

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 660

Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum

Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes
und der Eingriffsrechtfertigung

Von

Wolfgang Roth



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG ROTH

Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 660

Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum

**Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes
und der Eingriffsrechtfertigung**

Von

Dr. Wolfgang Roth, LL. M.



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Roth, Wolfgang:

Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum : Struktur
und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der
Eingriffsrechtfertigung / von Wolfgang Roth. —
Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 660)

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1994

ISBN 3-428-08109-9

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08109-9

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1993/94 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Mannheim als Dissertation angenommen.

Diese Stelle ist der angemessene Ort, all jenen Dank abzustatten, die zum Gelingen der Arbeit in so vielfältiger Weise beigetragen haben.

Zuvörderst gebührt Dank meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Wolf-Rüdiger Schenke, der das Thema anregte und mir bei dessen Bearbeitung, ungeachtet vieler wertvoller Hinweise, die volle wissenschaftliche Freiheit ließ. Danken möchte ich auch dem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. Hans-Wolfgang Arndt, der das Entstehen dieser Arbeit die Jahre über mit kritischen, aber stets wohlwollenden Augen verfolgt und sodann sein Gutachten in vorbildlich kurzer Zeit angefertigt hat. Herrn Professor Norbert Simon danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die 'Schriften zum Öffentlichen Recht' des Verlages Duncker & Humblot und allen Mitarbeitern des Verlages für die freundliche Betreuung der Veröffentlichung.

Da eine Arbeit dieses Umfangs nicht ohne materielle Absicherung zu schreiben ist, gilt mein Dank ferner der Studienstiftung des Deutschen Volkes, deren finanzielle Förderung von 1988 bis 1990 das Entstehen des Hauptteils der Arbeit ermöglichte, sowie dem Land Baden-Württemberg, dessen Graduiertenstipendium 1992/93 den Abschluß der Arbeit beförderte.

Meinen Eltern schulde ich Liebe und Dank für ihre nie nachlassende Unterstützung all die Jahre meines Studiums hindurch.

Schließlich, doch nicht zuletzt, danke ich meinem langjährigen Kollegen und Freund, Herrn wissenschaftlichen Assistenten Dirk Looschelders, für seine stete Diskussionsbereitschaft, sowie ferner allen Kollegen für ein angenehmes Arbeitsklima und meinen Freunden, namentlich aus der Katholischen Hochschulgemeinde Mannheim, für die gemeinsam verbrachten Stunden der Muße.

Mannheim, den 4. Februar 1994

Wolfgang Roth

Gliederungsübersicht

| | |
|--|-----|
| A. Einleitung | 1 |
| B. Der "faktische Eingriff" in Rechtsprechung und Literatur | 7 |
| I. Das klassische Eingriffsverständnis | 7 |
| II. Der Eingriffsbegriff in der neueren Literatur | 33 |
| III. Der Eingriffsbegriff in der neueren Rechtsprechung | 48 |
| IV. Zum Eingriffsverständnis der Europäischen Menschenrechtskonvention | 55 |
| C. Funktion und Struktur des Eingriffs in Abwehrrechte | 65 |
| I. Systematik der Grundrechte | 66 |
| II. Die Struktur der Abwehrrechte | 90 |
| III. Der Tatbestand der Abwehrrechte | 104 |
| IV. Der Eingriff als Erfüllung des Tatbestandes der Abwehrrechte | 125 |
| D. Die Elemente des Eingriffs | 129 |
| I. Der Handlungs-Zurechnungs-Komplex | 129 |
| II. Die Freiheitsbeeinträchtigung als Erfolgselement des Abwehrrechts- tatbestandes | 161 |
| III. Die abwehrrechtlich relevanten Gefahren | 179 |
| IV. Irrelevanz eines subjektiven Abwehrrechtstatbestandes | 199 |
| V. Nicht vollendete Eingriffe in Abwehrrechte | 206 |
| E. Faktische Eingriffe in Abwehrrechte | 225 |
| I. Die Kategorien von Eingriffen in Abwehrrechte | 225 |
| II. Der abwehrrechtliche Schutz gegen faktische Eingriffe | 230 |
| III. Fallorientierte Anwendung der Eingriffskriterien | 280 |

| | |
|---|-----|
| F. Faktische Eingriffe bei dreipoligen Konstellationen | 298 |
| I. Die Gefahrschaffungsgefahr..... | 298 |
| II. Sequentielle Beeinträchtigungskonstellationen..... | 329 |
| III. Kumulative Beeinträchtigungskonstellationen | 388 |
| IV. Indirekt Verletzte..... | 393 |
| V. Ergebnis..... | 395 |
| G. Grundrechte als Leistungsrechte | 397 |
| I. Bedeutung und Tragweite etwaiger Leistungsrechte | 398 |
| II. Zur Existenz grundrechtlicher Leistungsrechte | 413 |
| H. Die Eingriffsrechtfertigung | 453 |
| I. Die Rechtfertigungsproblematik..... | 453 |
| II. Die Schranken der Abwehrrechte | 456 |
| III. Der Vorbehalt des Gesetzes | 496 |
| IV. Der Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes..... | 512 |
| V. Die Rechtfertigung faktischer Eingriffe..... | 555 |
| VI. Zur Praktikabilität der Rechtfertigungskriterien | 649 |
| Ergebnisse | 658 |
| Literaturverzeichnis | 677 |
| Sachverzeichnis | 692 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 1 |
| B. Der "faktische Eingriff" in Rechtsprechung und Literatur | 7 |
| I. Das klassische Eingriffsverständnis | 7 |
| 1. Bedeutung der früheren Diskussion | 7 |
| a) Der sogenannte "klassische Eingriffsbegriff" | 7 |
| b) Problementität | 8 |
| 2. Die Eingriffsdiskussion vor 1949..... | 10 |
| a) In der Rechtsprechung | 10 |
| aa) Preußisches Obertribunal | 10 |
| bb) Reichsgericht..... | 12 |
| cc) Preußisches Oberverwaltungsgericht..... | 15 |
| b) In der Literatur | 21 |
| aa) Otto Mayer..... | 21 |
| bb) Gerhard Anschütz | 24 |
| cc) Walter Jellinek..... | 26 |
| dd) Fritz Fleiner | 27 |
| 3. Kein "klassischer Eingriffsbegriff" | 29 |
| 4. Änderung der prozessualen Ausgangslage nach 1949..... | 32 |
| II. Der Eingriffsbegriff in der neueren Literatur | 33 |
| 1. Beachtlichkeit faktischer Eingriffe | 33 |
| 2. Darstellung und Kritik einzelner Zurechnungskriterien..... | 34 |
| a) Unmittelbarkeit | 35 |
| b) Finalität | 37 |
| c) Vorhersehbarkeit | 40 |
| d) Adäquanztheorie | 40 |
| e) Sozialadäquanz | 42 |
| f) Theorie der wesentlichen Bedingung | 43 |
| g) Normzwecktheorie | 43 |
| h) Wirkungsgleichheit..... | 46 |
| 3. Resümee | 47 |
| III. Der Eingriffsbegriff in der neueren Rechtsprechung | 48 |

| | |
|--|-----|
| IV. Zum Eingriffsverständnis der Europäischen Menschenrechtskonvention | 55 |
| 1. Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Grundrechtsinterpretation | 55 |
| 2. Die Beschwerdebefugnis des Verletzten und des "indirekt Verletzten" | 56 |
| 3. Das Eingriffsverständnis unter der Europäischen Menschenrechtskonvention | 58 |
| 4. Resümee | 63 |
| | |
| C. Funktion und Struktur des Eingriffs in Abwehrrechte | 65 |
| I. Systematik der Grundrechte | 66 |
| 1. Die Funktion der Grundrechte | 66 |
| a) Freiheit als Grundrechtsgut | 67 |
| b) Kategorien grundrechtlicher Gewährleistungen | 71 |
| aa) Die Gewährleistungsebene: Primäre, sekundäre und tertiäre Rechte | 71 |
| bb) Die Dimension grundrechtlicher Gewährleistungen | 73 |
| cc) Die Tendenz grundrechtlicher Gewährleistungen: Ist-Freiheit / Soll-Freiheit | 74 |
| c) Typologie der Grundrechte | 74 |
| 2. Die Grundrechte als Abwehrrechte | 78 |
| a) Zivilrechtliche Schadensersatz- und Integritätsansprüche | 79 |
| aa) Schadensersatzansprüche | 79 |
| bb) Integritätsansprüche | 81 |
| cc) Verschuldenserfordernis | 85 |
| b) Abwehrrechtliche Sekundär- und Tertiäransprüche als Integritätsansprüche | 85 |
| c) Zusammenfassung | 88 |
| II. Die Struktur der Abwehrrechte | 90 |
| 1. Allgemeine Struktur von Normen | 90 |
| 2. Struktur der Grundrechte | 94 |
| a) Tatbestand und Rechtsfolge | 94 |
| b) Rechtfertigung | 95 |
| c) Verhaltenssteuerung | 97 |
| d) Tun und Unterlassen | 99 |
| 3. Die Struktur der Abwehrrechte im besonderen | 101 |
| III. Der Tatbestand der Abwehrrechte | 104 |
| 1. Der objektive Tatbestand der Abwehrrechte | 104 |
| a) Handlungselement | 104 |
| aa) Grundrechtsadressat | 105 |

| | |
|--|------------|
| bb) Handlung | 106 |
| (1) Die Handlungsanrechnung | 106 |
| (2) Der Handlungswille | 108 |
| b) Erfolgselement..... | 111 |
| aa) Der Schutzbereich..... | 111 |
| bb) Die Schutzbereichsbeeinträchtigung..... | 113 |
| c) Kausalität und Zurechnung..... | 114 |
| 2. Der subjektive Tatbestand der Abwehrrechte | 118 |
| a) Kognitive Komponente | 120 |
| b) Voluntative Komponente..... | 121 |
| c) Verhältnis beider Komponenten | 122 |
| IV. Der Eingriff als Erfüllung des Tatbestandes der Abwehrrechte..... | 125 |
| D. Die Elemente des Eingriffs | 129 |
| I. Der Handlungs-Zurechnungs-Komplex..... | 129 |
| 1. Der Grundgedanke der materiellen Erfolgszurechnung..... | 129 |
| 2. Abgrenzung zur Gefährdungshaftung..... | 132 |
| 3. Zurechnungslehren in anderen Rechtsgebieten und offene Fragen..... | 134 |
| 4. Die Feststellung der Gefahr | 135 |
| a) Die Basis der Gefahrbeurteilung | 135 |
| aa) Ex-ante- und Ex-post-Beurteilung..... | 135 |
| bb) Mögliche Beurteilungsperspektiven | 137 |
| cc) Irrelevanz objektiver Ex-ante-Erkenbarkeit..... | 139 |
| dd) Heranziehung allen verfügbaren Wissens | 145 |
| b) Der Grad der erforderlichen Gefahr | 150 |
| 5. Das Problem der abwehrrechtlichen Gefahrrelevanz | 154 |
| a) Notwendigkeit eines Korrektivs | 154 |
| b) Originäre Begründung der abwehrrechtlichen Relevanz einer Gefahr.. | 155 |
| c) Keine abwehrrechtliche Sorgfaltswidrigkeit | 157 |
| d) Die Erfolgsbezogenheit der Gefahrrelevanz..... | 160 |
| II. Die Freiheitsbeeinträchtigung als Erfolgselement des Abwehrrechts- tatbestandes | 161 |
| 1. Elemente der Freiheit..... | 161 |
| a) Zielsetzung und Zielverwirklichung - Wollen und Können..... | 161 |
| b) Das Können: Natürliche und rechtliche Handlungsfähigkeit..... | 162 |
| c) Das Wollen | 166 |
| 2. Formen der Freiheitsbeeinträchtigung | 166 |
| a) Beeinträchtigungen des Könnens | 166 |
| aa) Beeinträchtigungen des rechtlichen Könnens..... | 167 |
| bb) Beeinträchtigungen des natürlichen Könnens | 176 |
| cc) Auswirkungen der Akzessorietät | 177 |

- b) Beeinträchtigungen des Wollens 178
- III. Die abwehrrechtlich relevanten Gefahren..... 179
 - 1. Die Gewalt 179
 - 2. Die Pression 180
 - a) Gebote und Verbote: Das Dürfen 181
 - b) Sonstige Pressionen 183
 - aa) Zwangsmäßigkeit der Auswirkungen 183
 - bb) Die Willensentschließung 185
 - cc) Die Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit..... 186
 - dd) Die Selbstverantwortlichkeit 189
 - ee) Das Vernünftigkeitprinzip 191
 - ff) Selbstverantwortlichkeit und Selbstbehauptung..... 196
 - gg) Resümee 197
 - 3. Ergebnis..... 198
- IV. Irrelevanz eines subjektiven Abwehrrechtstatbestandes 199
 - 1. Irrelevanz kognitiver oder voluntativer Momente..... 199
 - 2. Irrelevanz eines Verschuldens 203
 - 3. Objektive Wertordnung 205
 - 4. Ergebnis..... 205
- V. Nicht vollendete Eingriffe in Abwehrrechte..... 206
 - 1. Die Arten nicht vollendeter Eingriffe in Abwehrrechte 206
 - 2. Funktionell gebotene Erweiterung des Eingriffsbegriffes 208
 - a) Vergleichbarkeit der Rechtsfolgen 209
 - b) Verhaltenssteuerungsfunktion 210
 - 3. Die nicht vollendeten Eingriffe als Eingriffe in Abwehrrechte 212
 - a) Unvollendete Eingriffe..... 212
 - aa) Sichere Gefahrverwirklichung..... 213
 - bb) Bezweckte Gefahrverwirklichung 214
 - cc) Mögliche Gefahrverwirklichung..... 217
 - dd) Unvollendete Eingriffe und die strafrechtliche Versuchs-
dogmatik 219
 - ee) Ergebnis 220
 - b) Fehlgeschlagene Eingriffe 220
 - c) Bevorstehende Eingriffe..... 222
 - 4. Ergebnis..... 223
- E. Faktische Eingriffe in Abwehrrechte..... 225**
 - I. Die Kategorien von Eingriffen in Abwehrrechte 225
 - II. Der abwehrrechtliche Schutz gegen faktische Eingriffe..... 230

| | |
|---|------------|
| 1. Der textliche Befund | 231 |
| a) Die Begrifflichkeit des Grundgesetzes | 231 |
| b) Wortlautanalyse | 234 |
| aa) Zwang | 234 |
| bb) Zensurverbot | 235 |
| cc) Schutz der Koalitionsfreiheit | 236 |
| dd) Durchsuchung | 239 |
| ee) Enteignung | 240 |
| ff) Ergebnis | 242 |
| c) Strukturanalyse | 242 |
| 2. Systematische Interpretation | 243 |
| 3. Historische Interpretation | 246 |
| a) Pressefreiheit | 247 |
| b) Auswanderungsfreiheit | 248 |
| c) Vereinigungsfreiheit | 250 |
| d) Fazit | 251 |
| 4. Genetische Interpretation | 251 |
| a) Enteignungsschädigung | 251 |
| b) Asylrecht | 254 |
| c) Zitiergebot | 255 |
| 5. Zwischenergebnis | 257 |
| 6. Teleologische Interpretation: Die Schutzbedürftigkeit der Freiheit auch gegenüber faktischen Eingriffen | 259 |
| 7. Die Irrelevanz der Beeinträchtigungsintensität | 267 |
| a) Das "Geringfügigkeitsprinzip" | 268 |
| aa) Ausschluß der Schutzbereichsbeeinträchtigung wegen Geringfügigkeit? | 269 |
| bb) Bagatellvorbehalt als Rechtfertigungsgrund? | 270 |
| b) Die Beeinträchtigungsrelevanz geringfügiger Nachteile | 272 |
| III. Fallorientierte Anwendung der Eingriffskriterien | 280 |
| 1. Fallgruppen zweipoliger Verhältnisse | 280 |
| 2. Schlichte Beeinträchtigungen | 282 |
| 3. Folgebeeinträchtigungen | 284 |
| 4. Ergebnis | 296 |
| F. Faktische Eingriffe bei dreipoligen Konstellationen | 298 |
| I. Die Gefahrschaffungsgefahr | 298 |
| 1. Arten dreipoliger Beeinträchtigungskonstellationen | 298 |
| 2. Die Zurechenbarkeit sequentieller Fernwirkungen | 301 |
| a) Problemstellung | 301 |
| b) Die Schaffung einer Gefahrschaffungsgefahr | 304 |

| | |
|---|------------|
| 3. Die abwehrrechtliche Relevanz der Gefahrschaffungsgefahr | 307 |
| a) Ablehnung eines allgemeinen abwehrrechtlichen Verantwortungs- prinzips..... | 307 |
| b) Die abwehrrechtlich relevante Gefahr: Das Vernünftigekeitsprinzip | 312 |
| c) Keine Subsidiarität abwehrrechtlicher Ansprüche | 315 |
| d) Träger öffentlicher Gewalt als Kausalmitler | 321 |
| e) Fremde Staaten als Kausalmitler..... | 325 |
| f) Ergebnis | 328 |
| II. Sequentielle Beeinträchtigungskonstellationen..... | 329 |
| 1. Vorteilhafte Einwirkungen auf den Kausalmitler | 329 |
| a) Erweiterung des rechtlichen Könnens des Kausalmitlers | 329 |
| aa) Überlagerndes zweipoliges Verhältnis..... | 330 |
| bb) Keine Erschöpfung im zweipoligen Verhältnis | 333 |
| b) Erweiterung des natürlichen Könnens des Kausalmitlers | 336 |
| aa) Wettbewerbskonstellationen / Subventionsfälle..... | 336 |
| bb) Öffentliche Warnungen | 339 |
| cc) Subventionierung privater Warnungen | 341 |
| c) Erweiterung des Dürfens des Kausalmitlers: Staatliche Genehmigungen..... | 342 |
| aa) Abwehrrechtliche Irrelevanz bloßen Nichtverbotens | 342 |
| bb) Ansatzpunkte einer abwehrrechtlichen Verantwortlichkeit | 344 |
| cc) Überlagerndes zweipoliges Verhältnis..... | 346 |
| dd) Keine Erschöpfung in zweipoligen Verhältnissen | 348 |
| (1) Die Genehmigung als Einwirkung auf den Kausalmitler | 348 |
| (2) Die Beeinträchtigung des natürlichen Könnens | 350 |
| ee) Baurechtliche Nachbarklagen..... | 355 |
| d) Zwischenergebnis | 361 |
| 2. Nachteilige Einwirkungen auf den Kausalmitler..... | 361 |
| a) Kein genereller Ausschluß der Zurechenbarkeit | 362 |
| b) Unterlassene Nachteilsabwehr: Das Selbstbehauptungsprinzip | 363 |
| c) Ausnahmen vom Selbstbehauptungsprinzip..... | 366 |
| aa) Erfolgreiche Selbstbehauptung: Die Relevanz der Rechtmäßigkeit für die Zurechnung..... | 366 |
| bb) Uninteressante Selbstbehauptung: Minderes Interesse des Kausalmitlers | 375 |
| cc) Verhinderte Selbstbehauptung: Einschüchterung des Kausalmitlers | 377 |
| dd) Unnötige Selbstbehauptung: Nachteilsabwälzung..... | 380 |
| d) Zwischenergebnis | 381 |
| 3. Neutrale Einwirkungen auf den Kausalmitler | 381 |

| | |
|---|------------|
| III. Kumulative Beeinträchtigungskonstellationen | 388 |
| 1. Isolierte Wirkmechanismen | 388 |
| 2. Nicht isolierte Wirkmechanismen | 391 |
| IV. Indirekt Verletzte | 393 |
| V. Ergebnis | 395 |
| | |
| G. Grundrechte als Leistungsrechte | 397 |
| I. Bedeutung und Tragweite etwaiger Leistungsrechte | 398 |
| 1. Abgrenzung von Abwehr- und Leistungsrechten | 398 |
| a) Privatschulsubventionierung | 398 |
| b) Das Gleichheitsrecht als Abwehrrecht | 401 |
| c) Prozeßkostenhilfe | 406 |
| d) Fazit | 409 |
| 2. Subjektiv-rechtlicher Charakter der Leistungsrechte | 410 |
| II. Zur Existenz grundrechtlicher Leistungsrechte | 413 |
| 1. Bewahrungsrechte auf Schutz und Beistand | 413 |
| a) Benannte Bewahrungsrechte | 413 |
| b) Unbenannte Bewahrungsrechte | 414 |
| aa) Grundrechtliche Schutzrechte | 415 |
| bb) Grundrechtliche Beistandsrechte | 420 |
| c) Inhaltliche Reichweite der Bewahrungsrechte | 421 |
| 2. Förderungsrechte | 423 |
| a) Benannte Förderungsrechte | 423 |
| b) Unbenannte Förderungsrechte | 425 |
| c) Inhaltliche Reichweite der Förderungsrechte | 433 |
| 3. Keine durchgreifenden Einwände gegen Leistungsrechte | 436 |
| a) Unmöglichkeit | 436 |
| b) Unbestimmtheit | 438 |
| c) Unmittelbare Vollziehbarkeit | 439 |
| d) Grundgesetzliche Kompetenzordnung | 442 |
| e) Gewaltenteilung | 443 |
| f) Resümee | 452 |
| | |
| H. Die Eingriffsrechtfertigung | 453 |
| I. Die Rechtfertigungsproblematik | 453 |
| II. Die Schranken der Abwehrrechte | 456 |
| 1. Dogmatik der Abwehrrechtsschranken | 456 |
| a) Die Konstituierung von Abwehrrechtsschranken | 456 |

| | | |
|------|---|-----|
| aa) | Das Prinzip der praktischen Konkordanz..... | 456 |
| bb) | Explizite und implizite Abwehrrechtsschranken | 459 |
| cc) | Schrankenbegründende Kollisionslagen..... | 461 |
| (1) | Grundrechtskollisionen | 461 |
| (a) | Entstehung..... | 461 |
| (b) | Limitierungen | 463 |
| (c) | Konstellationen von Grundrechtskollisionen | 464 |
| (2) | Verfassungskollisionen | 470 |
| (a) | Entstehung..... | 470 |
| (b) | Konstellationen von Verfassungskollisionen | 473 |
| b) | Die Aktivierung von Abwehrrechtsschranken | 475 |
| c) | Die Aktualisierung von Abwehrrechtsschranken | 476 |
| 2. | Kompetentielle und substantielle Aspekte der Schrankenaktivierung bzw. -aktualisierung..... | 476 |
| a) | Der Vorbehalt des Gesetzes als kompetentielle Schranken- voraussetzung | 476 |
| b) | Die substantiellen Schrankenvoraussetzungen | 479 |
| 3. | Das System der Abwehrrechtsschranken | 481 |
| a) | Strukturen der Abwehrrechtsschranken..... | 481 |
| b) | Die Wesensnatur von Abwehrrechtsschranken..... | 482 |
| aa) | Zum Freiheitsverständnis des Grundgesetzes | 483 |
| bb) | Tatbestandsausschließende Pflichtenkollision | 488 |
| c) | Die Aktivierung von Abwehrrechtsschranken | 493 |
| III. | Der Vorbehalt des Gesetzes | 496 |
| 1. | Der Geltungsgrund des Vorbehalts des Gesetzes | 496 |
| a) | Demokratische Vorbehaltskomponente | 496 |
| b) | Rechtsstaatliche Vorbehaltskomponente | 500 |
| c) | Gewaltenteilungsprinzip | 501 |
| d) | Abwehrrechtlicher Vorbehalt des Gesetzes | 502 |
| 2. | Grenzen des Prinzips des Vorbehalts des Gesetzes | 503 |
| a) | Demokratiethoretisch fundierte Begrenzungen..... | 503 |
| aa) | Keine alleinige demokratische Legitimation des Parlaments | 504 |
| bb) | Beschränkung des Parlaments auf das Wesentliche | 505 |
| b) | Rechtsstaatliche Begrenzungen | 507 |
| c) | Gewaltenteilung | 510 |
| d) | Resümee | 511 |
| IV. | Der Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes..... | 512 |
| 1. | Keine ausnahmslose Geltung eines Vorbehalts des Gesetzes..... | 512 |
| 2. | Kein Vorbehalt des Gesetzes zur Aktivierung von Schutzbereichs- schranken..... | 515 |
| a) | Konzeptionelle Deplaziertheit eines Vorbehalts des Gesetzes bei Grundrechtskollisionen | 516 |

- b) Funktionslosigkeit eines Vorbehalts des Gesetzes bei Grundrechtskollisionen517
 - aa) Gesetzliche Durchsetzungsanordnung und Schrankenaktivierung517
 - bb) Materielle Determination der Schutzbereichsschranken521
- c) Rechtsstaatliche Unbedenklichkeit526
- d) Gewaltenteilungsprinzip526
- e) Mißliche Konsequenzen531
 - aa) Das Handlungsdilemma531
 - bb) Der Lähmungseffekt533
- f) Fehlwertungen537
- g) Anhaltspunkte im Grundgesetz540
 - aa) Benannte Grundrechtskollisionsfälle540
 - bb) Benannte Verfassungskollisionsfälle547
- 3. Ergebnis und praktische Konsequenzen549
- V. Die Rechtfertigung faktischer Eingriffe.....555
 - 1. Die Gefahrschaffung als Gegenstand der Rechtfertigung.....555
 - 2. Die Relativität der Rechtswidrigkeitsbewertung558
 - a) Die Trägerbezogenheit der Abwehrrechte559
 - b) Die Tatbestandsbezogenheit von Rechtswidrigkeitsbewertungen.....565
 - 3. Die materielle Rechtfertigung faktischer Eingriffe.....573
 - a) Der Maßstab der Rechtfertigung574
 - b) Annexe Gefahrschaffungen577
 - c) Die Veränderlichkeit der materiellen Rechtmäßigkeitsbewertung.....580
 - aa) Neue Erkenntnisse über die Gefahrschaffung.....582
 - bb) Neue Erkenntnisse über die Rechtfertigungsgründe583
 - d) Die Aufopferungsentschädigung als Rechtmäßigkeitsbedingung587
 - aa) Dogmatische Begründung587
 - bb) Konsequenzen für die Höhe der Entschädigung.....592
 - 4. Die kompetentielle Rechtfertigung faktischer Eingriffe595
 - a) Einhaltung der allgemeinen Kompetenzordnung595
 - b) Geltung des Vorbehalts des Gesetzes für faktische Eingriffe596
 - aa) Die "klassische" Vorbehaltsformel597
 - bb) Der Vorbehalt des Gesetzes bei faktischen Eingriffen598
 - c) Die gebotene Regelungsdichte der Eingriffsermächtigung600
 - aa) Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung602
 - (1) Vergleich von Eingriffsermächtigung und Verordnungsermächtigung602
 - (2) Das Bestimmen von Inhalt, Zweck und Ausmaß604
 - bb) Das Bestimmtheitsgebot606

- (1) Generalklauseln als Eingriffsermächtigungen..... 606
 - (a) Statthaftigkeit von Generalklauseln 607
 - (b) Die Generalklausel als Durchsetzungsanordnung 610
- (2) Bestimmtheit von Zweck und Inhalt 611
- (3) Bestimmtheit des Ausmaßes 615
- cc) Ergebnis 615
- 5. Die formelle Rechtfertigung faktischer Eingriffe..... 616
 - a) Die Problematik 616
 - b) Der Anwendungsbereich des Zitiergebotes 617
 - c) Die Tragweite des Zitiergebotes..... 619
 - aa) Die Klarstellungsfunktion des Zitiergebotes 620
 - bb) Die Bedeutung der Zitierung für die Interpretation des Gesetzes .. 622
 - cc) Der Gegenstand der Zitierpflicht 623
 - (1) Zitierung der bezweckten primären Gefahrschaffungen..... 624
 - (2) Keine Zitierung der nicht bezweckten annexen Gefahrschaffungen 625
 - d) Ergebnis 630
- 6. Rechtmäßige Alternativeingriffe 631
 - a) Problematik 631
 - b) Dogmatische Einordnung rechtmäßiger Alternativeingriffe 632
 - aa) Dogmatisch-konstruktive Verortung 632
 - bb) Dogmatische Fundierung rechtmäßiger Alternativeingriffe 636
 - c) Voraussetzungen der Berücksichtigung rechtmäßiger Alternativ-
eingriffe 641
 - d) Fallgruppen rechtmäßiger Alternativeingriffe..... 645
- VI. Zur Praktikabilität der Rechtfertigungskriterien 649
 - 1. Zur kompetentiellen Rechtfertigung 649
 - 2. Zur formellen Rechtfertigung: Das Zitiergebot 651
 - 3. Zur materiellen Rechtfertigung..... 653
- Ergebnisse..... 658**
- Literaturverzeichnis 677**
- Sachverzeichnis 692**

Abkürzungsverzeichnis¹

| | |
|-----------------|--|
| Collection | Collection of Decisions / Recueil de Décisions |
| EGMR | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte |
| E.H.R.R. | European Human Rights Report |
| EKMR | Europäische Kommission für Menschenrechte |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. 1952 II S. 685) |
| Entwürfe | Parlamentarischer Rat, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Entwürfe), Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums, Bonn 1948/49 |
| Eur. Com. H.R. | European Commission of Human Rights |
| Eur. Court H.R. | European Court of Human Rights |
| Gruchot | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot |
| HA-Steno | Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, Stenographische Protokolle, Bonn 1948/49 |
| MEPolG | Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder (Text s. etwa bei <i>Schenke</i> , Polizei- und Ordnungsrecht, Anhang) |
| OTr | Königliches Ober-Tribunal (Preußen) |
| OTrE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals |
| PrALR | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. Juni 1794, Neue Ausgabe 1817 in 4 Bänden |
| PrGS | Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten |

¹ Dieses Abkürzungsverzeichnis führt nur die weniger geläufigen Abkürzungen auf. Die übrigen verwandten Abkürzungen sind allgemein gebräuchlich; auf ihre Aufnahme wurde daher verzichtet. S. diesbezüglich *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. 1992.

| | |
|---------------------|---|
| PrOVG | Preußisches Oberverwaltungsgericht |
| PrOVGE | Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes |
| PrVBl. | Preußisches Verwaltungsblatt |
| PrVerfUrk | Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| Striethorsts Archiv | Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober-Tribunals, ab Band 23: Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals gelangt sind, Hrsg. Theodor Striethorst |
| v. | <i>versus</i> (gegen) |
| Vol. | Volume (Band) |
| WRV | Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung) |
| Yearbook | Yearbook of the European Convention on Human Rights / Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme |

A. Einleitung

Das Schreiben einer Einleitung zu einer Arbeit über "faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum" stellt den Verfasser vor ein Dilemma: Verstünde sich von selbst, was unter einem "faktischen Eingriff" zu verstehen ist, hätte ein großer Teil dieser Arbeit nicht geschrieben werden müssen; ist die Bedeutung des Begriffes aber nicht klar, so stünde am Anfang sinnvollerweise eine Erläuterung desselben - allein, der Umfang der Arbeit zeigt, daß eine solche weit über das in einer Einleitung zu Leistende hinausginge. Nicht nur geht es in dieser Arbeit um eine *Lösung* des Problems der "faktischen Eingriffe", das *Problem* selbst bedarf zuvor einer genauen Definition. "Eingriffe in Freiheit und Eigentum" sind seit langem geläufig¹ und besitzen eine in ihrem Kern sichere Bedeutung: wenn der Staat dem Bürger ein Handeln ge- oder verbietet oder ihm durch Enteignung sein Eigentum entzieht, so greift er nach jedem denkbaren Verständnis in die Freiheit oder das Eigentum des Betroffenen ein. Die "faktischen Eingriffe" hingegen umfassen geradezu die weniger eindeutigen Konstellationen, in denen der Staat eben nicht Befehle als unzweifelhafte Äußerungen hoheitlicher Macht erteilt, sondern sich wesentlich subtilerer - wengleich nicht notwendig weniger effektiver - Methoden bedient.

Die Vielzahl staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf den einzelnen spiegelt die Komplexität des Lebens in der modernen Gesellschaft wider. Diese hat den Menschen nie gekannte Entfaltungsmöglichkeiten eröffnet und ihnen hierdurch neue Freiheiten erschlossen. Notwendiges Korrelat jeder Freiheitserweiterung ist indessen die Vervielfachung der Gefahren für diese so erweiterte Freiheit, denn je mehr man besitzt, desto mehr kann einem genommen werden. Hinzu kommt, daß zusätzliche Entfaltungschancen neue Konflikte unter den Bürgern heraufbeschwören und so die Ordnungsmacht des Staates fordern; in der Wahrnehmung dieser Ordnungsaufgaben liegen wiederum Gefahren für die individuelle Freiheit begründet. Schließlich birgt nicht nur die Freiheitserweiterung selbst ihre Risiken in sich; allein die technologische und organisatorische Entwicklung stellt dem Staat fortwährend neue Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung, deren Umsetzung beschwerend auf Freiheit und Eigentum der Bürger zurückwirken kann.

¹ Vgl. hierzu *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 117 ff., auch mit Nachweisen, daß die "Freiheit und Eigentum"-Formel im Sinne einer "ganzheitlichen Bezeichnung der persönlichen und sachlichen Freiheitssphäre des Bürgers" zu verstehen ist (S. 132).

Schon die in Teil B dieser Arbeit aufgenommenen Fallbeispiele illustrieren die unüberschaubare Vielfalt von Situationen, in denen sich Bürger in der Wahrnehmung ihrer Freiheit oder im Genuß ihres Eigentums beeinträchtigt fühlen; sie geben zugleich einen Eindruck von der eminenten Bedeutung des mit dem Stichwort des "(faktischen) Eingriffs" angesprochenen Problemkreises. Die Grundrechte sind nicht nur für das gesamte Staatsverständnis des Grundgesetzes konstitutiv, bilden seine oberste Leitidee und eine Schranke für jedes staatliche Handeln. Sie beherrschen zunehmend das Bewußtsein der Bürger unseres Staates und werden immer bereitwilliger insbesondere im gerichtlichen Klagewege allen ungenehmen staatlichen Entscheidungen und Maßnahmen entgegengehalten. Der einzelne ist immer weniger gewillt, erlittene Nachteile und Interesseneinbußen als Unglück oder Schicksal hinzunehmen, sondern betrachtet sie als Unrecht, für das jemand, und das heißt zunehmend: der Staat, einzustehen habe. Während es zwar dem einfachen Gesetzgeber unbenommen ist, dem einzelnen auf einfachgesetzlicher Ebene die rechtliche Möglichkeit und Macht zur Durchsetzung seiner Interessen zu verleihen, so sind doch bei Abwesenheit solch einfachgesetzlich eingeräumter subjektiver Rechte die Grundrechte der einzige Ansatzpunkt, dieses Ziel zu verfolgen und den Staat in Verantwortung zu nehmen. Der Begriff des "Eingriffs" nimmt hier eine erste Trennung von Streu und Weizen vor: ohne Eingriff in seine Rechte vermag kein Bürger den Staat in seine Schranken zu verweisen; er mag die fragliche Maßnahme politisch bekämpfen, doch rechtlich hat er sie dann hinzunehmen. Der "Eingriff" grenzt in diesem Sinne die Sphäre des vom Bürger einer Rechtskontrolle zuführbaren von der des nur objektivrechtlich gebundenen oder gar rein politischen staatlichen Handelns ab.

Die Untersuchung beginnt mit einer Bestandsaufnahme und Darstellung von Rechtsprechung und Literatur zu dem interessierenden Themenkreis. Damit soll nicht nur den Anforderungen an die Vollständigkeit einer Arbeit genügt werden, sondern, wie schon erwähnt, auch ein erster - intuitiver - Zugang zu dem Problemkreis des "faktischen Eingriffs" erschlossen werden. Es wird nicht verkannt, daß die Positionierung dieses Überblicks am Anfang der Arbeit, insofern ja der Begriff des "faktischen Eingriffs" nicht selbsterläuternd und damit das Themenfeld nicht eindeutig abgesteckt ist, das theoretische Bedenken provozieren könnte, inwieweit es möglich ist, Beispiele für ein noch nicht präzise definiertes Problem anzugeben. Indessen müßte auch das gliederungsmäßige Vorziehen der eigenen Problemdefinition Schwierigkeiten mit sich bringen: Eine theoretische Problembeschreibung genügt nur dann praktischen Anforderungen, wenn sie die tatsächlich entstehenden und diskutierten Probleme erfaßt; wenn dann lediglich Beispiele angeführt werden, die der eigenen Definition unterfallen, ließe sich leicht mutmaßen, die Beispiele seien definitionsgerecht gefiltert worden. Es kann aber nicht darum gehen, Beispiele als Beleg für die Tauglichkeit des eigenen Lösungsansatzes zu finden, sondern

umgekehrt muß sich dieser Ansatz an den in der (gerichtlichen) Praxis auftauchenden Fragestellungen messen lassen. Die Fallbeispiele an den Anfang zu stellen, entspricht im übrigen auch der tatsächlichen Entstehungsweise dieser Arbeit, an deren Beginn die Frage stand, welche Konstellationen nicht eindeutiger Eingriffe in Freiheit und Eigentum Rechtsprechung und Literatur - bei allen terminologischen und dogmatischen Unklarheiten im Detail - beschäftigt haben und diskutiert werden. Im Rahmen dieser Bestandsaufnahme wurde die vorgefundene Terminologie durchweg beibehalten, da die Einführung einer eigenen Begrifflichkeit einerseits bereits eine Verfälschung dargestellt, andererseits aber auch eine Vielzahl bestehender Unklarheiten fälschlich geglättet hätte.

Im Rahmen der Bestandsaufnahme in Teil B wird ein solches Ausmaß an Unklarheit in Rechtsprechung und Literatur offenbar werden, daß jeder Versuch der Entwicklung eines Eingriffsbegriffes von vornherein aussichtslos erscheinen muß, sofern er nicht ganz grundsätzlich angelegt ist. Da "faktische Eingriffe" in Freiheit und Eigentum einen Ausschnitt aus dem Gesamtkomplex der "Eingriffe" darstellen, werden in den Teilen C und D zunächst Funktion und Struktur der "Eingriffe" im Gesamtsystem der Grundrechte analysiert sowie eine detaillierte Untersuchung einzelner Elemente des Eingriffs angestellt. In Teil E ist sodann die Definition des "faktischen Eingriffs" und seine Untersuchung auf etwaige Besonderheiten möglich, während in Teil F die Ausweitung des Eingriffsbegriffes auf komplexere Sachverhaltskonstellationen unternommen wird. Teil G mit seiner gedrängten Betrachtung grundrechtlicher Leistungsansprüche dient erstens der Vervollständigung des Systems der Grundrechte, in welches der Eingriffsbegriff einzuordnen ist, bildet vor allem aber eine Hinleitung auf den abschließenden Teil H, welcher sich mit der Rechtfertigung faktischer Eingriffe in Freiheit und Eigentum zu befassen hat: Das bloße Vorliegen eines Eingriffs zieht nämlich keine praktischen Folgen nach sich, sofern der Staat zur Vornahme des Eingriffs grundgesetzlich berechtigt ist.

Die Anlage dieser Arbeit mußte notwendigerweise ziemlich umfassend geraten. Denn die Tragweite der Bestimmung "faktischer Eingriffe" für das gesamte Wirken des Staates erzwingt die Berücksichtigung der Auswirkungen des Eingriffsbegriffes auf das gesamte System. Kein Rechtsbegriff darf isoliert von dem System gesehen werden, in das er eingebettet ist, und wenn man sich auch oft über die Wertungen streiten mag, die einzelnen Begriffsbestimmungen zugrundeliegen - jedenfalls muß das System widerspruchsfrei sein und zu in sich konsistenten praktikablen Ergebnissen führen. Ohne daher einen ohnehin unerfüllbaren Anspruch auf Vollständigkeit bei der Behandlung von Vorfällen und Folgeproblemen zu erheben, geht es doch immerhin darum, aufzuzeigen, daß sich der hier entwickelte Eingriffsbegriff sinnvoll in ein allgemei-