

RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN
POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS

TRANSACTIONS OF THE JEAN BODIN SOCIETY
FOR COMPARATIVE INSTITUTIONAL HISTORY

LXVII

L'EXPROPRIATION

EXPROPRIATION

Deuxième partie — Second Part
MOYEN ÂGE ET TEMPS MODERNES — MIDDLE AGES AND MODERN TIMES

Bruxelles, 2000

De Boeck



Université

X

DIE ENTWICKLUNG DES ENTEIGNUNGSRECHTS IN ÖSTERREICH SEIT DEM 18. JAHRHUNDERT

von

Franz-Stefan MEISSEL und Paul OBERHAMMER

(Wien)

- I. Einleitung
- II. Die Enteignung im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811
 - A. Das ABGB und der naturrechtliche Einfluß
 - B. Codex Theresianus
 - C. Entwurf Horten
 - D. Entwurf *Martini*
 - E. *Zeillers* Enteignungslehre
 - F. Die Regelung des ABGB
 - G. Die Rechtswirklichkeit im Vormärz
 - H. Zwischenresumé
- III. Enteignung in der österreichischen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts
 - A. Eigentumsschutz als konstitutionelles Anliegen – die Vorgeschichte des Art 5 StGG
 - 1 Die Verfassung vom 25. 4. 1848
 - 2 Der Kremsierer Verfassungsentwurf 1848/49
 - 3 Die oktroyierte Verfassung vom 4. 3. 1849
 - 4 Die Dezemberverfassung 1867
 - B. Das Verhältnis von Art 5 StGG und § 365 ABGB in der Sicht des 19. Jahrhunderts
 - 1 Die Problematik
 - 2 § 365 ABGB als vorkonstitutionelle Verfassungsnorm ?
 - 3 Historische Interpretation
 - 4 Die Haltung des Reichsgerichts

- 5 Die Judikatur des k. k. Verwaltungsgerichtshofes
- 6 Meinungen in der Lehre
- C. Das Eisenbahnteilungsgesetz 1878
- IV. Ausblick auf die Entwicklung im 20. Jahrhundert und Resumé

I. Einleitung

Das Ausmaß materieller Rechtsstaatlichkeit in einem Staat zeigt sich vor allem in jenen Bereichen, in denen die Interessen des einzelnen mit jenen der (staatlichen) Gemeinschaft in Konflikt treten. Bei solchen Konfliktfällen ist die Rechtsordnung aufgerufen, eine Balance der Interessen durch ein faires und ausgewogenes Verfahren zu ermöglichen, wobei ein System unabhängiger rechtlicher Kontrolle die Entscheidungen begleiten sollte.

Ein besonders signifikantes Beispiel für einen möglichen Konflikt zwischen Individual- und Kollektivinteressen bietet die Problematik der Enteignung, dh des Entzuges von Eigentum zur Verfolgung öffentlicher Interessen. Dabei handelt es sich um eine im wahrsten Sinne komplexe Thematik: im Schnittpunkt von Recht und Politik, aber auch von Politik und Ökonomie. Aus der modernen juristischen Sicht steht die Enteignungsproblematik darüberhinaus im Schnittpunkt von Privat- und Öffentlichem Recht; in ihr kristallisieren sich die einer Rechtsordnung eigentümliche Eigentumskonzeption ebenso wie das verfassungsrechtliche Verhältnis des Bürgers der Staatsgewalt gegenüber.

Der folgende Beitrag hat ein primär rechtshistorisches Anliegen: er widmet sich der Entwicklung der Rechtsgrundlagen der Enteignung in Österreich seit dem 18. Jahrhundert.

Der Blick auf die Geschichte des österreichischen Enteignungsrechts führt dabei zunächst zur Regelung des ABGB und ihrer Vorgeschichte, in der sich die naturrechtliche Diskussion über Privateigentum und Enteignung in ihrer ganzen (sozial-)philosophischen Dimension spiegelt.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts gewinnt sodann auch in Österreich die Frage einer verfassungsrechtlichen bzw grundrechtlichen Verankerung des Schutzes vor Enteignung eine zunehmende Bedeutung. Die – in einem engeren Sinn mit der Rechtsstaatlichkeitsfrage zusammenhängende – grundrechtshistorische Analyse zeigt dabei ein gewisses Nachhinken der österreichischen Entwicklung im internationalen Vergleich.

Die geltende Rechtslage wird demgegenüber nur kurz in einem Ausblick auf das 20. Jahrhundert behandelt. Dennoch kommt der historischen Betrachtung große Aktualität zu, und zwar insofern, als sie imstande ist, den Blick zu schärfen – nicht nur für Errungenschaften der Rechtsstaatlichkeit, sondern auch für deren Defizite.

II. Die Enteignung im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811

A. Das ABGB und der naturrechtliche Einfluß

Wird der Rechtshistoriker gefragt, was denn an der Naturrechtskodifikation « ABGB » so naturrechtlich sei, so ist er häufig um eine Antwort verlegen. Freilich: Er vermag auf die naturrechtliche Herkunft der Kodifikationsidee selbst zu verweisen, und einzelnen Bestimmungen des Gesetzbuches – vor allem in der Einleitung und im Abschnitt « Von dem Personenrechte » – ist ihre Herkunft aus der naturrechtlichen Tradition deutlich anzumerken.¹ Die Mehrzahl der Bestimmungen – und das gilt für das ABGB in höherem Maße als für CC und ALR² – steht jedoch mit beiden Füßen fest am Boden des gemeinen Rechts, genauer gesagt: jener « zeitgemäßen Praxis des römischen Rechts », als die Wieacker den *usus modernus* treffend umschrieben hat.³ Schon der Vergleich des ABGB-Enteignungsrechts mit jenem der beiden anderen großen Naturrechtskodifikationen⁴ legt indes nahe, daß es sich dabei um eine Materie handelt, in der das Gesetz auch in inhaltlicher Hinsicht von naturrechtlichem Denken geprägt ist; § 365 ABGB bestimmt nämlich in seiner bis heute unveränderten Fassung:

« Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten. »

In der Tat bietet die Gesetzgebungsgeschichte des § 365 ABGB ein anschauliches Beispiel dafür, wie naturrechtliches Gedankengut im Zuge des Kodifikationsprozesses konkret inhaltlich wirksam geworden ist.

Die Rechtsgeschichte zieht gerne die Entwicklungslinie von *Hugo Grotius'* Theorie des *ius eminens*, aufgrund dessen der Landesherr in die *iura quaesita* der Untertanen eingreifen darf, wenn dies die *utilitas publica* erfordere, direkt herauf zu den naturrechtlichen Privatrechtskodifikationen.⁵ Zweifellos ist die Bedeutung dieser Lehre – die im deutschen Rechtskreis vor allem durch *Christian Wolff* ventiliert

1. Vgl dazu im einzelnen WELLSPACHER, Das Naturrecht und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, FS zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1911) 173; SWOBODA, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch im Lichte der Lehren Kants (1926); LUF, Zeiller und Kant, FS Schwartzländer (1992) 93.

2. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967) 338.

3. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte² 205 f.

4. Vgl vor allem § 75 Einleitung ALR: « Dagegen ist der Staat demjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten. » und I 11 § 4 ALR: « Auch der Staat ist jemanden zum Verkauf seiner Sache zu zwingen nur alsdann berechtigt, wenn es zum Wohl des gemeinen Wesens nothwendig ist. »; § 545 CC: « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

5. Vgl in diesem Sinne nur NEUSSER, Enteignung, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I, Sp 942 f.

wurde – für die Entwicklung des modernen Enteignungsrechts nicht zu unterschätzen, zumal sie wie kaum ein anderer naturrechtlicher Rechtssatz der Staatsidee des absolutistischen Wohlfahrtsstaates entgegenkam. Indes ist es aus zwei Gründen zumindest eine Vereinfachung, *Grotius* schlichtweg als den *spiritus rector* dessen anzusehen, was dann im ABGB kodifiziert wurde. Zum einen ist *Grotius* durchaus nicht der « Erfinder » des Enteignungsrechts moderner Prägung. Die tragenden Requisiten seiner Theorie waren zu seiner Zeit schon längst juristisches Gemeingut;⁶ *Grotius* scheint diese bloß reflektiert, modifiziert und – so könnte man etwas salopp hinzufügen – besonders geschickt propagiert zu haben. Doch davon ist im interessierenden Zusammenhang nicht zu handeln. Zweitens – und darauf wird im folgenden einzugehen sein – macht schon bei oberflächlicher Analyse der Umstände stutzig, daß *Zeiller*, der geistige « Vater » des ABGB, ebenso wie wohl auch *Portalís*⁷ ein ausgewiesener Gegner der Idee des *dominium eminens* war, welche er in seinem « Commentar » schlichtweg als « zweideutig » und « gehässig » abqualifiziert.⁸

B. Codex Theresianus

Die Kodifikationsbemühungen, welche schließlich zur Erlassung des ABGB führten, setzten schon Anfang des 18. Jh ein;⁹ erstes « Produkt » der von *Maria Theresia* 1753 eingesetzten « Kommissionskommission » war der 1766 vorgelegte Codex Theresianus, eine monumentale Zusammenstellung des Privatrechts an der Schwelle von der Kompilation zur Kodifikation. Anders als in vielen anderen Belangen, in denen dieser Entwurf in seinem unsystematisch-kompilierenden Aufbau oft ausufernd wirkt, ist im Bereich der Enteignung schon deutlich die Hand des naturrechtlichen Gestaltungswillens erkennbar – freilich vor dem Hintergrund der politischen Realität des absolutistischen Wohlfahrtsstaates.

6. Dies betont vor allem MANN, Zur Geschichte des Enteignungsrechts, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben (1960) II 305 ff unter Hinweis auf GIERKE, Johannes Althusius (1880) 269 f und Ullmann, The Medieval Idea of Law, as represented by Lucas de Penna (1946) 185 f; vgl zum Beitrag der Juristen des 16. Jh schon den Überblick bei MEYER, Das Recht der Expropriation (1868) 115 ff. Zum Einfluß von *Grotius* vgl auch PENNITZ, Der « Enteignungsfall » im römischen Recht der Republik und des Prinzipats (1991) 6 f FN 28. Zum Beitrag der mittelalterlichen Rezeptionsjuristen vgl WÄLKENS, L'expropriation dans le *ius commune* médiéval, Recueils de la Société Jean Bodin, 66, p. 123-131.

7. Vgl dazu aus der deutschsprachigen Literatur vor allem HEDEMANN, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert II/1 (1930) 120 f FN 43.

8. ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch II (1812) 127.

9. Vgl zur Kodifikationsgeschichte vor allem HARRASOWSKY, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechts (1868); STRAKOSCH, Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1976); KLEIN-BRUCKSCHWAIGER, ABGB, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I Sp 93; OGRIS, ABGB, in Görres-Gesellschaft (Hg), Staatslexikon 7 I (1985) Sp 101; BRAUNEDER, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, Gutenberg-Jahrbuch 1987, 205; OGRIS, Zur Geschichte und Bedeutung des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), Liber Memorialis François Laurent 1810-1887 (1989) 373.

Zunächst heißt es in Teil 2 Caput I § VI (« Von den Sachen einzelner Personen ») Nr 159 und 160 – im Anschluß an jene Normen, welche die Sachherrschaft des Eigentümers positiv umschreiben – programmatisch:

« 159. Wann jedoch das gemeine Wohl die Erhaltung gewisser Sachen absonderlich erheischt oder ein gewisser Gebrauch vorgeschrieben und der widrige Gebrauch ausdrücklich verboten wäre, ist auch Niemand zu einem widrigen Gebrauch, Mißbrauch oder zur geflissentlichen Verderbung derlei, obschone ihm eigenthumlich zustehenden Sachen, berechtigt.

160. Dann gleichwie die gemeine Wohlfahrt des Staates dem sonderheitlichen Wohl einzelner Personen vorzuziehen ist, also hat auch das Recht einzler Personen über ihre Sachen der Befugnuß der höchsten Gewalt, darmit zum Nutzen oder Bedürfnuß des gemeinen Wohls zu ordnen, allerdings zu weichen. »

In bezug auf das Eigentum konkretisiert Teil 2 Caput III § II (« Von Wirkungen des Eigenthums ») Nr 24 dann, daß die Rechte des Eigentümers durch Gesetz, Verordnung, Vertrag oder letztwillige Verfügung beschränkt werden können. Auf all dem aufbauend verfügt die darauffolgende Nr 25 als *sedes materiae* der Enteignung im Codex Theresianus:

« Es bleibt dahero Unserer höchsten landesfürstlichen Gewalt allemal vorbehalten, nach Erfordernuß des gemeinen Wohlstands nicht allein den Gebrauch der Sachen unserer Unterthanen zu bestimmen, zu beschränken, oder gar zu verbieten, wie es oben in ersten Capitel § VI num. 159 und 160 erwähnt worden, sondern auch die Sachen selbst zum Dienst des gemeinen Besten zu gebrauchen und zu verwenden. »

In dieser Bestimmung findet sich zwar das Erfordernis, daß die Enteignung dem « allgemeinen Besten » verbunden zu sein hat; ein Anspruch des Enteigneten auf Entschädigung war in diesem Stadium der Kodifikationsbemühungen aber noch keineswegs vorgesehen. Ausdrücklich verfügt nämlich die darauf folgende Nr 26, in solchen Fällen habe « niemand über Verletzung seines Rechts zu klagen », es bestehe hier kein « wie immer Namen habender rechtlicher Anspruch »; die Enteignung solle vielmehr « einem Zufall gleich geachtet werden » – und dieser trifft bekanntlich den Eigentümer allein.¹⁰

In dem dem Codex Theresianus zugrundeliegenden Entwurf *Thinnfeld* (der in der Regel als eine Darstellung des Landesrechts charakterisiert wird) war noch ausdrücklich das « allerhöchste Eigenthum, welches Uns und Unseren Nachkommen den Königen und Landesfürsten aus landesherrlicher Gewalt in Unserer Unterthanen Güter, Habschaften und Rechte gebühret » angesprochen. Die am Zustandekommen des Codex Theresianus maßgebend beteiligten *Holzer* und *Azzoni* standen der hier

10. Die gemeinrechtliche Einordnung der Enteignung als « Zufall » geht wohl auf jene Texte des Corpus Iuris Civilis zurück, die die Enteignung (im Verhältnis zwischen Vertragspartnern) als *periculum* qualifizieren. Vgl etwa *Paulus* D 21.2.11 pr sowie *Africanus* D 19.2.33; aus moderner romanistischer Sicht dazu ausführlich PENNITZ, Der « Enteignungsfall » im römischen Recht (1991) 217 ff.

angesprochenen Idee des *dominium eminens* jedoch eher skeptisch gegenüber. Die landesherrliche Befugnis zur Eigentumsbeschränkung und Enteignung sollte nach ihrer Ansicht nicht einmal als mit dem privatrechtlichen Eigentumsbegriff « verwandt » angesehen werden; daran anknüpfend forderten diese beiden Kodifikatoren, daß Eingriffe in das Eigentum der Untertanen jedenfalls nur « *ex causa publica eaque maxima* » erfolgen dürften.

Die Endfassung der einschlägigen Bestimmungen des Codex Theresianus beruht auf einer Umarbeitung des *Thinnfelds*chen Entwurfs durch *Azzoni*; dieser ist gerade hierin – das hat *Aicher* gezeigt¹¹ – besonders deutlich vom Gedankengut *John Lockes* beeinflusst. Er führt nämlich zur Erläuterung der oben dargestellten Bestimmungen aus, die Sachherrschaft des Eigentümers habe « alle Gestalt und Maß » von der « bürgerlichen Gesellschaft » erhalten, zu welcher sich die Menschen unter einer höchsten Gewalt vereinigt haben, damit « einem Jeglichen das Seine gegen Nachstellung und unbillige Gewalt sichergestellt und Jeder als Herr seiner Sache geschützt würde ». Dazu müsse das Individualeigentum « einem allgemeinen bei der höchsten Gewalt zu beruhen habenden Eigenthum nachgesetzt und zu gewissen Wirkungen untergeben werden, so wie überhaupt das gemeine Wohl der bürgerlichen Gesellschaft dem sonderheitlichen Wohl einzelner Personen vorzuziehen ist ». Als solche Notfälle, in denen das Privateigentum zurückstehen müsse, nennt *Azzoni* etwa eine Hungersnot oder die Vorbereitung der Verteidigung gegen einen äußeren Feind. Wenngleich noch nicht die Rede von einem subjektiven Anspruch auf Entschädigung ist, so wird doch angedeutet, daß « die Noth, die Gleichheit, die Gutmachung des Schadens und andere Umstände nach der Billigkeit und Thunlichkeit zu beurtheilen » seien. Diese Ausführungen verdeutlichen, daß *Azzoni* glaubte, noch nicht auf das Konzept des *dominium eminens* verzichten zu können; doch ist es bei ihm in gewissem Sinne zu einem Schlagwort geworden, zu einem Vehikel, das etwas durchaus anderes als ein bloß aus der landesherrlichen Machtvollkommenheit abgeleitetes Eingriffsrecht « transportiert ». Die Zulässigkeit der Enteignung beruht schon bei *Azzoni* auf der Erreichung des Endzweckes der bürgerlichen Gesellschaft, der auch und gerade im Schutz jenes Eigentums besteht, welches der einzelne gegebenenfalls aufzuopfern hat. Dementsprechend war es auch nur konsequent, daß in der Endredaktion des Codex deutlichere Hinweise auf das *dominium eminens* fallengelassen wurden.¹²

11. AICHER, Grundfragen der Staatshaftung bei rechtmäßigen hoheitlichen Eigentumsbeeinträchtigungen (1978) 246, FN 52. Welche Rolle gerade die soziale Einbindung des Eigentums bei *Locke* spielt, ist freilich umstritten; vgl. zum Meinungsstand BIELEFELDT, Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit (1990) 49 ff; s. auch SCHILD, Begründung des Eigentums in der politischen Philosophie des Bürgertums. Locke – Kant – Hegel, in: SCHWARTLÄNDER/WILLOWEIT, Das Recht des Menschen auf Eigentum (1983).

12. Vgl. zu all dem die Darstellung der Diskussion um den Codex Theresianus bei HARRASOWSKY, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen II (1884) 41 ff FN 2. LAYER, Principien des Enteignungsrechts (1902) 169 FN 1 bemerkt, die Schlußredaktion des Codex Theresianus scheint die im « Azzonischen Entwurf » enthaltenen Bestimmungen über die Entschädigung wieder gestrichen zu haben, ohne dies allerdings durch konkrete Anhaltspunkte zu belegen; ihm folgend FLOSSMANN, Eigentumsbegriff und Bodenordnung im sozialen Wandel (1976) 113.

C. Entwurf Horten

Der 1772 vorgelegte und in der Folge von der Kompilationskommission überarbeitete « Entwurf Horten » baute im hier interessierenden Zusammenhang auf dem Codex Theresianus auf; eine wesentliche Abweichung bestand freilich darin, daß in der einschlägigen Bestimmung des 2. Teiles, 2. Capitel, § 2 Eigentumsbeschränkung und Enteignung auch von ihren Voraussetzungen her unterschiedlich bestimmt wurden; war die Eigentumsbeschränkung schon « wegen des gemeinen Wohlstandes Unserer Unterthanen » zulässig, so setzte die Enteignung immerhin eine « Nothdurft » voraus.¹³

Von besonderem Interesse ist hier auch die Diskussion, welche sich um die Frage der Enteignungsentschädigung entwickelte. Der Codex Theresianus hatte noch keine Entschädigung vorgesehen und auch *Azzoni* hatte bloß gewagt anzumerken, die « Gutmachung des Schadens » sei nach « Tunlichkeit und Billigkeit » zu beurteilen. Viel deutlicher wurde nun die Kompilationskommission in ihrer Sitzung vom 17. 8. 1773, in welcher die oben zitierte Bestimmung des Entwurfs diskutiert wurde; dort wurde bemerkt, die Anerkennung des sich « *in dominio eminenti principis* » gründenden Enteignungsrechts würde ohne einen Hinweis auf die notwendige Konsequenz einer Entschädigung « beinahe despotisch klingen ». Umgekehrt wollte man aber noch keineswegs von einem « Recht auf Entschädigung » sprechen; dies hätte nämlich nahelegen können, daß ein solches Recht am Zivilrechtsweg geltend gemacht werden könne, was nicht den Vorstellungen der Kompilatoren entsprach. Schließlich einigte man sich 1790 darauf, auf eine detaillierte Regelung der Enteignung zu verzichten, « weil dieses Alles ad jus publicum gehörig ist ».¹⁴ Hinsichtlich der Enteignung enthält der Entwurf daher nur eine seltsam anmutende « Verwendungszusage » des Gesetzgebers:

« § 2 (...) Eben so, wenn es die Nothdurft erforderte, die Sache selbst zum Dienste des gemeinen Wesens zu gebrauchen, so mag Niemand über die Verletzung seines Rechtes, über einen ihm zugegangenen Schaden oder entzogenen Nutzen klagen; wo Wir jedoch von selbst bedacht sein werden, das Billigmäßige vorzukehren. »

D. Entwurf Martini

Ein weitaus stärkerer Impuls für die Entwicklung des Enteignungsrechts ging vom « Entwurf Martini » von 1790 aus. *Martini* selbst hat im 1. Teil seiner « Erklärung der Lehrsätze über das allgemeine Staats- und Völkerrecht » (1791) ausführlich seine Sicht der Dinge dargelegt: Auch er glaubt zwar, noch nicht auf den Begriff des « obersten Eigenthums » verzichten zu können, welches er als die auf die Güter der Bürger bezogene Ausprägung des « obersten Rechts » des Regenten definiert, kraft

13. Vgl. dazu AICHER, Staatshaftung 247 f.

14. Vgl. dazu HARRASOWSKY, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen IV (1886) 143.

15. MARTINI, Lehrsätze I 197.

dessen dieser nicht nur in das Eigentum der Bürger eingreifen, sondern etwa auch Geisel ausliefern, Rekruten ausheben oder Verwundete und Gefangene in der Schlacht zurücklassen darf.¹⁵ Doch bemerkt *Martini*, indem er sich mit der Kritik *Montesquieus* und *Justis* an der *dominium eminens*-Lehre auseinandersetzt, es wäre vielleicht besser gewesen, « sich dieses Ausdrucks nie bedient zu haben ». Er will daher lieber vom « äußersten Recht » sprechen. Dabei betont er freilich, daß aus all dem keineswegs gefolgert werden kann, daß eine Enteignung entschädigungslos erfolgen dürfe; hiezu merkt er an:

« Ueberhaupt ist entweder der ganze Streit ein blosser Wortstreit, oder die entgegengesetzten Gründe beweisen nur wider den Mißbrauch dieses Rechtes. »¹⁶

Zur Begründung des *ius eminens* führt *Martini* aus, auch der « Naturmensch » könne in der äußersten Not dem anderen sein Vermögen entreißen, der Staat könne daher in einem ähnlichen Fall dem Bürger sein Eigentum abnehmen, zumal der Bürger ja sein Eigentum ohnedies nicht zum Nachteil des Staates genießen dürfe.¹⁷

Eigentliche Rechtfertigung des *ius eminens* ist bei *Martini* jedoch schon klar der *Gesellschaftsvertrag*. Dies wird besonders deutlich, wenn er bemerkt, der Regent sei außer in den zulässigen Fällen nicht befugt,

« die Bürger um ihr hergebrachtes Recht zu bringen; denn jeder Bürger ist seiner Wohlfahrt wegen, und, um die Sicherheit des Eigenthums und seiner persönlichen Rechte zu erhalten, in den Staat getreten: Also müssen ihm kraft des Vereinigungsvertrages diese Rechte ungestört gelassen werden. »¹⁸

Zulässig ist die Enteignung für *Martini* in zwei Fällen: erstens, im äußersten Notfall des ganzen Staates oder doch des größten Theils, und zweitens, wenn dadurch ein sehr großer Nutzen bewirkt werden kann. Er bemerkt dazu, daß im « Naturzustande » nur die Notpflicht der Gerechtigkeitspflicht vorgezogen werden konnte, im Staate jedoch auch die Vervollkommungspflicht, weil deren Vernachlässigung einen wahren Notfall erst entstehen lasse.¹⁹

Besonders betont *Martini* die Entschädigungspflicht, da das Wohl des Staates nur verlange, daß der Bürger gegebenenfalls sein Gut hergebe, nicht aber, daß dies unentgeltlich geschehe. Zwar seien alle Bürger verbunden, zum öffentlichen Aufwand beizutragen, der Schaden des Enteigneten aber sei ein solcher öffentlicher Aufwand, für welchen die anderen aufzukommen hätten. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes könne nur insofern Platz greifen, als die Entschädigung, « wenn der Staat in besonders traurigen Umständen ist, nicht auf der Stelle » erfolgen müsse.²⁰

16. MARTINI, Lehrsätze I 201.

17. MARTINI, Lehrsätze I 196.

18. MARTINI, Lehrsätze I 198.

19. MARTINI, Lehrsätze I 197 f; sehr vorsichtig sucht dieser Autor auch schon Fälle zu beschreiben, in denen die Ausübung des *ius eminens* jedenfalls unzulässig ist; er nennt etwa die Enteignung von Ackerland, um einen Belustigungsort anzulegen oder die Entmannung von Bürgern durch den Regenten « um den Kitzel seines Ohres zu befriedigen » (199).

20. MARTINI, Lehrsätze I 199.

Noch mehr als die oben angeführten Aussagen *Azzonis* stehen diese Ausführungen *Martini* auf der Schwelle zwischen zwei ganz unterschiedlichen Sichtweisen des Phänomens « Enteignung »: Zum einen beherrscht noch ganz die alte « *dominium* » bzw « *ius eminens* »-Lehre, auf die immer wieder rekurriert wird, die Ausführungen, doch scheint diese bereits zu einer bloßen Begriffshülse geworden zu sein, die für sich die Enteignung keineswegs zu rechtfertigen vermag, sondern vielmehr ihrerseits der Rechtfertigung bedarf. Und diese innere Rechtfertigung wird aus dem Gesellschaftsvertrag bezogen. Daher ist bei *Martini* auch die Entschädigungspflicht als notwendige Folge der Ableitung des Enteignungsrechts aus dem – wie er ihn nennt – « Vereinigungsvertrag » nicht mehr bloß ein vages Versprechen, das der Regent den Bürgern, – wie es noch bei *Azzoni* heißt – nach Billigkeit und Tunlichkeit macht, sondern eben schon als notwendige Kehrseite der Expropriation ein subjektives Recht des Untertanen. Dieser Übergang von der bloßen Ableitung des Enteignungsrechts aus dem *ius eminens* hin zur gesellschaftsvertraglichen Konzeption wird in ihrer praktischen Relevanz nirgends deutlicher als dort, wo *Martini* von der Enteignung von « Auswärtigen » handelt: Er bemerkt, das äußerste Recht bestehe jedenfalls im Hinblick auf Liegenschaften von Ausländern, denn diese Güter gehörten der « Nation », weswegen die Auswärtigen hier gleich Untertanen zu behandeln seien. Doch: « Auf bewegliche Güter erstreckt sich dieses Recht nicht, weil die Auswärtigen den Sozialvertrag nicht geschlossen haben. »²¹

Floßmann hat gemeint, erst das Einfließen des Gedankenguts der französischen Revolution habe zur vollen Bewußtwerdung des staatsrechtlichen Entschädigungsproblems beigetragen.²² Tatsache ist, daß der Entwurf *Martini* nicht alles von dem umgesetzt hat, was *Martini* selbst an naturrechtlichen Grundsätzen für das Enteignungsrecht vertreten hatte. Die einschlägige Bestimmung des 2. Teiles, 3. Hauptstück, § 12 normierte nämlich lediglich:

« Selbst das vollständige Eigenthum einer Sache müssen die Mitglieder des Staates fahren lassen, wenn das allgemeine Beste davon abhängt; der Staat wird ihnen dafür angemessene Entschädigung verschaffen. »

Es findet sich also noch kein subjektives Recht auf Entschädigung, sondern lediglich ein eher vages Versprechen, daß der Staat eine solche leisten werde. Freilich: Das war schon wesentlich mehr als das noch schwächere Bekenntnis des Entwurfs Horten, wonach der Souverän « von selbst » bedacht sein wollte, das Billigmäßige vorzukehren.²³

21. MARTINI, Lehrsätze I 201. Freilich beruht auch *Grotius'* Rechtsbegriff an sich auf der Geltung des Gesellschaftsvertrages (vgl nur *Grotius*, De iure belli ac pacis, Prolegomena 15); im Zusammenhalt mit dem Enteignungsrecht kehrt dieser Gedanke aber nicht wieder (vgl aaO II Kapitel 14 §§ 6 f), was wohl vor dem Hintergrund zu sehen ist, daß *Grotius* für den *status quo ante* Gesellschaftsvertrag kein Individualeigentum annimmt (vgl aaO II Kapitel 2 § 2).

22. FLOSSMANN, Eigentumsbegriff 114.

23. 2. Teil 2. Capitel § 2 Entwurf Horten.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang auch 3. Teil, 6. Hauptstück, § 6 des Entwurfs *Martini*. Dort findet sich nämlich unter dem Titel « Vom Kaufe und Verkaufe » die vorderhand seltsam anmutende Bestimmung, daß derjenige, der seinen Grund zur Anlegung einer Straße oder zur Führung eines Festungsbaues um einen billigen Preis abtreten muß, dies deshalb mit seiner Einwilligung tut, da er sich « hiezu als ein Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft schon einverstanden habe ». Zunächst weist sich diese Bestimmung deutlich als vom ALR beeinflusst aus, wo ja – ähnlich wie schon zuvor im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis²⁴ – die Enteignung ebenfalls als « Zwangsverkauf » konstruiert war.²⁵ Vor allem ist aber bemerkenswert, wie hier – gleichsam an « unauffälliger Stelle » – für zwei typische Enteignungsfälle mit Hilfe des Hinweises auf den hier statthabenden Zwangsverkauf eine Pflicht zur Entschädigung (« einen billigen Preis ») des Enteigneten angesprochen wird. Es scheint also weniger das mangelnde Bewußtsein der österreichischen Kodifikatoren für die staatspolitische Bedeutung des Entschädigungsanspruches gewesen zu sein, das die Schaffung eines echten subjektiven Rechts auf angemessene Schadloshaltung verhinderte, sondern vielmehr die politische Realität, die den Handlungsspielraum der Redaktoren beschränkte.

E. Zeillers Enteignungslehre

Der *Martini*-Schüler *Zeiller* hat seinerseits die *dominium eminens*-Theorie – im Unterschied zu seinem Lehrer – völlig hinter sich gelassen; es ist wohl auch kein Zufall, daß ihm mit § 365 ABGB jene positivrechtliche Norm zu verdanken ist, welche erstmals das Enteignungsrecht des Staates in unmittelbare Beziehung zur Entschädigungspflicht stellte.

Ein anschauliches Bild der Enteignung im Rechtsdenken *Zeillers* können wir anhand der Vorlesung gewinnen, die *Zeiller* auf Grundlage von *Martinis* 1783/84 veröffentlichtem « Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts » an der Universität Wien gehalten hat. Der Inhalt dieser Vorlesung ist durch eine von *Hofmeister* ausgewertete Mitschrift des *Ignatz Bischoff* aus 1801/02 überliefert.²⁶ Dort, wo *Zeiller* in seinem Vortrag von der Doktrin *Martinis* abweicht, ist dies wohl als ein bewußtes und gewolltes Abweichen zu deuten.

Zeiller lehnt in seiner Staatsrechtsvorlesung die Idee des *dominium eminens* grundsätzlich ab; diese auf *Grotius* zurückgehende « unschickliche Benennung » sei schon deshalb unpassend, weil der Eigentümer seine Sache ja nach Belieben

24. Vgl IV 3 § 2: « Im übrigen kann auch niemand zum Verkauf gezwungen werden, ausgenommen soweit es die Landes- oder Polizeiordnung um den gemeinen besten Willen erfordert. »

25. Vgl oben FN 4.

26. Vgl HOFMEISTER, Bürger und Staatsgewalt bei Franz v. Zeiller. Erörterungen zu *Zeillers* Staatsrechtslehre anhand einer Vorlesungsmitschrift aus 1802, in: *Diritto e Potere nella Storia Europea. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto in onore di Bruno Paradisi* (1982) 1007.

verwenden, ja sogar zerstören könne, ohne daß der Regent in der Lage sei, ihn daran zu hindern.²⁷ Das Enteignungsrecht des Staates sei vielmehr allein aus dem Gesellschaftsvertrag abzuleiten, in welchem sich der Bürger gleichsam von vornherein mit der Inanspruchnahme seines Eigentums in Notsituationen einverstanden erklärt habe. Das Enteignungsrecht als dem Staat zukommendes Notrecht sei aber in zweierlei Hinsicht beschränkt: Einerseits dürfe es nur gebraucht werden, « wenn Noth oder höchst wichtiger Nutzen des Staates es erheischt », andererseits müsse dem Enteigneten eine angemessene Entschädigung geleistet werden. Bei dieser handelt es sich für *Zeiller* gleichsam um einen Beitrag aller Bürger zur Bereinigung der entstandenen Notsituation.²⁸

F. Die Regelung des ABGB

§ 365 ABGB sieht eine Enteignung « gegen angemessene Schadloshaltung » vor, nimmt also die Entschädigungspflicht unmittelbar in den Enteignungsbegriff auf. Schon die Beratungsprotokolle der Hofkommission in Gesetzesachen zeigen, daß hier an eine echte Entschädigungspflicht gedacht war: Die juristische Fakultät Prag hatte vorgeschlagen, eine Regelung zu schaffen, wonach « unparteiische Kunstverständige » die Abfindung für die Enteignung festsetzen sollten, « um den Schein einer willkürlichen Abfindung zu vermeiden ». Dagegen wendete *Zeiller* ein, daß sobald eine Schadloshaltung im Gesetz – also im ABGB – bestimmt sei, es sich ohnehin verstehe, daß der, welcher die Entschädigung anspricht, die Größe des Schadens durch angemessene Beweise dartun müsse; die Arten des Beweises seien aber ohnedies in der Gerichtsordnung angegeben.²⁹ Auch in seinem « Commentar » zum ABGB bemerkt *Zeiller*, die Frage, ob die Entschädigung des Enteigneten dem Wert der Sache angemessen sei, « ist ein Gegenstand der rechtlichen Beurteilung ».³⁰ Der Enteignete sollte danach also seinen Entschädigungsanspruch mit Klage gegen den Fiskus durchsetzen können.

G. Die Rechtswirklichkeit im Vormärz

Der durchaus fortschrittliche Zugang des ABGB zur Entschädigungsfrage darf indes den Blick auf die – nicht nur aus heutiger Sicht – Defizite der damaligen Rechtslage verstellen. Diese werden insbesondere vor der Perspektive der zeitgenössischen Entwicklung im Ausland klar: Schon das US-amerikanische Fifth Amendment aus

27. Hier klingt wohl auch durch, daß bei *Zeiller* – anders als noch bei *Martini* – die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht zum Begriff des privatrechtlichen Eigentums selbst zählen (vgl. dazu AICHER, Staatshaftung 252 f.).

28. HOFMEISTER, Bürger und Staatsgewalt bei Franz v. *Zeiller* 1023 f.

29. Vgl. OFNER, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 247 (zu § 84).

30. ZEILLER, Commentar II 128.

1789 sah die Enteignung nur aufgrund eines « due process of law » vor.³¹ Nun enthält freilich auch Art 545 Code civil keinen Hinweis auf ein « *fair trial* » in Enteignungssachen, und in der Tat war *Zeiller* – im Unterschied zu seinem Lehrer *Martini* – in hohem Maße bemüht, alle « öffentlich-rechtlichen » Materien aus der zu schaffenden Kodifikation zu verbannen.³² Es wäre jedoch ein Irrtum, wollte man daher annehmen, die prozedurale Seite der Enteignung hätte im ABGB bloß nicht geregelt werden sollen. Richtig ist vielmehr, daß es den Kodifikatoren *hier* in der Tat an jeder rechtsstaatlichen Sensibilität fehlte. Dies wird evident, wenn *Zeiller* in seinem « *Commentar* » schlicht bemerkt:

« Ob die Umstände so beschaffen seyn, daß die Aufopferung gefordert werden könne, ist eine Frage, worüber der Unterthan mit der öffentlichen Verwaltung nicht rechten darf. »³³

Freilich: *Zeiller* weist an dieser Stelle auf seine Kommentierung zu § 20 ABGB, der anordnet, daß das Oberhaupt des Staates in Sachen der Privatwirtschaftsverwaltung der Beurteilung durch die Gerichtsbehörden und nach den Gesetzen unterliegt; ein solcher Fall ist die Enteignung natürlich nicht, doch bemerkt *Zeiller* dort – und darauf bezieht sich offenbar der Verweis im Zusammenhalt des Enteignungsrechts, daß die « *Regierungsrechte* » nicht unmittelbar vom Landesfürsten, sondern « *vermittelt der Behörden nach einer bestimmten Unterordnung ausgeübt zu werden pflegen* ». Daraus ergibt sich für ihn, daß « *die Unterthanen ihre vermeintlichen Beschwerden bey diesen Behörden nach dem bezeichneten Stufengange vorbringen* » können.³⁴

Anders als in Frankreich, wo sich schon zu dieser Zeit – insbesondere mit dem Gesetz aus 1810 – ein « *allgemeines* » Enteignungsrecht herausbildete³⁵, waren der Habsburgermonarchie zur Zeit der Erlassung des ABGB solche generellen Regeln über die Durchführung der Enteignung fremd. Freilich wurde schon in der ersten Jahrhunderthälfte eine Reihe von Einzelgesetzen erlassen, die besondere Enteignungsgründe zum Gegenstand hatten.³⁶ Eine Gesamtdarstellung der Entwicklung dieser (Maßnahme-)Gesetzgebung würde den Rahmen der vorliegenden Darstellung bei weitem sprengen. Es soll jedoch exemplarisch die durch diese Vorschriften geschaffene Rechtswirklichkeit skizziert werden.

Ursprünglich scheint man tatsächlich davon ausgegangen zu sein, § 365 ABGB regle das Enteignungsrecht umfassend und abschließend. So bestimmte ein vom 2.5.1818 datierendes Hofkanzleidekret in bezug auf « *Ablösung der Gründe zur Erweiterung der Straßen* » schlicht (und abschließend !):

31. Vgl dazu MANN, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben 310 f.

32. Vgl dazu GRIMM, Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei ZEILLER, in: HOFMEISTER/SELB (Hg), Forschungsband Franz von *Zeiller* (1980) 94.

33. ZEILLER, *Commentar* II 128.

34. ZEILLER, *Commentar* I (1811) 112 f.

35. Zur französischen Entwicklung siehe insbesondere die Beiträge von HAROUEL, *L'expropriation dans l'histoire du droit français* sowie LACCHÉ, *L'expropriation pour cause d'utilité publique en France au 19^e siècle*, in diesem Band der *Recueils de la Société Jean Bodin*.

36. Vgl den Überblick über diese Rechtsvorschriften bei GRÜNHUT, *Das Enteignungsrecht* (1873) 56 ff; Randa, *Die Enteignung*, *GrünhutsZ* 10 (1883) 624 ff; LAYER, *Principien* 166 ff.

« Bey Ablösung jener Gründe, welche zur Erweiterung der Post- und Commercial-Straßen den Privaten abgenommen werden, ist sich nach der Vorschrift der 364 und 365 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu benehmen. »³⁷

In der Folge kam es zur Erlassung einer Reihe von Bestimmungen, die das Verfahren zur Ermittlung der zu leistenden Entschädigung bei « Grundeinlösungen » immer detaillierter regelten.³⁸ Die Festsetzung der Entschädigung – deren Berechnung besonderes Augenmerk des Gesetzgebers auf sich zog – oblag zunächst der Verwaltungsbehörde. Eine Bestimmung aus 1824³⁹ ordnete noch an, das zuständige Kreisamt möge « versuchen, den Ersatzwerber im gütlichen Wege und ohne Anwendung irgend eines Zwanges durch kluge und verständliche Vorstellungen dahin zu bewegen, daß er von seiner Forderung abstehe ». Geling dies freilich nicht, so war auch schon nach dieser Bestimmung der Schaden durch einen unabhängigen Sachverständigen zu ermitteln. Die « Instruktion » über die Grundeinlösung für Staatseisenbahnen aus 1842⁴⁰ sah schon keinerlei derartige « Abschreckungsmanöver » mehr vor, sondern gestaltete vielmehr ein parteienfreundlich anmutendes (Mehrparteien-)Verwaltungsverfahren, im Rahmen dessen der Entschädigungsbetrag durch Sachverständige in mündlicher Verhandlung (auf den zu enteignenden Liegenschaften) festgesetzt wurde, wobei auf eine « gütliche Übereinkunft » mit den Liegenschaftsbesitzern hinzuwirken war. Wenn § 19 Abs 2 leg cit sogar eine Verzinsung des Entschädigungsbetrages mit 4 % vom Tage an, an dem der Eigentümer aus dem Besitz oder der Benützung seines Eigentums gesetzt wurde, vorsah, so kann daraus wohl nur geschlossen werden, daß es in der Regel auch tatsächlich zu einer prompten Zahlung kam. Wichtig ist jedoch hervorzuheben, daß nach allen angeführten Bestimmungen der Enteignete aber jedenfalls das Recht hatte, seinen Entschädigungsanspruch im streitigen Zivilrechtsweg gegen den Fiskus durchzusetzen, wenn ihm die von der Verwaltungsbehörde festgesetzte Entschädigung zu niedrig erschien.

37. PGS 46 (1818) Nr 42; vgl auch PGS 62 (1834) Nr 115; bemerkenswert ist hier die Bezugnahme auch auf § 364 ABGB, also jene Vorschrift, welche die *Eigentumsbeschränkungen* « in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles » regelte; man ging damals offenbar davon aus, daß auch Tatbestände unter der Schwelle der Entziehung des Eigentumsrechts iS von § 365 (als Beispiel nennt PGS 49 [1821] Nr 151, 307 etwa die Entschädigung von Grundbesitzern, deren Grundstücke zur Stein- oder Schottererzeugung für das Straßenwesen zeitweilig in Anspruch genommen werden) jedenfalls eine Entschädigungspflicht auslösten.

38. Vgl zunächst das Hofkanzleidekret an sämtliche Länderstellen vom 11.10.1821, PGS 49 (1821) Nr 151, wo unter der Überschrift « Art der Entschädigung für die Abnahme eines Schottergrundes zum Straßenwesen » nicht nur dieser Fall, sondern auch gleich alle Fälle angesprochen wurden, in denen ein Staatsbürger « sein Eigenthum dem allgemeinen Wohle opfern muß » oder dessen « zeitliche Benützung in Anspruch genommen wird ». Vgl auch und vor allem das Justiz-Hofdekret vom 8.11.1842, JGS 654, welchem eine ausführliche, 21 §§ umfassende « Instruction über das bei den Grund-Einlösungen für die Staats-Eisenbahnen zu beobachtende Verfahren » beilag (vgl auch RGBI 1855/213).

39. Gubernialdekret vom 22.7.1824 über das Verfahren in Hinsicht der Ausmittlung der Entschädigung für die zum Behufe der Katastralvermessungen und Triangulierungsoperationen nothwendigen Walddurchschläge und Waldlichtungen, Provinzial-Gesetzsammlung des Königreichs Böhmen für das Jahr 1824, Nr 139.

40. JGS 654.

H. Zwischenresumé

Napoleon hat in seiner berühmten, am 29.9.1809 im Wiener Schloß Schönbrunn abgefaßten Note die drei Aspekte prozeduraler Gerechtigkeit im Enteignungsrecht überaus treffend auf den Punkt gebracht:

- « 1. Qui affirmerait l'utilité publique ?
2. Qui prononcerait l'expropriation ?
3. Qui fixerait l'indemnité préalable ? »⁴¹

Mißt man das Enteignungsrecht des ABGB an diesem Fragenkatalog, so wird klar: Hinsichtlich der Enteignungsentschädigung weist das damalige österreichische Recht einen aus heutiger Sicht durchaus als « modern » zu bezeichnenden Standard auf. Im Laufe der Entwicklung war es gelungen, die Entschädigungspflicht des Staates als notwendige Kehrseite seines Enteignungsrechts im ABGB zu verankern. Dabei ist zu beobachten, daß die Diskussion um die Rechtfertigung des Enteignungsrechts des Staates hier durchaus kein bloßer « Streit um Worte » war, wie dies häufig bemerkt wurde: In dem Maße, in welchem der Gedanke des « *dominium eminens* », auch der des « *ius eminens* », zugunsten der Ableitung des Enteignungsrechts aus dem Gesellschaftsvertrag zurücktrat, wurde auch die Annahme einer echten Entschädigungspflicht immer selbstverständlicher. Man mag einwenden, diese naturrechtlichen Ideen seien nur das Kleid gewesen, in das sich die politische Diskussion hüllte, und es mag in der Tat so gewesen sein, daß das Naturrecht hier nur ein Vehikel und nicht etwa der Schrittmacher der Entwicklung war; man darf freilich einräumen: ein erfolgreiches Vehikel ! Indem der Gesetzgeber zudem Bestimmungen über die Festsetzung einer angemessenen Entschädigung im Verwaltungsverfahren schuf, dabei aber jedenfalls dem Enteigneten den Zugang zu den ordentlichen Zivilgerichten zur Durchsetzung seines subjektiven Anspruchs auf Schadloshaltung eröffnete, war hier auch dem Rechtsschutzaspekt ausreichend Rechnung getragen.

Was die beiden ersten Aspekte im Fragenkatalog *Napoleons* anlangte, so blieb es freilich im Vormärz bei der von *Zeiller* in seinem « *Commentar* » so prägnant beschriebenen Rechtslage: Ob ein öffentliches Interesse vorlag, und ob und gegebenenfalls gegen wen und in welchem Umfange eine Enteignung vorzunehmen war, all dies blieb eine Frage, « worüber der Unterthan mit der öffentlichen Verwaltung nicht rechten darf ».⁴² Erst der moderne Verfassungsstaat sollte und konnte hier Abhilfe schaffen.

41. Zitiert nach HEDEMANN, Fortschritte II/1, 239.

42. ZEILLER, *Commentar* II 128. Vgl. dazu oben II.G.

III. Enteignung in der österreichischen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts

A. Eigentumsschutz als konstitutionelles Anliegen – die Vorgeschichte des Art 5 StGG

Die Verfassungsentwicklung in Österreich ab 1848 vollzog sich unter maßgeblichem Einfluß des Konstitutionalismus. Zwar standen dem Konstitutionalismus die restaurativen Tendenzen des Neo-Absolutismus gegenüber, welcher sich von 1852 – 1861 sogar durchzusetzen vermochte, aber spätestens mit der Dezember-Verfassung 1867 kam es auf Dauer zu einer konstitutionellen Grundordnung des Staates.

Zu den Anliegen des Konstitutionalismus zählte u.a. die Schaffung eines Grundrechtskataloges im Rahmen der zu erlassenden Verfassung. Damit stellte sich auch für das Eigentum bzw. die Enteignung die Frage einer grundrechtlichen Verankerung, zählt doch die Unverletzlichkeit des Eigentums zu jenen Grundrechten, welche zum Kernbestand der neuzeitlichen Grundrechtskataloge gehören. Freilich mag für die Entwicklung in Österreich das Bedürfnis nach einer verfassungsrechtlichen Absicherung des Schutzes vor Enteignung insofern weniger brisant gewesen sein, als durch § 365 ABGB ohnehin bereits ein Schutz vor entschädigungsloser Enteignung normiert war, der auch von der Verwaltungspraxis des Vormärz – zumindest im allgemeinen⁴³ – respektiert wurde.

1 Die Verfassung vom 25. 4. 1848

In der unter dem Eindruck der revolutionären Unruhen zustande gekommenen « Pillersdorfschen Verfassung » vom 25. 4. 1848 (PGS 49), in welcher auch einige Grundrechte als Staatszielbestimmungen normiert wurden, findet sich allerdings noch keine Garantie des Eigentums. Dabei ist aber zu bedenken, daß diese Verfassung unter großem zeitlichen Druck zustandekam und keinen sehr umfassenden Grundrechtskatalog enthielt.⁴⁴

43. Als Beispiel für eine ausnahmsweise entschädigungslose Enteignung wird in der Literatur (PRAZAK, Das Recht der Enteignung in Österreich 117; RANDA, Die Enteignung, in: GrünhutsZ 10 (1883) 616) die Entnahme von Schotter aus Privatgewässern für Zwecke öffentlicher Straßen und Wasserbauwerke angeführt, für die ein Hofkanzlei-Dekret vom 6. Oktober 1825 sowie § 6 der Ministerialverordnung vom 21.4.1857 (RGBI 82) keine Vergütung vorsahen.

44. Zum äußeren Gang der Ereignisse rund um die Verfassung 1848 siehe etwa BRAUNEDER, Die Gesetzgebungsgeschichte der österreichischen Grundrechte, in: MACHACEK/PAHR/STADLER, Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd I (1991) 198 ff (im folgenden zitiert: BRAUNEDER, Gesetzgebungsgeschichte). Unter der Überschrift « Staatsbürgerliche und politische Rechte der Staatseinwohner » sind in den §§ 17-31 der Aprilverfassung 1848 verschiedene grundrechtliche Bestimmungen zusammengefaßt, deren Formulierung im wesentlichen auf den damaligen Innenminister Pillersdorf zurückgehen (BRAUNEDER, Gesetzgebungsgeschichte 202 f).

2 Der Kremsierer Verfassungsentwurf 1848/49

Im Rahmen der Diskussionen des « Kremsierer Verfassungsentwurfes » 1848/49 wurden der Schutz des Eigentums und die Voraussetzungen einer zulässigen Enteignung hingegen sehr wohl beraten⁴⁵. In der ersten Lesung des Grundrechtskataloges lautete dessen § 22:

« Das Eigentum ist unter dem Schutz des Staates. Niemand darf aus seinem Eigentum verdrängt werden, außer a) in Vollziehung eines richterlichen Erkenntnisses oder b) durch Enteignung (Expropriation) aus den Gründen des öffentlichen Wohles. Letztere darf nur nach den Bestimmungen eines besonderen Gesetzes und gegen angemessene – in der Regel vorausgehende – Schadloshaltung vorgenommen werden. »

In der Fassung der Zweiten Lesung sah § 22 dann anstelle der Voraussetzung der Regelung der Enteignung durch « Bestimmungen eines besonderen Gesetzes » bloß « Bestimmungen des Gesetzes » vor.

Der diesbezügliche Abänderungsantrag wurde in der Beratung des Verfassungsausschusses am 17. 12. 1848 vom Abgeordneten *Vacano* eingebracht und damit begründet, daß es wahrscheinlich noch lange nicht zu einem « Kollektiv-expropriationsgesetz » (gemeint ist offenbar ein allgemeines Enteignungsgesetz) kommen werde. Deshalb sei es zweckmäßig, « die bisher geltenden Gesetze als noch wirksam in den Grundrechten zu sanktionieren ».⁴⁶

Der Kremsierer Entwurf sieht damit einerseits eine Garantie des Eigentums als Grundrecht vor, andererseits nennt er für die Enteignung als verfassungsrechtliche Voraussetzungen a) Zielsetzung des Öffentlichen Wohles, b) angemessene Schadloshaltung sowie c) eine gesetzliche Grundlage, wobei das ursprüngliche Erfordernis eines « besonderen (Enteignungs-) Gesetzes » aus pragmatischen Gründen abgeschwächt worden war. Infolge der Auflösung des Reichstages am 4. 3. 1849 wurde dieser Vorschlag aber nie beschlossen.

3 Die oktroyierte Verfassung vom 4. 3. 1849

Inhaltlich dürfte der Kremsierer Vorschlag aber Einfluß auf die Regelung der Enteignung in der oktroyierten Reichsverfassung vom 4. 3. 1849 (RGBI 150, « März-Verfassung ») ausgeübt haben, welche dieselben Voraussetzungen für die Enteignung vorsah wie der Kremsierer Entwurf des Grundrechtskataloges. § 29 der März-Verfassung lautete:

« Das Eigentum steht unter dem Schutz des Reiches. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes beschränkt oder entzogen werden. »

45. Vgl. FISCHEL, Die Protokolle des Verfassungsausschusses über die Grundrechte 1848 (1912) 152 ff.

46. VACANO in: FISCHEL, Protokolle des Verfassungsausschusses 153.

Anzumerken ist hiezu, daß § 29 der Reichsverfassung 1849 explizit auch Eigentumsbeschränkungen (und nicht nur den Entzug des Eigentums) als vom Schutz erfaßt ansieht. Aufgrund der kurzen Lebensdauer der « Märzverfassung », ⁴⁷ welche durch die « Silvesterpatente » vom 31. 12. 1851 aufgehoben wurde, konnte freilich auch § 29 die Entwicklung des Enteignungsrechtes in Österreich zunächst nicht nachhaltig beeinflussen. Dennoch sollte seine Bedeutung nicht unterschätzt werden: Hier wird das erste Mal die Eigentumsgarantie und der Schutz vor Enteignung verfassungsrechtlich niedergelegt. Zwar handelte es sich dabei um eine vom Monarchen oktroyierte Verfassung, aber inhaltlich ist der Einfluß der konstitutionellen Staatslehre unverkennbar. Weiters stellt § 29 der Märzverfassung 1849 den *status quo* vor der neoabsolutistischen Phase dar, an den die (wiederum liberal geprägte) Dezemberverfassung 1867 anknüpfen sollte. Vorerst aber fiel durch die Aufhebung der Märzverfassung durch die Silvesterpatente 1851 auch der verfassungsrechtliche Enteignungsschutz wieder weg.

4 Die Dezemberverfassung 1867

Grundrechtliche Verankerung fand das Eigentum erst wieder im Zuge der « Dezemberverfassung » von 1867. Diese bestand aus mehreren Verfassungsgesetzen ⁴⁸, unter ihnen das « Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder » vom 21. 12. 1867, welches einen Katalog von Grundrechten enthielt.

Art 5 dieses StGG normiert die Unverletzlichkeit des Eigentums und sieht für den Fall der Enteignung einen Gesetzesvorbehalt vor. Die – durch Art 149 Abs 1 B-VG übergeleiteten und somit nach wie vor in Österreich in Geltung stehenden – Bestimmungen des Art 5 StGG lauten:

« Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt. »

Durch Art 5 des StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger wurde der grundrechtliche Schutz des Eigentums, durch ein formelles Verfassungsgesetz ausgedrückt. Im einzelnen ergaben sich durch die knappe Textierung des Art 5 StGG aber eine Reihe von Interpretationsfragen, welche die verfassungsrechtliche Diskussion in der Folge immer wieder beschäftigen sollten. Besondere Schwierigkeit bereitete dabei vor allem das Verhältnis des Art 5 StGG zu § 365 ABGB.

47. Von den in der Märzverfassung 1849 vorgesehenen Institutionen wurden überhaupt nur Regierung und Reichsrat effektiv, der als Parlament vorgesehene Reichstag kam gar nicht zustande. Für eine ausführliche Analyse der Märzverfassung 1849 siehe BRAUNEDER, Gesetzgebungsgeschichte 243 ff.

48. Im einzelnen handelt es sich dabei um: das Staatsgrundgesetz (StGG) über die Reichsvertretung (RGI 141), das StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (RGI 142), das StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (RGI 143), das StGG über die richterliche Gewalt (RGI 144), das StGG über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt (RGI 145), das kompetenzenregelnde « Delegationsgesetz » (RGI 146) sowie das Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit (RGI 101).

B. Das Verhältnis von Art 5 StGG und § 365 ABGB in der Sicht des 19. Jahrhunderts

1 Die Problematik

Nach dem Wortlaut von Art 5 Satz 2 StGG wird eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers nur « in den Fällen und in der Art » zugelassen, « welche das Gesetz bestimmt ». Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums des Art 5 Satz 1 StGG steht also unter einem « formellen Gesetzesvorbehalt ». Während § 365 ABGB materielle Elemente des Enteignungsfalles angegeben hatte (Enteignung zum Zweck des « allgemeinen Besten », Abtretung gegen « angemessene Schadloshaltung »), spricht Art 5 Satz 2 StGG bloß davon, daß « die Fälle und die Art » der Enteignung durch Gesetz normiert werden müssen, ohne daß es den Inhalt eines solchen Gesetzes näher determiniert.

Dies führt zur Fragestellung, ob ein Gesetz im Sinne des Art 5 Satz 2 StGG auch dann zulässigerweise eine Enteignung vorsehen kann, wenn die Voraussetzungen des § 365 ABGB nicht gegeben sind.⁴⁹ Damit käme man zum Ergebnis, daß die im allgemeinen als liberal geltende Verfassung von 1867 inhaltlich gesehen dem Eigentümer einen geringeren Schutz gewähren würde, als dies für das in der Zeit des Absolutismus sanktionierte ABGB der Fall war.

Dabei gäbe es theoretisch noch zwei Untervarianten: Man könnte nämlich entweder eine gänzliche Derogation des § 365 ABGB durch Art 5 StGG annehmen, sodaß nunmehr für den Enteignungsfall der Eingriff bloß formell vom Bestehen eines entsprechenden Gesetzes abhängen würde. Oder aber man sieht Art 5 StGG als eine generelle (verfassungsgesetzliche) Regelung, welche § 365 ABGB als speziellere (einfachgesetzliche) Regel nicht aufhebt. Besondere Bedeutung kommt diesen Überlegungen für die Frage einer verfassungsrechtlichen Entschädigungspflicht gegenüber dem Enteigneten zu, da eine solche von Art 5 StGG ja nicht ausdrücklich normiert wird.

2 § 365 ABGB als vorkonstitutionelle Verfassungsnorm ?

Das Verhältnis von Art 5 StGG und § 365 ABGB präsentiert sich als ein vielschichtiges Problem: Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die formale Überordnung des Verfassungsrechts (StGG) über ein « bloß einfaches Gesetz » (ABGB) im konkreten

49. In diesem Sinn bejaht etwa die ständige Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes (VfGH) im 20. Jh die prinzipielle verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer entschädigungslosen Enteignung. Vgl etwa VfSlg 1123/1928, 2572/1953, 2680/1954, 6884/1972, 7234/1973, 7759/1976, 9911/1983). In der Lehre wird diese Auffassung nur von wenigen geteilt: ROSENZWEIG, Enteignung und öffentliches Interesse, JBl 1950, 49 (52); SPIELBÜCHLER in RUMMEL², Rz 9 zu § 365 ABGB (Beiden Autoren ist gemeinsam, daß sie Mitglieder des VfGH waren bzw sind). SPIELBÜCHLER weist aber – so wie die jüngere Judikatur des VfGH – darauf hin, daß sich eine verfassungsrechtliche Entschädigungspflicht immerhin aus dem Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) ergeben kann.

Fall nicht allein ausschlaggebend sein kann. Zwar stimmt es, daß bloß Art 5 StGG ein Verfassungsgesetz im formellen Sinn darstellt, aber immerhin läßt sich einiges dafür vorbringen, daß es sich bei § 365 ABGB um eine Norm handelt, die – aus einer vorkonstitutionellen Ära stammend – inhaltlich durchaus ein subjektives Entschädigungsrecht (auch gegen die Staatsgewalt) normiert, welches vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden kann.⁵⁰ § 365 ABGB kommt damit – unter der Perspektive seiner Entstehungszeit – einem Grundrecht zumindest nahe. So hat *Ermacora* treffend formuliert, daß § 365 ABGB zur Zeit seiner Erlassung « der Ersatz für eine konstitutionelle Vorschrift » war.⁵¹

Aber selbst wenn man dem ABGB zubilligte, « vorkonstitutionelles Verfassungsrecht » (im materiellen Sinn) zu enthalten, so wäre es dem späteren Verfassungsgesetzgeber wohl freigestanden, dieses zu verändern. Mit anderen Worten: Selbst wenn man eine Ranggleichheit von § 365 ABGB und Art 5 StGG postulieren würde, könnte Art 5 StGG immer noch als *lex posterior* dem § 365 ABGB derogieren, und damit eine gesetzliche entschädigungslose Enteignung als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen sein.

3 Historische Interpretation

Die Materialien zur Entstehung des Art 5 StGG sind für die Klärung des Verhältnisses von Art 5 StGG und § 365 ABGB leider unergiebig. Aus den Protokollen des Herrenhauses ergibt sich, daß die vom Verfassungsausschuß des Abgeordnetenhauses vorgeschlagene Regelung des Art 5 StGG ohne Diskussion angenommen wurde.⁵² Vorher war der Wortlaut des ersten Satzes des Art 5 StGG – welcher im Subcomité-Entwurf lautete « Das Eigentum des Staatsbürgers ist unverletzlich. » – insofern

50. Zur Frage, inwieweit man in einem solchen Fall von Grundrechten sprechen kann vgl die Diskussion um den Grundrechtscharakter der Bestimmungen des Kremsierer Verfassungsentwurfes: den Charakter als subjektive öffentliche Rechte wegen Fehlens einer öffentlichrechtlichen Gerichtsbarkeit verneinend BRAUNEDER, Zum Wesen der Grundrechte des « Kremsierer Verfassungsentwurfs », ÖJZ 1989, 417; gegenteiliger Auffassung WALTER, Waren die « Grundrechte » des « Kremsierer Verfassungsentwurfs » bloße « Staatszielbestimmungen » ?, ÖJZ 1990, 609, welcher auf die Möglichkeit der Anrufung der Zivilgerichte verweist.

51. ERMACORA, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte (1963) 125; vgl dazu allgemein auch Ofner, Der soziale Charakter des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in: ABGB-FS I, 441 (bes 458 ff).

52. Protokoll über die Sitzung des Herrenhauses vom 28. 11. 1867 (17. Sitzung der 4. Session) S 274. Zur Meinung zeitgenössischer Juristen vgl das – von einer Kommission der Juristischen Gesellschaft ausgearbeitete – Gutachten « Der Einfluß des StGG vom 21. Dezember 1867 auf die bestehende österreichische Gesetzgebung » (Wien 1868) 16: « Dieser Artikel enthält keinen neuen Rechtssatz, gibt jedoch zu der Bemerkung Anlaß, daß ein allgemeines Expropriationsgesetz sich als ein dringendes Bedürfnis herausstelle. » (zitiert nach ERMACORA, Handbuch der Grundfreiheiten 128 FN 40). Vgl dazu auch den Bericht über die Plenarversammlung der Juristischen Gesellschaft in: Österreichische Zeitschrift für Verwaltung Bd I (1868) 89 (94), auf der man einstimmig den Antrag annahm, « daß die Erlassung eines Expropriationsgesetzes ein dringendes Bedürfnis sei ».

verändert worden, als die Einschränkung auf das Eigentum « des Staatsbürgers » – wohl aus bloß stilistischen Gründen⁵³ – weggelassen wurde.⁵⁴

Ideengeschichtlich erscheint aber die Hypothese der vollständigen Verdrängung des § 365 ABGB durch Art 5 StGG, mit der Konsequenz der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer entschädigungslosen Enteignung (sofern bloß eine gesetzliche Grundlage dafür besteht) als nicht plausibel. Wäre diese Annahme zutreffend, so « hätte damit das StGG einen Rückschritt in den tiefsten Absolutismus vollzogen » – formuliert *Aicher* in diesem Zusammenhang.⁵⁵ Ähnlich drastisch drückt dies *Rill* aus: « Die Annahme, daß der liberale Gesetzgeber von 1867 hinter den schon im Polizeistaat erreichten Standard zurückgegangen sein soll, erscheint geradezu absurd. »⁵⁶

Daß ein derartiger Rückschritt nicht beabsichtigt gewesen sein kann, läßt sich auch den Materialien zum StGG 1867 mit ziemlicher Deutlichkeit entnehmen. So wird im Motivenbericht des Verfassungsausschusses hervorgehoben, daß die « allgemeinen Rechte der Staatsbürger, wie solche der vorliegende Entwurf eines Staatsgrundgesetzes in Übereinstimmung mit den meisten europäischen Verfassungen enthält, ... mit sehr wenigen und geringen Ausnahmen den Völkern Österreichs von Sr. Majestät dem Kaiser schon in der oktroyierten Verfassungsurkunde vom 4. März 1849 verliehen » waren.⁵⁷ In dem Bericht werden sodann lediglich einige der damals politisch umstrittenen Bestimmungen erläutert, über die übrigen Bestimmungen – unter ihnen Art 5 StGG – heißt es hingegen bloß, daß sie « als allgemein anerkannte Postulate des constitutionellen Staatsrechtes » anzusehen sind, « welche einer besonderen Erläuterung oder Rechtfertigung nicht bedürfen ».⁵⁸ Damit ist davon auszugehen, daß die Grundrechte der Dezemberverfassung 1867 jedenfalls nicht hinter jenen Standard zurückfallen sollten, welcher bereits durch die Märzverfassung 1849 geschaffen war.

Dieser Befund wird nicht zuletzt durch die historischen Untersuchungen bestätigt, denen zufolge als Autor des Grundrechtskataloges des StGG 1867 im wesentlichen

53. So BRAUNEDER, Gesetzgebungsgeschichte 279, 285 f, unter Hinweis darauf, daß die Grundrechte des StGG 1867 generell nur als Staatsbürgerrechte konzipiert waren. Im 20. Jahrhundert sollte der Eigentumsschutz des Art 5 StGG hingegen vom Verfassungsgerichtshof als ein nicht auf Staatsbürger beschränktes Grundrecht interpretiert werden (VfSlg 2680).

54. ERMACORA, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 124.

55. AICHER, Grundfragen der Staatshaftung bei rechtmäßigen hoheitlichen Eigentumsbeschränkungen (1978) 40.

56. RILL, Eigentum, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, in: VVDStRL Bd 51 (1992) 175 (192).

57. Nr XXIV der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses der 4. Session (1867) S 2; die Materialien zur Gesetzgebungsgeschichte des StGG 1867 finden sich auch in: Die neue Gesetzgebung Österreichs I (1868) 305 ff.

58. Nr XXIV der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Abgeordnetenhauses der 4. Session (1867) S 6.

der Brünner Rechtsanwalt *Eduard Sturm* anzusehen ist.⁵⁹ *Sturm* zog für seine Arbeit eine ganze Reihe von Verfassungen bzw Verfassungsentwürfen heran, von denen aber die Märzverfassung 1849 die maßgebliche Quelle darstellte.⁶⁰

In bezug auf die Enteignung bedeutet dies: auch wenn Art 5 Satz 2 StGG eine Entschädigungspflicht nicht ausdrücklich erwähnt, so wurde eine solche sowohl aus dem Gesichtspunkt des « *acquis constitutionnel* » der Zeit vor dem Neoabsolutismus als auch im Hinblick auf die « anerkannten Postulate des konstitutionellen Staatsrechtes » im europäischen zeitgenössischen Vergleich wohl vorausgesetzt. Für die Entschädigungspflicht sprechen also einerseits die vom Verfassungsausschuß hervorgehobene Kontinuität zur März-Verfassung 1849, anderseits aber der – auch rechtsvergleichend zu gewinnende – zeitgenössische Enteignungsbegriff.

4 Die Haltung des Reichsgerichts

Keine Klärung erfuhr diese Frage allerdings durch das (österreichische) Reichsgericht, welches durch eines der StGG des Dezember 1867 (RGI 143) geschaffen worden war. Zu den Kompetenzen des Reichsgerichtes gehörte es, über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte zu entscheiden. Zwar interpretierte das Reichsgericht den Begriff der « politischen Rechte » sehr extensiv, aber hinsichtlich der Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5 StGG) wurde mehrfach entschieden, daß es sich dabei zwar um ein von der Verfassung gewährlestetes Recht, nicht aber unbedingt um ein politisches Recht handle,⁶¹ sodaß es keinen Gegenstand meritorischer Entscheidungen des Reichsgerichts bilden könne. Einige Autoren kritisierten diesen Standpunkt zwar heftig,⁶² ohne aber eine Judikaturänderung herbeizuführen. Somit blieb es erst dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) in der Zeit der Ersten Republik (1920 – 1933) vorbehalten, über die verfassungsrechtliche Bedeutung des Verhältnisses von Art 5 StGG und § 365 ABGB und somit über die Frage der Zulässigkeit eines entschädigungslosen Enteignungsgesetzes autoritativ zu entscheiden.

59. STOURZH, Die österreichische Dezemberverfassung von 1867, Österreich in Geschichte und Literatur (1968) 1 ff, neu abgedruckt in: Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie (1989) 239 (252).

60. BRAUNEDER, Gesetzgebungsgeschichte 281 f.

61. Reichsgerichts-Erkenntnis vom 30.1.1873, Nr 7 = HYE, Sammlung der ... Erkenntnisse des k.k. Reichsgerichtes, Nr 41/1873; weiters Erk.-Slg, Nr 1375/1905, 1543/1907. Vgl dazu HYE, Vorwort in: HYE, Sammlung der Entscheidungen des k.k. Reichsgerichtes, Bd IV, S XI f; MELICHAR, Die Freiheitsrechte der Dezember-Verfassung 1867 und ihre Entwicklung in der reichsgerichtlichen Judikatur, ÖZÖR 16 (1966) 256 (bes 259, 262 mwN); insofern ungenau Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie 255, der behauptet, daß alle im StGG verankerten Rechte unter das Beschwerderecht beim Reichsgericht fielen.

62. Vgl MROCZENSKI, Welche von den allgemeinen Rechten der Staatsbürger sind politische und durch die Verfassung gewährleistete Rechte?, in: Österreichische Zeitschrift für Verwaltung, Bd XVIII (1885) 181 ff. Mroczencki argumentiert für die Zulässigkeit des Rechtsweges zum Reichsgericht, indem er « politische Rechte » als Synonym für öffentliche Rechte deutet, unter die wohl sämtliche Grundrechte fallen. Kritisch dazu LAYER, Die Prinzipien des Enteignungsrechtes (1902), 410 ff, welcher seinerseits eine Zuständigkeit des Reichsgerichts bloß dann bejaht, wenn mit dem Verlust des Eigentums auch politische Rechte verloren gehen (414).

5 Die Judikatur des k. k. Verwaltungsgerichtshofes

Dem bereits in der Dezemberverfassung 1867 vorgesehenen, schließlich aber erst 1876 geschaffenen k. k. Verwaltungsgerichtshof (VwGH) oblag die Kontrolle der Verwaltung im Hinblick auf ihre Gesetzmäßigkeit. In diesem Zusammenhang hatte sich der VwGH auch mit der Frage zu beschäftigen, ob § 365 ABGB nach wie vor eine taugliche gesetzliche Grundlage für eine Enteignung darstelle. Implizit wurde dabei auch über die Frage einer möglichen Derogation von § 365 ABGB durch Art 5 StGG erkannt. Der VwGH vertrat die Meinung, daß § 365 ABGB selbst « jene gesetzliche Bestimmung darstelle, auf Grund welcher die politischen Behörden nach Maßgabe des Art 5 StGG berechtigt sind, eine Expropriation auszusprechen. » Daran anschließend knüpfte der VwGH unter Berufung auf die « ältere Gesetzgebung » die Folgerung, daß « die Berechtigung der politischen Behörde zur Anordnung einer Expropriation durch diese Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches selbst begründet wurde ».⁶³ In der Interpretation des Gesetzesvorbehaltes wurde somit jener Weg beschritten, der seit der Abänderung des Kremsierer Grundrechtsentwurfes infolge des Antrages von *Vacano* vorgezeichnet war: in Ermangelung eines allgemeinen Enteignungsgesetzes wollte man die bisherigen gesetzlichen Grundlagen – und insbesondere § 365 ABGB – weitergelten lassen. Dies führte aber zu einer den Intentionen des Verfassungsgesetzgebers 1867 wohl nicht entsprechenden weitgehenden Freiheit der Verwaltungsbehörden. Diese konnten sich auch dann, wenn kein spezielles Gesetz vorlag, aus dem sich Art und Weise einer Enteignung ergab, auf § 365 ABGB als gesetzliche Grundlage stützen. Der Handlungsspielraum der Behörden war dabei umso größer, als der k.k. VwGH die Frage, ob ein allgemeines Interesse vorlag, was ja nach § 365 ABGB Voraussetzung der Zulässigkeit einer Enteignung war, als eine freie Ermessensentscheidung ansah, die nicht der richterlichen Kontrolle unterlag. *Ermacora* charakterisiert diese Entwicklung kritisch als einen « Sieg verwaltungsoportunistischen Staatsdenkens »⁶⁴.

6 Meinungen in der Lehre

In einer der ersten wissenschaftlichen Bearbeitungen des Enteignungsrechts nach Inkrafttreten der Dezemberverfassung 1867 setzte sich *Grünhut* mit den Auswirkungen des Art 5 StGG auseinander. Er weist zunächst darauf hin, daß bis zum StGG 1867

63. VwGH Erk. Nr 4774/1889; vgl auch Plenarentscheidung des VwGH vom 3.12.1877, ZI 1620; Erk vom 3.2.1879, vom 17.10.1881, vom 27.6.1889; Erk. Nr 5394/1890, 7020/1893, 9467/1896, 2672 (A)/1904.

64. *ERMACORA*, Handbuch der Grundfreiheiten 128. Symptomatisch für diese damalige Grundstimmung sind auch die Ausführungen Prazaks, der sich vehement dagegen ausspricht, die Enteignungsfälle taxativ in einem Gesetz festzulegen: « Die wechselnden Gestalten und Bedürfnisse des tatsächlichen Lebens lassen sich nicht in die engen Formen eines ein für allemal festgesetzten Schemas kleiden und eine derartige Beschränkung der Verwaltungsthätigkeit des Staates würde die **unumgänglich erforderliche freie Selbstbestimmung der Verwaltungsorgane** (unsere Hervorhebung) in empfindlicher Weise schädigen » (PRAZAK, Recht der Enteignung 86).

über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger « die Entscheidung über das Vorhandensein eines Enteignungsfalles der politischen Behörde » zustand, wobei in der Regel das Ministerium des Inneren in letzter Instanz entschied. Durch Art 5 StGG⁶⁵, der die Enteignung nur « in den Fällen und in der Art, welche das Gesetz bestimmt », erlaubt, « ist das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde in der Bestimmung der Enteignungsfälle beseitigt ». Nach *Grünhuts* Auffassung ist die Verwaltung nun « bei der Ausübung des Enteignungsrechtes an jene Kategorien der Enteignungsfälle gebunden, welche durch die vorhandenen speciellen Gesetze bereits aufgestellt sind. »⁶⁶

Grünhut äußert sich zwar nicht explizit zu § 365 ABGB, aber es erscheint doch ziemlich klar, daß er das ABGB nicht zu den « speciellen Gesetzen » zählt, in denen Enteignungsfälle normiert sind. Seine Auffassung bringt damit einen rechtsstaatlichen Fortschritt insofern, als er den Gesetzesvorbehalt des Art 5 StGG ernst nimmt und daraus die gesetzliche Normierung der Enteignungsfälle ableitet.⁶⁷ Eine solche Interpretation entspricht auch der heutigen Sicht des Zusammenspiels der Grundrechtsgarantie (hier: Eigentumsschutz) und des Gesetzesvorbehalts.⁶⁸ Ob diese Sicht aber historisch völlig zutreffend ist, mag bezweifelt werden.

Zu erinnern ist an die Diskussion bei der Ausarbeitung des Kremsierer Grundrechtsentwurfs. Dort hatte *Vacano* den Antrag eingebracht, die Zulässigkeit einer Enteignung nicht an « Bestimmungen eines besonderen Gesetzes », sondern bloß an « Bestimmungen eines Gesetzes » zu binden mit der erklärten Absicht bis zur Erlassung eines allgemeinen Enteignungsgesetzes die bisherige Rechtslage – inklusive § 365 ABGB – beizubehalten.⁶⁹ Auch in der Märzverfassung 1849 fehlte dann das Erfordernis eines « besonderen » Gesetzes.

Fast zwei Jahrzehnte später knüpft die Verfassung 1867 an die liberalen Diskussionen der Jahre 1848/49 an. Es erscheint somit denkbar, daß mit Art 5 StGG zwar eine genauere gesetzliche Determinierung der Enteignung beabsichtigt war,⁷⁰ gleichzeitig aber die Formulierung, wenigstens für eine « Übergangszeit », die Beibehaltung der bisherigen Regelungen ermöglichen sollte. Bekanntlich ist aber nichts so dauerhaft wie ein Provisorium, und so sollte es in Österreich bis heute zu

65. GRÜNHUT zitiert irrtümlich den Art 4 StGG.

66. GRÜNHUT, *Das Enteignungsrecht* (1873) 96 f. Für eine Derogation des § 365 ABGB durch Art 5 StGG auch LAYER, *Principien* 167 ff FN 1.

67. In diesem Zusammenhang vgl etwa ERMACORA, *Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte* 126: « Die richtige Interpretation des Art 5 StGG hätte schon damals dazu führen müssen, daß Fälle und Art der Enteignung in jedem Falle vom Gesetzgeber hätten bestimmt sein müssen. »

68. Diese Auffassung entspricht der ständigen Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes (welcher seit 1920 besteht); vgl etwa KORINEK in KORINEK/PAUGER/RUMMEL, *Handbuch des Enteignungsrechts* 22 mwN.

69. FISCHEL, *Protokolle des Verfassungsausschusses* 153.

70. In diesem Sinn ist wohl der Hinweis der Kommission der Juristischen Gesellschaft zu verstehen, daß « ein allgemeines Expropriationsgesetz sich als ein dringendes Bedürfnis herausstelle. » (siehe oben FN 52).

einem allgemeinen Enteignungsgesetz nicht kommen. Selbst die Auffassung, daß jeder Enteignungsfall als solcher gesetzlich vorgesehen sein muß (also kein freies Ermessen der Verwaltungsbehörden besteht) konnte sich erst nach dem Ende der Monarchie durchsetzen.

Entgegen der Meinung *Grünhuts* blieb jedenfalls die Bedeutung des § 365 ABGB auch nach Inkrafttreten des StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger erhalten, weil die Bestimmung des § 365 ABGB sowohl von Lehre⁷¹ als auch Judikatur⁷² als allgemeine gesetzliche Grundlage für Enteignungen betrachtet wurde.

In der Lehre wurde diese Auffassung insbesondere von *Randa* vertreten, dem großen Zivilrechtler und Wegbereiter der Rechtsvergleichung⁷³. In einer Stellungnahme zur sog « Nordbahnfrage » äußert sich *Randa* ua auch zur Frage « ob und in welcher Weise die Verstaatlichung der Nordbahn im Wege der Expropriation möglich wäre »⁷⁴. *Randas* Antwort: Es genügt als gesetzliche Grundlage « der allgemein lautende Grundsatz des § 365 ABGB ... auf Grund dieser Grundnorm (sic) wurden seit dem Jahre 1812 Expropriationen jeder Art, der verschiedenartigsten Objekte, ohne Anstand von den Verwaltungsbehörden durchgeführt. »⁷⁵

Schon in einer früheren Publikation hatte *Randa* eine Derogation des § 365 ABGB durch Art 5 StGG ausdrücklich verneint: « Daß der § 365 ABGB, welcher doch in erster Reihe zu den Gesetzen gehört, auf welche sich Art 5 StGG beruft, durch letzteren nicht aufgehoben wurde, erscheint durch die Zitierung desselben in dem später erschienenen Reichswassergesetz vom 30. 5. 1869 und im Eisenbahnteilungsgesetz vom 18. 2. 1878 (§§ 1 und 4) außer allen Zweifel gestellt. »⁷⁶

Den neben dem § 365 ABGB existierenden Spezialgesetzen (insbesondere dem Eisenbahnteilungsgesetz 1878) kommt nach *Randa* in solchen Fällen, in denen die Zulässigkeit der Enteignung nur auf § 365 ABGB gestützt werden kann, die Funktion einer Analogiebasis zu. Die in diesen Fällen im einzelnen nicht geregelten Fragen des materiellen und formellen Enteignungsrechtes sind nach seiner Auffassung durch Analogie zu den Spezialgesetzen zu beantworten⁷⁷.

Weitgehende Einigkeit herrschte hingegen von Anfang an darin, daß weiterhin eine Entschädigungspflicht bei Enteignung anzunehmen sei. *Grünhut* leitet sie « aus dem Prinzip der Enteignung ab ».⁷⁸ Als dem Begriff der Enteignung immanent ist für

71. Siehe den Überblick über den Meinungsstand bei LAYER, Principien 167 FN 1.

72. Zur diesbezüglichen Rechtsauffassung des k.k. VwGH siehe oben III.B.5.

73. Zu Leben und Werk *Randas* siehe den Überblick bei HOYER, Anton Ritter von *Randa*, in: BRAUNEDER, Juristen in Österreich (1987) 190 ff, zu seiner Bedeutung für die Entwicklung der Zivilrechtswissenschaft vgl OGRIS, Die historische Schule der österreichischen Zivilistik, FS Lentze (1969) 460 ff.

74. RANDA, Bemerkungen zur Nordbahnfrage, GrünhutsZ 12 (1885) 695 ff (hier 703 f).

75. RANDA, GrünhutsZ 12 (1885) 703 f.

76. RANDA, Die Enteignung, GrünhutsZ 10 (1883) 624; ähnlich schon vor ihm Prazak, Recht der Enteignung 85. Anderer Ansicht *Grünhut*, Recht der Enteignung 96 f sowie LAYER, Principien 167 FN 1.

77. RANDA, GrünhutsZ 12 (1885) 704.

78. GRÜNHUT, Das Enteignungsrecht 97.

Grünhut die Herleitung der Entschädigungspflicht aus § 365 ABGB (als einer von ihm wohl nicht mehr als geltend angenommenen Norm) entbehrlich; die Bestimmung des ABGB bildet für ihn – gemeinsam mit rechtsvergleichenden Hinweisen – bloß die Induktionsbasis für die Prinzipien des Enteignungsrechtes.

Prazak begründet die Entschädigungspflicht seinerseits mit einem Hinweis auf die preussische Verfassungsurkunde vom 21. Jänner 1851, deren Art 9 eine Entschädigungspflicht vorsah⁷⁹ und dem – laut *Prazak* – der Art 5 StGG « nachgebildet » sei,⁸⁰ sowie mit einem Hinweis darauf, daß « behüfs Feststellung des Enteignungsbegriffes auf den § 365 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zurückzugehen » sei.⁸¹ Der rechtsvergleichende Hinweis auf die preussische Verfassung erscheint zwar nicht ganz zwingend, da *Prazak* nicht anzuführen vermag, warum gerade die preussische Verfassung hier als Leitbild fungiert haben soll – und zB nicht die Märzverfassung 1849.⁸² Ergiebiger ist hingegen die Argumentation mit dem zeitgenössischen Enteignungsbegriff. Dieses Argument wurde im Anschluß an *Grünhut* und *Prazak* von der österreichischen Lehre bald einhellig vertreten und wird bis heute als maßgeblich angesehen.

In seiner entwickelten Form wird dieses Argument anhand der Figur der « vorgefundenen Gesetzeslage » ausgeführt. Nach diesem – in Österreich für die Interpretation von Verfassungsnormen allgemein angewandten – Interpretationsgrundsatz ist zur Sinnermittlung von Verfassungsbegriffen, welche von der Verfassung selbst nicht näher bestimmt werden, auf die historisch vorgefundene Begriffsbildung zur Zeit der Erlassung der Verfassungsnorm abzustellen.⁸³ Dementsprechend ist der Begriff der Enteignung in Art 5 StGG nach dem damaligen Enteignungsbegriff, welcher durch § 365 ABGB bestimmt war, zu interpretieren. Zum historisch maßgeblichen Enteignungsbegriff gehört aber nicht nur die Bindung der Enteignung an eine Zielsetzung im öffentlichen Interesse, sondern auch die notwendige Rechtsfolge der angemessenen Entschädigung des Enteigneten. Damit wird – über den methodischen Weg der objektiv-historischen Auslegung – der Inhalt des § 365 ABGB in Art 5 StGG « rezipiert ».⁸⁴

Für die Interpretation des Grundrechtskataloges des StGG 1867 kommt der Methode der objektiv-historischen Auslegung allgemein besondere Bedeutung zu.

79. Art 9 der preussischen Verfassungsurkunde lautete: « Das Eigentum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig sicherzustellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden. »

80. PRAZAK, Das Recht der Enteignung in Österreich (1877) 30 FN 25.

81. PRAZAK, Recht der Enteignung 31.

82. Die Parallele zur österreichischen Märzverfassung besteht vor allem in der Gleichsetzung von Entzug und Beschränkung des Eigentums. Allgemein mag sein Argument als Hinweis auf den zeitgenössischen « europäischen Enteignungsstandard » zu verstehen sein.

83. Allgemein dazu vgl SCHÄFFER, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 96 ff.

84. Vgl dazu etwa AICHER, Grundfragen der Staatshaftung 32 ff, sowie jüngst *Korinek* in KORINEK/PAUGER/RUMMEL, Handbuch des Enteignungsrechts 31.

So weist etwa *Melichar* darauf hin, daß das StGG 1867 « relativ kurz bemessene Sätze » enthielt und er bemerkt dazu: « Obwohl damit die Verwendung von relativ unbestimmten Rechtsbegriffen verbunden war, schien der Inhalt dieser Sätze durch die liberale Staatsauffassung der Entstehungszeit doch ziemlich klar umrissen. Es wurde dies vom Gesetzgeber geradezu vorausgesetzt... ».⁸⁵ Ein Paradebeispiel für diese Problematik bietet, wie gezeigt wurde, der Enteignungsbegriff.

C. Das Eisenbahnteilungsgesetz 1878

Zur Erlassung eines allgemeinen Enteignungsgesetzes ist es in Österreich (im Gegensatz zB zu Ungarn) zwar nicht gekommen, immerhin wurden aber für den nationalökonomisch besonders bedeutsamen Bereich⁸⁶ der Enteignung für Eisenbahnzwecke mit dem Gesetz vom 18. 2. 1878 (RGBl 1878/30) Regelungen getroffen. Den Bestimmungen dieses Eisenbahnteilungsgesetzes kam über seinen sachlichen Geltungsbereich hinaus Bedeutung zu, da diese Regelungen auch in anderen, gesetzlich nicht näher geregelten Enteignungsfällen analog herangezogen wurden.⁸⁷ Im folgenden sollen die wesentlichen Bestimmungen dieses Gesetzes, welches für das Enteignungsverfahren in Österreich exemplarisch ist, kurz referiert werden.

§ 1 EisbEG räumt die Ausübung des Enteignungsrechts « in dem vollen durch § 365 ABGB zugelassenen Umfange » jedem Eisenbahnunternehmen ein, insofern dessen Gemeinnützigkeit staatlich anerkannt wurde. Unter Gemeinnützigkeit ist dabei nicht der Ausschluß privater Interessen (zB Gewinnorientiertheit) zu verstehen, sondern, daß das Eisenbahnprojekt zur Förderung der gedeihlichen Entwicklung des staatlichen Gemeinwesens dient und der Nutzen der Allgemeinheit überwiegt.⁸⁸ Das Enteignungsrecht reicht dabei nur soweit, als es für Herstellung und Betrieb der Eisenbahn notwendig ist und umfaßt sowohl die Abtretung von Grundstücken als auch zB die Einräumung von Servituten oder die bloß zeitweilige Benutzung von Grundstücken (§ 2 EisbEG). § 3 Abs 1 EisbEG nennt die Fälle, in denen die Abtretung des Eigentums statthaft ist, § 3 Abs 2 und 3 sehen bei schwerwiegenden Eigentumsbeschränkungen das Recht auf Ablöse des Eigentums vor.

Der Umfang der – beim örtlichen Bezirksgericht im Verfahren außer Streitsachen (§ 23 Abs 2 EisbEG), also vor dem Zivilgericht – durchsetzbaren Entschädigung ist

85. MELICHAR, Die Freiheitsrechte der Dezember-Verfassung 1867 und ihre Entwicklung in der reichsgerichtlichen Judikatur, ÖZÖR, Bd 16 (1966) 256.

86. Zur historischen Entwicklung und zur ökonomischen Bedeutung des österreichischen Eisenbahnbaus im 19. Jahrhundert siehe BRAF, Eisenbahnen (geschichtlich u statistisch) in: MISCHLER/ULBRICH, Österreichisches Staatswörterbuch I 2 717 ff.

87. Vgl RANDA, GrünhutsZ 12 (1885) 704; LAYER, Principien 171 FN 1.

88. Vgl dazu den Kommentar des EisbEG von KAUSCH, Das Gesetz vom 18. Februar 1878 betreffend die Enteignung zum Zwecke der Herstellung und des Betriebes von Eisenbahnen mit Erläuterungen (1895) 5 f.

in §§ 4 ff EisbEG geregelt, das dabei einzuhaltende Verfahren wird in den §§ 22 – 34 EisbEG näher bestimmt. Das Eisenbahnunternehmen hat demgemäß den jeweiligen Eigentümer sowie von den sonstigen Berechtigten bloß Realservitutsberechtigte zu entschädigen. Die « Nebenberechtigten » (sonstige dinglich Berechtigte sowie obligatorisch Berechtigte) haben sich hinsichtlich ihrer Entschädigung an den enteigneten Eigentümer zu halten (§ 5 EisbEG).

Gegenstand und Umfang der Enteignung werden hingegen in einem verwaltungsbehördlichen Verfahren ermittelt und festgesetzt (§§ 11 ff EisbEG). Dieses sieht zunächst die Einreichung eines Detailplanes beim Handelsministerium, sodann eine « politische Begehung » durch eine Verwaltungskommission sowie zuletzt eine bescheidmäßige Enteignungsentscheidung (sofern nicht schon vorher die Parteien entsprechende Vereinbarungen getroffen haben) durch die « politische Landesbehörde » (Statthalterei bzw Landesregierung) vor, gegen die binnen 8 Tagen ein Rekurs erhoben werden kann. Über den Rekurs entscheidet das Ministerium des Inneren im Einvernehmen mit dem Handelsministerium und allenfalls anderen betroffenen Ministerien.

Das Gesetz enthält weiters Bestimmungen zum zwangsweisen Vollzug der Enteignung (§§ 35 ff EisbEG) sowie ein abgekürztes Enteignungsverfahren im Zuge von Betriebsstörungen (§§ 39 ff EisbEG).

Insgesamt erscheint das Gesetz von dem Leitgedanken getragen zu sein, daß zugunsten der anerkanntermaßen ökonomisch wichtigen Eisenbahnprojekte ein zügiges Enteignungsverfahren ermöglicht wird. Die Entschädigung des Enteigneten ist zwar durch ein zivilgerichtliches Verfahren sichergestellt, im verwaltungsrechtlichen Enteignungsverfahren selbst sind die Rechte der Enteigneten aber eher unterentwickelt: von der geplanten Enteignung werden sie nicht individuell, sondern durch ein Ediktalverfahren pauschal verständigt (§ 14 EisbEG), Parteistellung im Enteignungsverfahren erlangen sie nur, wenn sie rechtzeitig Einwendungen erheben (§ 15 EisbEG); über Rechtsmittel gegen die Enteignung entscheidet in letzter Instanz das Ministerium des Inneren im Einvernehmen mit dem Handelsministerium, also jenem Ministerium, das bereits den Projektplan genehmigt hat.⁸⁹

89. Im 20. Jahrhundert wurde durch Art 13 des Verwaltungsentlastungsgesetzes (BGBl 1925/277) die sinngemäße Anwendung des EisbEG für alle Fälle angeordnet, in denen « die Gesetze Enteignungen zulassen und nichts anderes anordnen ». Das EisbEG 1878 steht in Österreich nach wie vor – angepaßt an die heutige Behördenorganisation, ansonsten aber weitgehend unverändert – in der Fassung der Wiederverlautbarung 1954 (BGBl 1954/71) in Geltung. Zur heutigen Rechtslage siehe etwa *Pauger* in: *KORINEK/PAUGER/RUMMEL*, Handbuch des Enteignungsrechts (1994) 106 ff.

IV. Ausblick auf die Entwicklung im 20. Jahrhundert und Resumé

Der Grundrechtsbestand der Monarchie überdauerte deren Ende. Am Beginn der Ersten Republik in Österreich konnte man sich auf keinen neuen Grundrechtskatalog einigen und beschloß deshalb, die Grundrechtsbestimmungen der Dezember-Verfassung 1867 in das Bundes-Verfassungsgesetz 1920 überzuleiten. Damit war für die Zeit von 1920 bis 1933 sowie sodann wieder in der Zweiten Republik nach 1945 Art 5 des StGG 1867 die maßgebliche verfassungsrechtliche Norm für Eigentumsschutz und Enteignung.

Eine Veränderung des Normenbestandes trat 1958 ein, als Österreich der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) beitrug.⁹⁰ Seitdem ergibt sich eine – nicht auf Staatsbürger beschränkte – Eigentumsgarantie aus Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur MRK (ZPMRK). Des weiteren legt Art 1 des 1. ZPMRK fest, daß ein Entzug des Eigentums nur aus « öffentlichem Interesse » und « unter den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen » vorgenommen werden darf.⁹¹

Im Gegensatz zur in Grundrechtsfragen etwas eingeschränkten Kompetenz des Reichsgerichts, kommt seit 1920 dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) als « Hüter der Verfassung » eine umfassende verfassungsrechtliche Rechtsprechungskompetenz zu, innerhalb derer er auch wiederholt zu Enteignungsfragen Stellung genommen hat. Dabei vertritt der VfGH in ständiger Judikatur, daß zwar öffentliches Interesse eine Voraussetzung für Enteignung darstelle, daß eine Pflicht zur Leistung einer Enteignungsentschädigung sich aber nicht aus Art 5 StGG ergebe.⁹² Diese von der Lehre heftig bekämpfte Position wird allerdings im Ergebnis dadurch relativiert, daß einerseits einfachgesetzlich in fast allen Enteignungsfällen eine Entschädigung vorgesehen ist, und andererseits nach Meinung des VfGH – seit einer Judikaturwende 1972 – eine Entschädigungspflicht aus dem Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG)

90. Die zunächst umstrittene Frage, ob es sich bei den Bestimmungen der MRK um innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht auf der Stufe des Verfassungsrechts handle, wurde 1964 durch den Verfassungsgesetzgeber geklärt, indem er die MRK und 1. ZPMRK – rückwirkend mit 3. 9. 1959 (Art II Z 7 BGBl 1964/59) – zu Bundesverfassungsrecht erklärte.

91. Auf landesverfassungsrechtlicher Ebene enthalten darüberhinaus die Tiroler und Vorarlberger Landesverfassungen Regelungen zur Enteignung. Zur geltenden Rechtslage siehe etwa: AICHER, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz und Enteignung, 9.ÖJT (1985) I/1, 15 ff; ANTONIOLLI/KOJA, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986) 641 ff; Öhlinger, Eigentum und Gesetzgebung, in: MACHACEK/PAHR/STADLER, Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd II (1992) 643 ff, sowie Barfuß, Das Eigentumsrecht und die Vollziehung, ebenda 689 ff; KORINEK/PAUGER/RUMMEL, Handbuch passim jeweils mwH.

92. VfSlg 1123/1928, 2572/1953, 2680/1954 usw. Nachweise zur Judikatur zu Art 5 StGG bei KLECATSKY/MORSCHER, Bundesverfassungsrecht³ (1982) 851 ff, zu Art 1 des 1. ZPMRK ebenda 1179 ff; siehe weiters KUCSKO-STADELMAYER, Art 1 1. ZP, in: ERMACORA/NOWAK/TRETTNER, Die europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 581 ff.

abgeleitet werden kann. Mit dem Gleichheitssatz sei es nämlich nicht zu vereinbaren, daß durch eine entschädigungslose Enteignung mehreren Personen zwar gleiche Vorteile, nicht aber auch gleiche Vermögenseinbußen entstehen.⁹³

Überblickt man die verfassungsrechtliche Entwicklung des Enteignungsrechts in Österreich seit dem 18. Jahrhundert, so läßt sich diese folgendermaßen resumieren: Die Väter des ABGB hatten in zähem Ringen ein von naturrechtlichem Gedankengut geprägtes Enteignungsrecht geschaffen, das vor allem im Hinblick auf die Entschädigungspflicht den internationalen Vergleich nicht zu scheuen brauchte. Der Konstitutionalismus konnte im Laufe des 19. Jahrhunderts allerdings kaum mehr als eine verfassungsgesetzliche Festschreibung dieses Standards erreichen, und auch dies gelang erst relativ spät: Sieht man von dem Intermezzo der oktroyierten Märzverfassung 1849 ab, so gibt es erst seit der Dezemberverfassung 1867 einen grundrechtlichen Schutz vor Enteignung. Aber auch Art 5 StGG 1867 hat sich aufgrund seiner allzu knappen Formulierung und einer Interpretation, die – im Sinne des Diktums von *Ermacora* – durch « verwaltungsopportunistisches Staatsdenken » geprägt war, nicht wirklich als befriedigend herausgestellt.

Zu einer ernstzunehmenden Verrechtlichung im Sinne des Legalitätsprinzips kommt es somit erst im 20. Jahrhundert, als der VfGH aus Art 5 StGG folgert, daß die Enteignungsfälle als solche gesetzlich normiert werden müssen und § 365 ABGB hiezu nicht mehr als ausreichend angesehen wird.⁹⁴ Auch nehmen der VfGH und der VwGH nun für sich in Anspruch, das Vorliegen eines öffentlichen Interesses zu überprüfen,⁹⁵ was vom k.k. VwGH noch als eine Frage des « freien Ermessens » der Verwaltung gesehen wurde.

Ein nach wie vor bestehendes Manko liegt allerdings in der – im internationalen Vergleich und insbesondere im Hinblick auf Art 6 MRK⁹⁶ – unzureichenden Ausbildung der Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts in Österreich: die Befugnisse der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sind im allgemeinen bloß kassatorisch, im Verwaltungsverfahren – und damit auch in den Enteignungsverfahren – entscheiden meritorisch in der Regel nach wie vor bloß weisungsgebundene Verwaltungsorgane. Damit bleibt auch noch für die Rechtsgeschichte des 21. Jahrhunderts ein Bereich bestehen, in dem man « Fortschritte » wird diagnostizieren können.

93. VfSlg 6884/1972.

94. Siehe oben FN 92.

95. Zur Prüfung des öffentlichen Interesses durch den VfGH vgl insbes *Korinek* in: KORINEK/PAUGER/RUMMEL, Handbuch 20 ff.

96. Während die Festsetzung der Enteignungsentschädigung in Österreich seit dem 19. Jahrhundert Sache der Zivilgerichtsbarkeit ist, fehlt eine **meritorische** Verwaltungsgerichtsbarkeit, was das Enteignungsverfahren als solches (insbesondere die Prüfung des öffentlichen Interesses als Voraussetzung für den Eigentumsentzug) betrifft. Zur Frage, ob auch das Enteignungsverfahren als solches unter die « civil rights » im Sinne des Art 6 MRK fällt, vgl EGMR 27.10.1987 (EuGRZ 1988, 452) sowie jüngst EGMR Fall Zumtobel, Urteil vom 21.9.1993, 28/1992/373/447 – Serie A, Nr 268-A (JBl 1994, 396).

Zur Entwicklung der Enteignung in Österreich seit dem 18. Jahrhundert

Codex Thesianus

« Es bleibt daher Unserer höchsten landesfürstlichen Gewalt allemal vorbehalten, nach Erfordernuß des gemeinen Wohlstands nicht allein den Gebrauch der Sachen unserer Unterthanen zu bestimmen, zu beschränken, oder gar zu verbieten, wie es oben in ersten Capitel § VI num. 159 und 160 erwähnt worden, sondern auch die Sachen selbst zum Dienst des gemeinen Besten zu gebrauchen und zu verwenden. »

Entwurf Horten

« § 2 (...) Eben so, wenn es die Nothdurft erforderte, die Sache selbst zum Dienste des gemeinen Wesens zu gebrauchen, so mag Niemand über die Verletzung seines Rechtes, über einen ihm zugegangenen Schaden oder entzogenen Nutzen klagen; wo Wir jedoch von selbst bedacht sein werden, das Billigmäßige vorzukehren. »

Entwurf *Martini*

« Selbst das vollständige Eigenthum einer Sache müssen die Mitglieder des Staates fahren lassen, wenn das allgemeine Beste davon abhängt; der Staat wird ihnen dafür angemessene Entschädigung verschaffen. »

§ 365 ABGB

« Wennes das allgemeine Besteerheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten. »

§ 22 Kremsierer Entwurf

« Das Eigenthum ist unter dem Schutz des Staates. Niemand darf aus seinem Eigenthum verdrängt werden, außer a) in Vollziehung eines richterlichen Erkenntnisses oder b) durch Enteignung (Expropriation) aus den Gründen des öffentlichen Wohles. Letztere darf nur nach den Bestimmungen eines besonderen Gesetzes und gegen angemessene – in der Regel vorausgehende – Schadloshaltung vorgenommen werden. »

Märzverfassung 1849

« Das Eigenthum steht unter dem Schutz des Reiches. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes beschränkt oder entzogen werden. »

Art 5 StGG 1867

« Das Eigenthum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt. »

Rechtliche Grundlagen der Enteignung in Österreich

§ 365 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811)

« Wennes das allgemeine Besteerheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten. »

Traduction: Si le bien commun l'exige, un membre de l'Etat doit même céder contre indemnisation convenable la propriété complète d'une chose.

Translation: If the common good so requires, a citizen of the state must cede even the complete ownership of property for a suitable compensation.

Art. 5 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger,
RGI 1867, Nr. 142

« Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt. »

Traduction: La propriété est inviolable. Une expropriation contre la volonté du propriétaire n'est possible que dans les cas et dans la manière prévus par la loi.

Translation: Property is inviolable. Expropriation against the will of the owner can only occur in cases and in the manner determined by law.