



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

RiZ(R) 4/16

Verkündet am:
30. Oktober 2017
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Prüfungsverfahren

wegen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entlassungsverfügung

Der Bundesgerichtshof - Dienstgericht des Bundes - hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Mayen, den Richter am Bundesgerichtshof Dr. Karczewski, die Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Menges, den Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Koch und den Richter am Bundesgerichtshof Gericke

für Recht erkannt:

Die Revision des Antragstellers gegen den Beschluss des 2. Senats des Dienstgerichtshofs für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm vom 29. Juli 2016 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit der am 22. Mai 2009 verfüigten und für sofort vollziehbar erklärten Entlassung des Antragstellers aus dem Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen.
- 2 Der im Jahr 1974 geborene Antragsteller wurde am 8. Januar 2003 zum Richter auf Probe ernannt und anschließend bei der Staatsanwaltschaft K. verwendet. Mit Verfügung vom 9. November 2006 entließ der Antragsgegner den Antragsteller unter Hinweis auf die fehlenden fachlichen Leistungen mit Ablauf des Monats Dezember 2006 aus dem Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Den dagegen gerichteten Widerspruch des Antragstellers wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 7. Dezember 2006, mit dem er zugleich die sofortige Vollziehbarkeit der Entlassungsverfügung vom

9. November 2006 anordnete, zurück. Auf Antrag des Antragstellers stellte das Dienstgericht für Richter bei dem Landgericht Düsseldorf (künftig: Dienstgericht) zunächst durch Beschluss vom 28. Dezember 2006 die aufschiebende Wirkung des Prüfungsantrags des Antragstellers vom 20. Dezember 2006 wieder her und hob anschließend mit Urteil vom 6. Dezember 2007 die Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 und den Widerspruchsbescheid vom 7. Dezember 2006 auf. Auf die Berufung des Antragsgegners änderte der Dienstgerichtshof für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm (künftig: Dienstgerichtshof) durch Beschluss vom 24. Juli 2008 das erstinstanzliche Urteil dahin ab, die Entlassung sei zum 8. Januar 2007 wirksam. Auf die Revision des Antragstellers hob der Senat mit Urteil vom 24. September 2009 (RiZ(R) 6/08, NJW-RR 2010, 270) die Entscheidung des Dienstgerichtshofs wegen eines Verfahrensfehlers auf und verwies die Sache an den Dienstgerichtshof zurück. Der Dienstgerichtshof bestätigte mit Beschluss vom 5. August 2010 seine ursprüngliche Entscheidung. Weder die dagegen gerichtete Revision des Antragstellers noch eine Verfassungsbeschwerde hatten Erfolg. Die Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 ist seit dem 15. Dezember 2011 als dem Tag der Verkündung der zweiten Revisionsentscheidung des Senats (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - RiZ(R) 8/10, juris) mit Wirkung zum 8. Januar 2007 bestandskräftig.

- 3 Zuvor und nach Einleitung eines weiteren Disziplinarverfahrens hatte der Antragsgegner den Antragsteller mit Verfügung vom 22. Mai 2009 mit Wirkung zum 25. Mai 2009 (erneut) aus dem Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen entlassen. Zugleich hatte er die sofortige Vollziehung der Entlassung angeordnet. Den dagegen gerichteten Widerspruch wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 6. August 2009 zurück. Zugleich ordnete er an, es verbleibe bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Entlassung.

4 Dem Antragsteller wurden im Zeitraum zwischen dem 9. Januar 2007 und dem 31. Mai 2009 Bezüge ausgezahlt. Ab dem 1. Juni 2009 stellte das Landesamt für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen (künftig: Landesamt) seine Leistungen an den Antragsteller ein.

5 Dem Begehren des Antragstellers im Prüfungsverfahren, die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 und den Widerspruchsbescheid vom 6. August 2009 aufzuheben, hat das Dienstgericht mit Urteil vom 29. Juni 2010 entsprochen. Mit seiner dagegen gerichteten Berufung hat der Antragsgegner beantragt, den Prüfungsantrag unter Aufhebung des Urteils des Dienstgerichts zurückzuweisen. Der Antragsteller hat während des laufenden Berufungsverfahrens und nach Eintritt der Bestandskraft der Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 seinen Antrag umgestellt und das Urteil des Dienstgerichts mit der Maßgabe verteidigt, er beantrage nunmehr festzustellen, dass die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 6. August 2009 rechtswidrig gewesen sei. Er hat vorgetragen, das Landesamt habe nach Bestandskraft der Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 mit Bescheid vom 11. Mai 2012 die zwischen dem 9. Januar 2007 und dem 31. Mai 2009 fortgezählten Bezüge zurückgefordert. Diesen Rückforderungsbescheid habe er angegriffen und vorsorglich die Aufrechnung mit Wertersatzansprüchen erklärt. Es sei zu erwarten, dass der Antragsgegner sich in künftigen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht damit verteidigen werde, "Dienstpflichten des Antragstellers seien ihm insbesondere im Zeitraum nach der Entlassungsverfügung" vom 22. Mai 2009 nicht zugeflossen. Daher habe er - der Antragsteller - ein berechtigtes Interesse daran, dass die Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 festgestellt werde.

6 Der Dienstgerichtshof hat nach § 130a VwGO durch Beschluss vom 26. Juni 2014 das Urteil des Dienstgerichts aufgehoben und "die Klage abge-

wiesen". Das Begehren, die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 und den Widerspruchsbescheid vom 6. August 2009 aufzuheben, sei nach Bestandskraft der Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 unzulässig geworden. Für die Feststellung, die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 sei rechtswidrig, fehle dem Antragsteller das allgemeine Rechtsschutzinteresse, weil diese Feststellung seine Rechtsstellung nicht verbessern könne. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit könne eine Entscheidung über die Rückforderung von zwischen dem 25. Mai 2009 und dem 31. Mai 2009 geleisteten Bezügen und über vom Antragsteller behauptete Wertersatzansprüche nicht präjudizieren.

- 7 Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller Revision eingelegt und mit einer Verfahrensrüge die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Dienstgerichtshof gerügt. In der Sache hat er geltend gemacht, zwar habe das Landesamt den Bescheid vom 11. Mai 2012 zurückgenommen und aus Gründen der Billigkeit entschieden, dass es wegen der zwischen dem 9. Januar 2007 und dem 8. September 2008 vom Antragsteller "erbrachten werthaltigen Dienstleistungen" auf die Rückforderung der geleisteten Bezüge in diesem Zeitraum verzichte. Mit Bescheid vom 25. Februar 2014 habe es indessen weiterhin die zwischen dem 9. September 2008 und dem 31. Mai 2009 gezahlten Bezüge in Höhe von (noch) 32.946,29 € zurückgefordert. Gegen diesen Bescheid habe der Antragsteller nach Widerspruch Anfechtungsklage erhoben. Der Dienstgerichtshof habe verkannt, dass der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 Präjudizwirkung für die Frage zukomme, ob dem Antragsteller für den Zeitraum zwischen dem 9. September 2008 und dem 31. Mai 2009 geleistete Bezüge verbleiben müssten bzw. ihm "Wertersatzansprüche" für dem Antragsgegner "zugeflossene[...] Dienstplichten" zwischen dem 25. Mai 2009 und dem 15. Dezember 2011 zustünden. An der Erbringung von Diensten sei er durch die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 seit dem 25. Mai 2009 aufgrund einer selbständig in Gang gesetzten Ursachenkette ge-

hindert worden. Die Rechtmäßigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 habe zumindest für die während des Rückforderungsvorgangs zu treffende Billigkeitsentscheidung selbständig Relevanz.

8 Mit Urteil vom 4. März 2015 (RiZ(R) 3/14, NVwZ-RR 2015, 782) hat der Senat den Beschluss des Dienstgerichtshofs vom 26. Juni 2014 aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Dienstgerichtshof zurückverwiesen. Zwar habe der Dienstgerichtshof im Prüfungsverfahren nach § 130a VwGO entscheiden dürfen. Er habe diese Vorschrift indessen nicht verfahrensfehlerfrei angewandt, weil er im Zuge der Anhörung der Parteien nicht unmissverständlich zu erkennen gegeben habe, wie er zu entscheiden beabsichtige. Für das weitere Verfahren hat der Senat Hinweise dazu gegeben, inwiefern die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 Auswirkungen auf die Billigkeitsprüfung bei der Rückforderung von Bezügen haben könne (BGH, Urteil vom 4. März 2015 aaO Rn. 31 ff.).

9 Der Dienstgerichtshof hat nach Zurückverweisung der Sache erneut nach § 130a VwGO durch den angefochtenen Beschluss vom 29. Juli 2016 erkannt, auf die Berufung des Antragsgegners werde das Urteil des Dienstgerichts aufgehoben und "die Klage abgewiesen". Das als Fortsetzungsfeststellungsantrag weiterverfolgte Begehren des Antragstellers sei zwar statthaft. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag sei indessen unzulässig, weil dem Antragsteller kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 zustehe. Dabei hat der Dienstgerichtshof die Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 dahinstehen lassen und dahin erkannt, weder stünden dem Antragsteller bei der im Zuge der Rückforderung durchzuführenden Billigkeitsprüfung berücksichtigungsfähige

Gegenansprüche zu noch folge aus der unterstellten Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 ein Billigkeitsgrund.

10 Dagegen richtet sich die vom Dienstgerichtshof zugelassene Revision des Antragstellers. Er wiederholt seine Auffassung, in dem Vollzug der nach seiner Rechtsmeinung rechtswidrigen Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 bis zum 15. Dezember 2011 liege ein bei der Billigkeitsprüfung berücksichtigungsfähiger Billigkeitsgrund, weil die Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 vom Zeitpunkt der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Prüfungsantrags bis zum 15. Dezember 2011 nicht vollziehbar gewesen sei.

11 Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Dienstgerichtshofs für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm vom 29. Juli 2016, Az. 2 DGH 1/15, aufzuheben und die Berufung des Antragsgegners mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 und der Widerspruchsbescheid vom 6. August 2009 nicht aufgehoben werden, sondern deren Rechtswidrigkeit festgestellt wird,

hilfsweise,

den Beschluss des Dienstgerichtshofs für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm vom 29. Juli 2016, Az. 2 DGH 1/15, aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Dienstgerichtshof für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm zurückzuweisen.

12 Der Antragsgegner beantragt,

die Revision des Antragstellers vom 5. September 2016 gegen den Beschluss des Dienstgerichtshofs für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm vom 29. Juli 2016 - 2 DGH 1/15 - gemäß § 144 Abs. 2 VwGO als unbegründet zurückzuweisen.

13 Er verteidigt die Entscheidung des Dienstgerichtshofs.

Entscheidungsgründe:

14 Die nach § 79 Abs. 2, § 80 Abs. 2 DRiG zulässige Revision hat keinen Erfolg. Das Begehren des Antragstellers (noch) auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 6. August 2009 ist unzulässig, weil der Antragsteller kein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung hat.

I.

15 Zu Recht ist der Dienstgerichtshof davon ausgegangen, die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 sei für eine Billigkeitsentscheidung nach § 12 Abs. 2 Satz 3 BBesG (bzw. § 12 Abs. 2 Satz 3 ÜBesG NRW in der bis zum 30. Juni 2016 geltenden Fassung und § 15 Abs. 2 Satz 3 LBesG NRW in der seit dem 1. Juli 2016 geltenden Fassung, künftig einheitlich: § 12 BBesG) nicht präjudiziell.

16 1. Die zutreffende Annahme des Dienstgerichtshofs, die Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 habe sich (jedenfalls) mit Bestandskraft der Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 am 15. Dezember 2011 erledigt (BGH, Urteil vom 4. März 2015 - RiZ(R) 3/14, NVwZ-RR 2015, 782 Rn. 30), greift die Revision nicht an. Weiter zweifelt sie nicht daran, dass für die Anwendung des § 12 BBesG als solche die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 keine Präjudizwirkung hat (BGH, Urteil vom 4. März 2015 aaO Rn. 34).

17 2. Den Angriffen der Revision stand hält auch die Auffassung des Dienstgerichtshofs, die vom Antragsteller behauptete Rechtswidrigkeit der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 sei kein Billigkeitsgrund im Sinne des § 12 BBesG, so dass es an einem anzuerkennenden schutzwürdigen Interesse rechtlicher oder wirtschaftlicher Art als Voraussetzung für die Zulässigkeit des vom Antragsteller verfolgten Fortsetzungsfeststellungsbegehrens fehle (dazu BGH, Urteil vom 4. März 2015 - RiZ(R) 3/14, NVwZ-RR 2015, 782 Rn. 33 mwN).

18 a) Die Frage, ob Billigkeitsgründe vorliegen, die bei der Ermessensentscheidung nach § 12 BBesG zu berücksichtigen sind, ist eine Rechtsfrage, die gerichtlich überprüft werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2015 - RiZ(R) 3/14, NVwZ-RR 2015, 782 Rn. 38 mwN). Entsprechend können, worauf der Senat in seinem Urteil vom 4. März 2015 in dieser Sache bereits hingewiesen hat, die Richterdienstgerichte bei der Prüfung des berechtigten Interesses im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO beurteilen, ob sich aus der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entlassungsverfügung Gesichtspunkte ergeben können, die bei der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen sind.

19 b) An solchen Gesichtspunkten fehlt es.

20 aa) Ein von der Revision angeführter "öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch" in Gestalt eines "Wertersatzanspruchs", der dem Antragsteller dafür gebühre, "dass ihn sein Dienstherr während des Zeitraums der aufschiebenden Wirkung des gegen die Entlassungsverfügung vom [...] [9. November 2006] gerichteten Prüfungsverfahrens aufgrund der dadurch zunächst bewirkten Fiktion eines fortbestehenden Dienstverhältnisses zu einer amtsgemäßen Dienstleistung" habe heranziehen können, "der Antragsteller also dienstpflichtig" ge-

wesen sei, besteht nicht. Seine Geltendmachung wäre offensichtlich aussichtslos. Er ist mithin auch nicht in eine Billigkeitsprüfung einzubeziehen.

21 Schon das faktische Leisten von Diensten scheidet als Behaltensgrund aus, wenn Bezüge für die Beteiligten ohne weiteres erkennbar allein aufgrund der verfahrensrechtlichen Fiktion eines fortdauernden Dienstverhältnisses gezahlt werden, die durch die aufschiebende Wirkung des gegen die Entlassungsverfügung geführten Angriffs bedingt ist (BVerwG, NJW 1983, 2042; BGH, Urteil vom 4. März 2015 - RiZ(R) 3/14, NVwZ-RR 2015, 782 Rn. 36). Ein der Sache nach auf Besoldung gerichteter Anspruch kann nicht, wenn faktisch Dienste geleistet werden, über ein "faktisches Beamtenverhältnis" konstruiert werden (vgl. Mayer in Schwegmann/Summer, BBesG, § 12 Rn. 2, 31e [Stand: August 2005]). In solchen Fällen stellt sich das vollständige oder teilweise Absehen von der Rückforderung gleichsam als "Gegenleistung" für die erbrachten Dienste dar (BVerwG, NJW 1983, 2042). Auch § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 818 Abs. 2 BGB scheidet in solchen Fällen als Anspruchsgrundlage aus (VGH Mannheim, Urteil vom 7. November 1978 - IV 1005/78, juris Rn. 18). Erst recht folgt ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch nicht aus der bloßen Möglichkeit des Dienstherrn, faktisch Dienste in Anspruch zu nehmen (BGH, Urteil vom 4. März 2015 aaO; BVerwG, Buchholz 232 § 87 BBG Nr. 48 S. 46).

22 bb) Ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung ergibt sich entgegen der Rechtsmeinung der Revision aber auch nicht aus einer - revisionsrechtlich zugunsten des Antragstellers zu unterstellenden (BVerwGE 109, 353, 355) - Rechtswidrigkeit der sofort vollziehbaren Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009.

23 Es ist nicht treuwidrig, dass der Dienstherr den zu Recht entlassenen Antragsteller nicht beschäftigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2015

- RiZ(R) 3/14, NVwZ-RR 2015, 782 Rn. 39 mwN). Da die Gestaltungswirkung der Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 mit deren Bestandskraft am 15. Dezember 2011 auf den 8. Januar 2007 zurückwirkt, war der Antragsteller (auch) zwischen dem 25. Mai 2009 und dem 15. Dezember 2011 zu Recht entlassen mit der Folge, dass er nicht zu beschäftigen war. Der Umstand, dass eine später bestandskräftig gewordene und zurückwirkende Entlassungsverfügung zunächst nicht vollziehbar ist, stellt keinen die Entscheidung in der Hauptsache überdauernden Gesichtspunkt dar (vgl. BVerwGE 24, 92, 98; BVerwG, Buchholz 232 § 87 BBG Nr. 48 S. 45; Buchholz 240 § 12 BBesG Nr. 33 Rn. 6 mwN).

24 Das gilt auch hier, zumal es für die Billigkeitsentscheidung auf die Lage im Zeitpunkt der Rückabwicklung ankommt (BVerwGE 109, 365, 370 f.; BVerwG, Buchholz 232 § 87 BBG Nr. 48 S. 49; BVerwG, NJW 1983, 2042, 2043; ZBR 1990, 80, 81; Buchholz 240 § 12 BBesG Nr. 33 Rn. 11 mwN). Deshalb kann ein Billigkeitsgrund nicht aus dem Umstand folgen, dass aufgrund des Sofortvollzugs der Entlassungsverfügung vom 22. Mai 2009 schon vor Bestandskraft der Entlassungsverfügung vom 9. November 2006 die Wirkungen hergestellt wurden, die nach deren Bestandskraft endgültig und mit Rückwirkung eintraten.

II.

25 Die Kostenentscheidung beruht auf § 80 Abs. 1 Satz 1 DRiG in Verbindung mit § 154 Abs. 2 VwGO.

Mayen

Karczewski

Menges

Koch

Gericke

Vorinstanzen:

Dienstgericht für Richter bei dem Landgericht Düsseldorf, Entscheidung vom 29.06.2010 - DG 8/09 -

Dienstgerichtshof für Richter bei dem Oberlandesgericht Hamm, Entscheidung vom 29.07.2016 - 2 DGH 1/15 -