

das Vermögen als solches.⁴⁴ Es müssen subjektive Eigentumsrechte beeinträchtigt sein, nicht bloße Interessen, Chancen, Hoffnungen und Erwartungen des Eigentümers.⁴⁵

Den „*eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*“ sieht der BGH nur als geschützt an, „wenn in die den Betrieb darstellende Sach- und Rechtsgesamtheit *als solche*, in den *Betrieb* als wirtschaftlichen *Organismus* eingegriffen und damit das ungestörte Funktionieren dieses Organismus unterbunden oder beeinträchtigt“ wird.⁴⁶ Das rechtliche oder tatsächliche Umfeld, in dem die gewerbliche Betätigung erfolgt, ist dagegen nicht *Bestandteil* des Gewerbebetriebes.⁴⁷ Ist (nur) dieses betroffen, reicht es auch nicht aus, wenn der Gewerbebetrieb im weiteren Verlauf der Kausalkette seine Existenzfähigkeit verliert. Die hoheitlichen Einwirkungen auf den Gewerbebetrieb müssen *unmittelbar* sein (nachfolgend Rn. 344). Anderes kann gelten, wenn ein besonderer *Vertrauenstatbestand* begründet worden ist.⁴⁸ – Im *Ausgangsfall* ist das Fundament des Hauses Eigentum. Der *Umsatz* in seiner konkreten Höhe ist kein Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, sondern lediglich Gewinnchance. Bestandteil des Gewerbebetriebes ist aber der „Kontakt zur Straße“. Indem die Bundeswehr diesen Kontakt erschwerte, hat sie in den Gewerbebetrieb eingegriffen.

(3) Weichenstellung zum rechtswidrigen enteignungsgleichen und nicht zum rechtmäßigen enteignenden Eingriff. 342

Entschädigungsansprüche aus *enteignungsgleichem* Eingriff kommen im *Ausgangsfall* in Betracht, soweit es um die *rechtswidrige* Beschädigung des Hausfundaments und um die unnötigen und damit *rechtswidrigen* Umsatzeinbußen für die vierte Woche geht.

(4) Enteignung iSd Art. 14 III GG als Ausschlusstatbestand (vgl. Rn 339)? 343

Im *Ausgangsfall* sind die Beschädigung des Fundaments und die Beeinträchtigung des Umsatzes kein finaler Zugriff der Behörde auf das Eigentum des *G* und schon deshalb keine Enteignung im Rechtssinne des Art. 14 III GG. Hier steht Art. 14 III GG dem Aufopferungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs also nicht entgegen.

(5) Sonderopfer wegen rechtswidriger Eigentumsbeeinträchtigung. Bei rechtswidrigem Verwaltungshandeln liegt nach dem Gesagten (Rn. 336) ohne Weiteres das erforderliche Sonderopfer vor.

(6) Gewollter und gezielter Eingriff oder unmittelbare Auswirkung. Das „Sonderopfer“ muss nach der Rechtsprechung des BGH gezielt abverlangt oder unmittelbare Auswirkung einer hoheitlichen Maßnahme sein.⁴⁹ Dabei wird das Kriterium der Unmittelbarkeit nicht mehr in einem formellen Sinne verstanden. „Nötig ist ein innerer Zusammenhang ..., d. h. es muß sich eine besondere Gefahr verwirklichen, die bereits in der hoheitlichen Maßnahme selbst angelegt ist.“⁵⁰ Demgemäß sieht der BGH etwa das „feindliche Grün“ von Ampelanlagen (Rn. 325) mittlerweile als

⁴⁴ BGH NJW 1983, 215.

⁴⁵ So BGHZ 132, 181 (186 f.) in Abgrenzung zu Art. 12 I GG; BVerfG (Kammer) NVwZ 1998, 271 (272). S. ferner etwa BGHZ 98, 341 (351); 92, 34 (46); 34, 188 (190); BGH NJW 1980, 387.

⁴⁶ So grundlegend BGH NJW 1990, 3260 (3262); entschädigungsrechtlich gebilligt von BVerfG (Kammer) NJW 1992, 36 (37).

⁴⁷ Ein Eingriff wurde daher verneint in BGHZ 45, 83 („Knäckebrot“) – Herabsetzung von Schutzzöllen; BGH NJW 1968, 293 – Änderung der gesetzlichen Bestimmungen zur Ausrüstung von Kfz; NJW 1966, 1120 – Errichtung eines Dammes, der Fischer zu Umwegen zwingt.

⁴⁸ BGHZ 78, 41 (45); 45, 83; BGH NJW 1990, 3260 (3262); NJW 1983, 215; NJW 1980, 2700. S. ferner Rn. 357.

⁴⁹ S. zB BGHZ 37, 44 (47); BGH NJW 1984, 2516.

⁵⁰ So BGHZ 131, 163 (166).

unmittelbare Ursache für einen Autozusammenstoß an,⁵¹ nachdem er die Unmittelbarkeit zunächst abgelehnt hatte⁵².

Im *Ausgangsfall* ist die Unmittelbarkeit gegeben. – *Merke:* Ein *Unterlassen* wertet der BGH nur als Eigentumseingriff, wenn es „qualifiziert“ ist, etwa dem Bürger eine Baugenehmigung vorenthalten wird, auf die er einen *Anspruch* hat.⁵³

- 345 (7) **Mitverursachung, relatives Primat des Verwaltungsrechtsschutzes.** Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Bemessung der Entschädigung in sinngemäßer Anwendung des § 254 II BGB eine Mitverursachung durch den Betroffenen insofern zu berücksichtigen, als er die Folgen des Eingriffs nicht abgewendet oder gemindert hat.⁵⁴ Demgemäß entfällt der Entschädigungsanspruch in der Regel, wenn der durch einen (rechtswidrigen) enteignungsgleichen Eingriff Geschädigte den primären Rechtsschutz im Verwaltungsrechtsweg schuldhaft nicht gesucht hat.⁵⁵ Das gilt vor allem bei enteignungsgleichen Eingriffen durch Verwaltungsakte, wegen der Möglichkeit zum einstweiligen Rechtsschutz aber auch für Realakte.

Im *Ausgangsfall* ist kein Mitverschulden des *G* ersichtlich. Für das Fundament gilt das ohnehin. Für den Eingriff in den Gewerbebetrieb in der vierten Woche hätte auch eine einstweilige Anordnung das fehlende Rohr nicht rechtzeitig herbeischaffen können.

- 346 (8) **Angemessene Entschädigung.** Als Ausgleich gewährt der BGH keinen Schadensersatz, sondern bloß eine „angemessene“ Entschädigung in der Gestalt des „Substanzverlustes“.⁵⁶

Beispiel: Durch eine rechtswidrig verzögerte Eintragung eines neuen Eigentümers ins Grundbuch hatte der bisherige Grundstückseigentümer den Verkaufserlös noch nicht für sich nutzen können. Er musste eine teurere Zwischenfinanzierung in Anspruch nehmen. Anders als der verschuldensabhängige Amtshaftungsanspruch vermittelt der Aufopferungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs dem bisherigen Grundstückseigentümer keinen Anspruch auf den Kreditschaden, sondern bloß auf den im konkreten Fall wesentlich niedrigeren Substanzwert des Grundstücks in der Höhe des monatsbezogenen Pachtwertes des Grundstücks.⁵⁷

Im *Ausgangsfall* wird der Substanzverlust am Fundament durch die Handwerkerrechnung über die Reparatur abgedeckt. In der vierten Woche ist nach dem Gesagten der Kontakt zur StraÙe die Substanz des Gewerbebetriebes, in die rechtswidrig eingegriffen wird. Maßgebliches Indiz für den Wert dieser Substanz ist der Umsatzrückgang.⁵⁸

- 347 (9) **Anspruchsgegner.** Entschädigungspflichtig ist der „Begünstigte“, nämlich „der Hoheitsträger, dessen Aufgaben wahrgenommen wurden oder dem die Vorteile des Eingriffs zugeflossen sind“.⁵⁹

Im *Ausgangsfall* ist die Bundesrepublik (Bundeswehr) die Adressatin des Anspruchs.

⁵¹ BGHZ 99, 249 (254).

⁵² BGHZ 54, 332 (338) betr. die Amtshaftung.

⁵³ Zu Einzelheiten s. BGHZ 170, 260 (274); 102, 350 (364); 65, 182 (189); 58, 124; 56, 40 (42); 32, 208 (211).

⁵⁴ So BGHZ 90, 17 (31 f.); 56, 57 (64 ff.).

⁵⁵ BGHZ 113, 17 (23); 110, 12 (14 f.); 90, 17 (31 ff.). Zur parallelen Sicht des *BVerwG* s. Rn. 302a.

⁵⁶ BGHZ 175, 35 (41 f. Rn. 25); 170, 260 (274 Rn. 35); 91, 20 (30 f.).

⁵⁷ BGHZ 170, 260 (274 f. Rn. 36).

⁵⁸ S. zu allem BGHZ 57, 359 (361, 369) mwN; s. a. schon Rn. 312.

⁵⁹ So BGHZ 134, 316 (321 ff.) mit dem Hinweis, dass beide Alternativen *gleichzeitig* erfüllt sein können, womit dann *zwei* Anspruchsgegner vorhanden sind.

3. Aufopferungsansprüche bei normativem Unrecht?

a) Legislatives Unrecht

Schon um keinen Flächenbrand für die Staatsfinanzen zu entfachen, gewährt der BGH Aufopferungsansprüche wegen eines rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriffs nicht bei *legislativem Unrecht* in *Parlamentsgesetzen* und auch nicht bei exekutivem Handeln, dessen Rechtswidrigkeit sich im *Vollzug* eines rechtswidrigen Gesetzes erschöpft.⁶⁰ Dogmatisch gesehen fehlt es beim legislativen Unrecht an dem für einen Aufopferungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff erforderlichen *Sonderopfer*, denn anders als der rechtswidrige Einzelakt (Rn. 343) trifft die rechtswidrige Norm *alle* Adressaten *gleich*.

Demgemäß haben die Hauseigentümer bei einer Art. 14 I GG-widrigen Mietpreisbindung (= *Ausgangsfall 1* zur Amtshaftung bei normativem Unrecht, Rn. 320) auch keinen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.

b) Sonstiges normatives Unrecht

Bei rechtswidriger *untergesetzlicher* Normsetzung gesteht der BGH Entschädigungsansprüche zu.⁶¹ Aber das mag allenfalls angemessen sein, solange sich die Norm nur an einen engen Kreis Betroffener richtet (rechtswidriger Bebauungsplan als Beispiel). Geht es um eine unübersehbare Vielzahl Betroffener, sind auch beim untergesetzlichen normativen Unrecht die Argumente „kein Flächenbrand für die Staatsfinanzen“ und „kein Sonderopfer“ einschlägig.⁶²

Im *Ausgangsfall 2* zur Amtshaftung bei normativem Unrecht (rechtswidriger Bebauungsplan „Terrassenhaus“, Rn. 320) ist der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff zwar im Prinzip denkbar. Der Anspruch scheitert in concreto aber daran, dass *N* den Schaden nicht rechtzeitig abgewendet hat (§ 254 II BGB, soeben Rn. 345).

4. Aufopferungsansprüche bei rechtmäßigen enteignenden Eingriffen

Im *Ausgangsfall* geht es bei den Umsatzeinbußen für die rechtmäßigen ersten drei Wochen um einen enteignenden Eingriff. 350

Aufbaumäßig kann man die Gedankenfolge im Grundsatz in der gleichen Reihenfolge wie die Aufopferungsansprüche bei rechtswidrigen enteignungsgleichen Eingriffen (Rn. 340 ff.) abhandeln. Abwandlungen ergeben sich aber durch die nachfolgende Veränderung des Gliederungspunktes (3) und beim Gliederungspunkt (5) Sonderopfer.

(3) Rechtmäßiger enteignender Eingriff nur bei atypischem und unvorhergesehenem Nachteil als Zufallsschaden. Ursprünglich hatte der BGH *alle* unmittelbaren Nebenwirkungen eines rechtmäßigen Handelns im Eigentumsbereich als entschädigungspflichtige enteignende Eingriffe angesehen, soweit sie als Sonderopfer in Erscheinung traten (*Beispiele* schon in Rn. 337). Ab BGHZ 91, 20 (26)⁶³ fand sich in der Rechtsprechung zwar die Formulierung, es gehe um einen „meist atypischen und unvorhergesehenen Nachteil“. Aber wegen des „Meist“ war dies bloß beschreibend und nicht als Anspruchsvoraussetzung gemeint.⁶⁴ Insbesondere in Parallele zu 351

⁶⁰ Grundlegend BGHZ 100, 136 (145); ferner BGHZ 102, 350 (359, 367); *BGH NJW* 1990, 3260 (3261).

⁶¹ So pointiert *BGH NJW* 1990, 3260 (3261) im Anschluss an BGHZ 100, 136 (147); 111, 349 (352 f.).

⁶² In die gleiche Richtung *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 284 f.

⁶³ S. ferner etwa BGHZ 99, 24 (27); 100, 136 (144); 102, 350 (361).

⁶⁴ So ausdrücklich *BGH NJW* 1986, 2423 (2424).

§ 906 II 2 BGB konnte so auch bei typischen und vorhersehbaren Eingriffen Entschädigung gewährt werden.⁶⁵

Seit der „*Denkmalschutz-Entscheidung*“ des *BVerfG* vom 2.3.1999⁶⁶ ist indessen ein grundsätzliches Umdenken angebracht. Eine gesetzliche Eingriffsermächtigung mit Enteignungscharakter im Sinne des *BGH* kann nur dann noch eine verfassungsgemäße und damit rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung für das Eigentum (Art. 14 I 2 GG) sein, wenn das *Gesetz selbst* eine Entschädigung vorsieht (*ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, Rn. 330). Fehlt eine gesetzliche Entschädigungsregelung, handelt es sich um ein auf ein Unterlassen des Gesetzgebers zurückzuführendes *legislatives Unrecht*, für das nach Rn. 348 richterrechtliche Entschädigungsansprüche ausgeschlossen sind.

Damit reduzieren sich Aufopferungsansprüche wegen eines rechtmäßigen enteignenden Eingriffs *heute* auf Sonderopfer, die der Gesetzgeber nicht mit zu regeln braucht. Das sind Sonderopfer, die nicht typisch sind *und* die der Gesetzgeber gleichzeitig nicht voraussehen konnte. Insoweit geht es um *Zufallsschäden*.⁶⁷

Weil typisch oder jedenfalls vorhersehbar, scheiden heute folgende der in Rn. 337 genannten *Beispiele* aus: Straßenänderungen mit dem Abschneiden oder der Erschwerung von Zufahrten, lang andauernde Straßen- oder U-Bahn-Bauarbeiten mit gravierenden Umsatzeinbußen für Gewerbetreibende. Weil wohl untypisch und unvorhersehbar, bleiben andererseits zB folgende *Beispiele* bestehen: unerwartete Hausschäden durch Grundwasserabsenkung, überraschende Saatschäden durch Mähen wegen Mülldeponie, unvorhersehbare Überflutungen im Gefolge von Hochwasserschutzanlagen, Übungsschießen der Bundeswehr mit unvorhersehbaren Brandschäden. Im *Ausgangsfall* dürften signifikante Umsatzeinbußen im Kontakt zur Straße bei bloßen Kabelarbeiten ebenfalls untypisch und unvorhergesehen sein, so dass Aufopferungsansprüche wegen enteignenden Eingriffs für die rechtmäßigen ersten drei Wochen auch hier im Ansatz möglich bleiben.

- 352 (5) **Sonderopfer.** Ein atypischer und unvorhersehbarer Eingriff ist nicht per se rechtswidrig und damit nicht schon wegen Rechtswidrigkeit ein Sonderopfer.⁶⁸ Eine gesetzliche Ermächtigung rechtfertigt im Grundsatz alle Eingriffe, auch atypische und unvorhersehbare Eigentumseingriffe. Entscheidend ist, ob der atypische und unvorhersehbare Eingriff nach dem Willen des Gesetzgebers⁶⁹ oder – weil sich der Wille in der Regel real nicht exakt feststellen lässt – nach dem vermutlichen Willen des Gesetzgebers, dh nach dem „vernünftigen Urteil des gerecht und billig Denkenden“, dem Betroffenen entschädigungslos zugemutet werden sollte.⁷⁰ Auf dieser Linie ist die „*Opfergrenze*“⁷¹ für ein Sonderopfer erst überschritten, wenn sich der Eingriff trotz der insoweit relevanten „Situationsgebundenheit“ des jeweiligen Eigentumsgegenstandes (Art. 14 II GG)⁷² als unzumutbar bzw. unverhältnismäßig und *erst deshalb* rechtswidrig darstellt.⁷³

⁶⁵ BGHZ 91, 20 (27); weiteres Beispiel: übergroßer Flughafenlärm.

⁶⁶ BVerfGE 100, 226 (239 ff., 245); vorher schon BGHZ 100, 136 (144 f.).

⁶⁷ *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 27 Rn. 109.

⁶⁸ In diese Richtung aber *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 27 Rn. 110 ff.

⁶⁹ Grundlegend insoweit BGHZ 9, 83 (88, 92); s. ferner zB BGHZ 65, 196 (206).

⁷⁰ Modifizierend so BGHZ 17, 172 (175).

⁷¹ BGHZ 60, 302 (307).

⁷² Vgl. BGHZ 23, 30; *BGH* LM Art. 14 GG Nr. 60; LM Art. 14 (Cb) GG Nr. 5; NJW 1973, 623; BGHZ 121, 328 (336); 72, 211. Gleiche Argumentationsfigur auch in BVerwGE 94, 1 (4); BVerfGE 100, 226 (242).

⁷³ BGHZ 102, 350 (361): „Schwelle des enteignungsrechtlich Zumutbaren“; 105, 15 (21): „Opferschwelle“; 121, 328 (332) und 133, 271 (276): „unverhältnismäßig oder im Verhältnis zu anderen ungleich und damit unzumutbar“.

Im *Ausgangsfall* dürfte es für *G* noch zumutbar sein, wenn der Kontakt zur Straße als Bestandteil seines Gewerbebetriebes für (nur) drei Wochen aus zwingenden öffentlichen Gründen erschwert wird, was zu signifikanten Umsatzeinbußen führt. Hinsichtlich der *ersten* drei Wochen scheiden also Entschädigungsansprüche aus enteignendem Eingriff aus.

IV. Aufopferungsansprüche bei Schäden an nichtvermögenswerten Rechtsgütern

Wie die Aufopferungsansprüche bei vermögenswerten Rechtsgütern (Eigentum, Rn. 336 ff.) kommen auch die Aufopferungsansprüche bei grundlegenden nichtvermögenswerten Rechtsgütern (wie Leben, Gesundheit, Freiheit) im Gefolge sowohl rechtmäßigen als auch rechtswidrigen Verwaltungshandelns in Betracht.⁷⁴ Anders als der Aufopferungsanspruch bei rechtmäßigen enteignenden Eingriffen (Rn. 351) umfasst der Aufopferungsanspruch bei rechtmäßigen Eingriffen in nichtvermögenswerte Rechtsgüter *auch typische und vorhersehbare Vermögensschäden* mit Sonderopfercharakter.

Dieser Unterschied beruht auf der unterschiedlichen dogmatischen Struktur vom Eigentumsgrundrecht (Art. 14 I GG) einerseits und den hinter den nichtvermögenswerten Rechtsgütern stehenden Grundrechten (Art. 2 II GG) andererseits. Das Eigentum des Art. 14 I 1 GG ist gemäß Art. 14 I 2 GG eine Schöpfung der Rechtsordnung. Deshalb wird sein Einzelinhalt gemäß Art. 14 I 2 GG bis in alle Einzelheiten hinein konstitutiv durch den Gesetzgeber bestimmt (Rn. 539). Auf dieser Linie bedarf auch der Entzug von Eigentum gegen Entschädigung zwingend einer gesetzlichen Grundlage, welche die Entschädigung mit regelt. Die hinter nichtvermögenswerten Rechtsgütern stehenden Grundrechte bezeichnen Freiheiten, die von Natur aus vorhanden sind und die der Gesetzgeber nur einschränkt. Hier verbietet es das Grundgesetz nicht, Folgen dieser Einschränkung bei einem Sonderopfer über gewohnheitsrechtliche Entschädigungsansprüche nach den Aufopferungsgrundsätzen einzufangen.

Ausgangsfälle:

(1) Ein schulpflichtiges Kind (*K*) verletzt sich beim Turnunterricht so erheblich, dass ein Arm steif bleibt. Die Turnlehrerin trifft kein Verschulden. Hat *K* einen Entschädigungsanspruch gegen das Land?⁷⁵ 354

(2) Polizist *P* schießt auf einem abgelegenen Ruinengrundstück hinter einem flüchtenden Verbrecher her und hält dabei alle Vorschriften über den Schusswaffengebrauch ein. Durch einen Querschläger wird der Jugendliche *X* erheblich verletzt. *X* hatte das Ruinengrundstück für *P* nicht sichtbar als Abenteuerspielplatz genutzt. Hat *X* einen Entschädigungsanspruch gegen das Land?

Die Gedankenfolge lässt sich in ihren wichtigsten Punkten so systematisieren:⁷⁶

⁷⁴ BGHZ 45, 58 (77).

⁷⁵ BGHZ 46, 327.

⁷⁶ Zur Erläuterung und Vertiefung s. insbes. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 131 ff.

(1) Spezialgesetzliche Regelung?

Sie ist im *Ausgangsfall 1* inzwischen⁷⁷ dadurch gegeben, dass § 2 I Nr. 8 lit. b SGB VII die Schüler in die gesetzliche Unfallversicherung einbezieht (s. schon Rn. 334). – Schäden für Dritte (Querschläger im *Ausgangsfall 2*) werden nur in wenigen Gesetzen zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (im Zusammenhang mit dem Nichtstörer) geregelt (§ 59 I Nr. 2 ASOG Bln, Art. 70 II 1 PAG Bay, § 73 SOG M-V, § 222 LVwG SchlH). Die nachfolgenden Ausführungen zu *Ausgangsfall 2* gelten für Länder, in denen entsprechende Bestimmungen fehlen.⁷⁸

(2) Grundlegendes nichtvermögenswertes Rechtsgut (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit).⁷⁹

(3) Hoheitlicher Zwang (4) zum Wohle der Allgemeinheit. Der hoheitliche Zwang (3) kann auch ein Realakt sein (Schuss im *Ausgangsfall 2*). Ein hoheitlicher Zwang liegt selbst vor, wenn die Behörde ein Handeln ohne Verbindlichkeit bloß psychologisch abfordert (zB Impfung ohne Impfzwang⁸⁰). – Bei allem geht es um den hoheitlichen Zwang als solchen und um das hinter *ihm* stehende Gemeinwohl (4).

Demgemäß ist es im *Ausgangsfall 2* ohne Relevanz, dass der Querschläger, der X als unbeteiligten Dritten traf, nicht dem Gemeinwohl entsprach.

- 355 **(5) Sonderopfer.** Entscheidend ist, ob eine entschädigungsfreie Inanspruchnahme des Geschädigten real oder aller Vermutung nach vom Willen des Gesetzgebers abgedeckt ist oder nicht. Nach dem Stand der Grundrechtslehren kann sich das wie in Rn. 352 nur nach der Zumutbarkeit bzw. nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bemessen.

Auf dieser Linie ist ein entschädigungspflichtiger Impfschaden eine „über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehende gesundheitliche Schädigung“ (§ 2 Nr. 11 IfSG)). – Im *Ausgangsfall 2* (Querschläger) geht das Opfer des X ohne Weiteres über die Opfergrenze hinaus, die das Gesetz allen Menschen abfordert.

(6) Gewolltes und gezieltes Handeln oder unmittelbare Auswirkung.⁸¹ Unmittelbarkeit liegt vor, wenn sich – wie im *Ausgangsfall 2* – eine besondere Gefahr verwirklicht, die in der hoheitlichen Maßnahme angelegt ist (s. Rn. 344).

(7) Mitverursachung durch den Geschädigten. Nach der Rechtsprechung des BGH⁸² sind die Grundsätze des § 254 BGB auf den gewohnheitsrechtlichen Aufopferungsanspruch analog anzuwenden.

- 356 **(8) Angemessene Entschädigung.** Der Schadensausgleich knüpft an *materielle* Vermögensschäden an (Heilungskosten, Krankenhaus, Rehabilitation im *Ausgangsfall 2*). Den Ersatz *immaterieller Schäden* (Schmerzensgeld in *Ausgangsfall 2*) hat der BGH früher abgelehnt, weil das BGB das Schmerzensgeld auf deliktische Ansprüche nach § 823 ff. BGB begrenzte (§ 847 BGB aF).⁸³ Seit der Schuldrechtsmodernisierung sieht aber § 253 II BGB bei der Verletzung des Körpers, der

⁷⁷ BGHZ 46, 327 (Rn. 35) ist heute also positivrechtlich überholt.

⁷⁸ In der Literatur wird auch vorgeschlagen, anstelle eines Aufopferungsanspruchs die Vorschriften zum Nichtstörer analog anzuwenden (Zusammenstellung zB bei *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 26 Rn. 11). Allerdings fehlt es an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke, weil der Aufopferungsanspruch als Gewohnheitsrecht gilt.

⁷⁹ BGHZ 65, 196 (206).

⁸⁰ BGHZ 31, 187; heute § 60 I 1 Nr. 1 IfSG.

⁸¹ S. BGHZ 37, 44 (47).

⁸² BGHZ 45, 290.

⁸³ BGHZ 45, 58 (77); 22, 43 (48); 20, 61 (68 ff.).

Gesundheit und der Freiheit Schmerzensgeld in *allen* zivilrechtlichen Schadensersatzfällen vor, was auch bzgl. des Aufopferungsanspruchs ein Umdenken erfordert.⁸⁴

V. Plangewährleistungsansprüche?⁸⁵

Mit dem Stichwort der „Plangewährleistung“ ist eines der zentralen Probleme moderner Staatstätigkeit angesprochen. Der Sozialstaat muss umfassend planen, wenn er seinen Aufgaben der Daseins- und Wachstumsvorsorge gerecht werden will. Insbesondere bei der Wirtschaftslenkung wird der Plan oft nicht über imperative Maßnahmen des staatlichen Eingriffs in den Individualbereich vollzogen. Vielmehr werden der Wirtschaft durch Subventionen, Steuervorteile usw. oder lediglich durch die Bereitstellung von Daten über zukünftige Entwicklungsmöglichkeiten Anreize gegeben, sich freiwillig so zu verhalten, wie es nach der jeweiligen staatlichen Planung erwünscht ist. Im Vertrauen auf die Richtigkeit und Beständigkeit des staatlichen Plans, aber durchaus um *eigene* Erwerbchancen wahrzunehmen, treffen die Unternehmen plankonforme Dispositionen. Im vorliegenden Kontext stellt sich damit die Frage, ob der Staat für die Schäden aufkommen muss, die entstehen, wenn der Plan verändert oder aufgehoben wird⁸⁶. Der BGH hat mehrfach bekräftigt, dass ein *allgemeiner Plangewährleistungsanspruch nicht anzuerkennen* sei.⁸⁷ Fehlt es an einer *positivrechtlichen Anerkennung* eines Plangewährleistungsanspruchs (zB § 39 BauGB⁸⁸), wird die Problematik daher zumeist über den „enteignenden“ oder „enteignungsgleichen Eingriff“ gelöst.⁸⁹ Wenn *durch besondere Umstände* (!) ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sei, müsse das betätigte Vertrauen als eigentumsrechtlich relevanter Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes iSd Art. 14 GG angesehen werden, in den unmittelbar eingegriffen werde. Diese „Verdinglichung“ des Vertrauens ist allerdings nicht unproblematisch.⁹⁰

⁸⁴ Entsprechend zB Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 253 Rn. 5; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 147 ff.

⁸⁵ Überblick bei *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, S. 471 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allg. VerwR, § 16 Rn. 26 ff., § 29 Rn. 42 ff.; Beispielsfall: RGZ 139, 177 – „Gefrierfleischfall“.

⁸⁶ Beides ist in der Regel möglich. Zum Rückwirkungsproblem s. Rn. 415.

⁸⁷ BGHZ 84, 292 (297); 109, 380 (391); ebenso *BVerwG* Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 165. Entsprechende Versuche fanden sich etwa bei *Egerer*, Plangewährleistungsansprüche, 1971; *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970.

⁸⁸ Nach BGHZ 109, 380 (391); 84, 392 (395) nicht anwendbar auf Vertrauensschäden, die entstehen, wenn sich nachträglich die *Unwirksamkeit* eines Bebauungsplans herausstellt.

⁸⁹ So insbes. auch BGHZ 78, 41 (45); 45, 87 f. („Knäckebrot“); *BGH* NJW 1983, 215; s. a. Rn. 341.

⁹⁰ Allgemein zum Verhältnis von Vertrauensschutz und Eigentumsgarantie *BVerfGE* 45, 142 (168).