

# ABHANDLUNGEN

---

## Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes \*

PETER BADURA

### I.

Nicht jeder Jurist würde auf den Gedanken kommen, vom „Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes“ zu sprechen. Für den Zivilrechtler könnte sich nur die Frage stellen, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sei – und mancher kritisch nachdenkende Zivilrechtler, der eine „politische Funktion“ dieses Rechts entdeckt zu haben glaubt<sup>1</sup>, wird geneigt sein, die Frage zu verneinen. Dem Juristen dagegen, der sich mit dem Öffentlichen Recht befaßt, geht die Wortfolge „Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes“ leicht von den Lippen. Denn die Verfassung und eine seit einem halben Jahrhundert geübte Auslegungspraxis<sup>2</sup> haben ihn daran gewöhnt, bei dem Wort „Eigentum“ nicht an das Sacheigentum des bürgerlichen Rechts zu denken.

Art. 14 GG gewährleistet, der verfassungsstaatlichen Tradition entsprechend, schlechthin das „Eigentum“. Die Eigentumsgarantie ist ein Grundrecht, das alle wirtschaftlich als „Eigentum“ fungierenden vermögenswerten Rechte schützt. Welche Rechte diesen verfassungsrechtlichen Schutz genießen sollen, ergibt sich aus der Eigentumsgarantie, ist also eine durch verfassungsrechtliche Argumentation zu entscheidende Frage. Die geschützten Rechte selbst aber, so scheint es, müssen durch die Rechtsordnung außerhalb des Verfassungsrechts begründet sein. So gesehen verweist Art. 14 GG auf bestimmte anderweitig begründete Rechte und fügt ihnen

---

\* Dem Aufsatz liegt ein Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft in Berlin am 13. Dezember 1972 zugrunde.

<sup>1</sup> *Wiethölter*, Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, *KritJ* 1970, S. 121.

<sup>2</sup> *Triepel*, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924.

nur den spezifisch verfassungsrechtlichen Schutz hinzu. Eines dieser vermögenswerten Rechte ist nach der allgemein praktizierten Rechtsauffassung das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Die auf den ersten Blick einleuchtend wirkende Vorstellung eines grundrechtlichen Schutzes außerverfassungsrechtlicher Rechte durch die Eigentumsgarantie provoziert rasch einige naheliegende Einwände. Bei der Betrachtung anderer Grundrechte fällt sofort auf, daß diese ein genuin verfassungsrechtliches Schutzobjekt besitzen. Warum sollte das beim Eigentum anders sein als bei der Wohnung, dem Briefgeheimnis oder dem Beruf? Weiter ist zu bedenken, daß der über die außerverfassungsrechtliche Rechtsordnung verfügende Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden ist, so daß der Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts nicht zu seiner beliebigen Disposition stehen kann. Auch der über Inhalt und Schranken des Eigentums befindende Gesetzgeber kann, dem Sinn grundrechtlicher Gewährleistung entsprechend, keine unbegrenzte Gestaltungsfreiheit darin haben, ob es von der Verfassung als „Eigentum“ geschützte Rechte gibt und von welcher Gestalt diese Rechte sein sollen.

Aus alledem muß geschlossen werden, daß die auch für die Eigentumsgarantie gebotene „selbständige Begrifflichkeit im Verfassungsrecht“<sup>3</sup> sich nicht darin erschöpft, daß „Eigentum“ lediglich den sachlichen Geltungsbereich des Grundrechts bezeichnet, d.h. den Umkreis der – von der Verfassung vorgefundenen – Rechte definiert, die durch das Grundrecht eine zusätzliche verfassungsrechtliche Garantie erhalten. Vielmehr besteht Grund zu der Annahme, daß die Besonderheit der grundrechtlichen Gewährleistung auch im Fall der Eigentumsgarantie Art und Gestalt der gewährleisteten Rechte bestimmt. Jedenfalls für die rechtliche Wirkung des Grundrechts als Einrichtungsgarantie ist das deutlich, die ein objektives Prinzip für die rechtliche Gestaltung der Güterordnung einschließt<sup>4</sup>. In dem Urteil zum Hamburgischen Deichordnungsgesetz<sup>5</sup> hat das Bundesverfassungsgericht die institutionelle Schutzwirkung der Eigentumsgarantie genauer behandelt und dazu unter anderem folgendes ausgeführt: Das Grundrecht wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient. Die Institutsgarantie sichert einen Grundbestand von Normen, die als Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung bezeichnet werden. Sie verbietet, daß solche Sachbereiche der

<sup>3</sup> *Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung. Betrachtungen zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht, 1964.

<sup>4</sup> *Badura*, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, Verh. des 49. DJT, 1972, Bd. II, Teil T, S. 13 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 24, S. 367.

Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird.

Für die Erörterung der verfassungsrechtlichen Selbständigkeit auch der individuellen Schutzwirkung der Eigentumsgarantie ist der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ein besonders lohnender Gegenstand. Denn das im bürgerlichen Recht entwickelte, zu deliktischen und negatorischen Ansprüchen führende Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist, wie zu zeigen sein wird, kein absolutes Recht von der Art des Sacheigentums. Es ist nicht einfach eine vom Grundrecht vorgefundene und nur mit verfassungsrechtlichen Sicherungen umkleidete Rechtsposition. An diesem Recht läßt sich die unterschiedliche Schutzrichtung und Funktion der einschlägigen Normen des Zivilrechts auf der einen Seite und des Grundrechts auf der anderen Seite gut demonstrieren. Die leitenden Gesichtspunkte, die für die bei den deliktsrechtlichen und negatorischen Ansprüchen zu leistende Ausgleichung der individuellen Interessen in dem Verhältnis der Bürger untereinander maßgebend sind, müssen nicht notwendig mit den Gesichtspunkten übereinstimmen, die für den Schutz vermögenswerter Rechte gegenüber der öffentlichen Gewalt heranzuziehen sind<sup>6</sup>. Die Überprüfung dieser bisher nur aus allgemeinen Erwägungen abgeleiteten und etwas abstrakt klingenden Behauptung soll durch zwei Beispiele aus der Gerichtspraxis vorbereitet werden.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. April 1952<sup>7</sup> hatte die generelle Festlegung einer Altersgrenze für Bezirksschornsteinfegermeister durch das Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22. Januar 1952 (BGBl. I, S. 75) an der Eigentumsgarantie zu messen. Es ging dabei um den Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs in dem besonderen Fall eines staatlich gebundenen Berufs. Das Gericht formuliert den Leitgedanken, daß Art. 14 GG das Rechtsinstitut des Eigentums schützen wolle, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt hätten. Da es den heute allgemein herrschenden gesellschaftlichen Auffassungen entspreche, das, was der Einzelne sich durch eigene Leistung und eigenen Kapitalaufwand erworben habe, im besonderen Sinne als sein Eigentum anzuerkennen und gegenüber Eingriffen als schutzwürdig anzusehen, sei es innerlich berechtigt, die Sach- und Rechtsgesamtheit, als die sich der Gewerbebetrieb dar-

<sup>6</sup> *Buchner*, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971, S. 18, 133.

<sup>7</sup> BVerfGE 1, S. 264.

stelle, dem reinen Sacheigentum gleichzustellen. Daraus folge aber auch, daß sich der Eigentumsschutz nicht auf eine vorwiegend durch das öffentliche Recht gewährte Rechtsposition erstrecke, der alle den Eigentumsbegriff konstituierenden Merkmale fehlten.

Diese Entscheidung verweist für den Gegenstand des Eigentumsschutzes nicht schlechthin auf das bürgerliche Recht. Mit dem weiteren Hinweis auf die „gesellschaftlichen Anschauungen“ wird der Weg zu einem selbständigen grundrechtlichen Eigentumsbegriff offengelassen, wenn auch mit einer sehr dehnbaren Generalklausel. Gegen die Argumentation des Gerichts läßt sich einwenden, daß der aus der Eigentumsgarantie ausgenommene Gewerbebetrieb des Bezirksschornsteinfegermeisters ohne weiteres mit einer vorwiegend durch das öffentliche Recht gewährten und bestimmten Rechtsposition gleichgesetzt wird. Denn die etwa den Gewerbebetrieb schützende Rechtsposition kann und muß von den öffentlich-rechtlichen Regelungen unterschieden werden, auf denen der allein als „Eigentum“ in Betracht kommende privatwirtschaftliche Einsatz von Kapital und Arbeitsleistung beruht. Im Prinzip nicht anders als bei gewerblichen Tätigkeiten, die von einer Erlaubnis abhängig sind, handelt es sich hier nicht um die Frage der enteignenden Beeinträchtigung öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen, sondern darum, daß in die auf ihrer Grundlage erworbenen privatrechtlichen Vermögensrechte schmälern oder auflösend eingegriffen wird<sup>8</sup>. Nur auf diese unternehmerische Tätigkeit kann sich der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs beziehen.

Die Unterscheidung zwischen der öffentlich-rechtlichen Rechtslage und einer an dieser orientierten privaten Wirtschaftstätigkeit wird deutlicher in dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30. September 1957<sup>9</sup>. In dieser Streitsache hatte der Senat darüber zu befinden, ob einem Technischen Überwachungsverein Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen zuzusprechen war, weil ihm durch das Hessische Gesetz über die Neuordnung der technischen Überwachung vom 19. August 1947 (GVBl. S. 78) die widerruflich eingeräumte öffentlich-rechtliche Aufgabe der Überwachung von Betrieben der Mitglieder und vereinsfremder Unternehmer genommen worden war. Der Senat stellt die Frage, ob das Gesetz durch die Beschneidung der Überwachungsaufgabe zugleich in die „wirtschaftliche Struktur“ des Vereins eingegriffen habe. Da die Überwachungsaufgabe im Laufe der Jahre zu einer auf Dauer angelegten Ordnung geworden sei,

<sup>8</sup> W. Weber, Öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen als Gegenstand der Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung, AöR 91 (1966), S. 382, 400 f.

<sup>9</sup> BGHZ 25, 266. – Dagegen H. H. Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen? 1963.

könne dem Verein wegen der Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Struktur eine Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen zustehen. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, daß sie zwar von einem Eingriff in ein vermögenswertes Recht im Sinne des Art. 14 GG spricht, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aber nicht erwähnt. Auch die hier als enteignungsrechtlich betroffene Rechtsposition ange-sehene „wirtschaftliche Struktur“ des geschädigten Unternehmens ist allerdings ein sehr ausdeutungsfähiger Blankettbegriff.

## II.

Die Betrachtung des Eigentumsschutzes für den Gewerbebetrieb des Bezirksschornsteinfegermeisters und für den Gewerbebetrieb des mit einer öffentlichen Aufgabe beliehenen Technischen Überwachungsvereins gibt nur einen vagen Eindruck von der Reichweite und Schutzwirkung der Eigentumsgarantie zugunsten des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes. Sie zeigt aber, daß der Schutzbereich des Grundrechts nicht schlechthin durch den Verweis auf außerverfassungsrechtlich begründete vermögenswerte Rechte bestimmt werden kann. Eine weitere Aufhellung des noch recht schattenhaften Bildes vom verfassungsrechtlichen Eigentum verspricht ein Ausflug in das Zivilrecht. Von dort her hat das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Eingang in den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz gefunden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und dann des Bundesgerichtshofes entwickelte das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zur Begründung deliktischer und negatorischer Ansprüche und ordnete es neben den absoluten Rechten als ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ein<sup>10</sup>. Ausgangspunkt war dabei der Schutz gewerblicher Tätigkeit gegen unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen<sup>11</sup>. In der Lehre stieß dieses Recht auf eine zwiespältige Beurteilung. Ihm wird attestiert, daß es im System der subjektiven Rechte des BGB einen Fremdkörper darstelle<sup>12</sup>. Heute besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß man es bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht mit einem absoluten Recht zu tun hat, sondern daß sich unter dem Namen dieses Rechts die richterrechtliche Aufstellung von Verhaltenspflichten

<sup>10</sup> *Fikentscher*, Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967, S. 261.

<sup>11</sup> RGZ 58, S. 24; BGHZ 2, S. 387; 29, S. 65 (67 ff.).

<sup>12</sup> *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 9. Aufl., 1968, S. 421.

verbirgt, die zugunsten der wirtschaftlichen Betätigung deliktsrechtlich und negatorisch sanktioniert sind<sup>13</sup>. Dieses Recht wird nicht als eine tatbestandlich scharf umschreibbare Rechtsposition verstanden, sondern als eine jeweils wertend auszufüllende „Generalklausel“<sup>14</sup>, ein „Rahmenrecht“<sup>15</sup>. Während die Verletzung eines absoluten Rechts, das sich dogmatisch natürlich auch als ein Bündel von Verhaltenspflichten Dritter konstruieren läßt, ohne weiteres die Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung bewirkt, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund besteht, müssen der jeweilige Schutzgegenstand des Rahmenrechts und die Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung im Einzelfall durch eine Güter- und Interessenabwägung bestimmt werden<sup>16</sup>. Die Klausel „... oder ein sonstiges Recht...“ in § 823 Abs. 1 BGB ist in dieser Sicht nicht eine abkürzende Verweisung auf weitere unbenannte absolute Rechte, sondern ein die Fortentwicklung des Deliktsrechts ausdrücklich zulassender Anknüpfungspunkt für die richterrechtliche Rechtsfortbildung<sup>17</sup>.

Bei Licht besehen erweist sich also das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht als eine dem Sacheigentum vergleichbare Rechtsposition mit einem allgemein umschreibbaren Schutzobjekt, die als vermögenswertes Recht mit dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz umgeben werden könnte. Tatsächlich drückt dieses Recht den subjektivierten Leitgedanken für eine bestimmte Art des richterrechtlichen Schutzes der wirtschaftlichen Betätigung aus<sup>18</sup>. Durch locker geordnete Fallgruppen hat die Lehre versucht, die vielgestaltige Kasuistik in einer rudimentären Systematik einzufangen<sup>19</sup>. Das durch die Gerichtspraxis gezeigte „buntfleckige Bild unternehmenssichernder Verhaltensnormen“<sup>20</sup> läßt erkennen, daß das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einen „Auffangtatbestand“ für gesetzlich nicht erfaßte, aber als regelungsbedürftig empfundene Beeinträchtigungen der Wirtschaftstätigkeit darstellt, so daß diesem Recht nur eine lückenschließende und damit ausdrücklichen Bestimmungen gegenüber subsidiäre Bedeutung zukommt<sup>21</sup>. Der

<sup>13</sup> *Fikentscher*, aaO (s. Anm. 10), S. 263, 275, 288; *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 268.

<sup>14</sup> *Larenz*, aaO (s. Anm. 12), S. 422; *Esser*, Schuldrecht, Bd. II, 4. Aufl., 1971, S. 405.

<sup>15</sup> *Fikentscher*, Schuldrecht, 3. Aufl., 1971, S. 619, 624.

<sup>16</sup> *Larenz*, aaO (s. Anm. 12), S. 421 f.; *Fikentscher*, Gewerbebetrieb (s. Anm. 10), S. 275; *ders.*, Schuldrecht (s. Anm. 15), S. 619; *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 110 ff.

<sup>17</sup> *Buchner*, ebd., S. 25, 50 f.

<sup>18</sup> *Buchner*, ebd., S. 87, 93, 238.

<sup>19</sup> *Fikentscher*, Gewerbebetrieb (s. Anm. 10), S. 289 ff.; *ders.*, Schuldrecht (s. Anm. 15), S. 620 ff.; *Larenz*, aaO (s. Anm. 12), S. 422 f.; *Esser*, aaO (s. Anm. 14), S. 406 f.; *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 237.

<sup>20</sup> *Fikentscher*, Schuldrecht (s. Anm. 15), S. 622.

<sup>21</sup> BGHZ 45, S. 296 (307); *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 88.

den richterrechtlichen Wertungen zugrundeliegende Gedanke ist der Schutz des „arbeitenden Unternehmens“, der „erarbeiteten Unternehmenswerte“<sup>22</sup>. Bei den in der Summe der in dem Unternehmen zusammengefaßten Sachmittel und Rechte nicht erfaßten und dementsprechend mit Hilfe des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu schützenden Unternehmenswerten handelt es sich in erster Linie um die einem bestimmten Unternehmensziel gewidmete Organisation von Sachmitteln und Rechtsbeziehungen und um das unternehmerisch erworbene geschäftliche Ansehen<sup>23</sup>.

Der Schutzbereich der unternehmensschützenden Verhaltensregeln und der Gegenstand des daraus abgeleiteten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb<sup>24</sup> lassen sich nur durch die Angabe verschiedener Gesichtspunkte kennzeichnen, deren Bedeutung jeweils im Einzelfall richterrechtlich entfaltet wird. Diese die juristische Argumentation und Begründung bestimmenden Gesichtspunkte, die durch den Rechtszweck des subsidiären Unternehmensschutzes zusammengehalten werden, lassen sich zwar in einer Definition oder richterrechtlichen Norm nebeneinandersetzen, um die Verständigung zu erleichtern oder einen ersten Eindruck zu vermitteln. Doch leistet das dem Mißverständnis Vorschub, wie wenn man es dabei mit subsumtionsgeeigneten Tatbestandsmerkmalen einer Rechtsregel zu tun hätte. Diese Gesichtspunkte, lediglich normative Richtpunkte juristischer Argumentation und Begründung im Bereich des deliktischen und negatorischen Unternehmensschutzes, bestehen vornehmlich aus folgenden gedanklichen Elementen: Es wird nur die gegenständlich verkörperte Unternehmenstätigkeit geschützt, der „eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“. Der Schutz umschließt neben dem „Bestand“ die gesamte funktionswesentliche Unternehmenstätigkeit. Der Schutz wendet sich gegen solche „Eingriffe“, welche die Unternehmenstätigkeit „unmittelbar“ beeinträchtigen. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs muß im Einzelfall positiv durch eine Abwägung und gerechte Ausgleichung der betroffenen Interessen und Güter ermittelt werden. Diese vier leitenden Gesichtspunkte sollen mit einigen Erwägungen verdeutlicht werden.

Es wird nur die gegenständlich in einem „eingerichteten und ausgeübten“ Gewerbebetrieb verkörperte Unternehmenstätigkeit geschützt, nicht die freie Erwerbstätigkeit als solche, die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden ohne eine oder außerhalb einer betriebsorganisatorischen Vergegenständlichung<sup>25</sup>. Diese Beschränkung des Schutzbereichs ist folge-

<sup>22</sup> *Buchner*, ebd., S. 247, 126.

<sup>23</sup> So eine der Grundthesen der Schrift von *Buchner*, vgl. insbes. S. 120 f.

<sup>24</sup> BGHZ 29, S. 65 (69 f.).

<sup>25</sup> RGZ 58, S. 24.

richtig, wenn von dem Grundgedanken des Schutzes der Unternehmenswerte ausgegangen wird<sup>26</sup>. Die damit noch gewährte gewisse Nähe zum Sacheigentum würde preisgegeben, wenn sich die Auffassung *Fikentschers* durchsetzte, der einen Schutz der gewerblichen Betätigung als solcher, also auch der Gewerbefreiheit des potentiellen Unternehmers, durch das „Recht am Unternehmen“ befürwortet<sup>27</sup>. Für den hier verfolgten Gedankengang ist bemerkenswert, daß *Fikentscher* diese Erweiterung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu einem „subjektiven Recht an der wirtschaftlichen Betätigung“ auf den zivilrechtlichen Deliktsschutz beschränkt. Er hebt für den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz ausdrücklich hervor, daß er zu Recht auf solche wirtschaftliche Erwerbspositionen beschränkt werde, die sich in einer sachlichen Organisation niedergeschlagen hätten, weil Art. 14 GG nur das „Eigentum“ garantiere<sup>28</sup>. Die Selbständigkeit des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes gegenüber dem Zivilrecht wird hier klar greifbar.

Der Schutz umschließt neben dem „Bestand“ des Gewerbebetriebs die gesamte funktionswesentliche Unternehmenstätigkeit, die gewerbliche Tätigkeit in allen ihren Erscheinungsformen und „Ausstrahlungen“, alles das, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt und gerade dem Gewerbebetrieb in seiner wirtschaftlichen und wirtschaftenden Tätigkeit wesensgemäß und eigentümlich ist<sup>29</sup>. Was genau man sich unter dem so bezeichneten Schutzgegenstand vorzustellen hat, wird klarer erst, wenn der sogleich zu behandelnde dritte Gesichtspunkt hinzugenommen wird, das Erfordernis, daß die schädigende Handlung einen „unmittelbaren“ Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs darstellen muß. Es gehört zu den auffälligsten Eigentümlichkeiten der Rechtsprechung zum Deliktsschutz des Gewerbebetriebs wie auch der Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz des Gewerbebetriebs, daß in der juristischen Argumentation und Begründung Schutzgegenstand und Eingriffstatbestand häufig in kaum auflösbarer Verschlingung erörtert werden. Die zur Erfassung des einen und des anderen benutzten Begriffe sind eben Abwägungsgesichtspunkte und nicht isoliert konstruierbare Tatbestandsmerkmale.

Der Schutz wendet sich – dritter Gesichtspunkt – gegen solche Eingriffe, welche die Unternehmenstätigkeit „unmittelbar“ beeinträchtigen; der beeinträchtigende Angriff muß gegen den Gewerbebetrieb selbst gerichtet

---

<sup>26</sup> *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 123 ff.

<sup>27</sup> *Fikentscher*, Gewerbebetrieb (s. Anm. 10), S. 281 ff.; *ders.*, Schuldrecht (s. Anm. 15), S. 623 f.

<sup>28</sup> *Fikentscher*, Gewerbebetrieb (s. Anm. 10), S. 285 f.

<sup>29</sup> RGZ 163, S. 21 (32); BGHZ 3, S. 270 (279 f.); 29, S. 65 (70).

sein<sup>30</sup>. Die weite Deutbarkeit dieses Merkmals, die es der richterrechtlichen Rechtsfortbildung empfiehlt, hat naheliegende Einwände herausgefordert<sup>31</sup>. Es ist jedoch zu bedenken, daß dieser scheinbar eine Eigenschaft der Eingriffshandlung angegebende Begriff in Wahrheit ein Zurechnungsgesichtspunkt ist. Die Voraussetzung des „unmittelbaren Eingriffs“ bezeichnet einen bestimmten tatsächlichen Zusammenhang zwischen der eingetretenen Beeinträchtigung der Unternehmenstätigkeit und der als Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs in Anspruch genommenen Handlung des Dritten. In dieser Funktion überschneidet sich das den Eingriffstatbestand beschreibende Merkmal mit der Abgrenzung des Schutzgegenstandes „engerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb“. In dem Urteil vom 9. Dezember 1958 hat der Bundesgerichtshof den „unmittelbaren Eingriff“ dahin verstanden, daß er „betriebsbezogen“ sein müsse und nicht nur vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen dürfe<sup>32</sup>. Der Senat betonte, daß der Umfang und die Grenzen, innerhalb derer das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu schützen ist, gerade durch eine sachgemäße Ausfüllung des Begriffs der „Unmittelbarkeit“ des Eingriffs zu ermitteln ist. Auf dieser Grundlage hat das Gericht die Schadensersatzklage wegen einer Unterbrechung der Stromzufuhr durch Beschädigung eines Stromkabels auf einem nicht zum betroffenen Unternehmen gehörenden Grundstück und wegen des dadurch herbeigeführten zeitweiligen Betriebsstillstandes abgewiesen. In einem späteren Urteil vom 4. Februar 1964 hat der Bundesgerichtshof diesen Standpunkt in einem scheinbaren Parallelfall bekräftigt<sup>33</sup>. In der zweiten Streitsache ging es darum, daß wegen der Durchtrennung der Freileitung eines Elektrizitätswerkes die Eier in einem auf ununterbrochene Stromzufuhr angewiesenen elektrischen Brutapparat verderben. Hier wurde der geschädigte Stromabnehmer in seinem Eigentum verletzt. Die in der ersten Streitsache behandelte Produktionsunterbrechung wegen Stromausfalls hingegen war ein nicht ersatzfähiger Vermögensschaden eines lediglich mittelbar geschädigten Dritten, der lediglich deshalb Ausfälle erlitt, weil das unmittelbar geschädigte Elektrizitätswerk die vertraglich zugesagte Stromlieferung vorübergehend nicht erbringen konnte.

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs muß – vierter Gesichtspunkt – im Einzelfall positiv durch eine Abwägung und gerechte Ausgleichung der

---

<sup>30</sup> RGZ 58, S. 24; 163, S. 21 (32); BGHZ 3, S. 270 (279 f.); 29, S. 65 (70 ff.).

<sup>31</sup> *Fikentscher*, Schuldrecht (s. Anm. 15), S. 625; *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 75 ff.

<sup>32</sup> BGHZ 29, S. 65 (74).

<sup>33</sup> BGHZ 41, S. 123.

betroffenen Interessen und Güter ermittelt werden; sie wird also nicht durch eine tatbestandlich feststellbare Schutzgutverletzung „indiziert“ wie bei den absoluten Rechten<sup>34</sup>. In diesem Punkt werden der richterrechtliche Charakter des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und der Unterschied zum Sacheigentum am deutlichsten. Für eine wenigstens approximative Berechenbarkeit des Rechtsschutzes ist die Bildung von Fallgruppen entsprechend der Besonderheit der betroffenen Rechtsgüter und Interessen und der entstehenden Interessenkonflikte unumgänglich, etwa danach, ob die Beeinträchtigung mit „wirtschaftseigenen Mitteln“ erfolgte – was den Fall in den größeren Zusammenhang der Wettbewerbswirtschaft und ihrer Prinzipien einordnet – oder aber unter Berufung auf „außerwirtschaftliche Werte“ – was den Fall vor allem auf die Ebene der Grundrechte und Verfassungsprinzipien verlagert<sup>35</sup>. Aus der großen Zahl von Beispielen sollen nur einige wenige angeführt werden, um die Komplexität der dem Richter hier aufgegebenen und manchmal durch das Schweigen des Gesetzgebers aufgedrängten wertenden Abwägung anzudeuten.

Im Rahmen des Gesichtspunktes der abwägend zu ermittelnden Rechtswidrigkeit einer Unternehmensbeeinträchtigung sind Kriterien für die zuzulassenden Verfahren und Kundmachungen vergleichender Warentests aufzustellen<sup>36</sup>. Es müssen die Konturen eines etwa zulässigen Boykotts festgestellt werden, was das Unternehmensinteresse besonders dann, wenn der Verruf durch die Presse erfolgt oder wenn zur Verteidigung sozialer und ethischer Werte zum Boykott aufgerufen wird, mit den Grundrechten des Art. 5 Abs. 1 GG konfrontiert<sup>37</sup>. Wenn Schadensersatzansprüche wegen der Rechtswidrigkeit eines Streiks geltendgemacht werden, beispielsweise beim politischen Streik oder beim „wildem Streik“, zwingt die erforderliche Güter- und Pflichtenabwägung zu einer Auseinandersetzung mit den Grundprinzipien des kollektiven Arbeitsrechts und der Koalitionsfreiheit<sup>38</sup>. Die deliktsrechtliche Beurteilung geschäftsschädigender Werturteile schließlich hat im Fortgang vom Fall „Constanze I“<sup>39</sup> zum Fall „Höllengeheer“<sup>40</sup> Klarheit darüber gebracht, daß für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nach dem Vorbild der „klassischen“ Rechtsgutverletzungen des § 823 Abs. 1 BGB das Schema der indizierten

<sup>34</sup> *Fikentscher*, Schuldrecht (s. Anm. 15), S. 625 f.

<sup>35</sup> Die angeführte Unterscheidung wird von *Fikentscher* verwendet.

<sup>36</sup> *Larenz*, aaO (s. Anm. 12), S. 423.

<sup>37</sup> BGHZ 24, S. 200 (Spätheimkehrer); BGH JZ 1964, S. 95 und BVerfGE 25, S. 256 (Blinkfüer).

<sup>38</sup> *Buchner*, aaO (s. Anm. 6), S. 170 ff.

<sup>39</sup> BGHZ 3, S. 270.

<sup>40</sup> BGHZ 45, S. 296.

Rechtswidrigkeit und der ausnahmsweisen Rechtfertigung in Betracht kommt.

### III.

Nach dieser Vergewisserung über die Grundsätze, nach denen das Zivilrecht einen deliktischen und negatorischen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs bereitstellt, kann zu den Fragen des öffentlich-rechtlichen Eigentumsschutzes zurückgekehrt werden. Es hat sich gezeigt, daß das zivilistische Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die gewerbliche Tätigkeit nicht im Sinne eines absoluten Rechts sichert, sondern rechtliche Verteidigungsmittel nur in einigen Bereichen zur Verfügung stellt, die gesetzlicher Regelung entbehren. Der Schutzbereich dieses Rechtes, der durch einige richterrechtliche Abwägungs- und Wertungsgesichtspunkte abgesteckt wird, wird wesentlich durch die Ordnung der Privatrechtsgesellschaft bestimmt, in der Abgrenzung und Ausgleich zwischen der im Unternehmen vergegenständlichten Wirtschaftstätigkeit und den Rechten und Interessen anderer Privater herzustellen sind. Die privatrechtsrelevanten Verfassungsnormen, besonders einzelne Grundrechte, wirken auf diese richterrechtliche Rechtsbildung ein.

Unter diesen Umständen ist es nicht möglich, für den gegen die öffentliche Gewalt gerichteten Eigentumsschutz wirtschaftlicher Tätigkeit einfach auf das zivilistische Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu rekurrieren, wie das etwa beim Sacheigentum oder bei obligatorischen Ansprüchen möglich ist. Die Art und Weise des Eigentumsschutzes des Gewerbebetriebs ist aus der verfassungsrechtlichen Funktion der Eigentumsgarantie und der aus ihr ableitbaren grundrechtlichen Gewährleistung vermögenswerter Rechte gegenüber beeinträchtigenden Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu entwickeln. Dabei ist an die mit der institutionellen Wirkung der Eigentumsgarantie verknüpfte Sicherung des Bestandes privatnütziger vermögenswerter Rechte und an die sekundär in Betracht kommende Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen zu denken, die bei erforderlicher Aufopferung einzelner vermögenswerter Rechte für das Wohl der Allgemeinheit an die Stelle der konkreten Naturalposition tritt. Unter dem Blickwinkel der individuellen Schutzwirkung der Eigentumsgarantie tritt die Abgrenzung der Enteignung und der enteignungsgleichen Aufopferung vermögenswerter Rechte von der gesetzlichen Bestimmung des Inhalts und der Schranken der geschützten Rechte, einschließlich der Aktualisierung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, in den Vordergrund. Neben den durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes erfolgenden

den Beeinträchtigungen vermögenswerter Rechte sind die nachteiligen Auswirkungen faktischer Art zu berücksichtigen, die von Maßnahmen der öffentlichen Hand ausgehend einen Gewerbebetrieb schädigen können. Für diesen Problembereich liefert der Eigentumsschutz des Anlieger-Gewerbebetriebs und seines „Kontaktes nach außen“ eine Fülle von kasuistischem Material<sup>41</sup>.

Die am Leitfaden des alten Aufopferungsgedankens und in Anlehnung an die für die Enteignung aufgestellten Grundsätze in Art. 14 Abs. 3 GG entwickelte Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand bei der enteignungs-gleichen Aufopferung vermögenswerter Rechte setzt voraus, daß durch Abfordern eines Sonderopfers im Wege des rechtswidrigen oder rechtmäßigen Eingriffs in öffentlich-rechtlicher Erledigung einer öffentlichen Aufgabe ein vermögenswertes Recht beeinträchtigt oder zerstört wird. Die so oder ähnlich in Form einer Definition oder einer ungeschriebenen Rechtsregel aufgestellten Voraussetzungen einer Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen bestehen wiederum nur scheinbar aus subsumtionsgeeigneten Tatbestandsmerkmalen. Eine rechtsbegriffliche Konstruktion des „Eingriffs“, des „Sonderopfers“ und selbst des noch am ehesten faßbaren „vermögenswerten Rechts“ wäre nicht besonders hilfreich, um die Rechtslage zu beschreiben und die vorliegende Gerichtspraxis systematisch zu ordnen. Wiederum hat man es mit Richterrecht zu tun, das durch das positive Recht, nämlich die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie, nur in sehr allgemeiner Hinsicht angeleitet ist. Hinter den vermeintlich eine Anspruchsgrundlage formulierenden Elementen des vermögenswerten Rechts, des Eingriffs und des Sonderopfers verbergen sich verschiedenartige und zum Teil fast nur pointillistische Wertungs- und Abwägungsgesichtspunkte, die den kaum überschaubaren Entscheidungsreihen der Gerichtspraxis, vor allem des 3. Senats des Bundesgerichtshofes, ein nur mit Mühe faßbares Gerüst geben. Diesen Gesichtspunkten soll für den besonderen Fall des Eigentumsschutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs etwas genauer nachgegangen werden.

#### IV.

„Eigentum“ im Sinne des Eigentums-Grundrechts ist jede vermögenswerte Rechtsposition, die der persönlichen Lebensführung oder der wirtschaftlichen Betätigung als Grundlage dient. Darunter fällt jeder durch

---

<sup>41</sup> *Badura*, Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen, anhand ausgewählter Entscheidungen des Bundesgerichtshofes exemplarisch dargestellt für den Eigentumsschutz des Anlieger-Gewerbebetriebes, 1971.

Zusammenfügung sachlicher und persönlicher Mittel geschaffene, auf Erwerb gerichtete Geschäftsbetrieb, ohne Rücksicht darauf, ob er Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung ist<sup>42</sup>.

Der geschützte Gewerbebetrieb umfaßt den sachlichen Bestand des Betriebes und alle seine einzelnen „Ausstrahlungen“, die neben dem sachlichen Substrat den wirtschaftlichen Wert des konkreten Unternehmens ausmachen, wie Geschäftsbeziehungen, good will, „Kundenstamm“<sup>43</sup> und die besondere Lage an der Straße („Kontakt nach außen“)<sup>44</sup>. Gewährleistet wird die „Sach- und Rechtsgesamtheit“<sup>45</sup> des Betriebes in ihrer „Substanz“<sup>46</sup>, d. h. das ungestörte Funktionieren des Betriebsorganismus, dessen Beeinträchtigung den Verfügungsberechtigten daran hindert, von der in dem Unternehmen verkörperten Organisation sachlicher und persönlicher Mittel den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen. Einzelne dem Betrieb dienenden Gegenstände werden ebensowenig geschützt wie einzelne Berechtigungen, die Bestandteil oder Voraussetzung der unternehmerischen Tätigkeit sind. Kein schutzfähiger Bestandteil des Gewerbebetriebs ist auch der Fortbestand eines natürlich gegebenen Zustandes, der für den Unternehmer vorteilhaft ist, so daß zum Beispiel der Fischpächter wegen einer vorübergehenden Behinderung des Fischzuges, die durch den Ausbau des Gewässers bedingt ist und die Ausnutzung der natürlichen Entwicklung des Fischbestandes in seiner Pachtstrecke beeinträchtigt, keine Entschädigung verlangen kann<sup>47</sup>. Desgleichen bildet der unveränderte Fortbestand einer bestimmten Verbindung der Anliegerstraße mit dem öffentlichen Wegesystem regelmäßig keine in den Schutz des Anlieger-Gewerbebetriebes einzubeziehende Rechtsposition; ein so beschaffener Lagevorteil, zum Beispiel einer Gaststätte, genießt keinen Eigentumsschutz<sup>48</sup>.

Die Eigentumsgarantie erfaßt nur vorhandene Werte, die ins Werk gesetzte Unternehmenstätigkeit in ihrer konkreten Vergegenständlichung<sup>49</sup>. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als vermögenswertes Recht kann nicht zu einem Recht „auf freie Betätigung als Unternehmer überhaupt“ ausgedehnt werden<sup>50</sup>. Es muß eine Organisation sachlicher und sonstiger Mittel geschaffen sein, die ein planmäßiges Wirtschaften schon ermöglicht<sup>51</sup>. Bloße Erwerbsmöglichkeiten, Gewinnaussichten, Hoffnungen oder Chancen liegen außerhalb des verfassungs-

<sup>42</sup> BGHZ 45, S. 150 (154).

<sup>43</sup> BGHZ 40, S. 355 (364).

<sup>44</sup> BGHZ 23, S. 157; BGH LM Nr. 16 zu Art. 14 GG; BGH NJW 1962, S. 1816; BGH NJW 1965, S. 1907; BGHZ 48, S. 58; 48, S. 65.

<sup>45</sup> BVerfGE 1, S. 264; 13, S. 225 (229).

<sup>47</sup> BGHZ 49, S. 231.

<sup>46</sup> BGH NJW 1967, S. 1857.

<sup>49</sup> BGH WM 1965, S. 500.

<sup>48</sup> BGH NJW 1971, S. 605.

<sup>51</sup> BGH WM 1965, S. 500.

<sup>50</sup> BGHZ 45, S. 150 (155).

rechtlichen Eigentumsschutzes<sup>52</sup>. Eine nur beabsichtigte oder künftige gewerbliche Betätigung ist dann eine bloße Chance oder Gewinnaussicht, wenn der Betroffene erst mit Hilfe einer noch zu schaffenden neuen Organisation oder betrieblichen Veranstaltung den „bisherigen“ Tätigkeitskreis erweitern will oder muß, mithin diese Erweiterung der geschäftlichen Betätigungen in dem bereits bestehenden Betrieb nicht notwendig oder üblicherweise eingeschlossen ist<sup>53</sup>.

Daß der Eigentumsschutz nicht der wirtschaftlichen Tätigkeit schlechthin gilt, sondern dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, nämlich den vorhandenen und im Gewerbebetrieb vergegenständlichten Werten, kann in zwei Fallgruppen beispielhaft belegt werden: der gewerblichen Nutzung von Grundstücken und der Versagung verwaltungsrechtlicher Erlaubnisse, die gesetzliche Voraussetzungen bestimmter Wirtschaftstätigkeiten sind.

Die öffentliche Gewalt kann die einem Gewerbebetrieb dienende Nutzung eines Grundstückes rechtlich oder faktisch beeinträchtigen. In diesen Fällen kann neben der Entschädigung wegen der wertmindernden oder nutzungsbehindernden Einwirkung auf das Grundeigentum auch eine Entschädigung wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb in Betracht kommen<sup>54</sup>. Eine rechtliche Beeinträchtigung kann etwa in der Versagung einer Baugenehmigung<sup>55</sup> oder in einer wirtschaftslenkenden Maßnahme bestehen, zum Beispiel darin, daß einer Baumschule aus ernährungswirtschaftlichen Gründen der Anbau von Roggen und Weizen aufgegeben wird<sup>56</sup>. Ein faktischer Eingriff kann in der wesentlichen Behinderung des „Kontakts nach außen“ oder in der Beeinträchtigung eines organisationswesentlichen Betriebsbestandteils bestehen. So hat beispielsweise der Bundesgerichtshof die zeitweilige Zerstörung einer Straße, welche die einzige Verbindung zwischen einer Sandgrube und einem Werk, das die darin gewonnene Sandsorte verarbeitete, durch eine Panzerkolonne und das dadurch hervorgerufene zeitweilige Erliegen der Kunststeinproduktion als entschädigungspflichtigen Eingriff angesehen<sup>57</sup>. Anders als in dem oben erwähnten Stromkabelfall<sup>58</sup> bildeten hier die Sandgrube, das Werk und die Verbindung der Sandgrube mit dem Werk über den zerstörten Weg zum öffentlichen Straßennetz eine einheitlich zu betrachtende betriebliche Organisation. Hier wie in allen Fällen setzt die Einbeziehung eines gewerblich nutzbaren Grundstückes in den Eigentumsschutz des Gewerbebetriebs

<sup>52</sup> BGHZ 45, S. 150.

<sup>53</sup> BGH VerwRspr. 17, S. 824; BGH WM 1965, S. 500.

<sup>54</sup> BGH NJW 1965, S. 2101; BGHZ 48, S. 65.

<sup>55</sup> BGH NJW 1965, S. 2101.

<sup>57</sup> BGH DVBl. 1968, S. 212.

<sup>56</sup> BGH LM Nr. 49 zu Art. 14 GG.

<sup>58</sup> BGHZ 29, S. 65.

voraus, daß das Grundstück bereits ein produktiv wirksamer Bestandteil der Unternehmenstätigkeit ist und nicht nur für eine derartige Nutzung vorgesehen war, etwa im Wege einer erst geplanten Erweiterung eines bestehenden Gewerbebetriebs<sup>59</sup>.

Die zweite Beispielsgruppe betrifft wirtschaftliche Tätigkeiten, die von einer Erlaubnis abhängig sind. Die Versagung der für eine Betriebseröffnung oder -erweiterung erforderlichen verwaltungsrechtlichen Erlaubnis ist auch dann kein Enteignungstatbestand, wenn die Versagung zu Unrecht erfolgte. Der dadurch etwa vereitelte öffentlich-rechtliche Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis ist kein Bestandteil des konkret vorhandenen Betriebs; vom Eigentumsschutz aus betrachtet ist dieser Anspruch nur ein Faktor neben anderen, der die erst zu verwirklichende Aussicht eröffnet, eine unternehmerische Tätigkeit aufzunehmen oder zu erweitern<sup>60</sup>. Schutzfähig sind nur bereits getroffene betriebliche Veranstaltungen, weswegen beim Widerruf einer Erlaubnis oder bei ähnlichen Veränderungen der öffentlich-rechtlichen Existenzbedingungen eines Betriebs ein enteignender Eingriff vorliegen kann, weil dadurch der bereits vergegenständlichte Einsatz unternehmerischer Mittel beeinträchtigt wird<sup>61</sup>.

#### V.

Zur näheren Bestimmung des Umfanges, in dem die konkret vergegenständlichte Unternehmenstätigkeit durch die Eigentumsgarantie gesichert wird, gewinnt der richterrechtliche Abwägungsgesichtspunkt der „Situationsgebundenheit“ an Bedeutung. Dieser Gesichtspunkt ist vom Bundesgerichtshof zunächst zur Abgrenzung der geschützten Nutzung von Grundstücken entwickelt worden<sup>62</sup>. Das Grundeigentum ist verfassungsrechtlich nicht als ein umfassendes Nutzungs- und Verwertungsrecht gewährleistet, sondern nur als ein durch die „Situationsgebundenheit“ des konkreten Grundstücks definierter Rechtsbestand. Dieser normative Gedanke leitet sich aus dem als Gebot willkürfreier Sachgerechtigkeit verstandenen allgemeinen Gleichheitssatz ab. Er orientiert die Beurteilung von Eigentums-

<sup>59</sup> BGHZ 30, S. 338 (355 f.); BGH WM 1962, S. 1008; BGH NJW 1965, S. 2101.

<sup>60</sup> BGHZ 34, S. 188 (Rezeptsammelstelle); BGH NJW 1962, S. 2347 (Apothekenkonzession); BGH WM 1965, S. 500 (Parkhotel); BGH NJW 1967, S. 1857 (Importsaatgut).

<sup>61</sup> BGH LM Nr. 56 zu Art. 14 GG; BGHZ 25, S. 266; BGH WM 1965, S. 500.

<sup>62</sup> BGHZ 23, S. 30; 23, S. 157 (163); BGH LM Nr. 70 zu Art. 14 GG; BGHZ 48, S. 193. – Ablehnend: *J. H. Kaiser*, in: *Staat und Privateigentum*, Beiträge zum ausländ. öff. Recht und Völkerrecht, Bd. 34, 1960, S. 24 f.; *Saladin*, *Grundrechte im Wandel*, 1970, S. 190 ff.

bindungen an „sachlichen Gründen, die sich aus der jeweiligen verschiedenen Lage, aus der Situationsgebundenheit vernünftigerweise ergeben“<sup>63</sup>. Der Inhalt des konkreten Grundeigentums wird damit verfassungsrechtlich durch eine Überformung seiner Privatnützigkeit bestimmt, die in einer verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung der zwingenden Erfordernisse einer sinnvollen Nutzungsordnung des Bodens nach den Grundsätzen der Sachgerechtigkeit und der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck kommt. Der Eigentümer wird, indem ihm eine nicht „situationsgemäße“ Nutzungsart abgeschnitten wird, nur an einer Verwendungsweise seines Eigentums gehindert, die der vernünftige und einsichtige Eigentümer von sich aus mit Rücksicht auf die gegebene „Situation“ nicht ins Auge fassen würde. Diese Maxime verweist den Grundeigentümer auf eine Nutzung, die sich nach der objektiv beurteilten Situationsgebundenheit einem vernünftigen Eigentümer bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als eine zu verwirklichende Nutzungsart darbietet<sup>64</sup>.

Dieser sehr deutungsfähige und hochgradig flexible Abwägungsgesichtspunkt stattet die richterliche Rechtsfindung mit einem schwer berechenbaren Spielraum aus. Der Rechtsgedanke ist, wenn auch nicht so argumentatorisch ausgebaut wie beim Grundeigentum, auch beim Wirtschaftseigentum herangezogen worden, so bei der Beurteilung der Rechtsstellung eines Müllunternehmers bei der Einführung eines kommunalen Benutzungszwangs für die Müllabfuhr<sup>65</sup>, im Prozeß der durch den Elbeleitdamm behinderten Krabbenfischer<sup>66</sup> und bei der Qualifizierung der durch eine Ausnahmegenehmigung erworbenen zweck- und zeitbedingten Berechtigung als „situationsbedingte Rechtsposition“<sup>67</sup>. Der vermögensrechtliche Umfang eines Gewerbebetriebes wird danach durch die rechtliche und wirtschaftliche „Situation“ geschaffen, in der er ausgeübt wird<sup>68</sup>. Vorteilhafte Umstände sind durch die Eigentumsgarantie nur geschützt, wenn und soweit der Unternehmer sich darauf verlassen darf, daß sie auf Dauer erhalten bleiben. Wirtschaftslenkende Maßnahmen, die – wie die Veränderung des Diskontsatzes, die Herabsetzung eines Schutzzolles oder die Umgestaltung einer Marktordnung – lediglich die erkennbar situationsbedingten Erwerbchancen eines Gewerbebetriebes beeinflussen, sind grundsätzlich kein entschädigungspflichtiger Eingriff in das Unternehmenseigentum. Sie verdichten lediglich die in der „Situation“, in der die Wirtschaftstätigkeit stattfindet, angelegte „Pflichtigkeit“ des Unternehmens zu einer entschädigungslos auferlegten „Pflicht“<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> BGHZ 23, S. 30 (32).

<sup>64</sup> BGHZ 23, S. 30 (35); 48, S. 193 (196).

<sup>65</sup> BGHZ 40, S. 355.

<sup>66</sup> BGHZ 45, S. 150.

<sup>67</sup> BGH VerwRspr. 16, S. 902 (904).

<sup>68</sup> BGHZ 23, S. 157 (163); 40, S. 355 (365 f.); 45, S. 150 (155).

<sup>69</sup> BGHZ 40, S. 355 (365).

Die richterliche Handhabung des Rechtsgedankens der „Situationsgebundenheit“ eines vermögenswerten Rechts zeigt deutlich, daß hier die Bestimmung des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie in kaum auflösbarer Weise mit der Feststellung, ob ein „Eingriff“ stattgefunden hat, und der Frage, ob der Betroffene ein zumutbares Sonderopfer erbringen muß, vermischt ist. Ob und in welchem Umfang der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb durch das Eigentums-Grundrecht gesichert ist, bemißt sich nach spezifisch verfassungsrechtlichen Kriterien. Diese Annahme findet eine Bestärkung, wenn man die weiteren Gesichtspunkte der „Plangewährleistung“ und des „Vertrauenstatbestandes“ betrachtet, die mit dem Gedanken der „Situationsgebundenheit“ im Zusammenhang stehen.

Ausgangspunkt des Rechtsgedankens der „Plangewährleistung“ ist zwar die sich in rechtlich greifbaren Staatshandlungen niederschlagende planmäßige Wirtschaftslenkung. Sein Anwendungsbereich erstreckt sich aber auf alle die Fälle, in denen durch staatliche Handlungen befristet oder unbefristet eine Rechtslage begründet worden ist, die dazu bestimmt oder geeignet ist, wirtschaftlichen Tätigkeiten Privater zugrundegelegt zu werden. Auf die Voraussetzungen etwaiger „Plandurchführungs-“ und „Planentschädigungsansprüche“ ist hier nicht in voller Breite einzugehen<sup>70</sup>.

In der Gerichtspraxis zu dieser Frage wird sichtbar, daß die allgemeine rechtliche, wirtschaftliche und politische Lage und Beschaffenheit des Marktes und der auf dieser Grundlage erworbene oder erwartete Marktanteil zu der dem Unternehmer vorgegebenen „Situation“ gehören, die seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Chance und Risiko bieten, deren Fortdauer aber nicht eigentumsrechtlich gesichert ist. Nur wenn besondere Umstände ihm einen „Vertrauenstatbestand“<sup>71</sup> verschafft haben, kann ein Eigentumsschutz in Betracht kommen, weil dann insoweit eine schutzfähige Konkretisierung seiner wirtschaftlichen Betätigung entstanden ist<sup>72</sup>. Eine derartige Rechtsposition ist gegeben, wenn der Unternehmer auf den Fortbestand vorteilhafter Umstände vertrauen durfte, etwa weil die öffentliche Hand ihm entsprechende Zusicherungen oder Aufträge gegeben hat

<sup>70</sup> *Ipsen*, in: *J. H. Kaiser*, Planung I, 1965, S. 35, 60 ff., sowie Planung II, 1966, S. 63, 106 ff.; *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970; *Egerer*, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971; *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S. 109 ff.; *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, S. 348 ff.; *Koppensteiner*, Intervention, Wettbewerb und Unternehmen, BB 1967, S. 217.

<sup>71</sup> *Hauelsen*, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl. 1964, S. 710; *Ossenbühl*, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, S. 25.

<sup>72</sup> BGHZ 25, S. 266 (269; TÜV); 40, S. 355 (Benutzungszwang); BGH NJW 1964, S. 769 (Märchenfilme); BGHZ 45, S. 83 (Knäckebrötchen); BGH JZ 1968, S. 130 (Blinkleuchten); BGH NJW 1968, S. 2140 (Bayer. Mühlen).

oder weil sie ihn unter Hinweis auf geltende Bestimmungen und ein öffentliches Interesse zu erhöhten Aufwendungen und Investitionen veranlaßt hat.

Wie sehr die Anerkennung eines schutzwürdigen Vertrauenstatbestandes wiederum von Abwägung und Ausgleichung im Einzelfall abhängig ist, zeigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Kürzung der Umsatzsteuervorteile für die Berliner Zigarettenindustrie, die auf einem zeitlich befristeten Gesetz beruhten<sup>73</sup>. Die Beurteilung dieser Einbuße wurde den Grundsätzen über die unechte Rückwirkung von Gesetzen unterworfen. Dementsprechend orientiert sich die verfassungsrechtliche Prüfung des einzelnen Falles an dem Maßstab, ob der Bürger im Vertrauen auf den Bestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber billigerweise erwarten darf. Bei der Entscheidung über diese Frage ist zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit andererseits abzuwägen.

## VI.

Die Überlegungen müssen sich jetzt einem weiteren Punkt zuwenden. Die eigentumsrechtlich wesentlichen Beeinträchtigungen des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs können sehr vielgestaltig sein und durch alle Handlungsformen und Tätigkeitsweisen der öffentlichen Gewalt bewirkt werden. Im Rahmen des Eigentumsschutzes treten sie alle einheitlich unter dem Namen des „Eingriffs“ auf. Bereits bei der Erörterung des Deliktsrechts ist darauf eingegangen worden, daß dieses Merkmal tatsächlich auf eine Zurechnungsregel verweist. Sofern das bedacht wird, ist gegen die Verwendung des Ausdrucks „Eingriff“ nichts einzuwenden.

Für den Eigentumsschutz bezeichnet das Merkmal des „Eingriffs“ einen bestimmten Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden des Betroffenen und der als Quelle der Beeinträchtigung des vermögenswerten Rechts in Anspruch genommenen Maßnahme der öffentlichen Hand. Dieser Zusammenhang muß nicht in einem auf das betroffene vermögenswerte Recht bezogenen und in diesem Sinne zielgerichteten (gewollten, „finalen“) Geschehen bestehen<sup>74</sup>, muß aber – auch hier – ein „unmittelbarer“ sein<sup>75</sup>. Es müssen von der Eigenart einer hoheitlichen Maßnahme unmittelbar Auswirkungen auf die betroffene Rechtsposition ausgehen,

<sup>73</sup> BVerfG NJW 1971, S. 1211.

<sup>74</sup> BGHZ 37, S. 48; BGH DVBl. 1965, S. 83.

<sup>75</sup> BGH DVBl. 1968, S. 212; BGH NJW 1971, S. 607.

nicht nur mittelbar, d. h. unter Beteiligung weiterer Zwischenglieder des Einwirkungszusammenhangs. Deshalb war die Zerstörung des Verbindungsweges zwischen der Sandgrube und dem auf die fortdauernde Nutzung der Sandgrube angewiesenen Kunststeinwerk ein „unmittelbarer Eingriff“<sup>76</sup>. Deswegen war aber andererseits der Wassereinbruch auf ein gewerblich genutztes Grundstück wegen eines Rohrbruchs der gemeindlichen Wasserleitung ebensowenig ein „unmittelbarer Eingriff“<sup>77</sup> wie der Verkehrsunfall durch Versagen einer Verkehrsampel<sup>78</sup>. Es genügt nicht, daß zwischen einer hoheitlichen Maßnahme und der Eigentumsbeeinträchtigung ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht, wie es im Deliktsrecht ausreichend ist.

Der den Gewerbebetrieb beeinträchtigende Eingriff kann durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes erfolgen, oder er kann, als „enteignender“ Eingriff, in der schädigenden Nebenfolge einer administrativen Maßnahme rechtlicher oder faktischer Art bestehen. Die Unterschiedlichkeit der Eingriffshandlung bringt sich in der Verschiedenheit der Kriterien zur Geltung, die als Abwägungsgesichtspunkte dafür maßstäblich sind, ob dem Betroffenen ein „Sonderopfer“ abgefordert worden ist. Die bei der Beurteilung der Frage des Sonderopfers anzustellenden Erwägungen über den Ausgleich der betroffenen privaten und öffentlichen Interessen bilden für den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz die Entsprechung zur Ermittlung der Widerrechtlichkeit beim zivilrechtlichen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Selbständigkeit des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes der unternehmerischen Tätigkeit gegenüber dem deliktisch und negatorisch geschützten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb liegt hier klar zu Tage.

Im Fall des „enteignungsgleichen“ Eingriffs besteht das Sonderopfer in der Rechtswidrigkeit der das vermögenswerte Recht beeinträchtigenden Maßnahme. Mit der Feststellung, daß der Eingriff rechtswidrig ist, steht gerade das dem enteignungsgleichen Eingriff Eigentümliche fest, daß das dem Einzelnen durch den Eingriff auferlegte Opfer jenseits der gesetzlichen allgemeinen Opfergrenze liegt und damit ein entsprechend dem Gleichheitsgebot zu entschädigendes Sonderopfer darstellt<sup>79</sup>. Anders im Falle des „enteignenden“ Eingriffs. Bei diesem besteht das Sonderopfer in der Rechtswidrigkeit der als Nebenfolge eintretenden Schädigung, die sich aus der Unzumutbarkeit der Beeinträchtigung ableitet. An der Streitsache „Buschkrugbrücke“<sup>80</sup> kann der Unterschied beispielhaft verdeutlicht werden. Hinsichtlich der den Anlieger-Gewerbebetrieb schädigenden Straßen-

<sup>76</sup> BGH DVBl. 1968, S. 212.

<sup>78</sup> BGHZ 54, S. 332.

<sup>80</sup> BGH JZ 1965, S. 641.

<sup>77</sup> BGH NJW 1971, S. 607.

<sup>79</sup> BGHZ 32, S. 208.

bauarbeiten kommt eine Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht, soweit vermeidbare Verzögerungen oder Planungsfehler vorliegen. Hinsichtlich der ebenfalls den Betrieb schädigenden U-Bahnbauten dagegen kommt trotz einwandfreier Planung und verzögerungsfreier Ausführung ein Anspruch wegen enteignenden Eingriffs in Betracht, weil und soweit die nachteiligen Verkehrsbeschränkungen auf der Anliegerstraße ein unzumutbares Opfer abverlangen.

Auf andere Abwägungsgesichtspunkte wiederum muß sich die Überlegung richten, wenn die Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs auf einem Gesetz beruht. Der Gesetzgeber bestimmt abwägend, ausgleichend und gestaltend Inhalt und Schranken des Eigentums und hat dabei die Sozialpflichtigkeit des Eigentums zur Geltung zu bringen. Diese gesetzgeberische Sozialgestaltung muß, soll das Gesetz nicht unwirksam sein, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

Das in den Grenzen des Übermaßverbotes bleibende Gesetz muß, soll es nicht eine nur gegen Entschädigung zulässige Enteignung bewirken oder ermöglichen, unter dem Blickwinkel der Lastengleichheit für den Betroffenen zumutbar und muß unter dem Blickwinkel der Privatnützigkeit des Eigentums sachgerecht sein. Die praktische Bedeutung der Abwägungsprinzipien der Lastengleichheit und der Privatnützigkeit, vor allem im Bereich der Bodenordnung<sup>81</sup> und des Wirtschaftsverwaltungsrechts<sup>82</sup>, ist hier nicht im einzelnen zu untersuchen. Lediglich die methodische Einordnung dieser Gesichtspunkte in die Kategorien des Eigentumsschutzes ist zu kennzeichnen. Die individuelle Schutzwirkung der Eigentumsgarantie läßt sich aus dem allgemeinen Prinzip der Lastengleichheit der Staatsbürger ableiten, wonach das dem Einzelnen ausnahmsweise abgeforderte Opfer konkreter Rechte für das öffentliche Wohl durch Entschädigung ausgeglichen werden muß<sup>83</sup>. Die institutionelle Wirkung der Eigentumsgarantie, an der auch der einzelne Eigentümer teilhat, läßt sich in dem Prinzip der Privatnützigkeit zusammenfassen. Dieses Prinzip kann einen Maßstab für die Funktionsfähigkeit der wirtschaftlich als „Eigentum“, d. h. als Aktionsfeld privater Initiative und privaten Interesses, wirksamen vermögenswerten Rechte abgeben<sup>84</sup>. Zu diesen Rechten zählt auch die gegenständlich

<sup>81</sup> Badura, Eigentum (s. Anm. 4), S. 27 ff.

<sup>82</sup> Badura, Wirtschaftsverfassung (s. Anm. 70), S. 102 ff.; ders., in: v. Münch u. a., Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1972, S. 270 ff.

<sup>83</sup> BGHZ 6, S. 270; Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in: Reinhardt/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 63, 74, 104 ff.

<sup>84</sup> BVerfGE 24, S. 367 (390); 31, S. 229 (240); Reinhardt, Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen? in: Reinhardt/Scheuner (s. Anm. 83), S. 1, 12 ff.

verkörperte Unternehmenstätigkeit, der „engerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“.

## VII.

Offenkundig in der Frage des Sonderopfers, verdeckt aber auch bei den Merkmalen des unmittelbaren Eingriffs in ein vermögenswertes Recht ist die von der Verfassung mit dem Grundrecht des Art. 14 GG gemeinte und gesicherte Funktion des Eigentums im Gesamtzusammenhang der verfassungsrechtlichen Ordnung die ausschlaggebende Abwägungsrichtlinie. Die allgemein gefaßten Begriffe des zu einem Sonderopfer führenden Eingriffs in ein vermögenswertes Recht sind nicht zu einer Subsumtion geeignete Tatbestandsmerkmale eines grundrechtlichen Anspruchs, sondern der formale Vordergrund vielfältiger richterrechtlicher Wertungsgesichtspunkte, aus denen sich das Bestehen und der Inhalt eines derartigen Anspruchs im Einzelfall ableiten. Am Beispiel des Eigentumsschutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs sollte die Selbständigkeit und Eigenart dieser verfassungsrechtlichen Rechtsstellung gegenüber dem gleichnamigen zivilistischen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gezeigt werden. Der Eigentumsschutz des „Gewerbebetriebs“ besteht in dem Schutze der gegenständlich verkörperten unternehmerischen Tätigkeit in ihrer wirtschaftlichen Funktion, unter Wahrung der Privatnützigkeit und der Lastengleichheit.

### **Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung**

– Zum Umfang der Bindung des Ermessens an die Begriffe und den  
Tatbestand der Ermessensermächtigung –

GERD SCHMIDT-EICHSTAEDT

Das Thema „Verwaltungsermessen“ und die Problematik des „Beurteilungsspielraums“ sind nicht erst durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. 12. 1971<sup>1</sup> zur Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Entscheidungen der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende

<sup>1</sup> DÖV 1972, S. 419 ff. = DVBl. 1972, S. 388 ff.