auslegungsfähige Rechtsgrundlage gefunden wurde, ist sehr die Frage. Deshalb geht das Urteil der Sachkenner überwiegend dahin, daß eine gesetzliche Gesamtregelung der Materie zur Zeit nicht möglich oder jedenfalls nicht sehr sinnvoll sei.¹

Auch damit wird man sich jedoch nicht ohne weiteres zufrieden geben können. Der Horizont jener Kontroversen, die im Anschluß an gewisse Anhaltspunkte im positiven Recht und an bewährte Gerichtspraxis geführt werden, ist für ein solches Urteil zu eng. Jedenfalls wird der Gesetzgeber genauer wissen wollen, worin, abgesehen vom Dogmatischen, die eigentlichen Schwierigkeiten der Materie bestehen, und weshalb sie unlösbar sind. Und außerdem steht er vor regelungsbedürftigen Detailfragen, bei der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte etwa, oder im Polizeirecht, für deren Beantwortung ihm die Stichworte einer allgemeinen Konzeption fehlen. Bewegt er sich mit Sonderregelungen, z. B. denen des Bundesbaugesetzes, aus einer allgemeinen Linie heraus? Schafft er durch neue Bestimmungen über Entschädigungen im Polizeirecht Präzedenzfälle, die ihm im Bereich der Wirtschaftslenkung entgeggehalten werden können? Kann er den Folgenbeseitigungsanspruch gesetzlich fixieren, ohne ins Recht des enteignungsgleichen Eingriffs überzugreifen oder unversehens eine neue Rechtskrafttheorie in die Welt zu setzen?

Schon vom akuten Anlaß, vom Orientierungsbedarf des Gesetzgebers her gesehen, dürfte es daher lohnend sein, das Problem der öffentlich-rechtlichen Entschädigung einmal unter rechtspolitischen Aspekten

¹ Siehe z. B. Scheuner 1955a S. 546, 548; Schäfer 1956; Fischer 1956; Forsthoff 1961 S. 286. Weitere Ausführungen zum Gesetzgebungsklima bleiben dem 13. Kapitel vorbehalten.

Zur Zitierweise hier und im folgenden vgl. die Vorbemerkung zum Literaturverzeichnis.

anzugehen. Die rechtspolitische Betrachtung ist jedoch nicht nur, vielleicht nicht einmal in erster Linie, Gesetzgebungsberatung, steht doch keineswegs fest, daß sie in Gesetzgebungsvorschläge ausmündet. Sie bringt jenen besonderen Erkenntnisgewinn ein, der sich ergibt, wenn man Gegenstände als variabel ansieht und auf die Bedingungen ihrer Veränderung hin analysiert. So trägt sie auf besondere Art und Weise auch zur Erkenntnis der Rechtsinstitute bei, deren Sinn sich nie allein durch „Auslegung“ ermitteln läßt, sondern im Grunde erst durch Einsicht in andere Ordnungsmöglichkeiten, in Alternativen, in gleichwertige Problemlösungen erhellt.

Allerdings hat die Rechtswissenschaft bisher, wenn man von gewissen Ansätzen zu einer Methodenlehre der Rechtsvergleichung absieht, keine rechtspolitische Methode hervorgebracht². Man findet zwar nicht selten, daß juristische Konstruktionen, die im positiven Recht anecken, „de lege ferenda“ aufrecht erhalten werden. Das ist aber gewöhnlich nicht mehr als eine Begriffsverlängerung über das geltende Recht hinaus und kein abgewogenes legislatives Programm. Eine sorgfältige Analyse des sozialen Problems, das es in Rechtsform zu lösen gilt, liegt solchen Thesen im allgemeinen nicht zu Grunde. Aus Mangel an lernbaren Methoden und übertragbarem Wissen gilt Gesetzgebung als hohe „Kunst“³.

Das ist kein Wunder, denn für eine solche Aufgabe haben sich bisher weder die Jurisprudenz noch die empirisch ausgerichteten Sozialwissenschaften interessiert. Der begriffliche Bezugsrahmen und die methodischen Hilfsmittel, welche die Soziologie für die Analyse sozialer Systeme entwickelt hat, sind für die Erfassung der speziellen Probleme, die den Juristen interessieren, wenig geeignet. Gerade am Entschädigungsrecht läßt sich das gut verdeutlichen. Der Stand der modernen Soziologie gestattet es ohne besondere Schwierigkeiten, über die Funktion der öffentlich-rechtlichen Entschädigung in der modernen Sozialordnung gewisse Aussagen zu machen. Wir werden zur allgemeinen Orientierung unserer Untersuchungen mit einer solchen Analyse beginnen. Dieser Forschungsansatz bleibt jedoch an *allgemeinen Problemen*

² Besonders nachdenklich stimmt, daß die ältere Diskussion um Regeln der guten Gesetzgebung ausgerechnet durch den Rechtspositivismus zum Verstummen gebracht worden ist. Vgl. dazu auch Hans Schneider, Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, NJW 15 (1962) S. 1273—1279 (1278). Man könnte daraus schließen, daß unsere Wissenschaft der Positivität des Rechts noch nicht gewachsen ist.

³ So etwa René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957 S. 231 ff. Vgl. auch Walther Burckhardt, Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft, Zürich 1937 S. 37 ff., der auf schöpferische Intuition des Gesetzgebers abstellt.