

## **Kurzgutachten zur Frage**

**wann der Verjährungsbeginn beim Wegfall einer Rechtsgrundlage durch gerichtliche Nichtigklärung im öffentlichen Recht (insbesondere im Hochschulrecht) anzunehmen ist. Ist es der Zeitpunkt der Leistungserbringung / Zahlung durch Bürger\*innen oder der Zeitpunkt der Nichtigklärung einer Norm?**

### **Inhalt:**

**I. Sachverhalt (Hintergrund)**

**II. Bedeutung der Nichtigklärung durch das Bundesverfassungsgericht – § 79 Abs. 2 BVerfG**

**1. § 79 Abs. 2 BVerfG allgemein**

**2. a. selbstvollziehende Normen**

**2. b. Anwendung zivilrechtliches Bereicherungs- und Verjährungsrecht bei nichtig erklärten selbstvollziehenden Normen**

**2. b. a.a. BVerfG, B. v. 21.05.1974, 1 BvL 22/71**

**2. b. b.b. BVerfG, B. v. 16.01.1980, 1 BvR 127/78 u.a.**

**2. c. Zwischenergebnis**

**III. Entstehung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs**

**1. Zivilrechtlicher Verjährungsbeginn**

**1. a. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB „Entstehung“**

**1. b. § 199 Abs. 2 Nr. 2 BGB „ohne Kenntnis“**

**1. c. Gesetzgebung zum Verhältnis Entstehung – Verjährung**

**2. Beginn der Verjährung öffentlich-rechtlicher Erstattungsansprüche**

**2. a. Übertragbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften**

**2. a. a.a. Gesetzgebung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung**

**2. a. b.b. Anwendbarkeit von Verjährungsvorschriften für das öffentliche Recht allgemein**

**2. a. c.c. Bundesverwaltungsgericht zur Anwendung des zivilrechtlichen Verjährungsrechts**

**2. b. Verjährungsbeginn eines von Anfang an nichtigen Anspruchs auf Erstattung**

**2. b. a.a. Für nichtig erklärte selbstvollziehende Normen**

**2. b. b.b. Bundesverwaltungsgericht (Durchsetzbarkeit)**

**2. b. c.c. Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (ex-tunc-Wirkung – Urteil)**

**2. c. Kenntnis**

**2. d. Zwischenergebnis**

**IV. Angemessenheit im Hinblick auf die Verjährung einzelner Erstattungsansprüche der Verwaltung gegen die Verbraucher\*innen**

**1. Ausübung von Gestaltungsrechten**

**2. § 53 VwVfG**

**3.a. Verwaltungsakte**

**3.b. Wirksamkeit**

**3.c. § 48 Abs. 4 VwVfG**

**3.d. § 51 VwVfG**

**3.e. § 49a VwVfG**

**3.f. § 43 Abs. 3 VwVfG**

**4. Zwischenergebnis**

**V. Ergebnis**

## I. Sachverhalt (Hintergrund)

- § 30 Abs.1a des Brandenburgischen Hochschulgesetzes – BbgHG a.F. – vom 28.06.2000 (GVBl. I, 90 f., Art. 2) i.d.F. der Änderung vom 22.03.2004 (GVBl. I, 51) wurde am 17.01.2017 vom Bundesverfassungsgericht als mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 104a ff. GG unvereinbar und für nichtig erklärt, soweit danach bei jeder Rückmeldung Gebühren von 100 DM bzw. 51 € pro Semester erhoben wurden (2 BvL 2/14 u.a.).

Das Bundesverfassungsgericht geht dabei davon aus, dass die Fälligkeit der Rückmeldegebühren in der brandenburgischen Regelung nicht an einen der Bestandskraft fähigen Gebührenbescheid gebunden war (vgl. ebenda, zit. n. juris, Rn. 113).

- Mit Urteil vom 29.03.2019 gab das Verwaltungsgericht Potsdam der Klage einer vormaligen Studierenden der Universität Potsdam statt, die die Rückerstattung von Rückmeldegebühren vom Wintersemester 2000/2001 bis zum Wintersemester 2007/2008 verlangte. Das Verwaltungsgericht ging davon aus, dass ein Anspruch nach dem Gebührengesetz des Landes Brandenburg nicht bestehe, da das brandenburgische Hochschulgesetz eine speziellere Regelung darstelle. Es handele sich nicht um festzusetzende Verwaltungsakte i.S.v. § 15 GebGBbg i.d.n.F.v. 07.09.2009 i.V.m. § 1 VwVfG Bbg, §§ 35, 37 Abs. 2 VwVfG, da es an einer einzelfallbezogenen Regelung fehle. Der dortigen Klägerin wurde jedoch ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch entsprechend den §§ 812 BGB zugestanden, da sie die Gebühr aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17.01.2017 rechtsgrundlos bezahlt habe. Der Anspruch sei auch nicht verjährt, da die dortige Klägerin erst durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Kenntnis von ihrem Anspruch erlangt und rechtzeitig im April 2018 Klage erhoben habe. Auf die kenntnisunabhängige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 4 BGB könne sich die Universität nicht berufen, da ein solches Vorgehen wegen einer Erklärung des Universitätsrektors vom 29.04.2004, dass die Verjährung vor einer Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des § 30a BbgHG a.F. nicht verjähren könne, eine unzulässige Rechtsausübung i.S.d. § 242 BGB darstelle. Die dortige Klägerin habe davon ausgehen können, dass die Verjährung nicht vor der Erklärung der Verfassungswidrigkeit eintreten könne.
- Mit Urteil vom 21.05.2021 änderte das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Potsdam ab und wies die zugrunde liegende Klage zurück. Auch das Oberverwaltungsgericht sah die Anwendbarkeit des Gebührengesetzes nicht als gegeben an. Die streitgegenständlichen Rückmeldegebühren seien im brandenburgischen Hochschulgesetz geregelt. Es fehle an einer Festsetzungsentscheidung. Das brandenburgische Hochschulgesetz a.F. sähe keine Gebührenerhebung durch Verwaltungsakt vor, vielmehr sei die Fälligkeit nicht an einen der Bestandskraft fähigen Gebührenbescheid gebunden. Den Informationsschreiben zur Rückmeldung seien zur Zahlung der Gebühren neben Hinweisen Zahlscheine angehängt. Danach könnten die Empfänger lediglich davon ausgehen, dass sich aus den Schreiben eine nach dem Gesetz oder ggf. nach einer Gebührenverordnung ergebende Verpflichtung zur Zahlung ergebe. Hierfür spreche auch, dass die Gebühr mit der Rückmeldung fällig werde und keine etwaigen Vollstreckungsmaßnahmen vorgesehen seien.
- Das Bundesverwaltungsgericht ließ die Revision mit Beschluss vom 31.03.2022 nicht zu. Die Beschwerde sei unzulässig, da irrevisibles Landesrecht gerügt worden sei (BVerwG 6 B 16.21).
- Das Bundesverfassungsgericht nahm eine Verfassungsbeschwerde ohne eine Begründung nicht an (B. v. 04.01.2023, 2 BvR 1163/22).

## **II. Bedeutung der Nichtigklärung durch das Bundesverfassungsgericht - § 79 Abs. 2 BVerfGG**

1. Das Grundgesetz bestimmt in Art. 94 Abs. 2 Satz 1, dass Verfassung und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts in einem Bundesgesetz geregelt werden und dort auch bestimmt wird, in welchen Fällen seine Entscheidungen Gesetzeskraft haben. Diese Normierung erfolgte im Bundesverfassungsgerichtsgesetz (i.d.F. vom 11.08.1993, BGBl. I S. 1473 - BVerfGG -). § 79 BVerfGG regelt die Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und zwar im Absatz 1 für mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärte Strafurteile und in Absatz 2 für die übrigen Fälle für nichtig erklärter Normen. § 79 BVerfGG soll den Konflikt zwischen materieller (Einzelfall-)Gerechtigkeit (schonungslose Rückabwicklung) und Rechtssicherheit (rechts-, bestandskräftige Entscheidungen) regeln, der bei Nichtigklärungen evident wird. Das Gesetz löst diesen Konflikt für Entscheidungen, die nicht strafrechtliche Urteile resp. Entscheidungen i.S.d. § 79 Abs. 1 BVerfGG sind, in seinem Absatz 2 zugunsten der Rechtssicherheit (vgl. Bethge in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge: BVerfGG, Mchn, Stand Januar 2022, § 79 Rn 2). Der seit der Erstfassung des Gesetzes vom 12.03.1951 (BGBl. I S. 243) unveränderte § 79 Abs. 2 BVerfGG lautet:

„Im Übrigen bleiben ... die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung durchzuführen ist, gilt § 767 ZPO entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.“

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung den Rechtsgedanken des § 79 Abs 2 BVerfGG verstärkt und erweitert und verlangt zumeist verfassungsgemäßes Recht nur für die Zukunft (so auch Udo Steiner: Der Richter als Ersatzgesetzgeber, NJW 2001, 2919, 2922). D.h., Einzelfallgerechtigkeit erfahren i.d.R. Verfassungsbeschwerdeführer\*innen gem. § 95 Abs. 2 BVerfGG, auf den § 79 Abs. 2 BVerfGG ausdrücklich Bezug nimmt, sowie diejenigen, deren Tatbestände nicht abgeschlossen sind. Untätig Gebliebene, die Widerspruch, Einspruch, Klage oder sonstige Rechtsmittel hätten erheben können, dies nicht taten und deren Tatbestände „unanfechtbar“ geworden sind, sollen des Abwehrenspruchs resp. Folgenbeseitigungsanspruchs und damit auch eines Anspruchs auf Einzelfallgerechtigkeit verlustig gehen (Bethge, a.a.O., § 79, Rn 4 f.). So wird § 79 Abs. 2 BVerfGG der allgemeine Rechtsgedanke entnommen, dass die unanfechtbar gewordenen

fehlerhaften Akte der öffentlichen Gewalt nicht rückwirkend aufgehoben und die in der Vergangenheit von ihnen ausgegangenen nachteiligen Wirkungen nicht beseitigt werden, jedoch für die Zukunft die zwangsweise Durchsetzung sich ergebender Folgen abzuwenden sind vgl. BVerfG B. v. 21.05.1974, 1 BvL 22/71 u.a., juris Rn 131; B. v. 16.01.1980, 1 BvR 127/78 u.a., juris Rn 57 ff.; B. v. 06.12.2005, 1 BvR 1905/02, juris Rn 45; B. v. 07.02.2012, 1 BvL 14/07, juris Rn 61 ff.; Bethge, ebenda, Rn 9).

Erklärt das Bundesverfassungsgericht eine Norm für nichtig, ist demnach grundsätzlich die Gesetzgebung verpflichtet, den festgestellten Verfassungsverstoß auf den gesamten von der Normverwerfung betroffenen Zeitraum rückwirkend zu beseitigen. Davon sind jedoch gem. § 79 Abs. 2 BVerfGG bestands- und rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltung und der Gerichte ausgenommen (vgl. Bethge, a.a.O., § 79, Rn 44 m.w.N.).

§ 79 Abs. 2 S. 4 schließt zudem klarstellend im Falle unanfechtbarer Entscheidungen Ansprüche auf staatshaftungsrechtliche Kondiktions-, Kompensations- oder Restitutionsansprüche aus (vgl. Bethge, a.a.O., § 79, Rn. 66 f.), damit keine Konterkarierung durch Entschädigung erfolgen kann.

**2.a.** Bei selbstvollziehenden Gesetzesnormen (selbstexekutiven Normen, self-executing wirkenden Normen), namentlich solchen parlamentsverantworteten Normen, bei denen Anordnung und Vollzug uno actu erfolgen, soll § 79 Abs. 2 BVerfGG keine Anwendung finden (vgl. Bethge, a.a.O., § 79, Rn. 76 m.w.N.). Grund dafür ist die Tatsache, dass § 79 Abs. 2 BVerfGG sich nach seinem Wortlaut auf die rechtsanwendenden Träger öffentlicher Gewalt bezieht. Bei selbstvollziehenden Normen kann es demnach keine Bestandskraft der Folgen des in der Vergangenheit vollzogenen Gesetzes geben. Zahlungen, die ein Betroffener aufgrund des später für nichtig erklärten Gesetzes geleistet hat, kann er demnach zurückfordern (vgl. BVerfG, U. v. 19.03.2003, 2 BvL 9/98 u.a., zit. n. juris zu den Rückmeldegebühren in Baden-Württemberg). Dort heißt es in Rn 95:

„Soweit auch Studierende, die nicht Kläger der Ausgangsverfahren sind, möglicherweise Erstattungsansprüche auf Rückgewährung entrichteter Gebühren geltend machen können, sind die damit verbundenen finanziellen Wirkungen mittelbare Folge der in § 120 a Abs. 3 Satz 2 UG BW getroffenen Gestaltungsentscheidung des baden-württembergischen Gesetzgebers. Dieser hat die Fälligkeit der Gebühr ausdrücklich an die Rückmeldung und nicht an einen der Bestandskraft fähigen und damit einen selbständigen Rechtsgrund bildenden Gebührenbescheid gebunden. **Auf Grund dessen greift das**

**"Rückabwicklungsverbot" des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG für nicht mehr anfechtbare Entscheidungen nicht ein.**“ (Hervorhebung die Unterzeichnende)

Auch für die Parallelnorm des § 183 VwGO bei von Landesverfassungsgerichten für nichtig erklärten Landesrechts soll die Anwendung des Rechtsgedankens aus § 79 Abs. 2 BVerfGG da enden, wo verfassungswidrige Normen ohne Zwischenschaltung hoheitlicher Einzelfallentscheidungen eingetreten sind (so auch Bethge, a.a.O., § 79, Rn 76; Pietzner in Schoch/Schneider: Verwaltungsrecht, Mchn, Stand Aug. 2022, VwGO, § 183, Rn 60).

**2.b.** Es fragt sich somit, ob die Nichtigkeitserklärung selbstvollziehender Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, eine Anwendung der Bereicherungs- und/oder Verjährungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ausschließt.

Ob im Rahmen dieses Kurzgutachtens eine vollständige Erfassung derjenigen Entscheidungen erfolgen konnte, die zur Frage der Wirkung für nichtig erklärter selbstvollziehender Normen eine Aussage treffen, ist zweifelhaft. Die Unterzeichnende hat Entscheidungen nur im Rahmen einer Juris-Recherche untersucht. Dabei sind folgende hervorzuheben:

**2.b.a.a.** In seiner Entscheidung vom 21.05.1974 zur Frage der Gleichstellung ehelicher Kinder aus gemischt-nationalen Familien beim Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit geht das Bundesverfassungsgericht auf den Rechtsgedanken des § 79 Abs. 2 BVerfGG ein. Zwar wird die dort streitige selbstvollziehende Norm § 4 Abs. 1 RuStAG nicht als nichtig, sondern als verfassungswidrig angesehen. Das Gericht geht aber für die Vergangenheit und Zukunft insoweit von der gleichen Wirkung aus, als die Norm seit ihrem Bestehen ungültig war (vgl. BVerfG, B. v. 21.05.1974, 1 BvL 22/71 u.a., juris, Rn 130). Das Gericht sieht die Gesetzgebung in der Pflicht, eine sofortige Übergangsregelung zu schaffen, die – wie eine spätere Regelung - alle seit Bestehen des ungültigen Gesetzes denkbaren Fallkonstellationen aufzunehmen habe, wobei die Gesetzgebung ggf. den Rechtsgedanken des § 79 Abs. 2 BVerfGG berücksichtigen könne. (ebenda Rnrn 131-133):

„Der Gesetzgeber ist verpflichtet, allen seit dem 1. April 1953 geborenen Kindern deutscher Mütter, die bisher vom Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Geburt ausgeschlossen waren, einen Weg zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zu eröffnen.“ (ebenda, Leitsatz 2)

Das geschah später dann auch, indem die Gesetzgebung nicht für alle Fälle seit dem 01.04.1953 eine einheitliche Regelung schuf, sondern in denjenigen Fällen, die vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lagen, keinen rückwirkenden automatischen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit für Kinder einer deutschen Mutter vorsah, sondern eine nachträgliche Erklärung, deutsche\*r Staatsangehörige\*r werden zu wollen. Dieses Erklärungsrecht war auf 3 Jahre nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes befristet (RuStAG vom 20.12.1974, BGBl I, S. 3714).

**2.b.b.b.** In seiner Entscheidung vom 16.01.1980 (BVerfG, B. v. 16.01.1980, 1 BvR 127/78 u.a., juris Rn 58) führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„In den vorliegenden Fällen waren die Entschädigungsansprüche der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Nichtigerklärung des [§ 150 Abs 2 BEG](#) nF weder durch bestandskräftige Bescheide der Entschädigungsbehörden noch durch rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte aberkannt; dies geschah vielmehr erst nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Blick auf die inzwischen verstrichene (gesetzliche) Substantiierungsfrist. Die Sachlage ist daher eine durchaus andere als in Fällen, in denen ein Betroffener einen auf einer verfassungswidrigen Norm beruhenden Hoheitsakt bestandskräftig oder rechtskräftig werden läßt (vgl [BVerfGE 15, 313 \(326\)](#)) und die Nichtigerklärung vollständig abgewickelte Rechtsbeziehungen ergreifen würde (vgl [BVerfGE 32, 387 \(389f\)](#)). Mit seiner Auffassung, daß Gleiches im Bereich der leistenden Verwaltung gelten müsse, wenn ein Betroffener im Vertrauen auf die Verfassungsmäßigkeit einer Norm, die ihm einen bis dahin gegebenen Anspruch entzieht, den Anspruch nicht weiter verfolgt und damit eine gesetzliche Ausschußfrist versäumt, verkennt der Bundesgerichtshof die der Rechtssicherheit dienende Funktion des [§ 79 Abs 2 BVerfGG](#), durch bestandskräftige oder rechtskräftige Entscheidung abgeschlossene Verfahren nach der Nichtigerklärung einer Norm nicht wieder aufrollen zu müssen. In den vorliegenden Fällen lagen Entscheidungen, deren Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit hätte dienen können, im Zeitpunkt der Nichtigerklärung nicht vor; auch handelte es sich nicht um vollständig abgewickelte Rechtsbeziehungen. Ein Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit und damit eine Notwendigkeit, den Vertrauensschutz einzuschränken, konnte nicht entstehen, so daß offenbleiben kann, ob nicht im Blick auf die Besonderheit der Materie dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit vor der Rechtssicherheit der Vorrang gebühren müßte (vgl [BVerfGE 27, 297 \(306\)](#)).“

**2. c. Zwischenergebnis:** Es ist vor diesem Hintergrund nicht davon auszugehen, dass Instanzgerichte nach Nichtigerklärung selbstvollziehender Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht überhaupt ohne ein „neues“ Tätigwerden des Gesetzgebers von der Wirksamkeit auf dem nichtigen Gesetz beruhender Akte der Verwaltung ausgehen dürften und erst recht nicht, dass Gerichte eine „Bestandskraft“ auf nichtigen Gesetzen beruhender Akte der Verwaltung mittels entsprechender oder analoger Anwendung zivilrechtlicher

Vorschriften „herstellen“ dürften. Wie im Falle 2.b.a.a. könnte vielmehr nur die Gesetzgebung durch Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 79 Abs. 2 BVerfGG bei einer Neuregelung zwischen Fällen unterscheiden, die vor dem Zeitpunkt der Nichtigerklärung liegen und danach.

Für die Verjährung dürfte danach folgendes Ergebnis festzuhalten sein. Wenn eine Leistung aufgrund nichtigen selbstvollziehenden Gesetzes erfolgt ist, kann sie von den betroffenen Personen zurückgefordert werden. Hoheitliche Rechtsgestaltungsrechte unterliegen keiner Verjährung (vgl. Rademacher in Schneider/Schoch, a.a.O. VwVfG, Vorb 53, Rn 13).

„Eine analoge Anwendung der einschlägigen Verjährungsvorschriften der §§ 195 ff. BGB scheidet schon deswegen aus, weil auch im bürgerlichen Recht nach § 194 I BGB nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, nicht aber die Ausübung von Gestaltungsrechten...“ (BVerwG, U. v. 15.03.2017, 10 C, 1/16, juris Rn 23).

Als absolut zeitlichen Schlusspunkt, nach welchem die Ausübung einer Befugnis treuwidrig und durch § 242 ausgeschlossen sein soll, nimmt das Bundesverwaltungsgericht, neben eventuell schon früheren Verwirkungszeitpunkten eine Frist von 30 Jahren an (vgl. BVerwG, ebenda, Rn 29; Rademacher, a.a.O., Vorb. § 53, Rn 13 f.). Es verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass das Bundesverfassungsgericht es im Hinblick auf die Gesetzgebung gegenüber den Verbraucher\*innen nicht als unbegrenzt zulässig ansieht, Abgaben zum Vorteilsausgleich (z.B. Kanalherstellungsbeiträge) festzusetzen. Das Bundesverfassungsgericht scheint für solche Fälle Verjährungsvorschriften für erforderlich zu halten (vgl. BVerfG, B. v. 05.03.2013, 1 BvR 2457/08, juris Rn 56).

### **III. Entstehung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs**

Falls gleichwohl mit dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg davon ausgegangen würde, dass Behörden oder Gerichte auch bei einem selbstvollziehenden Gesetz den nicht gesetzlich geregelten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch in Verbindung mit ebenfalls für das öffentliche Recht nicht eigens vorhandenen Verjährungsvorschriften anwenden dürften, fragt sich, wann in öffentlich-rechtlichen Streitfällen, wie dem vorliegenden, die Entstehung des Bereicherungsanspruchs und damit verbunden, der Beginn der Verjährung i.S.d. § 199 Abs. 4 BGB ohne Kenntnis anzunehmen ist.

## **1. Zivilrechtlicher Verjährungsbeginn**

### **1. a. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB „Entstehung“**

Nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Das Entstehen eines Anspruchs i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB meint, dass die Schuldner\*innen auf ein Tun oder Unterlassen in Anspruch genommen werden können.

Der zivilrechtliche Rückerstattungsanspruch ist in den §§ 812 ff. BGB unter der Überschrift „Ungerechtfertigte Bereicherung“ geregelt. Der Gesetzestext des § 812 BGB macht zur Frage des Entstehens des Anspruchs keine ausdrückliche Angabe. Er unterscheidet in seinem Absatz 1 bezüglich solcher Fälle, in denen ein Rechtsgrund für eine Verpflichtung von Anfang an nicht bestanden hat, z.B. ein nichtiger Vertrag, und Fällen, in denen der rechtliche Grund später wegfällt, z.B. das Eintreten einer auflösenden Bedingung.

Der Anspruch auf Rückerstattung entsteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dabei mit dem Fehlen eines die Vermögensverschiebung objektiv rechtfertigenden Grundes. Da § 812 BGB keine einheitliche Formel für das Vorliegen oder Fehlen eines rechtfertigenden Grundes aufstellt, ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften, insbesondere des jeweiligen Rechtsgebiets und die darin enthaltenen Wertungen erforderlich:

- bei Leistungskonditionen entsteht der Anspruch z.B. mit der rechtsgrundlosen Zuwendung (vgl. z.B. BGH, U. v. 18.12.2008 – III ZR 132/08, NJW 2009, 984, 984; U. v. 31.01.2015 – XI ZR 303/12, NJW 2015, 1948, 1948; Grüneberg/Sprau, BGB, 81. Aufl. Mchn. 2022, § 812, Rn. 74; § 818, Rn. 5);
- in Fällen des § 816 BGB, bei der Verfügung einer\*s Nichtberechtigten, wird die Entstehung des Anspruchs im Zeitpunkt der Verfügung des Nichtberechtigten ohne Rechtsgrund angenommen;
- in denjenigen Fällen, in denen der Rechtsgrund (später) wegfällt, kann das Entstehen unter Umständen im Zeitpunkt dieses Wegfallens vorliegen (vgl. z.B. BGH, U. v. 07.10.1994 – V ZR 4/94, NJW 1995, 53, 53);
- im Falle des § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB, wenn der Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolgs feststeht.

Wenn eine Zuwendung von Anfang an rechtsgrundlos erfolgt, etwa eine Zahlung auf einen nichtigen Vertrag, besteht demnach der Anspruch auf Rückzahlung von Anfang an. D.h., er „entsteht“ in dem Moment, in dem die Zahlung auf den nichtigen Vertrag erfolgt –



unabhängig von der Kenntnis der Betroffenen -, denn die Verpflichtung zur Zahlung hat nicht bestanden.

### **1. b. § 199 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 BGB „ohne Kenntnis“**

Während ein Anspruch gem. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB verjährt, wenn die entreicherte Person drei Jahre Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person der Schuldner\*innen erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, soll gem. § 199 Abs. 4 BGB die Verjährung nach 10 Jahren ohne diese Kenntnis beginnen. Die kenntnislose Frist beginnt ebenfalls mit der Entstehung des Anspruchs i.S. des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB (vgl. Grüneberg/Ellenberger, BGB, a.a.O., § 199, Rn 46; vgl. oben 1.). Das kann in zivilrechtlichen Streitigkeiten durchaus zu harten Beeinträchtigungen von Verbraucher\*innen führen, wenn nicht Fälle 30jähriger Verjährung vorliegen, wie Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen (§ 199 Abs. 2 BGB) oder Erbrechtsfälle i.S. des § 199 Abs. 3a BGB. So kann z.B. eine notarielle Pflichtverletzung bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, von deren Schädlichkeit eine Vertragspartei erst nach 15 Jahren erfährt, bereits bei dieser Kenntniserlangung des Schadens verjährt sein.

**1. c.** Die Gesetzgebung hat diese Problematik durchaus gesehen. Im Gesetzesentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, mit dem das Verjährungsrecht umfassend geändert wurde (Entwurf vom 14.05.2001, BT-Drs. 14/6040), heißt es in den allgemeinen Überlegungen:

„Bei der Neuregelung des Verjährungsrechts hat sich der Entwurf zunächst von der Tatsache leiten lassen, dass mit der Festlegung der Dauer einer Verjährungsfrist zwar eine wichtige Entscheidung getroffen wird, eine Beurteilung der Angemessenheit dieser Frist aber nur dann möglich ist, wenn mitbedacht wird, wann die Frist zu laufen beginnt und welche Maßnahmen sie zu hemmen oder zu unterbrechen vermögen.“ (ebenda, S. 95).

Die Gesetzgebung postuliert, es komme ihr darauf an, dass die Interessen von Gläubiger\*innen und Schuldner\*innen gerecht gegeneinander abgewogen sind:

„Was die Interessen des Gläubigers anbelangt, war es das Ziel zu gewährleisten, dass ihm eine faire Chance eröffnet wird, seinen Anspruch geltend zu machen. Das bedeutet, dass ihm grundsätzlich hinreichend Gelegenheit gegeben werden muss, das Bestehen seiner Forderung zu erkennen, ihre

Berechtigung zu prüfen, Beweismittel zusammenzutragen und die gerichtliche Durchsetzung der Forderung ins Werk zu setzen.“ (ebenda).

Im Rahmen der einzelnen Vorschriften wird dann in den Vorbemerkungen zu den §§ 195 – 197 BGB darauf hingewiesen, dass das alte BGB vertragliche und gesetzliche Ansprüche gleichsetze. Dabei werde für die gesetzlichen Ansprüche im Grundsatz eine Verjährungsfrist von 30 Jahren angesetzt; in einzelgesetzlichen Vorschriften sei diese Frist aber zum Teil erheblich verkürzt (z.B. Bereicherung, Delikt). In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass das alte Recht für Ansprüche aus „unplanmäßiger Rückabwicklung“, etwa wegen Unwirksamkeit des Vertrags oder nach Ausübung eines Rücktrittsrechts (§§ 812 ff., §§ 346 ff. BGB a.F.) grundsätzlich eine Verjährungsfrist von 30 Jahren angenommen habe, die kürzere Frist des § 196 a.F. jedoch, wenn ein Anspruch auf Abwicklung „nur an die Stelle des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs“ trat (vgl. ebenda, S. 101).

Der Gesetzesentwurf führt weiter aus, die 30jährige Verjährungsfrist sei von der Schuldrechtskommission für gesetzliche Ansprüche als zu lang angesehen worden. Diese schlage für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherung und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis z.B. 10 Jahre vor. Der Gesetzesentwurf unterscheidet selbst im Ergebnis nicht mehr zwischen vertraglichen und nichtvertraglichen Ansprüchen, sondern geht wie im alten BGB (§ 195 a.F.) von einer regelmäßigen Verjährungsfrist aus, allerdings verkürzt von 30 auf 3 Jahre, die – mit gesondert geregelten Abweichungen - für alle Ansprüche gelten soll (ebenda S. 102). Der Entwurf setzt sich dabei zwar mit dem Hinweis der Schuldrechtskommission auseinander, dass Gläubiger\*innen bei gesetzlichen Ansprüchen nicht selten keine Kenntnis erlangten, z.B. von Bereicherungsvorgängen und den sich daraus ergebenden Ansprüchen; verwirft diesen Einwand aber mit dem Argument, dass auch ein gesetzlicher Anspruch durch einen tatsächlichen Umstand ausgelöst werde, der den Gläubiger\*innen in aller Regel sofort bekannt werde: „So z.B. Vorgänge, die auf seine Kosten zur Bereicherung eines anderen führen und dadurch einen Bereicherungsanspruch gemäß §§ 812 ff. begründen.“ (ebenda, S. 103).

Bei der Vorbemerkung zu den veränderten §§ 197-201 BGB n.F. nimmt der Entwurf den Gedanken wieder auf, dass eine kürzere Frist dann ungefährlicher sei, wenn sie erst später zu laufen beginne. „Umgekehrt kann sich trotz einer langen Verjährungsfrist der Verjährungsbeginn als absolute Sperre für die Durchsetzung des Anspruchs auswirken, wenn

die Verjährungsfrist unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers, dass ihm ein Anspruch zusteht, zu laufen beginnt.“ (ebenda S.107):

„Das Gesetz muss einen allgemeinen Anknüpfungspunkt für den Verjährungsbeginn festlegen. Fraglich ist dann, inwieweit für bestimmte Anspruchsinhalte abweichende Anknüpfungen vorzusehen sind. Insbesondere Ansprüche wegen Verletzung vertraglicher Pflichten müssen hinsichtlich des Verjährungsbeginns von den Erfüllungsansprüchen abgekoppelt werden, weil die Vertragspflichtverletzungen keinen Bezug zum Lauf der Verjährungsfrist für den Anspruch auf die Primärleistung zu haben braucht (z.B. bei Verletzung einer Schutzpflicht). Aber selbst wo dies der Fall ist, kann sich ein unterschiedlicher Verjährungsbeginn ja nach dem empfehlen, ob sich die Leistungsstörung gegenständlich niederschlägt (z. B. Mangelhaftigkeit der Kaufsache) oder nicht.“ (ebenda S. 107).

Schon der alte § 198 BGB gehe grundsätzlich davon aus, dass die Verjährung mit der „Entstehung des Anspruchs“ beginne. Dies sei wegen zahlreicher Abweichungen jedoch eine unklare, ungerechte, inkonsistente, präzisierungs- und ergänzungsbedürftige sowie prozessrechtlich fragwürdige Regelung (ebenda, S. 107). Insbesondere im Mängelgewährleistungsrecht könnten etwaige Ansprüche der Gläubiger\*innen bereits verjährt sein, ehe der Mangel überhaupt entdeckt worden sei. Der Anspruch sei entstanden, wenn er „fällig“ ist und die Gläubiger\*innen Kenntnis erlangt haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten erlangen müssen (ebenda, S. 108).

Die Ausführungen im Entwurf in Absatz 2 zur Regelung der Verjährung „ohne Kenntnis“ (absolute Verjährungsfrist) stellen klar, dass es dabei nur um eine zeitliche Betrachtung geht: Der Eintritt der Verjährung soll nicht auf unabsehbare Zeit hinausgeschoben werden. Bestehen bleibt das Merkmal der „Fälligkeit“ als Fristbeginn (ebenda, S. 108).

## **2. Beginn der Verjährung öffentlich-rechtlicher Erstattungsansprüche**

### **a. Übertragbarkeit zivilrechtlicher Verjährungsvorschriften**

**2. a. a.a.** Zu öffentlich-rechtlichen Ansprüchen äußert der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes sich lediglich ausdrücklich zur Amtshaftung. Dort heißt es:

„Die Schuldrechtskommission hatte darüber hinaus vorgeschlagen, eine Frist von 30 Jahren für die absolute Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung einer Amtspflicht vorzusehen. Eine derartige Privilegierung der Ansprüche aus Amtspflichtverletzung erscheint indes nicht gerechtfertigt. Die von

der Schuldrechtskommission zur Begründung angeführte Möglichkeit von Spätschäden ergibt sich auch bei sonstigen Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung.“ (ebenda, S. 109).

Auszugehen ist davon, dass die Gesetzgebung mit dem neuen Verjährungsrecht für das öffentliche Recht keine Regelung vornehmen wollte (vgl. Rademacher in Schoch/Schneider, a.a.O. VwVfG Vorb. § 53, Rn. 1). Auch die spätere Gesetzgebung zur Anpassung von Verjährungsvorschriften zur Übertragung des neuen Verjährungsrechts auf spezialgesetzlich geregelte Materien sparte das öffentliche Recht bewusst und ausdrücklich aus: Im öffentlichen Recht würden grundsätzlich eigenständige Verjährungsregeln gelten, auf die zivilrechtlichen Bestimmungen könne hier nur hilfsweise entsprechend zurückgegriffen werden. Eine Einbeziehung des öffentlichen Rechts würde zudem eine umfassende systematische Abstimmung von Regelungsmaterien auf Bundes- und Länderebene erfordern, was den Rahmen des vorliegenden Gesetzes sprengen würde (BT Drs. 15/3653, S. 10).

**2. a. b.b.** Die Verjährung zählt zu den Rechtsinstituten, die eine Abschwächung eines Rechts oder seiner Durchsetzbarkeit durch Zeitablauf bewirken, um Rechtssicherheit und Rechtsfrieden herzustellen (BVerwG, U. v. 11.12.2008, 3 C 37.07, juris, Rn 8; U. v. 15.07.2016, 9 A 16/15, NVwZ, 2017, 56, 59, juris, Rn 35 f.). Ob Ansprüche verjähren, in welchen Fristen und mit welchen Rechtswirkungen ist eine Frage des jeweils einschlägigen materiellen Rechts (z.B. § 45 SGB I, § 113 Abs. 1 SGB X, § 228 AO; §§ 25 Abs. 1 und 27 Abs. 2 SGB IV). Für solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche, für die es eigene Verjährungsansprüche nicht gibt, kann auf andere Verjährungsregelungen, auch die des BGB, zurückgegriffen werden (BVerwG, U. v. 15.07.2016, ebenda, S. 59, juris, Rn 35 für § 104a II GG):

„Dabei ist nach dem Gesamtzusammenhang der für den jeweiligen Anspruch geltenden Rechtsvorschriften und der Interessenlage zu beurteilen, welche Verjährungsregelungen als die „sachnächsten“ entsprechend heranzuziehen sind.“ (ebenda m.w.N. der BVerwG-Rspr.)

Demnach prüft das Bundesverwaltungsgericht für die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit einer zivilrechtlichen Verjährungsvorschrift zunächst die strukturelle Vergleichbarkeit mit dem jeweiligen öffentlich-rechtlichen Anspruch.

**2. a. c.c.** Zwischen den einzelnen Senaten des Bundesverwaltungsgerichts ist ungeklärt geblieben, ob die Anwendung der zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften, insbesondere bei

öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüchen, nach der Schuldrechtsmodernisierung generell und erst recht für eine 10-jährige Höchstfrist - wie in § 199 Abs. 4 BGB - angemessen ist (vgl. BVerwG, U. v. 15.07.2016, S. 61, juris, Rn 49; zum Sachstand vgl. ausführlich mit Nachweisen: Rademacher, in Schoch/Schneider, a.a.O., VwVfG, Vorb. § 53, Rnrn 23 ff.):

Der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts sieht es generell als zweifelhaft an, ob die kürzeren Verjährungsvorschriften nach der Schuldrechtsmodernisierung im öffentlichen Recht angewendet werden können und spricht sich gegen die Annahme einer nur 10-jährigen Höchstfrist aus (BVerwG, U. v. 24.01.2007, 3 A 2.05, Rn 53; U. v. 11.12.2008, 3 C 37/07, juris Rn 10 ff.). Der 3. Senat geht auch für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch weiterhin nach dem Rechtsgedanken des § 195 BGB a.F. von einer Verjährungsfrist von 30 Jahren aus (BVerwG, U. v. 22.3.2012, 3 C 21.11; U. v. 11.12.2008, 3 C 37.07, juris: Leitsatz und Rn 10 ff; U. v. 11.12.2008, 3 C 6.08; U. v. 11.12.2008, 3 C 20.08; anders, aber nur für öffentlich-rechtliche Zinsansprüche: U. v. 17.03.2016, 3 C 7/15).

Der 7. Senat geht demgegenüber davon aus, dass die strukturell mit dem bürgerlichen Auftragsrecht vergleichbaren Ansprüche nach Art. 104 Abs. 2 GG öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüchen zwischen Hoheitsträgern entsprechen und die Regelverjährungsfrist von 3 Jahren nach § 195 BGB n.F. Anwendung finde, lässt aber ausdrücklich offen, ob eine Maximalfrist von 30 Jahren weiter gelten solle (BVerwG, U. v. 24.07.2008, 7 A 2.07, juris, Rn 19).

Die Entscheidung des 9. Senates vom 15.07.2016 geht ebenfalls von der Möglichkeit der Anwendung der 3-jährigen Verjährung nach Kenntnis aus und fällt ebenfalls keine Entscheidung zur Frage der Länge einer Höchstfrist (vgl. U. v. 15.07.2016, 9 A 16/15, juris Rn 47).

Bereits die Auffassung, der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch unterliege der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist entsprechend § 195 BGB, ist demnach zweifelhaft. Es ist allerdings zuzugeben, dass jedenfalls zwei Senate des Bundesverwaltungsgerichts die neuen Verjährungsvorschriften des Schuldrechtsmodernisierungsrechts von 2001, 2002 und 2004 grundsätzlich für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch in der Weise als anwendbar ansehen, als eine dreijährige Verjährung nach Kenntnis in Betracht kommt. Insoweit stimmen der 7. und der 9.

Senat nicht mit dem 3. Senat überein, der eine 30-jährige Verjährung auch weiterhin für angemessen ansieht.

Für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch kommt eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 195, 199 BGB, wenn man diesen Vorgaben folgen will, somit grundsätzlich in Betracht (vgl. ebenda, S. 61, juris, Rn 49). Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen.

## **2. b. Verjährungsbeginn eines von Anfang an nichtigen Anspruchs**

Wie oben unter III. 1. ausgeführt, wird zivilrechtlich für die Entstehung eines von Anfang an nichtigen Anspruchs i.S.d. § 812 BGB auf den Zeitpunkt der rechtsgrundlosen Zuwendung abgestellt. Würde dies auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch entsprechend übertragen, würde in Fällen wie denjenigen, die dem Gutachten zugrunde liegen, die Entstehung des Erstattungsanspruchs aufgrund eines nichtigen Gesetzes mit dem Zeitpunkt zusammenfallen, in welchem die rechtsgrundlose Zahlung erfolgt, und zwar unabhängig davon, ob dieser ein Verwaltungsakt zugrunde liegt oder eine gesetzliche, selbstvollziehende Vorschrift. Bei einer Fälligkeit „bei Rückmeldung“ entstünde der Erstattungsanspruch demnach mit jeder Zahlung. Die kenntnislose Verjährung würde bei entsprechender Anwendung des § 199 Abs. 4 BGB 10 Jahre nach Entstehen, d.h., im vorliegenden Sachverhalt 10 Jahre nach der jeweiligen Zahlung, anzunehmen sein.

Zu prüfen ist, ob eine solche Übertragung auf das öffentliche Recht sachgemäß ist.

**2. b. a.a.** Für die bereits oben unter II 2. b. dargelegte Auffassung, dass für Akte der öffentlichen Hand aufgrund für nichtig erklärter selbstvollziehender Gesetze eine Übertragbarkeit nicht möglich ist, da es sich bei den rückabzuwickelnden Forderungen nicht – wie bei den zivilrechtlichen Vorschriften – um „Ansprüche“ handelt sondern um „Gestaltungsrechte“ und eine Tätigkeit des Gesetzgebers erforderlich ist, wird hier nochmals hingewiesen.

**2. b. b.b.** Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung den Fristbeginn öffentlich-rechtlicher Erstattungsansprüche nicht auf den Zeitpunkt der zivilrechtlichen Entstehung des Anspruchs gelegt, sondern auf denjenigen der Durchsetzbarkeit abgestellt, weil eine nicht durchsetzbare Forderung nicht verjähren könne (vgl. BVerwG, U. v. 15.03.2017, 10 C 1/16,

juris, Rn 18, noch offenlassend, aber unter Annahme einer 30jährigen Verjährungsfrist, wie in BVerwG, U. v. 11.12.2008, 3 C 37/07, juris, Rn10 ff.: BVerwG, Teilurteil v. 21.10.2010, 3 C 4/10, juris Rn18). Danach würde bei Forderungen durch rückwirkende Nichtigklärung oder auch bei einer ex tunc wirkenden Widmung die Verjährung nicht rückwirkend zu laufen beginnen (vgl. Rademachern a.a.O. Vorb. § 53, Rn. 7), denn eine Durchsetzung ist erst nach der Nichtigklärung möglich.

**2. b. c.c.** Zutreffend geht das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg in einem Fall eines Folgenbeseitigungsanspruches davon aus, dass dieser Anspruch i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit der – im dortigen Fall gerichtlichen - Aufhebung der nichtigen Widmung „entsteht“, selbst wenn die Aufhebung der Widmung „ex tunc wirke“ und deshalb davon auszugehen sei, dass die Widmung als nicht ergangen und damit nicht existent zu behandeln sei (OVG Berlin-Brandenburg, U. v. 06.10.2016, OVG 1 B 11/15, Leitsatz und Rnrn 33 ff., 36):

„Denn selbst wenn danach davon auszugehen wäre, dass die Widmung als solche niemals existiert habe, hinderte ihre rückwirkende Aufhebung nicht, die Berücksichtigung des fraglichen Urteils und damit des Umstandes, dass der vom Kläger geltend gemachte Folgenbeseitigungsanspruch nicht existieren würde, der Folgenbeseitigungsanspruch durch das Urteil mithin i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. neu „entstanden“ ist.“ (ebenda, Rn 36).

**2. c.** Bei so verstandenem „Entstehen“ würde die Kenntnis vom Entstehen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelmäßig mit der Nichtigklärung des Gesetzes zusammenfallen, jedenfalls erst danach liegen können, auch erst ab diesem Zeitpunkt anzunehmen sein. Eine Verjährung ohne Kenntnis ab Entstehung i.S.d. § 199 Abs. 4 i.V.m. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB würde erst ab der Nichtigklärung anzunehmen sein.

#### **2. d. Zwischenergebnis**

Der Zeitpunkt der Entstehung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches würde bei entsprechender oder analoger Anwendung der Bereicherungsvorschriften Anlass geben, zwischen dem Zeitpunkt der ex tunc wirkenden Nichtigkeit und dem Zeitpunkt der „Neu“-Entstehung eines Anspruchs, z.B. im Zeitpunkt eines Urteils oder der Durchsetzbarkeit der Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu unterscheiden. In Fällen der Nichtigklärung von

Gesetzen, also einer ex tunc-Wirkung, können der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch i.S.d. § 812 BGB und seine Durchsetzbarkeit sachgemäß erst in dem Moment der Nichtigerklärung entstehen, da sonst den Verbraucher\*innen zugemutet würde, nicht auf die Rechtmäßigkeit, sondern auf die Unrechtmäßigkeit des Gesetzes zu vertrauen. Nur so können auch die zutreffend im Gesetzgebungsverfahren des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aufgefundenen Fälle der Verjährung vor Kenntnisnahmemöglichkeit vermieden werden. Dies dürfte im öffentlichen Recht auch geboten sein. Es kann nicht angehen, dass die öffentliche Hand nach fehlerhaften oder langwierigen Verfahren auch noch aufgrund kurzer Verjährungsfristen ohne Kenntnisnahmemöglichkeit durch die steuerzahlenden Bürger\*innen keiner Erstattungspflicht unterliegt. Dies gilt insbesondere bei selbstvollziehenden Normen, denn in diesen Fällen werden die Bürger\*innen nicht einmal auf die Möglichkeit und Notwendigkeit hingewiesen, im Falle der Rechtswidrigkeit Rechtsmittel zu ergreifen.

#### **IV. Angemessenheit im Hinblick auf die Verjährung einzelner Erstattungsansprüche der Verwaltung gegen die Verbraucher\*innen**

Dieses Ergebnis ist auch im Hinblick auf die wechselseitigen Ansprüche von öffentlicher Hand und Bürger\*innen angemessen. Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche der Verwaltungsträger gegenüber den Verbraucher\*innen sind zwar nicht generell als vor der Verjährung ohne Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 4 VwGO geschützt anzusehen (vgl. z.B. für die Zinsen, sogar vom 3. Senat des BVerwGs: U. v. 17.03.2016, 3 C 7/15). Es ist jedoch zweifelhaft, ob von einer Vergleichbarkeit oder Fairness ausgegangen werden kann, je nachdem, ob es sich um Ansprüche der öffentlichen Hand gegen die Verbraucher\*innen oder umgekehrt handelt:

1. Für die öffentliche Hand entsteht ein zugrunde liegender Anspruch für die Zwecke des Verjährungsbeginns häufig erst nach Ausübung (nicht verjährbarer) Gestaltungshandlungen, z.B. durch Festsetzung durch Gesetz oder Satzung oder bei der Verwaltung durch Festsetzung durch Verwaltungsakt (vgl. dazu, oben unter II.2.; Rademacher in Schoch/Schneider, a.a.O. VwVfG, Vorb. § 53, Rn 15). Dadurch verschiebt sich der Zeitpunkt des Verjährungsbeginns zum Teil nicht unerheblich.



2. Gemäß § 53 Abs. 1 VwVfG hemmt ein Verwaltungsakt, der zur Durchsetzung des Anspruchs eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers erlassen wird, die Verjährung dieses Anspruchs. Die Hemmung endet mit der Unanfechtbarkeit (1. Alt.) oder sechs Monate nach dem Ereignis, das den hemmenden Verwaltungsakt in anderer Weise erledigt (2. Alt.). Gemäß Abs. 2 beträgt die Verjährungsfrist eines unanfechtbar gewordenen Verwaltungsaktes – in Nachbildung der verjährungsrechtlichen Wirkungen von Urteilen – 30 Jahre für Ansprüche, die durch Verwaltungsakt i.S.v. Abs. 1 S. 2 Alt. 2 unanfechtbar durchgesetzt bzw. festgestellt worden sind.

3. a. Die Verwaltung handelt auch im Übrigen regelmäßig durch Verwaltungsakte (§ 35 VwVfG). Hier sind die Verbraucher\*innen gehalten, zur Verhinderung von Bestands- oder Rechtskraft die notwendigen Rechtsmittel zu ergreifen, um nicht im Falle einer späteren Nichtigkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht mit Erstattungsansprüchen an § 79 Abs. 2 BVerfGG zu scheitern. Denn durch die Vorschrift des § 79 Abs. 2 BVerfGG sind die Verwaltungsträger und Gerichte davor geschützt, dass ihre Entscheidungen aufgrund der Nichtigkeitserklärung eines Gesetzes dann als ggf. nichtverjährte Erstattungsansprüche rückabgewickelt werden müssten, wenn die betroffenen Gerichtsentscheidungen oder Verwaltungsakte rechts- oder bestandskräftig geworden sind.

Hätte also die Gesetzgebung die Rückmeldegebühr durch Verwaltungsakt geregelt, hätten die betroffenen Studierenden die möglichen Rechtsmittel bis ggf. hin zur Verfassungsbeschwerde ergreifen müssen, sonst wären sie von einer Rückabwicklung ausgeschlossen. Hiervon unabhängig sind freiwillige Verhaltensweisen der Behörden, wie der Verzicht auf die Verjährungseinrede oder die Rücknahme des Gebührenbescheides.

3. b. Der Verwaltungsakt wird gem. § 43 Abs. 1 VwVfG gegenüber den Betroffenen in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. Gem. § 43 Abs. 2 VwVfG bleibt er wirksam, solange bis er zurückgenommen (§ 48 VwVfG), widerrufen (z.B. § 49 VwVfG) oder anderweitig (z.B. durch Gerichtsentscheidung) aufgehoben wird. Ein Verwaltungsakt wird bestandskräftig, wenn keine Rechtsmittel gegen ihn erhoben werden. Dann kann er gem. § 79 Abs. 2 BVerfGG auch dann nicht mehr angefochten werden, wenn das ihm zugrunde liegende Gesetz für nichtig erklärt wird.

**3. c.** Gem. § 48 Abs. 4 VwVfG haben Behörden für die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes eine Frist von einem Jahr ab Kenntnis. Diese Frist schließt nach herrschender Meinung ein „Kennenmüssen“ nicht ein. Eine Kenntnisnahme von Tatsachen, welche die Rücknahme rechtfertigen, soll zudem nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts erst dann gegeben sein, wenn alle für die Rücknahmeentscheidung erheblichen Tatsachen bekannt sind, d.h., nicht allein die Rechtswidrigkeit, und wenn der nach der internen Geschäftsverteilung der Behörde zuständige Amtswalter diese Kenntnis hat (vgl. BVerwG, B. v. 19.12.1984, GrSen 1/84, NJW 1985, 819, 821). Das heißt für die Behörde schiebt sich der Zeitpunkt bis die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG beginnt, weit nach hinten hinaus. Demgegenüber kann sich Begünstigte i.S.d. § 48 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn sie die Rechtswidrigkeit infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannten, d.h., hätte kennen müssen. D.h., die Verbraucher\*innen haben es auch in Fällen der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte schwer gegenüber einer Verwaltung, die erst nach Jahren tätig wird, Verjährung einzureden.

**3. d.** Ein Wiederaufgreifen des Verfahrens i.S.d. § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG kommt nach herrschender Meinung in der Literatur nicht in Betracht, da die Nichtigerklärung einer Norm keine nachträgliche Änderung der Rechtslage darstellen soll (vgl. Bethge, a.a.O., § 79, Rn. 49 m.w.N.). Die Behörde sei nicht gehindert, nach §§ 48 ff. und § 51 VwVfG vorzugehen, sei aber auch nicht dazu verpflichtet (ebenda und Rn. 56).

**3. e.** § 49a VwVfG ist eine spezialgesetzliche Ausprägung des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs für die öffentliche Hand (vgl. Schoch in Schoch/Schneider, a.a.O. VwVfG, § 49a Rn. 1 m.w.N.). Ziel ihrer Einführung war es, der Verwaltung die Rückforderung rechtsgrundloser - auch rechtmäßig gewährter - Leistungen für die Vergangenheit zu ermöglichen (BT-Drs. 13/1534 S. 6). In der Begründung heißt es dazu ausdrücklich:

„Während ein rechtswidriger Verwaltungsakt nach § 48 auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden kann, ist der Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes nach § 49 ausnahmslos nur mit Wirkung für die Zukunft möglich.

Dies reicht nicht aus, um in Fällen, in denen öffentliche Mittel zur Erfüllung eines im öffentlichen Interesse liegenden bestimmten Zwecks gewährt worden sind, bei Zweckverfehlung die Mittel in dem gebotenen Maß zurückfordern zu können; der nach § 49 VwVfG mögliche Widerruf kann den

Rechtsgrund für das Bestehen einer gewährten Leistung nicht beseitigen. Die Rückforderung von Haushaltsmitteln muß aber in solchen Fällen möglich sein...“ (ebenda, S. 5)

Die Vorschrift soll generell die Erstattung gewährter Leistungen für die Vergangenheit regeln, unabhängig davon, ob es sich um Fälle der Rücknahme i.S.d. § 48 Abs. 2 VwVfG, des Widerrufs i.S. d. § 49 Abs. 3 VwVfG handelt.

**3. f.** Gem. § 43 Abs. 3 VwVfG sind nichtige Verwaltungsakte allerdings unwirksam, wobei dies bei nur besonders schwerwiegenden Fehlern i.S.d. § 44 VwVfG der Fall ist. Schon wegen der engen Voraussetzungen des § 44 VwVfG bilden nichtige Verwaltungsakte eine sehr kleine Untergruppe in der Masse fehlerhafte Verwaltungsakte (vgl. Goldhammer, in Schoch/Schneider, aa.a.O., VwVfG, § 44, Rn 119). Die „Bloß-Rechtswidrigkeit“ scheint sich letztlich als maßgebliches Konzept durchzusetzen (vgl. ebenda Rn 123).

Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit treten entscheidungsunabhängig und objektiv ein. Der nichtige Verwaltungsakt entfaltet zu keiner Zeit Rechtswirkungen, muss nicht beachtet werden und darf es auch nicht (vgl. Goldhammer, in Schoch/Schneider Verwaltungsrecht VwVfG, a.a.O., § 43, Rn. 256 m.w.N.). Im Gegensatz zu rechtswidrigen und durch Rechtsmittel „vernichtbaren“ Verwaltungsakten müssen nichtige nicht mehr vernichtet werden.

Insoweit ist die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts mit der Nichtigklärung eines Gesetzes vergleichbar. Nach übereinstimmender rechtswegübergreifender Auffassung der obersten Gerichte wird die Feststellung der Nichtigkeit als (anfechtbarer) Verwaltungsakt angesehen, denn erst die Feststellung als Verwaltungsakt – und nicht als rein deklaratorische Feststellung – erzeugt die gewünschte Klarheit und die objektive Tatbestandswirkung und vernichtet den Rechtsschein (vgl. BVerwG, U. v. 30.01.1990, 1 C 26/87, NVwZ 1990, 668; BSG, U. v. 23.01.1989, 11/7 Rar 103/87, NVwZ 1989, 902; BFH, U. v. 20.08.2014, X R 15/10, NVwZ 2015, 163; Goldhammer, in Schoch / Schneider, a.a.O, § 43 Rn 111 m.w.N.).

Bei nicht abgeschlossenen, d.h., nicht bestandskräftigen oder erledigten Rechtsverhältnissen, ist eine Rückabwicklung wegen der Nichtigkeit und aufgrund einer Nichtigklärung angezeigt, unabhängig davon, ob die Rückabwicklung auf öffentlich-rechtlichem oder privatrechtlichem Wege erfolgen muss.

#### **4. Zwischenergebnis**

Die Verwaltungsträger haben nicht nur mit § 49a VwVfG für die dort bestimmten Fälle eine eigene Vorschrift für die öffentlich-rechtliche Erstattung und sind insoweit auf die entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen nicht angewiesen. Die überwiegend mit Verwaltungsakten agierenden Behörden haben mit den §§ 48, 49 VwVfG zudem besondere Regelungen für Gestaltungsrechte bei der Rücknahme rechtswidriger und dem Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte sowie in § 44 Abs. 5 VwVfG bei der Feststellung der Nichtigkeit zu Verfügung. Die Bürger\*innen müssen darüber hinaus allein wegen § 79 Abs. 2 BVerfGG verhindern, dass ein rechtswidriger Verwaltungsakt in Bestandskraft erwächst.

Dass wegen der Unverjährbarkeit von Gestaltungsrechten nach der Nichtigkeitsklärung selbstvollziehender Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht sich weder Behörden noch Bürger\*innen auf Verjährung berufen können, sondern Leistungen aufgrund nichtigen Gesetzes rückabzuwickeln sind, dürfte somit keine Ungleichgewichtigkeit herstellen können. Zumal es die öffentliche Hand, hier die Gesetzgebung, in der Hand hat, unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 79 Abs. 2 BVerfGG eine differenzierende neue Regelung zu schaffen. Zudem sieht das Bundesverfassungsgericht es als Pflicht an, Verjährungsvorschriften zu schaffen, das Bundesverwaltungsgericht geht spätestens nach 30 Jahren von einer Verwirkung aus (vgl. dazu oben unter II.2.c.).

#### **V. Ergebnis**

**1.** Erklärt das Bundesverfassungsgericht eine Norm für nichtig, ist grundsätzlich die Gesetzgebung verpflichtet, den festgestellten Verfassungsverstoß auf den gesamten von der Normverwerfung betroffenen Zeitraum rückwirkend zu beseitigen.

**2.** Hoheitliche Rechtsgestaltungsrechte unterliegen keiner Verjährung. Aufgrund selbstvollziehender für nichtig erklärter Gesetze erfolgte Leistungen müssen, wenn und soweit die Gesetzgebung ihre Gestaltungsrechte wegen der rückwirkenden Zeit zwischen Nichtigkeitsklärung und Wirksamkeit der Nichtigkeit nicht ausübt, rückabgewickelt werden.

**3.** Hilfsweise: Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche „entstehen“ anders als im Zivilrecht erst mit ihrer Durchsetzbarkeit und nicht mit ihrer Fälligkeit. Das bedeutet, dass gerichtliche

Entscheidungen, die Gesetze als von Anfang an und damit rückwirkend für nichtig erklären, beachtlich sind, denn erst durch sie kann ein Anspruch durchgesetzt werden.

4. Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die Vorteile, die die öffentliche Hand bereits aufgrund der existierenden gesetzlichen Regelungen und Verfahren hat (vgl. z.B. §§ 43 ff. VwVfG), um eine Verjährung ihrer Ansprüche gegen die Bürger\*innen zu verhindern oder weit hinauszuschieben, auch nicht unangemessen. Dies zumal die Verkürzung der Verjährungsvorschriften im Rahmen der zivilrechtlichen Schuldrechtsmodernisierung zugunsten der Verbraucher\*innen erfolgen sollte.