

# Update: Schuldrechtsmodernisierung und öffentliches Recht

Von Wolfgang Dötsch, Köln<sup>1</sup>

*Der Verfasser hat bereits auf Basis des Regierungsentwurfs eines „Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts“ Querauswirkungen der Zivilrechtsmodernisierung auf öffentlich-rechtliche Fragenkomplexe untersucht.<sup>2</sup> Da der Gesetzesentwurf bis zu seiner endgültigen Verabschiedung nochmals überarbeitet wurde<sup>3</sup>, bietet es sich an, das Thema erneut in der gebotenen Kürze aufzugreifen.*

## A. Einleitung

Die im ersten Beitrag aufgezeigten Schnittstellen von bürgerlichem und öffentlichem Recht sind von der erneuten Überarbeitung im Wesentlichen nicht weiter betroffen. Kaum verändert wurden insbesondere die über § 62 S. 2 VwVfG auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag anzuwendenden Bestimmungen des neuen Leistungsstörungenrechts.<sup>4</sup> Relevante Änderungen ergeben sich allein im Hinblick auf die neuen Verjährungsvorschriften: Diese sind künftig unmittelbar bei Amtshaftungsansprüchen aus § 839 BGB, darüber hinaus aber im Wege der Analogie auch bei den meisten anderen vermögensrechtlichen Ansprüchen im öffentlichen Recht heranzuziehen.<sup>5</sup> Letzteres wird in der Literatur freilich jedenfalls für Ansprüche aus *Aufopferung, Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff* sowie ggf. auch für Ansprüche auf *Folgenbeseitigung*, die bislang der dreißigjährigen Regelverjährung des § 195 BGB a. F. unterfielen<sup>6</sup>, angezweifelt.<sup>7</sup> Ausgehend davon, dass die Rechtsprechung schon bislang immer betont hat, dass für eine entsprechende Anwendung der BGB-Verjährungsregelungen sorgfältig geprüft werden muss, ob die zivilrechtliche Ausgangslage der §§ 194 ff. BGB mit der durch den öffentlich-rechtlichen Anspruch berührten Interessenlage vergleichbar ist<sup>8</sup>, soll bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, bei denen es an einer ausdrücklichen Verjährungsregelung fehlt, im Wege der „Auslegung“ ermittelt werden, ob diese Regelungslücke statt durch Rückgriff auf die §§ 194 ff. BGB nicht vielmehr durch „Statuierung einer dreißigjährigen Verjährungsfrist ab Anspruchsentstehung“ (entsprechend den Grundsätzen der §§ 195, 198 BGB a. F.) geschlossen werden müsse.<sup>9</sup> *Im Zweifel* – wenn nicht (ausnahmsweise) eine Anwendung der neuen §§ 194 ff. BGB angemessen erscheine, was bei den oben aufgezählten Ansprüchen aber gerade nicht der Fall sei<sup>10</sup> – solle es insoweit bei der

dreißigjährigen Regelverjährung entsprechend den §§ 195, 198 BGB a. F., bleiben: Der Gesetzgeber habe nämlich durch die bisherige Nichtregelung spezieller öffentlich-rechtlicher Verjährungsfristen die lange Regelverjährung „in seinen Willen aufgenommen“. Es sei den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen, dass man dies jetzt reformieren und den Staat durch kurze Verjährungsfristen „entlasten“ wollte, zumal der Staat als Schuldner „in besonderer Weise dem objektiven Recht und der Rechtswirklichkeit verpflichtet“ sei.<sup>11</sup>

Dem ist zuzugeben, dass bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Analogie zu zivilrechtlichen Bestimmungen im öffentlichen Recht zweifellos eine Normzweckanalyse zu erfolgen hat: Darüber könnte man in bestimmten Fällen u. U. eine als unbillig empfundene Verkürzung der Verjährungsfrist durchaus zu entschärfen suchen. So ließe sich z. B. darüber nachdenken, ob nicht etwa auf Entschädigungsansprüche wegen Enteignung statt der kurzen Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 BGB aus dem Gesichtspunkt der „Eigentumsfortwirkung“ heraus doch aufgrund der Besonderheiten des öffentlichen Rechts die 30-Jahres-Frist des § 197 I Nr. 1 BGB heranzuziehen ist.<sup>12</sup> Ein über dieses methodische Vorgehen hinausgehender Rückgriff auf die §§ 195, 198 BGB a. F. erscheint hingegen kaum denkbar – gleich ob man einen solchen Rückgriff als „allgemeine Regel des Verwaltungsrechts“ anerkennen will<sup>13</sup> oder ihn auf die „Freiheit richterlicher Rechtsfortbildung bei veränderten gesetzlichen Rahmenbedingungen und Regelungsabstimmungen des Gesetzgebers“ stützen möchte.<sup>14</sup> Insoweit bleibt man wohl vielmehr trotz allem richterlichen Spielraum zunächst einmal gerade an die neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen und damit auch an die §§ 194 ff. BGB gebunden. Die Nichtübernahme des ohnehin nur deklaratorischen § 194 III DiskE ändert daran nichts.<sup>15</sup>

1 Der Autor ist Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Europäische Privatrechtsentwicklung der Universität zu Köln (<http://www.dauner-lieb.de>).

2 NWVBl. 2001, 385 ff.

3 Der Regierungsentwurf wurde wegen Art. 76 II 1 GG zunächst dem Bundesrat zugeleitet (BR-Drs. 338/01). Zur Verfahrensbeschleunigung wurde parallel „aus der Mitte des Bundestages“ (Art. 76 I GG) ein wortgleicher Entwurf eingebracht (BT-Drs. 14/6040). Der mit einer umfangreichen Stellungnahme des Bundesrates und den Gegenäußerungen der Bundesregierung versehene Regierungsentwurf (BT-Drs. 14/6857) wurde dann für erledigt erklärt (BT-Drs. 14/7100). Die Verbesserungsvorschläge flossen in die zu BT-Drs. 14/6040 ergangene Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses ein (BT-Drs. 14/7052), auf deren Basis das Gesetz verabschiedet wurde (BT-Drs. 14/7100): Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. 11. 2001, BGBl. I, 3128.

4 Siehe daher erneut Dötsch, NWVBl. 2001, 385, 386 f. Allgemein Zimmer, NJW 2002, 1 ff.; Schwab, JuS 2002, 1 ff.

5 Natürlich vorbehaltlich spezieller öffentlich-rechtlicher Bestimmungen, vgl. Dötsch, NWVBl. 2001, 385, 389 f.

6 Vgl. BGHZ 9, 209 ff.; 13, 88, 98; 36, 379, 387; 117, 287, 294; VGH München NJW 1999, 666 f.

7 Hierzu und zum Folgenden Mansel, NJW 2002, 89, 90 f.; ders., in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Anwaltkommentar: Schuldrecht, 2002, § 194 Rn. 16 ff.; ders., in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch, 2002, § 1 Rn. 26 ff.

8 BVerwGE 28, 336, 339; 52, 16, 23; Soergel/Niedenführ, 13. Aufl. 1999, vor § 194 Rn. 7.

9 Eine derartige Verjährung entsprechend §§ 195, 198 BGB a. F. wird – insoweit konsequent – auch für die Verjährung außerhalb des BGB ge-

regelter zivilrechtlicher Ansprüche (etwa im HGB) vertreten, bei denen sich jetzt ebenfalls die Frage nach der Anwendbarkeit der neuen Regelungen stellt: Auch hier soll „im Zweifel“ die lange Verjährung eingreifen, wenn eine umfassende Interessen- und Normzweckanalyse ergebe, dass die neuen Verjährungsfristen nicht „angemessen“ seien (so Mansel, in: Dauner-Lieb u. a. [Fn. 7], § 194 Rn. 14). Gestützt wird dies darauf, dass der Gesetzgeber mit der Streichung des problematischen § 194 III DiskE (dazu Dötsch, NWVBl. 2001, 385, 389) offen gelassen habe, ob die Verjährung von außerhalb des BGB geregelten Ansprüchen betroffen sein soll. Das Ergebnis mag rechtspolitisch wünschenswert sein, ist aber de lege lata wohl nicht zu halten; siehe auch Dauner-Lieb/Arnold, Anmerkungen, [www.dauner-lieb.de](http://www.dauner-lieb.de), S. 3 f.

10 Aus rechtspolitischer Sicht gegen eine kurze Verjährung in diesen Bereichen Ernst, ZRP 2001, 1, 3; Krebs, DB, Beil. 14/2000, 1, 5.

11 So explizit Mansel, NJW 2002, 89, 91.

12 Zur Problematik einer derart weiten Auslegung des § 197 I Nr. 1 BGB aus zivilrechtlicher Sicht aber bereits Dötsch, NWVBl. 2001, 385, 389.

13 Dagegen bereits Dötsch, NWVBl. 2001, 385, 389.

14 So Mansel, in: Dauner-Lieb u. a. (Fn. 7), § 194 Rn. 18.

15 Für eine Anwendung der neuen Verjährungsfristen auf den Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff etwa auch Piekenbrock, Jb. J. ZivR-Wiss 2001, 309, 333. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 194 III DiskE finden sich bei Ernst, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 559, 570 f. Diese greifen auf die hier vertretene Auslegung nicht durch, weil die hier diskutierten Ansprüche nicht solche sind, die in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen. Spezielle landesrechtliche Verjährungsregelungen bleiben (natürlich) unberührt, siehe zu § 39 OBG NW etwa Mansel, in: Dauner-Lieb u. a. (Fn. 7), § 194 Rn. 20.

## B. Das neue Verjährungsrecht<sup>16</sup>

Auch insoweit kann zunächst auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden<sup>17</sup>. Künftig wird – von wenigen Ausnahmen in § 197 BGB abgesehen – die Regelverjährung gemäß § 195 BGB fast alle Ansprüche umfassen. Die bisherige Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 195 BGB a. F. wird in diesem Zusammenhang drastisch auf 3 Jahre verkürzt, wobei diese Verkürzung aber dadurch „entschärft“ wird, dass der Verjährungsbeginn nicht mehr wie in § 198 BGB a. F. allein vom Entstehen des Anspruchs abhängt, sondern in Anlehnung an § 852 I BGB a. F. ein subjektives System eingeführt wird: Der Verjährungsbeginn setzt nach § 199 I BGB u. a. voraus, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen hätte müssen. Die Folgen dieses Systemwechsels wurden bereits dargestellt<sup>18</sup>, im Hinblick auf den den Verjährungsbeginn regelnden § 199 I BGB haben sich insoweit aber noch zwei relevante Neuerungen ergeben:

– Die Vorschrift besagt jetzt, dass die Verjährung erst *mit dem Schluss des Jahres* beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen hätte müssen (Nr. 2). Damit wird die sog. Jahresendverjährung, die § 201 BGB a. F. bisher nur für ganz bestimmte vertragliche Ansprüche vorsah, auf alle Ansprüche ausgedehnt, die der regelmäßigen Verjährung unterliegen.<sup>19</sup> Für den hier interessierenden Bereich bedeutet das, dass z. B. die Verjährung von Amtshaftungsansprüchen, Schadensersatzansprüchen aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis, Ansprüchen auf Entschädigungsenteignung, Folgenbeseitigungsansprüchen oder Aufwendungsersatzansprüchen aus öffentlich-rechtlicher GoA jeweils erst am Ende desjenigen Jahres zu laufen beginnt, in dem die Voraussetzungen des § 199 I erstmals vorlagen.

– Nach § 199 I Nr. 1 BGB kann die Verjährung in Anlehnung an § 198 BGB a. F. zudem erst beginnen, wenn der Anspruch „entstanden“ ist. Dadurch werden Unklarheiten ausgeräumt<sup>20</sup>, die der insoweit noch auf die „Fälligkeit“ des Anspruchs abstellende Regierungsentwurf aufgeworfen hatte: Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit beginnt bislang die Verjährung von vorhersehbaren Spätschäden mit Eintritt des ersten (Teil-) Schadens.<sup>21</sup> Dass Ersatzansprüche für Spätschäden aber schon beim Eintritt des ersten Teilschadens „fällig“ werden, ist indes zweifelhaft, sodass die Fassung des Regierungsentwurfs erhebliche Gefahren für den bewährten Grundsatz der Schadenseinheit in sich barg.<sup>22</sup> Auf Basis der jetzigen Fassung kann künftig aber unproblematisch daran festgehalten werden.<sup>23</sup>

– In den § 199 II – IV BGB werden die im Regierungsentwurf enthaltenen (absoluten) Verjährungshöchstgrenzen, die verhindern, dass sich der Eintritt der Verjährung auf unabsehbare Zeit hinauszögert, klarer gefasst.<sup>24</sup> Der Sache nach ändert sich dadurch weiter nichts.<sup>25</sup>

Hingewiesen sei schließlich noch auf die Übergangsregelung in Art. 229 § 6 I EGBGB<sup>26</sup>: Danach finden die neuen Verjährungsvorschriften nicht nur auf die ab dem 1. 1. 2002 entstehenden, sondern auch auf die zu diesem Zeitpunkt bestehenden und noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Der Beginn, die Hemmung und der Neubeginn der Verjährung bestimmen sich dann aber für den Zeitraum vor dem 1. 1. 2002 nach altem Recht, Art. 229 § 6 I EGBGB, wobei ab dem 1. 1. 2002 nach Art. 229 § 6 II EGBGB bisherige Unterbrechungstatbestände weitgehend durch neue Hemmungstatbestände „ersetzt“ werden sollen. Eine Sonderregelung besteht hinsichtlich der Verjährungsfrist: Hier gilt nach Art. 229 § 6 III EGBGB die alte Verjährungsfrist, sofern diese kürzer als die neue ist. Anders gestaltet sich nach Art. 229 § 6 IV EGBGB die Rechtslage, wenn die neue Verjährungsfrist

kürzer als die alte ist. Dann ist festzustellen, wann nach altem Recht die Verjährung eintritt. Parallel dazu muss berechnet werden, wann nach neuem Verjährungsrecht die Verjährung eintreten würde; dabei ist die Frist jedoch ab dem 1. 1. 2002 (und damit nicht nach § 199 BGB) zu berechnen. Tritt danach die Verjährung früher als nach dem alten Recht ein, so gilt dieses Datum. Andernfalls bleibt für die Verjährung die alte Frist maßgeblich. Art. 229 § 6 EGBGB wird man wohl konsequenterweise analog auch auf öffentlich-rechtliche Ansprüche anwenden, sofern man diese auch ansonsten anhand der BGB-Verjährungsvorschriften abwickelt.<sup>27</sup>

## C. Unterbrechung durch VA, § 53 VwVfG

Misslich ist, dass der Gesetzgeber § 53 VwVfG nicht an das neue Verjährungsrecht angepasst hat.<sup>28</sup> Die Norm spricht von einer „Unterbrechung“ der Verjährung durch Erlass eines VA. Das steht in krassem Widerspruch zur weitgehenden Ersetzung der bisherigen „Unterbrechung“ (jetzt: Neubeginn der Verjährung, § 212 BGB) durch die Hemmung der Verjährung (§ 209 BGB) und ist durch nichts zu rechtfertigen. Bleibt man dem Wortlaut des § 53 VwVfG treu und geht von einer „Unterbrechung“ aus – die das Zivilrecht nicht mehr kennt –, geht der in § 53 I 3, II VwVfG zu findende Verweis ins BGB ins Leere: § 212 BGB a. F. findet im neuen Recht keine Entsprechung mehr, da dem Gesetzgeber eine solche Regelung bei der von ihm jetzt favorisierten Hemmung als nicht erforderlich erschien.<sup>29</sup> Die anderen Vorschriften ändern den Standort: § 217 BGB a. F. geht weitgehend in § 212 BGB auf; § 218 BGB a. F. in § 197 I Nr. 3 – 5, II BGB. Der Verweis aus § 53 VwVfG ist daher künftig so zu verstehen, als dass er nur die alten Bestimmungen erfasst; dem im öffentlichen Recht tätigen Juristen sei daher das Aufbewahren der alten Gesetzestexte empfohlen. Man könnte nun geneigt sein, den offensichtlichen Widerspruch zu den die „Unterbrechung“ zurückdrängenden BGB-Reformen zum Anlass zu nehmen, § 53 VwVfG *praeter legem* ans neue System anzupassen: Man könnte etwa in Fällen des Erlasses eines VA als „Rechtsverfolgungsmaßnahme“ eine Hemmung analog § 204 I Nr. 1 annehmen, statt § 53 S. 2 VwVfG § 204 II 1 BGB analog heranziehen, den Verweis in § 53 S. 3 VwVfG auf §§ 212, 217 BGB a. F. leer laufen lassen und § 53 II VwVfG als Verweis auf § 197 I Nr. 3 – 5 BGB interpretieren. Damit würde man aber wohl die Grenzen einer zulässigen Rechtsfortbildung überschreiten.

16 Dazu *Mansel*, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht (Fn. 7) *ders.*, NJW 2002, 89 ff.; *Leenen*, DStR 2002, 34 ff. Einen fallbezogenen Einstieg bietet *Arnold*, in: Dauner-Lieb/Arbold/Dötsch/Kitz, Fälle zum neuen Schuldrecht, 2002, Fälle 141 – 172.

17 Dazu *Dötsch*, NWVBl. 2001, 385, 387 ff.

18 Siehe zu den Auswirkungen im Bereich des § 839 BGB *Dötsch*, NWVBl. 2001, 385, 387 ff.

19 Vgl. auch BT-Drs. 14/7052, 180.

20 Vgl. dazu eingehend auch BT-Drs. 14/7052, 180.

21 Vgl. Palandt/*Heinrichs*, 61. Aufl. 2002, § 198 Rn. 11.

22 Eingehend zur Problematik *Dötsch*, NWVBl. 2001, 385, 388.

23 Vgl. dazu *Arnold* (Fn. 16), Fall 147; *Mansel*, NJW 2002, 89, 91.

24 Vgl. dazu BT-Drs. 14/7052, 180.

25 Siehe daher erneut *Dötsch*, NWVBl. 2001, 385, 387 und 388.

26 Eingehend dazu *Mansel*, in: Dauner-Lieb u. a. (Fn. 7), Art. 229 § 6 EGBGB *Heß*, NJW 2002, 253, 256 ff.

27 Art. 229 § 6 VI EGBGB ist insoweit nicht etwa abschließend, er hat nur Klarstellungsfunktion, vgl. BT-Drs. 14/7052, 207.

28 Kritisch bereits *Dötsch*, NWVBl. 2001, 385, 390. Der Vorwurf der Nichtanpassung trifft natürlich primär den Bund, doch sind jetzt auch die Länder zur Anpassung ihrer I.VwVfG aufgerufen.

29 Vgl. BT-Drs. 14/6040, 118.

#### D. Rechtsweg bei Schadensersatzansprüchen aus öffentlich-rechtlicher c. i. c.

Die Schuldrechtsreform könnte aber zumindest helfen, eine alte Streitigkeit einem klaren Ergebnis zuzuführen: § 40 II VwGO weist Schadensersatzansprüche des Bürgers aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten den Zivilgerichten zu. Ausgenommen sind Ansprüche auf Schadensersatz aus der Verletzung von Pflichten, die auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag „beruhen“. Bislang war umstritten, wie Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher c. i. c. – also Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzungen im *vorvertraglichen* Stadium – zu behandeln waren. Während man diese in der Literatur mehrheitlich unter die Rückausnahme fassen und so am Verwaltungsrechtsweg festhalten wollte, weil es sich um im engen Sachzusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen stehende „vertragsähnliche“ Ansprüche handele<sup>30</sup>, ging man in der Rechtsprechung davon aus, dass solche Schadensersatzpflichten nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag „beruhen“. Eine Haftung aus c. i. c. setze nämlich gerade keinen Vertragsschluss voraus und „beruhe“ auf einem *gesetzlichen Schuldverhältnis* und Aspekten des Vertrauensschutzes. Nicht zuletzt wegen des (häufigen) Sachzusammenhangs mit Amtshaftungsansprüchen sei daher der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.<sup>31</sup> Sprachen schon bislang die besseren Argumente für die herrschende Literaturlösung, lässt sich diese im Zusammenhang mit der Kodifikation der c. i. c. in §§ 311 II, III, 241 II BGB untermauern<sup>32</sup>: Zwar betont die Gesetzesbegründung das der c. i. c. zugrunde liegende „gesetzliche Schuldverhältnis“<sup>33</sup>, welches der BGH zum Anlass genommen hat, ein „Beruhen“ von Schadensersatzansprüchen aus c. i. c. auf dem (öffentlich-rechtlichen) Vertrag zu verneinen, doch sprechen jetzt systematische Erwägungen für eine stärkere Berücksichtigung des vertraglichen Kontextes: § 311 BGB bringt in seinem Absatz 1 das Vertragsprinzip zum Ausdruck und die c. i. c. wurde bewusst unmittelbar im Anschluss daran geregelt. Maßgeblich dafür war, dass das für die c. i. c. vorausgesetzte gesetzliche Schuldverhältnis gerade „im Vorfeld eines Vertrags“ entstehe<sup>34</sup> was auch deutlich in den in § 311 II Nr. 1 – 3 BGB geregelten Fallgruppen zum Ausdruck kommt. Diese Betonung des Sachzusammenhangs mit dem Vertragsschluss spricht im Bereich des § 40 II VwGO dafür, nicht von einer Zuweisung an die ordentlichen Gerichte auszugehen<sup>34a</sup>. Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlicher c. i. c. „beruhen“ (im weitesten Sinne) ebenfalls auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Unmittelbar haben sie zwar fraglos ihre Grundlage in einem gesetzlichen Schuldverhältnis, doch „beruht“ dieses wiederum auf den Vertragsanbahnungen – gleich, ob es später zu einem (wirksamen) Vertragsschluss kommt oder nicht.

#### E. Folgenbeseitigung und Folgenentschädigung

Im Zivilrecht stehen über die Schuldrechtsreform hinaus noch weitere Änderungen ins Haus. Das Bundesministerium der Justiz hat am 10. 12. 2001 einen „Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht“ vorgelegt.<sup>35</sup> Dort sind Regelungen vorgesehen, die sich gegen eine Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität richten sollen. In diesem Zusammenhang findet sich in § 319 e DiskE

unter der Überschrift „Anspruch auf Unterlassung, Folgenbeseitigung und Schadensersatz“ folgende Bestimmung:

„(1) Wer gegen das Benachteiligungsverbot verstößt, kann von dem Betroffenen auf Unterlassung und auf eine benachteiligungsfreie Behandlung (Folgenbeseitigung) in Anspruch genommen werden. (...) Lässt sich die Benachteiligung nicht nach Satz 1 oder in anderer Weise ausgleichen, kann der Betroffene eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. (...)“

Sofern man bisher im öffentlichen Recht den FBA teilweise auf eine Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB zu stützen suchte<sup>36</sup>, wird man hier eine neue Analogiebasis finden können, sofern man nicht – was wohl nahe liegender erscheint – den FBA ohnehin allein auf die Abwehrfunktion der Grundrechte stützen will.<sup>37</sup> § 319 e stellt zudem Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsansprüche unter einer einheitlichen Anspruchsgrundlage nebeneinander. Das könnte die öffentlich-rechtliche Diskussion um das Verhältnis dieser beiden Rechtsinstitute beleben: Hier geht man in jüngerer Zeit bereits ebenfalls davon aus, dass es sich insoweit der Sache nach um einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch handelt.<sup>38</sup> Interessant ist schließlich noch die Entschädigungsregelung in § 319 e. Diese könnte künftig eventuell im Wege der Analogie zur Stützung des im öffentlichen Recht noch umstrittenen „Folgenentschädigungsanspruchs“<sup>39</sup> herangezogen werden.

- 30 OVG Weimar, NJW 2002, 386 ff. (n. r.); Scherer, NVwZ 1986, 540 f.; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 40 Rn. 71; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 62 Rn. 11; Lüke, JuS 1980, 644, 647; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2000, § 11 Rn. 93; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2000, Rn. 147; Littbarski, JuS 1979, 537, 543 f. Die so ermöglichte Zuweisung zu den Verwaltungsgerichten kommt der herrschenden Verwaltungsrechtsprechung zu § 40 II VwGO a. F. nahe, vgl. BVerwG DÖV 1974, 133 f., 134.
- 31 BGH NJW 1986, 1109, 1110 und unter strenger Betonung der Wortlautgrenze jüngst VG Gera NJW 1999, 3374, 3375 als Vorinstanz zu OVG Weimar (Fn. 30). Das knüpft an die Rechtsprechung des BGH zu § 40 II VwGO a. F. an, der die Rechtswegeröffnung zu den ordentlichen Gerichten bei einem Zusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen bejahte, vgl. BGHZ 43, 34, 41 f.; 71, 386, 388; 76, 343, 348.
- 32 Die richterrechtlich entwickelten Schadensersatzansprüche aus c. i. c. werden in §§ 280 I, 241 II, 311 II, III BGB kodifiziert. Es bietet sich an, diese Bestimmungen im öffentlichen Recht im Wege der Analogie heranzuziehen, vgl. Dötsch, NWVBl. 2001, 385, 388.
- 33 BT-Drs. 14/6040, 162. An anderer Stelle ist aber freilich auch von einer „vertragsähnlichen Haftung“ die Rede, BT-Drs. 14/6040, 161.
- 34 BT-Drs. 14/6040, 162.
- 34a So jetzt ausdrücklich auch OVG Weimar, NJW 2002, 386, 388 unter Bewertung auf das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.
- 35 Dazu Pressemitteilung BMJ, Nr. 82/01 v. 3. 12. 2001. Der Entwurf ist noch nicht veröffentlicht, er wurde dem Verfasser auf Anfrage zugesandt.
- 36 Zur umstrittenen Herleitung des FBA jüngst umfassend Brugger, JuS 1999, 625 ff., der selbst im Rahmen eines „4-Stufen-Modells“ (a.a.O., 630 ff.) die §§ 12, 862, 1004 BGB mit heranziehen möchte. Mittlerweile spricht man im Hinblick auf den FBA aber ohnehin zumeist von Gewohnheitsrecht, vgl. BVerwGE 94, 100, 103. Ähnliche Streitfragen stellen sich zudem auch bei der Herleitung des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs, vgl. Kockerbauer/Büllesbach, JuS 1991, 373 ff.; Laubinger, VerwArch 80 (1989), 261 ff.
- 37 So etwa Schoch, VerwArch 79 (1988), 1, 34 ff.; Fiedler, NVwZ 1986, 969.
- 38 Siehe etwa VGH München, NVwZ-RR 1989, 532. Zu dieser Frage allgemein Kockerbauer/Büllesbach, JuS 1991, 373, 378 f.; Brugger, JuS 1999, 625, 629.
- 39 Siehe BVerwG NJW 1989, 2484, 2485 f. und insbesondere VGH München NVwZ 1999, 1237 mit krit. Anm. etwa von Erbguth, JuS 2000, 336 ff. Allgemein Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 322 f.