

privatrechtlichen Gesellschaft als vergaberechtsrelevanten Akt angesehen haben. Auch wenn aus praktischen Erwägungen ein gewisses Verständnis für diese Sichtweise aufgebracht werden mag, überfordern sie unzweifelhaft die äußere Wortlautgrenze jeder vergaberechtlichen Vorschrift und stellen damit eine unzulässige, jedenfalls nicht näher begründete Analogie dar. An dieser Stelle wäre daher eine Rückbesinnung auf die diesbezüglichen Anforderungen des Gemeindefinanzrechts dringend geboten.

Dabei ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass bereits der Gesetzgeber der Deutschen Gemeindeordnung im Jahre 1935⁹⁵ sich veranlasst gesehen hat, die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen von besonderen Legitimationsanforderungen abhängig zu machen. § 67 Abs. 1 DGO forderte daher nicht nur einen hinreichend rechtfertigenden öffentlichen Zweck, sondern ließ die wirtschaftliche Betätigung zudem nur dann zu, wenn dieser Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wurde oder erfüllt werden konnte. Die aktuellen Gemeindeordnungen haben diese materiellen Anforderungen und Schranken teilweise beibehalten, teilweise verschärft und zum Teil auch eingeschränkt.⁹⁶

Auch für die Gründung und die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen bestehen nach nordrhein-westfälischem Kommunalwirtschaftsrecht durch § 108 GO NRW enge Zulässigkeitsvoraussetzungen, die insbesondere auch Regeln dazu enthalten, welchen Ingerenzverpflichtungen die Kommunen auf die Willensbildung dieser Unternehmen unterliegen und die die Kommunen (nochmals) an die Verfolgung öffentlicher Zwecke binden.

Selbst wenn man über die jüngsten Ausweitungen der kommunalen Betätigungsfelder sicher trefflich im Detail streiten kann, erwähnt seien als Stichworte die Aufhebung der Funktionssperre für bestimmte Wirtschaftsbereiche, die grenzüberschreitende Tätigkeit und die Erweiterung des Kataloges nichtwirtschaftlicher Betätigungen,⁹⁷ besteht kein Anlass, diesen Rechtsbereich durch vorschnelle Heranziehung des Vergaberechts praktisch leerlaufen zu lassen. Wenn und soweit eine Organisationsprivatisierung den Vorgaben des kommunalen Wirtschaftsrechts entspricht, kann das Vergaberecht dem grundsätzlich nicht entgegenstehen.⁹⁸ Das gilt jedenfalls so lange, wie die Willensbildung von kommunaler Gebietskörperschaft und öffentlichem Unternehmen übereinstimmen. In diesen Fällen wird übrigens auch den Anforderungen des EuGH, wie er sie in Sachen Teckal formuliert hat, Genüge getan, zumal das dort recht knapp angesprochene Merkmal der Einflussnahme „wie auf eine eigene Dienststelle“ zukünftig sicher noch durch weitere Entscheidungen konkretisiert werden dürfte. Eine vorschnelle Kapitulation des kommunalen Wirtschaftsrechts vor dem Vergaberecht wäre daher durchaus unangebracht, solange die Möglichkeit der praktischen Konkordanz besteht.

VII. Fazit

Als Restimee kann nach alledem festgehalten werden: Die Beteiligung öffentlicher Unternehmen begegnet unter spezifisch vergaberechtlichen Aspekten keinen grundsätzlichen Bedenken oder Besonderheiten, solange die staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Für Diskussionsstoff sorgen jedoch alle die Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit einer möglichen Überschreitung insbesondere der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorgaben, der Privatisierung öffentlicher Aufgaben und den Kooperationsformen des Public-Private-Partnership ergeben, da es hier zu Konfliktfällen verschiedener Regelungsbereiche kommen kann, die bisher nicht hinreichend gelöst zu sein scheinen. Es bleibt zu hoffen, dass die Zivilgerichte zur alten Linie des BGH zurückkehren und sich auf die spezifisch vergaberechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen konzentrieren, die staatsorganisationsrechtlichen Probleme aber den Verwaltungsgerichten überlassen.

⁹⁵ RGBl. I 1935, S. 49.

⁹⁶ Für den Bereich des nordrhein-westfälischen Rechts bedeutet dies, dass zunächst ein öffentlicher Zweck die Aufgabe erfordern muss. Die Gemeinde ist daher gehalten, gemeinwohlorientierte, einwohnernutzige Aufgaben wahrzunehmen. Auch wenn den Kommunen insoweit ein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird, ist die Verfolgung rein kommerzieller Interessen ausgeschlossen. Die wirtschaftliche Betätigung ist erforderlich, wenn ihre Wahrnehmung unter Gemeinwohlgesichtspunkten geboten ist. Ob es sich dabei freilich um eine spezifische Subsidiaritätsvorschrift mit Sperrwirkung kommunalen Handelns handelt, muss bezweifelt werden.

Ferner muss die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Dieses Leistungsfähigkeits-Kriterium dient dem Schutz des kommunalen Aufgabenträgers vor überdimensionalen Betätigungen.

Schließlich besteht grundsätzlich eine Funktionssperre als Subsidiaritätsvorbehalt gegenüber privaten Konkurrenten, die freilich auch nach der Neufassung der Gemeindeordnung keine subjektiv-öffentlichen Rechte Dritter begründet. Zu den am heftigsten kritisierten Regelungen des nordrhein-westfälischen Gemeindefinanzrechts gehören die Ausnahmen auf den Gebieten der Energie- und Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs und des Betriebs von Telekommunikationsnetzen einschließlich Telefondienstleistungen, in denen kein Nachrang kommunaler Betätigung erforderlich sein soll. Vgl. zu diesen Fragestellungen Held, in: ders. (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Stand: September 1999, GO, § 107 Rn. 1 ff.; Ch. Lux, NWVBl. 2000, 7 ff.; Joh.-Chr. Pielow, NWVBl. 1999, 369 ff.; H.-U. Erichsen, Kommunalrecht NRW, 2. Aufl. 1997, S. 278 ff.

⁹⁷ Siehe nur F. Becker, DÖV 2000, 1032 ff.; H. Meyer, LKV 2000, 321 ff.; M. Heinzen, NVwZ 2000, 743 ff.; D. Ehlers, NWVBl. 2000, 1 ff.; Joh.-Chr. Pielow, NWVBl. 1999, 369 ff.; M. Kaltenborn, WuW 2000, 488 (491 ff.).

⁹⁸ So bereits Kämper/Hefhaus, der städtetage 2000, 36 ff.; ähnlich A. Müller-Serten, NZBau 2000, 120 (123).

Schuldrechtsmodernisierung und öffentliches Recht

Von Wolfgang Dötsch, Köln¹

Der vom BMJ im September 2000 veröffentlichte „Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“ (DiskE)² hat für erhebliches Aufsehen gesorgt. Seit dem 9. Mai liegt eine überarbeitete Fassung als Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts“ (RegE) vor, die die Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen am 14. Mai zur Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens parallel auch noch als Fraktionsentwurf in den Deutschen Bundestag eingebracht haben.³ Von dem Gesetzgebungsverfahren scheinen auf den ersten Blick nur rein zivilrechtliche Fragen betroffen zu sein. Doch der erste Eindruck täuscht: Der Verfasser

zeigt, dass die tiefgreifenden Änderungen im BGB durchaus einige Querauswirkungen im öffentlichen Recht haben.

- Der Autor ist Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung der Universität zu Köln.
- Das BMJ stellt den DiskE nicht mehr zum Download bereit. Er findet sich neben weiteren Informationen und Links zum Thema Schuldrechtsreform unter www.dauner-lieb.de/schuldre.htm.
- RegE, BR-Drs. 338/01 (in der Faginierung um eine Seite abweichende BMJ-Internetfassung abrufbar unter [http://www.bz.muenchen.de/fraktionsentwurf, BT-Drs. 146040](http://www.bz.muenchen.de/fraktionsentwurf_BT-Drs_146040)).

A. Die Schuldrechtsmodernisierung im Überblick

Angeregt durch den Umsetzungsbedarf aus mehreren Richtlinien, deren wichtigste die bereits zum 31.12.2001 umzusetzende Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter⁴ ist, hat sich die Bundesregierung eine umfassende Reform des Schuldrechts auf die Fahnen geschrieben. Mit dem DiskE knüpfte sie in weiten Teilen an den Ende 1991 vorgelegten Abschlussbericht der „Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts“ an⁵, stieß aber schnell auf heftige Kritik.⁶ Eine mit Unterstützung hochrangig besetzter Arbeitsgruppen überarbeitete „konsolidierte“ Fassung⁷ lag dann der Diskussion auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30./31.3.2001 zugrunde⁸, obwohl man vorher das Verjährungsrecht erneut tiefgreifend umgestaltet hatte.⁸ Selbst der dem Bundesrat zugeleitete RegE bildet aber wohl nur den vorläufigen Endpunkt dieses suchenden Hin- und Herschwankens: Der Bundesrat hat von seinem in Art. 76 II 2 GG verbürgten Recht, Stellung zu nehmen, ausführlichst Gebrauch gemacht und 150 Verbesserungsvorschläge beschlossen.⁹ Die in Vorbereitung befindliche Gegenäußerung der Bundesregierung liegt zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht vor. Die weitere Entwicklung bleibt mit Spannung abzuwarten, doch wird sich wohl an den Grundaussagen des Entwurfs nicht mehr viel ändern. Die Reform geht tief: vorgesehen sind eine völlige Neustrukturierung des Verjährungsrechts, ein kompletter Systemwechsel im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht, dogmatisch wie praktisch einschneidende Änderungen im Kauf- und Werkvertragsrecht durch Verzahnung der Gewährleistungsrechte mit dem Leistungsstörungenrecht sowie die Integration von AGBG und den wichtigsten Verbraucherschutzrechten. Hier ist sicher nicht der Ort, Für und Wider der Reform abzuwägen. Insoweit sei auf die zahlreichen, zumeist kritischen Stellungnahmen⁹ sowie auf die gegen die Reform gerichtete Initiative 18 deutscher Hochschullehrer verwiesen, deren „Gemeinsamer Erklärung“ über 250 Zivilrechtslehrer beigetreten sind.¹⁰ Das Anliegen des Verfassers geht in eine andere Richtung: er möchte zeigen, dass die Reform auch in einigen Bereichen des öffentlichen Rechts Auswirkungen haben kann.

B. BGB und öffentliches Recht – (k)ein Gegensatzpaar

Nur auf den ersten Blick scheint sich der im öffentlichen Recht tätige Jurist freuen zu können, dass der bittere Kelch der Reform an ihm vorübergegangen ist. Denn ganz richtig läge er damit nicht:

I. Leistungsstörungen im öffentlich-rechtlichen Vertrag

Auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag finden gemäß § 62 S. 2 VwVfG ergänzend die Vorschriften des BGB entsprechende Anwendung. Verwiesen wird insbesondere auf das Leistungsstörungenrecht.¹¹ Ausscheiden muss allein die Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (WGG): § 60 I 1 VwVfG regelt den Fall der Änderung der für den Vertrag maßgeblichen Verhältnisse speziell.¹² Ähnlich wie beim WGG kommt es aber auch danach zu einer Anpassung des Vertrages¹³ bzw. – soweit nicht möglich oder zumutbar – zur Aufhebung (Kündigung). Davon abgesehen befindet man sich über § 62 S. 2 VwVfG künftig aber mittendrin im neuen Leistungsstörungenrecht.¹⁴ Wie sieht dieses aus?

– Grundtatbestand ist die „Pflichtverletzung“¹⁵: nach § 280 I RegE führt jede Pflichtverletzung zu einem Schadensersatzanspruch, es sei denn, der Schuldner hat sie nicht zu vertreten. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ steht im Zusammenhang mit § 241 RegE: dort wird § 241 S. 1 BGB aufgegriffen: der Gläubiger kann vom Schuldner eine Leistung fordern, Letzterer ist zur Leistung verpflichtet. Nach § 241 II RegE kann zudem ein Schuld-

verhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet.“ Dann erfasst über den Begriff der „Pflicht-

- 4 ABl. EG Nr. L 171, S. 12. Vgl. daneben Richtlinie 2000/35/EG v. 29. 6. 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200, S. 35) sowie Richtlinie 2000/31/EG v. 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 178, S. 1).
- 5 BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992. Vgl. auch Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I – III, 1981 – 1983 sowie die Nachweise bei Krebs, DB 2000, Beil. Nr. 14, S. 2 Fn. 3 u. 4.
- 6 Vgl. etwa die Ergebnisse des Symposiums „Schuldrechtsmodernisierung 2001“ in Regensburg, abgedruckt in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001. Siehe daneben etwa Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, Tübingen 2001.
- 7 „Konsolidierte Fassung“ vom 6. 3. 2001 mit Anmerkungen von Dauner-Lieb/Arnold/Dörsch/Kitz abrufbar unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/ibraah/Publ_pdf/Schuldrechtsreform.pdf.
- 7a Abdruck der dortigen Redebeiträge von W.-H. Roth, Ulmer, Canaris, H. P. Westermann, H. Roth und Leenen in Heft 10 der JZ 2001.
- 8 Mit Anmerkungen von Dauner-Lieb/Arnold unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/ibraah/Publ_pdf/kritik_verjaehrung_neu.pdf.
- 8a Die 87-seitige Stellungnahme des BR findet sich in Anhang B der BR-Drs. 338/01. Größeren Änderungsbedarf deutet auch noch der parlamentar. Staatssekretär Pick, ZIP 2001, 1173 ff. an.
- 9 Vgl. die Literaturhinweise unter <http://www.lrz-muenchen.de/Lorenz/schumod/literatur.htm>.
- 10 Vgl. <http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Altmep-pen/1024x768/Schuldrechtsreform.htm>.
- 11 Vgl. Erichsen (Hrsg.), Allg. Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 27 Rn. 3 f.; Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 62 Rn. 33; Bullinger, DÖV 1977, 812 ff.; Meyer, NJW 1977, 1705, 1711 f.; Obermayer, BayVBl. 1977, 546; Meyer/Borgs, VwVfG, 2. Aufl. 1982, § 62 Rn. 15. § 306 BGB ist bereits über § 59 I VwVfG anwendbar, Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 59 Rn. 16; § 62 Rn. 6.
- 12 Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 60 Rn. 3; str. bei anfänglichem Fehlen der GG Knack/Henneke, VwVfG, 7. Aufl. 1998; Meyer/Borgs (Fn. 11), § 60 Rn. 10. Für Wahlrecht zwischen Vorgehen über § 60 VwVfG oder § 62 S. 2 VwVfG bei nachträglicher Unmöglichkeit Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 60 Rn. 9 a m. w. N.
- 13 Diese bedarf einer Vereinbarung der Parteien („verlangen“). Das Anpassungsverlangen ist bei Weigerung einer Partei mittels Leistungsklage durchzusetzen, die Zustimmung wird nach § 173 VwGO i. V. m. § 894 ZPO ersetzt, vgl. BVerwGE 97, 331, 340 ff.; Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 60 Rn. 13 f.; Lorenz, DVBl. 1997, 865, 870. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur bisherigen Behandlung des zivilrechtl. WGG: dort tritt die Anpassung kraft Gesetzes ein und ist im Streitfall nur durch den Richter festzustellen. Man kann daher sogleich Klage auf die angepasste Leistung erheben (BGHZ 91, 32, 36; MünchKommB/Roth, BGB, 3. Aufl. 1994, § 242 Rn. 544, 551). Der WGG wird jetzt aber in § 313 RegE entsprechend § 60 VwVfG kodifiziert. Der Gesetzgeber will aber auch weiterhin sofort eine Klage auf die angepasste Leistung zulassen (BR-Drs. 338/01, S. 407). Er befürwortet offenbar die von der Wandelung bekannte „Theorie des richterlichen Gestaltungsaktes“ (Larenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. 1986, § 41 II, S. 53 ff.): Der Richter ersetzt implizit in dem Urteil, mit dem er den anderen Teil zur angepassten Leistung verurteilt, dessen Willenserklärung auf Anpassung („verdecktes Gestaltungsurteil“). Dieser Gedanken könnte auf § 60 VwVfG übertragen werden. BVerwGE 97, 331, 342 geht hingegen von der Möglichkeit einer Verbindung der Klage „auf Anpassung“ (Zustimmung) und der Klage „aus Anpassung“ (auf angepasste Leistung) aus. Auch dieser Weg erscheint vertretbar, doch kommt das Stufenverhältnis zwischen dem Anspruch „auf Anpassung“ und demjenigen „aus Anpassung“ nicht hinreichend zum Ausdruck. Es sollte aber für § 313 RegE und § 60 VwVfG eine einheitliche Lösung gefunden werden. Abstimmungsbedarf zwischen § 313 RegE und § 60 VwVfG könnte noch in einem anderen Zusammenhang bestehen: Bei § 60 VwVfG wird vertreten, eine Anpassung könne erst ab dem Zeitpunkt des Anpassungsverlangens verlangt werden (BVerwGE 97, 331, 342 f.). Jedenfalls beim nahezu wortgleichen § 313 RegE wird das kaum haltbar sein (dazu demnächst Arnold, in: Dauner-Lieb (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht – Fälle und Lösungen, 2001 in Fall 3 zum WGG).
- 14 Siehe daneben die Verkürzung der Anfechtungsfristen auf 10 Jahre in §§ 121 II, 124 III RegE.
- 15 Vgl. hierzu wie zum Folgenden BR-Drs. 338/01, S. 203 ff., 288 ff., 302 ff., 371 ff., 377 ff., 402 ff., 418 ff., sowie die Übersichtsbeiträge von Trichmann, BB 2001, 1485 ff.; Canaris, ZRP 2001, 329 ff.; ders., 3 JZ 2001, 499 ff.

verletzung“ § 280 I RegE zunächst die Verletzung derartiger „Schutzpflichten“ und damit die bisherige positive Forderungsverletzung (pFV). Über §§ 241 II, 311 II, III RegE – daraus geht hervor, dass es auch vorvertragliche Schuldverhältnisse geben kann – geht in § 280 I RegE zudem auch der bisherige Schadensersatz aus culpa in contrahendo (c. i. c.) auf. Schließlich umfasst die Norm aber auch alle Fälle der Verletzung echter Leistungspflichten i. S. d. § 241 I RegE: „Pflichtverletzung“ ist jeder Fall, in dem der Schuldner hinter dem geschuldeten Soll zurückbleibt. § 280 I RegE nimmt so alle bisher gesondert geregelten Ansprüche auf Schadensersatz auf, ohne dass noch zwischen Unmöglichkeit, Verzug oder Schlechtleistung zu unterscheiden ist. Je nach geltend gemachtem Interesse werden aber zusätzliche Anforderungen aufgestellt: der Ersatz des Verzögerungsschadens erfordert Verzug (§ 286 RegE); der Schadensersatz „statt der Leistung“ das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 281 – 283 RegE. Insoweit wird vom einheitlichen Pflichtverletzungstatbestand abgegangen und doch wieder zwischen verschiedenen Formen der Leistungsstörung differenziert.

– § 323 RegE schafft ein vom Vertretenmüssen unabhängiges Rücktrittsrecht: Voraussetzung ist allein, dass der Schuldner eine Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag verletzt hat und dass eine fruchtlose Fristsetzung erfolgt ist. Für die Verletzung sonstiger Pflichten werden besondere Voraussetzungen aufgestellt (§ 324 RegE). Schließlich sieht § 326 RegE eine Befreiung kraft Gesetzes in Fällen der Unmöglichkeit vor. Rücktritt und Schadensersatz können kumuliert werden, § 325 RegE.

– § 311 a I RegE implementiert eine einheitliche Verschuldenshaftung für Fälle anfänglicher Unmöglichkeit.

– In § 313 RegE wird der WGG und in § 314 RegE wird die Kündigung aus wichtigem Grund erstmals kodifiziert.

Scheinbar hat der Gesetzgeber eine Vereinfachung des Leistungsstörungsrechts erreicht.¹⁶ Die Probleme, die die Arbeit mit den neuen Normen aber im Detail aufwirft¹⁷, lassen hingegen Zweifel aufkommen. Die Praktikabilität vieler Bestimmungen ist nicht untersucht, es wird bereits jetzt vielfach angemerkt, dass dem Leistungsstörungsrecht die Reife fehlt, die von einem Gesetz erwartet werden muss.¹⁸ Dennoch wird das neue System auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag Einzug halten. Das wäre erträglich, wenn dort Leistungsstörungen aufgrund der zu vermutenden Vertragstreue der Verwaltung selten wären¹⁹, doch dürfte das nicht immer zutreffen. Hingewiesen sei jedenfalls darauf, dass auch künftig § 60 VwVfG dem WGG (§ 313 RegE) vorzuziehen hat.

II. Die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs

Ansprüche aus § 839 BGB verjähren nach § 852 I BGB innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von dem Schadens und von der Person des Ersatzpflichtigen bzw. ohne Rücksicht auf die Kenntnis und auf das Entstehen des Anspruchs in dreißig Jahren ab Begehung der Handlung.²⁰ Der Geschädigte muss nicht alle Einzelheiten des Schadens überblicken, es genügt, dass er Kenntnis vom Hergang der Schädigung in den Grundzügen hat und weiß, dass der Sachverhalt Anhaltspunkte für eine Ersatzpflicht bietet.²¹ Ausreichend ist, wenn er aufgrund der bekannten Tatsachen zumutbar und mit Aussicht auf Erfolg (Feststellungs-) Klage erheben kann.²² Damit stellt sich grundsätzlich der gesamte aus einer unerlaubten Handlung entstehende Schaden als Einheit dar, nicht als Summe selbstständiger Schäden.²³ Die Verjährung beginnt auch für Spätfolgen mit Kenntnis vom Eintritt des ersten (Teil-)Schadens zu laufen; etwas anderes gilt nur, wenn die Spätfolgen nicht als irgend möglich vorhersehbar waren.²⁴

1. Das neue Verjährungsrecht²⁵

Künftig soll auch für deliktische Ansprüche – wie auch für fast alle anderen Ansprüche²⁶ – die Regelverjährung nach § 195 RegE

maßgeblich sein. Diese wird von bislang 30 auf 3 Jahre drastisch verkürzt, die Verkürzung wird aber in § 199 I RegE durch einen dem § 852 I BGB nachgebildeten Verjährungsbeginn „entschärft“; der Anspruch muss fällig sein und der Gläubiger muss – angelehnt an § 852 I BGB – Kenntnis oder – insoweit über § 852 I BGB hinausgehend – grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners haben. Damit sich der Eintritt der Verjährung nicht auf unabsehbare Zeit hinausschieben kann, stellt § 199 II 1 RegE eine Obergrenze auf: ohne Rücksicht auf Kenntnis/grob fahrlässige Unkenntnis verjährt ein Anspruch in 10 Jahren ab Fälligkeit. Dies gilt nach § 199 II 2 RegE aber nicht bei Ansprüchen, die sich aus der Verletzung besonders wertvoller Rechtsgüter ergeben (Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit): dort bleibt es bei der Verjährung nach § 199 I RegE – vorbehaltlich des § 199 III RegE.²⁶ Dieser stellt – wiederum in Anlehnung an § 852 I BGB – eine zweite Obergrenze auf: u. a. Schadensersatzansprüche aus „unerlaubter Handlung“ verjähren spätestens in 30 Jahren von der Begehung der Handlung an. Damit soll ab einem bestimmten Zeitpunkt Gewissheit darüber erreicht werden, ob ein Anspruch verjährt ist, was bei nicht vorhersehbaren Spätfolgen und in Fällen des § 199 II 2 RegE wichtig ist.

2. Folgen für den Amtshaftungsanspruch

Die Auswirkungen des RegE auf die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs sind wegen der Anlehnung des neuen Rechts an § 852 I BGB nur gering:

– Die dreijährige Regelverjährung des § 195 RegE entspricht der 3-Jahres-Frist des § 852 I BGB.

– Der Verjährungsbeginn nach § 199 I RegE stellt den Geschädigten insoweit schlechter, als nicht nur positive Kenntnis, sondern bereits grob fahrlässige Unkenntnis die Frist beginnen lässt.²⁷ Die Unterschiede sind aber gering:²⁸ der „Kenntnis“ i. S. d. § 852 I BGB wurden schon bislang die Fälle gleichgestellt, in denen der Gläubiger es versäumt hat, eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen und deshalb letztlich das Sichberufen auf Unkenntnis als Förmelerei erscheint,

16 Positiv etwa auch *Canaris*, JZ 2001, 499 ff.; *ders.*, ZRP 2001, 329 ff.; *Teichmann*, BB 2001, 1485 ff.; *Lorenz*, JZ 2001, 742 ff.

17 Vgl. *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz* (Fn. 7). In vielerlei Hinsicht noch aktuell *U. Huber*, in: *Ernst/Zimmermann* (Fn. 6), S. 31 ff.

18 So ausdrücklich *Schapp*, JZ 2001, 583, 589. Ähnlich *Knütel*, NJW 2001, 2519 ff. Siehe zudem die Kritik von *Altmeyden*, DB 2001, 1131 ff.; 1399 ff. Dagegen dezidiert *Canaris*, DB 2001, 1815 mit Erwiderung von *Altmeyden*, DB 2001, 1821 ff.

19 *Aleyer*, NJW 1977, 1705, 1709 mit Verweis auf die ähnlich begründete Zulässigkeit der gegenüber der Leistungsklage subsidiären Feststellungsklage gegen Hoheitsträger (BVerwG 36, 179, 181).

20 BGHZ 122, 317, 323; 117, 287, 292; 98, 77, 82. Zur Kenntnis in Fällen des § 839 I 2 BGB vgl. BGH, NVwZ 1997, 1243, 1245.

21 BGHZ 97, 97, 111; BGH, NJW 1990, 176, 179; 1988, 1146 f.

22 BGHZ 122, 317, 325; 97, 97, 111; *Erman/Schiemann*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 852 Rn. 10.

23 BGHZ 100, 228, 332; *MünchKomm/Stein*, BGB, 3. Aufl. 1997, § 852 Rn. 20 ff.; *Erman/Schiemann* (Fn. 22), § 852 Rn. 13.

24 Vgl. BGHZ 100, 228, 232; BGH, NJW 1988, 2300, 2301. Dann beginnt mit Kenntnis von den Folgen und ihrem Zusammenhang mit der früheren Verletzungshandlung eine neue Frist.

24a Überblick über das neue Verjährungsrecht bei *Heinrichs*, BB 2001, 1417 ff. Vertiefend zur Entstehung der Vorschriften *Zimmermann/Leenen/Mansell/Ernst*, JZ 2001, 684 ff.

25 Sonderregeln gelten in den Fällen der §§ 196, 197 RegE sowie für Gewährleistungsansprüche (§ 438 RegE).

26 Aus einer Schädigungshandlung folgende Ansprüche können so je nach Art des verletzten Rechtsguts unterschiedlich verjähren (kritisch *Bydlinski*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, (Fn. 6), S. 381, 389 ff.). Der Gesetzgeber hält dies für hinnehmbar, BT-Drs. 338/01, S. 243 f.

27 Vgl. bereits *Dauner-Lieb/Arnold* (Fn. 8), S. 6.

28 Vgl. BT-Drs. 338/01, S. 242. Grob fahrlässige Unkenntnis als solche genügt bislang aber nicht, vgl. *Erman/Schiemann* (Fn. 22), § 852 Rn. 10.

weil jeder andere unter denselben konkreten Umständen Kenntnis gehabt hätte.²⁹

– Neu scheint das Abstellen auf die „Fälligkeit“ in § 199 I Nr. 1 RegE. Das könnte Auswirkungen bei Spätschäden haben: bislang beginnt wie gezeigt für später auftretende vorhersehbare Folgen die Verjährung, sobald ein erster (Teil-)Schaden entstanden ist (Grundsatz der Schadenseinheit). Ob man künftig in diesen Fällen aber schon von „Fälligkeit“ i.S.d. § 199 RegE sprechen kann, ist zweifelhaft: hinsichtlich von Spätschäden wird ein Schadensersatzanspruch wohl grundsätzlich erst „fällig“, wenn diese auch wirklich auftreten. Damit könnte erst in diesem Moment nach § 199 RegE die Verjährung beginnen und der Grundsatz der Schadenseinheit wäre aufgegeben. Der Gesetzgeber hat aber keine sachliche Änderung bezweckt³⁰, zumal man das Merkmal „entstanden“ (§ 198 BGB) stets im Sinne von „fällig“ verstanden habe.³¹ Ganz schlüssig ist das freilich nicht. Zwar hat die Rechtsprechung in der Tat die „Entstehung des Anspruchs“ i.S.d. § 198 BGB grundsätzlich mit der „Fälligkeit“ des Anspruchs gleichgesetzt, doch zeigt ein Blick in die in der Begründung selbst zitierte Fundstelle im „Palandt“, dass es bei § 198 BGB a. F. genügt, dass der Anspruch klageweise geltend gemacht werden konnte, wofür „grundsätzlich“ Voraussetzung war, dass der Anspruch fällig sei.³² Der Grundsatz der Schadenseinheit bei vertraglichen Ansprüchen war dann nichts anderes als eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Bei dem für deliktische Ansprüche relevanten § 852 BGB tauchten zudem weder der Begriff der „Fälligkeit“ noch der des „Entstehens“ auf, so dass ein Abstellen auf einen ungeschriebenen Grundsatz der Schadenseinheit unproblematisch war. Wie wird man aber künftig verfahren müssen? Da die bisherige Lösung allein sachgerecht ist, wird man wohl den erklärten Willen des Gesetzgebers für eine einschränkende Interpretation des § 199 I Nr. 1 RegE heranziehen und an den bisher entwickelten Grundsätzen festhalten.³³

– Hatte bei § 852 I BGB der Schädiger die „Kenntnis“ zu beweisen³⁴, dürfte dies nach den allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung auch künftig gelten, da es sich bei der Kenntnis/grob fahrlässigen Unkenntnis um eine Voraussetzung der Verjährung handelt.³⁵

– Definitiv nachteilig wirkt sich § 199 II 1 RegE bei Ansprüchen aus, die nicht eines der in § 199 II 2 RegE besonders geschützten Rechtsgüter betreffen – also vor allem Sach- und Vermögensschäden: diese verjähren bereits in 10 Jahren nach Fälligkeit, d. h. mit Eintritt des ersten (Teil-)Schadens. Das stellt gegenüber § 852 I BGB eine beträchtliche Verkürzung dar. Die Schuldrechtskommission wollte daher bei Amtshaftungsansprüchen wegen Sachschäden an einer Verjährung von 30 Jahren festhalten. Der Gesetzgeber hält aber eine derartige Privilegierung für nicht gerechtfertigt.³⁶

– Die Verjährung wird bislang nach § 209 BGB durch Klage unterbrochen, soweit die Klage auf den Amtshaftungsanspruch selbst gerichtet ist. Da im Hinblick auf § 839 III BGB oft primär Rechtsschutz etwa gegen einen amtspflichtwidrigen VA zu suchen ist, ist anerkannt, dass auch Widerspruch und verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Amtshandlung entsprechend § 209 I, 210 BGB zur Unterbrechung der Verjährung des Amtshaftungsanspruchs führen.³⁷ Künftig führt eine Klageerhebung nicht mehr zu einer Unterbrechung – die in § 212 RegE jetzt sprachlich klarer als „Neubeginn der Verjährung“ gefasst ist – sondern zur Hemmung nach § 204 I Nr. 1 RegE.³⁸ Sachlich ändert sich dadurch fast nichts. Die gerade angesprochene Analogie sollte aufrechterhalten und auf § 204 I Nr. 1, 12 RegE gestützt werden. Die Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes hemmt dann die Verjährung.³⁹

III. Rechtsgrundlage für ein unregelmäßiges Institut?

In bestimmten Fallgruppen⁴⁰ gibt es öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen, die im Schadensersatzbereich besonderen Regeln unterworfen sind. Man zieht die richterrechtlichen Grundsätze der pFV entsprechend heran.⁴¹

Der Vorteil gegenüber § 839 BGB⁴² ist, dass das Vertretenmüssen analog §§ 282, 285 BGB vermutet wird, dass das Verschulden von Hilfspersonen analog § 278 BGB zugerechnet werden kann und dass die Verjährung analog § 195 BGB in 30 Jahren erfolgt.⁴³ Das neue Leistungsstörungsrecht erfasst – wie erwähnt – die pFV in § 280 I RegE. Daher drängt es sich künftig auf, in öffentlich-rechtlichen Sonderverhältnissen § 280 I RegE entsprechend heranzuziehen.⁴⁴ Gleich ob man diesen Weg einschlägt oder nicht, ist aber zumindest der Verweis auf die dreißigjährige Verjährung nach § 195 BGB nicht länger haltbar: Ansprüche aus § 280 I RegE verjähren gemäß §§ 195, 199 I RegE in drei Jahren ab Fälligkeit und Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis. Auch hier greift – außer in Fällen des § 199 II 2 RegE – die Obergrenze des § 199 II 1 RegE von 10 Jahren ab Fälligkeit, sowie die zweite Obergrenze aus § 199 III RegE von 30 Jahren ab „Verletzung der Pflicht aus einem Schuldverhältnis“. Darum wird man auch in den öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehungen nicht herumkommen, was eine Verschlechterung gegenüber der kenntnisunabhängigen Verjährung analog § 195 BGB darstellt.

29 BGHZ 133, 192, 199; BGH, NJW 2000, 953.

30 Vgl. dazu BT-Drs. 338/01, S. 241 f.

31 Vgl. BGHZ 53, 222, 225; 55, 340, 341 f.

32 Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, § 198 Rn. 1. Zur Anwendbarkeit des Grundsatzes der Schadenseinheit auch bei vertraglichen Ersatzansprüchen siehe a.a.O., Rn. 11. Vgl. aus der Rechtsprechung BGH, NJW 1993, 648 ff.

33 So auch ohne Auseinandersetzung Heinrichs, BB 2001, 1417, 1419.

34 MünchKommBGB, BGB, 3. Aufl. 1997, § 852 Rn. 71.

35 Vgl. Dauner-Lieb/Arnold (Fn. 8), S. 6.

36 Siehe BT-Drs. 338/01, S. 244.

37 BGHZ 95, 238, 241 f.; 97, 97, 109; Schenke, JuS 1986, 694.

38 Siehe im Einzelnen dazu BT-Drs. 338/01, S. 252 ff.

39 § 852 II BGB sah eine Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen vor. § 203 RegE verallgemeinert das jetzt, vgl. BT-Drs. 338/01, S. 249 ff.

40 Anerkannte Fallgruppen sind Leistungs- und Anstaltsverhältnisse (BGHZ 61, 7, 11; BGH, NJW 1974; VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 656; OLG Düsseldorf, NVwZ-RR 1996, 305), Obhutverhältnisse (BGH, NJW, 1990, 1230 f.) und Fürsorgeverhältnisse (OLG Düsseldorf, NVwZ 1992, 97; zu Ansprüchen im Beamtenverhältnis BVerwGE 80, 123, 125; Kimig, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Bes. VerwR, 11. Aufl. 1999, 6. Abschn. Rn. 156).

41 Deterbeck/Windhorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 19 Rn. 10, § 21 Rn. 21.

42 Anders als bei §§ 839, 847 BGB kann aber kein Schmerzensgeld verlangt werden. Das könnte sich durch die Reform des Schadensersatzrechts ändern, durch die Schmerzensgeld z. T. auch außerhalb des Deliktsrechts zugelassen werden soll, vgl. den Referentenentwurf des 2. Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften unter http://www.bmj.bund.de/ggv/schad_ge.pdf.

43 BVerwG, NVwZ 1995, 2303, 2309; OLG Düsseldorf, NVwZ 1992, 97 f.; Soergel/Niederführ, BGB, 13. Aufl. 1999, § 195 Rn. 24; MünchKommBGB, BGB, 4. Aufl. 2001, § 195 Rn. 13.

44 Das gilt auch für die „öffentlich-rechtliche c. i. c.“. Die Konkretisierung vorvertraglicher Pflichten könnte unter Verweis auf §§ 241 II, 311 II, III RegE erfolgen. Problematisch ist, dass das neue Leistungsstörungsrecht nicht hinreichend auf einseitige Verpflichtungen abgestimmt ist. Eine anerkannte Fallgruppe der „Sonderverhältnisse“ ist die öffentlich-rechtliche Verwahrung, auf die – soweit sie nicht spezialgesetzlich geregelt ist (vgl. §§ 43 ff. PolG NW) – die §§ 688 ff. BGB analog anwendbar sind (BGH, NJW 1990, 1230 f. zur Verwahrung von Fundstücken; Frichsen (Fn. 11), § 29 Rn. 6). Im Hinblick auf die Rückgabepflicht aus § 695 BGB ist folgender Fall denkbar: verweigert der Verwahrer die Rückgabe der Sache, kann der Eigentümer nach Fristsetzung über § 281 RegE Schadensersatz „statt der Leistung“ verlangen (nach dem Wortlaut des § 281 RegE, der nur auf eine „fällige“ – und nicht auch auf eine „durchsetzbare“ – Leistung abstellt, sogar dann, wenn dem Verwahrer etwa eine Einrede aus § 273 BGB – vielleicht wegen entstandener Verwahrungskosten – zusteht und er die Herausgabe somit berechtigt verweigert!). Es würde sich um Schadensersatz „statt der Herausgabe handeln, was einem „Zwangsabkauf“ der verwahrten Sache Zug-um-Zug gegen Eigentumsübertragung gleichkäme! Zu vergleichbaren Problemen mit dem DiskF U. Huber, in: Ernst/Zimmermann (Fn. 8), S. 31, 42 Fn. 29, S. 31, Fn. 33. Beschwingtend BT-Drs. 338/01, S. 316 f.

IV. Die Verjährung des Folgenbeseitigungsanspruchs

Damit stößt man auf den letzten hier behandelten Bereich von Auswirkungen der Schuldreform. Herausgegriffen sei die Entscheidung des VGH München vom 4.8.1998⁴⁵: Das Gericht stellte fest, dass der Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) mangels positiver anderweitiger Regelungen kenntnisunabhängig analog § 195 BGB in 30 Jahren verjährt.⁴⁶ Aufgeworfen ist damit die Frage nach der Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche: richtet sich diese primär nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts⁴⁷, greift man, wenn solche weder direkt noch entsprechend anwendbar sind, bei „vermögensrechtlichen Ansprüchen“ auf die Verjährungsregeln des BGB zurück, wenn sich aus Erfordernissen des öffentlichen Rechts nicht ein anderes ergibt.⁴⁸ So zieht man die dreißigjährige Verjährung analog § 195 BGB nicht nur für den FBA und die bereits erwähnten Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehungen⁴⁹ heran, sondern u.a.⁵⁰ auch für Entschädigungsansprüche enteignungsrechtlicher Art,⁵¹ Aufopferungs-⁵², Erstattungs-⁵³ und Herausgabeansprüche.⁵⁴

Wie wird aber künftig zu verfahren sein? Das Problem hat die Bundesregierung gesehen: § 194 III DiskE sah vor, dass die Verjährungsvorschriften des BGB, soweit nicht ein anderes bestimmt sei, „auch für die Verjährung von Ansprüchen gleich aus welchem Rechtsgrund, die nicht in diesem Gesetz geregelt sind“ gelten sollten. Die Gesetzesbegründung enthielt den Hinweis, dass zahlreiche zivil- und öffentlich-rechtliche Gesetze auf das Verjährungsrecht zurückgreifen und dass diese Praxis auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden sollte.⁵⁵ Das stieß auf Kritik, weil nicht überprüft worden war, ob das neue Recht etwa für öffentlich-rechtliche Ansprüche angemessen war.⁵⁶ Die Antwort des Gesetzgebers bestand darin, dass die entsprechende Bestimmung nicht in den RegE aufgenommen wurde. Besser wird die Lage dadurch freilich nicht: das Zurückgreifen auf das Verjährungsrecht des BGB fand ja auch bislang ohne eine § 194 III DiskE entsprechende Regelung statt.⁵⁷ Zwar könnte die Praxis zunächst versucht sein, sich dadurch zu helfen, dass man die bisherige Rechtslage mit ihrer dreißigjährigen Regelverjährung „einfriert“ und den unschriebenen allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts⁵⁸ zuordnet, doch erscheint das gewagt: es gibt allenfalls den allgemeinen Grundsatz, das Verjährungsrecht des BGB – und dann in seiner jeweiligen Fassung – heranzuziehen.

Man wird also – wie schon unter III. angedeutet – kaum am neuen Recht vorbei können.

Was das bedeutet, soll am Beispiel des FBA gezeigt werden: Für die Frage nach dessen Verjährung liegt es nahe – bekanntlich stützt sich eine seiner umstrittenen Herleitungen⁵⁹ darauf – den Blick auf den Anspruch aus § 1004 BGB zu werfen⁶⁰, der bislang ebenfalls nach § 195 BGB in 30 Jahren verjährt.⁶¹ Liegen keine Sonderregelungen vor, greift auch für diesen Anspruch künftig die Regelverjährung aus §§ 195, 199 RegE. Man könnte aber daran denken, an die dreißigjährige Verjährungsfrist aus § 197 I Nr. 4 RegE für „Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten“ anzuknüpfen. Bei weiter Auslegung – bekannt ist eine solche ja von § 1004 BGB selbst – ließen sich darunter Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowie auch über das Eigentum hinaus Ansprüche wegen anderer „absoluter Rechte“ fassen. Dann bliebe es für den Anspruch aus § 1004 BGB bei der dreißigjährigen Frist und man könnte daran denken, diese auf den FBA zu übertragen. So nahe das aber liegt, erweist es sich bei genauerem Hinsehen als unmöglich: zum einen erfasst § 197 I Nr. 1 RegE nur Eigentum und dingliche Rechte, was gerade eine Änderung gegenüber dem DiskE ist, bei dem noch von „absoluten Rechten“ die Rede war.⁶² Würde das allein aber eine Anwendung der Norm auf § 1004 BGB und dann ggf. auch auf den FBA jedenfalls bei diesen Rechtsgütern noch offen lassen, will der Gesetzgeber § 197 I Nr. 1 RegE ausdrücklich auf Herausgabeansprüche beschränkt wissen: Bei Unterlassungsansprüchen

bestehe schon kein praktisches Bedürfnis, weil sie bei jeder Zuwiderhandlung neu entstünden.⁶³ Eine Einbeziehung von Beseitigungsansprüchen scheidet wegen Abgrenzungsschwierigkeiten zum deliktischen Beseitigungsanspruch aus, für den die Regelverjährungsfrist gelten soll.⁶⁴ Auch wenn die Aufnahme von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen während der Vorarbeiten zum RegE schon oft gefordert worden war⁶⁵, ist die Rechtslage angesichts dieser klaren Äußerungen eindeutig: Eine weite Auslegung des § 197 I Nr. 1 RegE scheidet aus. Folglich wird der Anspruch aus § 1004 BGB regulär nach §§ 195, 199 RegE verjähren. Nichts anderes wird man für den FBA ableiten können.⁶⁶

Folglich verjährt dieser in drei Jahren ab Fälligkeit und Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis gemäß § 199 II 1 RegE, spätestens aber gemäß § 199 II 1 RegE in 10 Jahren, es sei denn, es ist – kaum vorstellbar – eines der in § 199 II 2 RegE genannten Rechtsgüter betroffen.⁶⁷ Alles in allem handelt es sich um eine

45 VGH München, NJW 1999, 666 f.

46 Vgl. auch VGH München, NVwZ-RR 1991, 57, 58 f.

47 Z. B. § 25 SGB I; §§ 27, 40 SGB II, §§ 169, 170, 228 AO; §§ 41, 43 OBG NW, Art. 288 II EGV.

48 Palandt/Heinrichs (Fn. 32), § 194 Rn. 2; Meyer/Kopp, Allg. VerwR, 5. Aufl. 1985, § 39 f.; Stelkens, in: Stelkens/Bonks/Sachs (Fn. 11), § 53 Rn. 5; Knack/Henneke (Fn. 12), § 53 Rn. 4.

49 Vgl. oben Fn. 43.

50 VG Düsseldorf, FamRZ 1982, 546 f. – Anspruch aus § 20 BaFöG; VG Augsburg, NVwZ 1983, 307 – Forderungen aus Kreuzungsvereinbarung; VG Gießen, NVwZ-RR 1995, 144, 145 – Aufwendungsersatz aus öffentl.-rechtl. GoA.

51 BGHZ 13, 88, 98; 117, 287, 294.

52 BGHZ 9, 209 ff.; 36, 379, 387.

53 Für Anspruch des Dienstherrn wegen überbezahlter Bezüge BVerwG, DVBl. 1983, 504 (für §§ 197, 198, 201 BGB analog bei wiederkehrenden Bezügen BVerwG, NJW 1997, 1321, 1322) Allgemein für Anwendung des § 195 BGB auf Erstattungsansprüche Detterbeck/Windhorst/Sproll (Fn. 41), § 27 Rn. 13.

54 Manssen, JuS 1992, 745, 748; Soergel/Niederführ (Fn. 43), § 195 Rn. 24. A. A. VG Köln, NJW 1991, 2584, 2586.

55 Vgl. Begründung DiskE (Fn. 2), S. 219.

56 Krebs, DB 2000, Beil. Nr. 14, S. 4, 5; Ernst, ZRP 2001, 1, 3.

57 Vgl. Dauner-Lieb/Arnold (Fn. 8), S. 3 f. Gefahren für Verjährungsvorschriften außerhalb des BGB sieht jetzt auch – freilich ohne Bezugnahme auf das öffentliche Recht – der BR, Anhang B zu BR-Drs. 338/01, S. 1 zu Nr. 1.

58 Allgemein dazu Meyer/Kopp (Fn. 48), § 5 II 2 f.; Osseubühl, in: Frichsen (Fn. 11), § 6 Rn. 67 ff.

59 Zum Streitstand umfassend Brugger, JuS 1999, 625 ff.

60 So ausdrücklich auch VGH, München, NJW 1999, 666.

61 BGHZ 60, 235, 239.

62 Gegen den Begriff „absolutes Recht“ war Kritik laut geworden (vgl. Mansel, in: Ernst/Zimmermann, [Fn. 6], S. 333, 370). Bedenken an der Beschränkung auf dingliche Rechte bei Dauner-Lieb/Arnold (Fn. 8), S. 10 (Herausgabe der Negative bei verletzenden Fotos aus § 1004 BGB i. V. m. Art. 1 I, 2 I GG), a. A. Mansel (a. O.), S. 333, 370 Fn. 162; Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, JZ 2001, 684, 693 f.

63 Kritisch zur Begründung DiskE aber Mansel (Fn. 62), S. 333, 371.

64 BT-Drs. 338/01, S. 236. Zustimmend Pick, ZIP 2001, 1173, 1178.

65 Ernst, ZRP 2001, 1, 4; Mansel (Fn. 62), S. 333, 371 f. Für Grundbuchberichtigungsanspruch Krebs, DB 2000, Beil. Nr. 14, S. 5. Explizit zum RegE auch wieder Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst, JZ 2001, 684, 694.

66 Wird das Unterlassen einer Störung verlangt und ist dies nur durch Beseitigung der Störungsquelle möglich, ist umstritten, ob die Pflicht zur Vornahme einer Leistung (in Form der Beseitigung der Störungsquelle) Rechtsfolge des öffentl.-rechtl. Unterlassungsanspruchs sein kann (so Detterbeck/Windhorst/Sproll [Fn. 41], § 13 Rn. 5, 29 – oder ob dann der strengeren Voraussetzungen unterliegende FBA einschlägig ist (vgl. OVG Münster, NJW 1984, 1982; OVG Koblenz, NJW 1986, 953 f. Nicht problematisiert bei VG Sigmaringen, NJW 2001, 628 ff., welches bei einem Anspruch auf Beseitigung einer Störungsquelle in Form eines ehrverletzenden Denkmals aber ebenfalls den FBA heranzieht). Geht man mit der obigen Argumentation des Gesetzgebers von einer unterschiedlichen Verjährung von Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus, könnte dieser Streit künftig oft entscheidungserheblich sein.

67 Sollte Letzteres der Fall sein, wird man eine absolute Obergrenze analog § 199 III RegE von 30 Jahren ab Beginn der Störung annehmen (Fortsetzung auf Seite 390).

empfindliche Verkürzung der Verjährungsfrist.⁶⁸ Ändern lässt sich das nicht; vielmehr stellen sich ähnliche Probleme künftig in allen anderen genannten Anwendungsfällen der dreißigjährigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB. Zumindest bei Entschädigungsansprüchen aus Enteignung o. ä. erscheint das als zu hart.⁶⁹

C. Schlussbemerkung

Ganz folgenlos bleibt die große Reform des Schuldrechts somit auch für den im öffentlichen Recht tätigen Juristen nicht. Ob ihre Auswirkungen indes vom Gesetzgeber wirklich bedacht wurden, muss insbesondere im Hinblick auf die Verjährung bezweifelt werden. Es lässt sich vielmehr ein Indiz dafür finden, dass der RegE mit heißer Nadel gestrickt ist: wird die Unterbrechung der Verjährung zugunsten der Hemmung im BGB weitgehend abgeschafft⁷⁰, fällt auf, dass § 53 VwVfG, der die Unterbrechung (!) der Verjährung durch Erlass eines VA regelt, an keiner Stelle der Gesetzesbegründung erwähnt wird. Die Vorschrift – ersichtlich an §§ 209, 211 BGB angeglichen – fügt sich kaum ins neue Verjährungssystem und verweist auf die §§ 212, 217, 218 BGB, was im neuen Verjährungsrecht ins Leere geht.⁷¹ Umstellungsbedarf für Rechtsanwender und Wirtschaft durch die Schuldrechtsre-

form, dessen Vorbereitung die Justizministerin jüngst nochmals ausdrücklich eingefordert hat⁷², zeigt sich – das kann als Ergebnis festgehalten werden – jedenfalls auch jenseits der Grenzen des BGB.

67 (Fortsetzung der Fußnote von Seite 389)

müssen, auch wenn die Vorschrift vom Wortlaut nicht auf einen Beseitigungsanspruch ausgelegt ist: es handelt sich weder um eine unerlaubte Handlung – darunter fallen nur die Tatbestände der §§ 823 ff. BGB – noch um einen Fall der Gefährdungshaftung bzw. um die Verletzung der Pflicht aus einem Schuldverhältnis.

68 In § 13 des vom BVerfG (E 61, 149, 174 ff.) vor Erlass des Art. 74 I Nr. 25 GG für nichtig erklärten StHG vom 26. 6. 1981 (BGBl. I, S. 553) war zwar auch eine Erlöschensfrist von 3 Jahren ab Kenntnis des schädigenden Ereignisses, aber zumindest eine kenntnisunabhängige Frist von 30 Jahren vorgesehen.

69 Hier scheidet insbesondere ein Abstellen auf § 197 I Nr. 1 RegE mit dem Argument, dass die Entschädigung die „Fortsetzung“ des Herausgabeanspruchs aus dem Eigentum ist, aus: die Norm erfasst nicht einmal zivilrechtliche Eigentumsfortsetzungsansprüche wie §§ 951, 812 ff. BGB bei einer Verarbeitung einer Sache oder § 816 BGB, was z. B. Ernst, ZRP 2001, 1, 4 f. gerade rügt.

70 Vgl. etwa BT-Drs. 338/01, S. 200, 214.

71 § 212 BGB findet im neuen Recht (§ 212 RegE) keine vollständige Entsprechung mehr. § 217 BGB geht in § 212 RegE auf, § 218 in § 197 I Nr. 3 – 5, II RegE.

72 Däubler-Gmelin, NJW 2001, 2281, 2288 f.

RECHTSPRECHUNG

Soweit nichts anderes vermerkt ist, sind die abgedruckten Entscheidungen rechtskräftig.

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

VwGO § 123; MKS-Verordnung § 2 (Maul- und Klauenseuche, Impfverbot)

Keine einstweilige Anordnung, um eine Ausnahme vom Impfverbot nach der Verordnung zum Schutz gegen die Maul- und Klauenseuche zu erreichen.

OVG NRW, Beschl. v. 30. 4. 2001 – 13 B 566/01
I. VG Aachen – 8 L 240/01

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin beantragte eine einstweilige Anordnung, um eine Ausnahme vom Impfverbot nach der Verordnung zum Schutz gegen die Maul- und Klauenseuche (MKS-VO) zu erreichen. Das VG lehnte den Antrag ab. Der Antrag auf Zulassung der Beschwerde hatte keinen Erfolg.

II.

Der Antrag nach § 146, § 124 Abs. 2 Nr. 1 – 3 VwGO, die Beschwerde zuzulassen zur Weiterverfolgung des Antrags, – unter Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses – im Wege der einstweiligen Anordnung gegenüber dem Ministerium für Umwelt, Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes NRW festzustellen, 1. dass das Impfverbot gemäß § 2 der MKS-Verordnung vorläufig nicht beachtet werden muss und 2. den Antragsgegner zu verpflichten, der AG zu gestatten, Impfstoff zur Impfung der Maul- und Klauenseuche an die Antragstellerin zwecks Impfung der im Bestand der Antragstellerin gehaltenen Rinder herauszugeben, hat keinen Erfolg.

Die geltend gemachten Zulassungsgründe liegen schon deshalb nicht vor, weil es auf sie nicht entscheidungserheblich ankommt. Eine einstweilige Anordnung mit dem begehrten Inhalt hätte nämlich schon deshalb nicht erlassen werden dürfen, weil es an dem nach § 123 VwGO erforderlichen Rechtsschutz-

bedürfnis und damit an dem Anordnungsgrund fehlt. Das VG hat dieses Problem, womit sich die Antragschrift trotz gegebenen Anlasses aufgrund der erstinstanzlichen Erörterung nicht auseinander setzt, zwar letztlich offen gelassen. Zumindest aber in der vorliegenden Situation, in der sich die Antragstellerin vehement auf die inhaltsgleichen Überzeugungen der zuständigen Landesministerin beruft, ist die erforderliche Filbedürftigkeit nicht gegeben, wenn die Antragstellerin nicht vorher durch einen eindeutigen – bescheidungsfähigen – Antrag an die zuständige Behörde herangetreten ist. Hierzu reicht es nicht aus, dass einer der Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin eidesstattlich versichert hat, mit Herrn Dr. D. als zuständigem Referenten im Ministerium für Umweltschutz, Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes NRW telefoniert zu haben und abschlägig beschieden worden zu sein. Aus der eidesstattlichen Versicherung geht nicht einmal hervor, dass auf die besonderen Umstände des Einzelfalls – nach dem Vortrag der Antragstellerin einziger Herdbuchbestand der Rasse English Longhorn außerhalb des Vereinigten Königreichs und ca. 50% der gesamten Genreserve dieser Rinderrasse außerhalb des Vereinigten Königreichs – hingewiesen worden ist und ob erörtert wurde, ob in einem solchen Fall nicht doch eine sinnvolle Einflussnahme des Antragsgegners auf die EG-Kommission – etwa wie dies im Falle der vorsorglichen Impfung von Zootieren durch die deutschen Behörden erfolgreich geschehen ist – sinnvoll erscheint.

Bedenkt man, dass in der eidesstattlichen Versicherung das Datum des Telefonats nicht angegeben ist, die eidesstattliche Versicherung selbst aber vom 27. 3. 2001 datiert, kann auch nicht anerkannt werden, dass – was nicht einmal vorgetragen ist – ein formelles Herantreten an den Antragsgegner aus zeitlichen Gründen nicht zumutbar gewesen wäre.

Der Senat, der in Übereinstimmung mit dem Beschluss des VG weiterhin von der Gültigkeit von § 2 MKS-VO (und einem weiterhin dem Erlass einer einstweiligen Anordnung entgegenstehenden Ermessensspielraum des Antragsgegners im Zusammenhang mit § 11 a MKS-VO) sowie von der Vereinbarkeit des zugrunde liegenden Richtlinien-Rechts mit primärem Gemein-

A. Die Schuldrechtsmodernisierung im Überblick

Angeregt durch den Umsetzungsbedarf aus mehreren Richtlinien, deren wichtigste die bereits zum 31.12.2001 umzusetzende Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter⁴ ist, hat sich die Bundesregierung eine umfassende Reform des Schuldrechts auf die Fahnen geschrieben. Mit dem DiskE knüpfte sie in weiten Teilen an den Ende 1991 vorgelegten Abschlussbericht der „Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts“ an⁵, stieß aber schnell auf heftige Kritik.⁶ Eine mit Unterstützung hochrangig besetzter Arbeitsgruppen überarbeitete „konsolidierte“ Fassung⁷ lag dann der Diskussion auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30./31.3.2001 zugrunde⁸, obwohl man vorher das Verjährungsrecht erneut tiefgreifend umgestaltet hatte.⁸ Selbst der dem Bundesrat zugeleitete RegE bildet aber wohl nur den vorläufigen Endpunkt dieses suchenden Hin- und Herschwankens: Der Bundesrat hat von seinem in Art. 76 II 2 GG verbürgten Recht, Stellung zu nehmen, ausführlichst Gebrauch gemacht und 150 Verbesserungsvorschläge beschlossen.⁹ Die in Vorbereitung befindliche Gegenäußerung der Bundesregierung liegt zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht vor. Die weitere Entwicklung bleibt mit Spannung abzuwarten, doch wird sich wohl an den Grundaussagen des Entwurfs nicht mehr viel ändern. Die Reform geht tief: vorgesehen sind eine völlige Neustrukturierung des Verjährungsrechts, ein kompletter Systemwechsel im Allgemeinen Leistungsstörungenrecht, dogmatisch wie praktisch einschneidende Änderungen im Kauf- und Werkvertragsrecht durch Verzahnung der Gewährleistungsrechte mit dem Leistungsstörungenrecht sowie die Integration von AGBG und den wichtigsten Verbraucherschutzrechten. Hier ist sicher nicht der Ort, Für und Wider der Reform abzuwägen. Insoweit sei auf die zahlreichen, zumeist kritischen Stellungnahmen⁹ sowie auf die gegen die Reform gerichtete Initiative 18 deutscher Hochschullehrer verwiesen, deren „Gemeinsamer Erklärung“ über 250 Zivilrechtslehrer beigetreten sind.¹⁰ Das Anliegen des Verfassers geht in eine andere Richtung: er möchte zeigen, dass die Reform auch in einigen Bereichen des öffentlichen Rechts Auswirkungen haben kann.

B. BGB und öffentliches Recht – (k)ein Gegensatzpaar

Nur auf den ersten Blick scheint sich der im öffentlichen Recht tätige Jurist freuen zu können, dass der bittere Kelch der Reform an ihm vorübergegangen ist. Denn ganz richtig läge er damit nicht:

I. Leistungsstörungen im öffentlich-rechtlichen Vertrag

Auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag finden gemäß § 62 S. 2 VwVfG ergänzend die Vorschriften des BGB entsprechende Anwendung. Verwiesen wird insbesondere auf das Leistungsstörungenrecht.¹¹ Ausscheiden muss allein die Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (WGG): § 60 I 1 VwVfG regelt den Fall der Änderung der für den Vertrag maßgeblichen Verhältnisse speziell.¹² Ähnlich wie beim WGG kommt es aber auch danach zu einer Anpassung des Vertrages¹³ bzw. – soweit nicht möglich oder zumutbar – zur Aufhebung (Kündigung). Davon abgesehen befindet man sich über § 62 S. 2 VwVfG künftig aber mittendrin im neuen Leistungsstörungenrecht.¹⁴ Wie sieht dieses aus?

– Grundtatbestand ist die „Pflichtverletzung“¹⁵: nach § 280 I RegE führt jede Pflichtverletzung zu einem Schadensersatzanspruch, es sei denn, der Schuldner hat sie nicht zu vertreten. Der Begriff der „Pflichtverletzung“ steht im Zusammenhang mit § 241 RegE: dort wird § 241 S. 1 BGB aufgegriffen: der Gläubiger kann vom Schuldner eine Leistung fordern, Letzterer ist zur Leistung verpflichtet. Nach § 241 II RegE kann zudem ein Schuld-

verhältnis „nach seinem Inhalt jeden Teil zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet.“ Dann erfasst über den Begriff der „Pflicht-

- 4 ABl. EG Nr. L 171, S. 12. Vgl. daneben Richtlinie 2000/35/EG v. 29. 6. 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200, S. 35) sowie Richtlinie 2000/31/EG v. 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 178, S. 1).
- 5 BMJ (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992. Vgl. auch Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I – III, 1981 – 1983 sowie die Nachweise bei Krebs, DB 2000, Beil. Nr. 14, S. 2 Fn. 3 u. 4.
- 6 Vgl. etwa die Ergebnisse des Symposiums „Schuldrechtsmodernisierung 2001“ in Regensburg, abgedruckt in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001. Siehe daneben etwa Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrecht, Tübingen 2001.
- 7 „Konsolidierte Fassung“ vom 6. 3. 2001 mit Anmerkungen von Dauner-Lieb/Arnold/Dörsch/Kitz abrufbar unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/Schuldrechtsreform.pdf.
- 7a Abdruck der dortigen Redebeiträge von W.-H. Roth, Ulmer, Canaris, H. P. Westermann, H. Roth und Leenen in Heft 10 der JZ 2001.
- 8 Mit Anmerkungen von Dauner-Lieb/Arnold unter http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrah/Publ_pdf/kritik_verjaehrung_neu.pdf.
- 8a Die 87-seitige Stellungnahme des BR findet sich in Anhang B der BR-Drs. 338/01. Größeren Änderungsbedarf deutet auch noch der parlamentar. Staatssekretär Pick, ZIP 2001, 1173 ff. an.
- 9 Vgl. die Literaturhinweise unter <http://www.lrz-muenchen.de/Lorenz/schumod/literatur.htm>.
- 10 Vgl. <http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Altmep-pen/1024x768/Schuldrechtsreform.htm>.
- 11 Vgl. Erichsen (Hrsg.), Allg. Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 27 Rn. 3 f.; Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 62 Rn. 33; Bullinger, DÖV 1977, 812 ff.; Meyer, NJW 1977, 1705, 1711 f.; Obermayer, BayVBl. 1977, 546; Meyer/Borgs, VwVfG, 2. Aufl. 1982, § 62 Rn. 15. § 306 BGB ist bereits über § 59 I VwVfG anwendbar, Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 59 Rn. 16; § 62 Rn. 6.
- 12 Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 60 Rn. 3; str. bei anfänglichem Fehlen der GG Knack/Henneke, VwVfG, 7. Aufl. 1998; Meyer/Borgs (Fn. 11), § 60 Rn. 10. Für Wahlrecht zwischen Vorgehen über § 60 VwVfG oder § 62 S. 2 VwVfG bei nachträglicher Unmöglichkeit Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 60 Rn. 9 a m. w. N.
- 13 Diese bedarf einer Vereinbarung der Parteien („verlangen“). Das Anpassungsverlangen ist bei Weigerung einer Partei mittels Leistungsklage durchzusetzen, die Zustimmung wird nach § 173 VwGO i. V. m. § 894 ZPO ersetzt, vgl. BVerwGE 97, 331, 340 ff.; Kopp/Ramsauer (Fn. 11), § 60 Rn. 13 f.; Lorenz, DVBl. 1997, 865, 870. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur bisherigen Behandlung des zivilrechtl. WGG: dort tritt die Anpassung kraft Gesetzes ein und ist im Streitfall nur durch den Richter festzustellen. Man kann daher sogleich Klage auf die angepasste Leistung erheben (BGHZ 91, 32, 36; MünchKommB/Roth, BGB, 3. Aufl. 1994, § 242 Rn. 544, 551). Der WGG wird jetzt aber in § 313 RegE entsprechend § 60 VwVfG kodifiziert. Der Gesetzgeber will aber auch weiterhin sofort eine Klage auf die angepasste Leistung zulassen (BR-Drs. 338/01, S. 407). Er befürwortet offenbar die von der Wandelung bekannte „Theorie des richterlichen Gestaltungsaktes“ (Larenz, Schuldrecht II/1, 13. Aufl. 1986, § 41 II, S. 53 ff.): Der Richter ersetzt implizit in dem Urteil, mit dem er den anderen Teil zur angepassten Leistung verurteilt, dessen Willenserklärung auf Anpassung („verdecktes Gestaltungsurteil“). Dieser Gedanken könnte auf § 60 VwVfG übertragen werden. BVerwGE 97, 331, 342 geht hingegen von der Möglichkeit einer Verbindung der Klage „auf Anpassung“ (Zustimmung) und der Klage „aus Anpassung“ (auf angepasste Leistung) aus. Auch dieser Weg erscheint vertretbar, doch kommt das Stufenverhältnis zwischen dem Anspruch „auf Anpassung“ und demjenigen „aus Anpassung“ nicht hinreichend zum Ausdruck. Es sollte aber für § 313 RegE und § 60 VwVfG eine einheitliche Lösung gefunden werden. Abstimmungsbedarf zwischen § 313 RegE und § 60 VwVfG könnte noch in einem anderen Zusammenhang bestehen: Bei § 60 VwVfG wird vertreten, eine Anpassung könne erst ab dem Zeitpunkt des Anpassungsverlangens verlangt werden (BVerwGE 97, 331, 342 f.). Jedenfalls beim nahezu wortgleichen § 313 RegE wird das kaum haltbar sein (dazu demnächst Arnold, in: Dauner-Lieb (Hrsg.), Das Neue Schuldrecht – Fälle und Lösungen, 2001 in Fall 3 zum WGG).
- 14 Siehe daneben die Verkürzung der Anfechtungsfristen auf 10 Jahre in §§ 121 II, 124 III RegE.
- 15 Vgl. hierzu wie zum Folgenden BR-Drs. 338/01, S. 203 ff., 288 ff., 302 ff., 371 ff., 377 ff., 402 ff., 418 ff., sowie die Übersichtsbeiträge von Trichmann, BB 2001, 1485 ff.; Canaris, ZRP 2001, 329 ff.; ders., 3 JZ 2001, 499 ff.