

Ungesund (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger
Stand der Bearbeitung: Juni 2014

Die Klage *Biebers* hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A) Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO gegeben sind.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 2 Satz 2 VwGO i.V.m. § 54 Abs. 1 BeamStG/126 BRRG)

Der Verwaltungsrechtsweg könnte nach § 54 Abs. 1 BeamStG/§ 126 BRRG eröffnet sein.¹

Anmerkung: Zum Verhältnis von § 54 Abs. 1 BeamStG und § 126 Abs. 1 BRRG zueinander siehe z. B. Terhechte (NVwZ 2010, 996 ff.), der davon ausgeht, dass beide Vorschriften nach wie vor nebeneinander bestehen (ebenso Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, § 40 Rn. 40). Nach anderer Ansicht wird § 126 Abs. 1 BRRG durch § 54 Abs. 1 BeamStG i.S. der Lex-Posterior-Regel und Lex-Specialis-Regel verdrängt (so Auerbach, ZBR 2009, 217, 222). Die Bundeskompetenz für die Rechtswegzuweisung ergibt sich jedenfalls nach wie vor auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

Dann müsste es sich bei der vorliegenden Klage um eine Klage aus dem Beamtenverhältnis handeln. Hieran könnten Zweifel bestehen, da die in dem angegriffenen Bescheid erfolgte Rücknahme der Ernennungen nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 SBG (anwendbar gem. § 1 Abs. 1 SBG) die Wirkung hat, dass eine Ernennung nicht zustande gekommen, das Beamtenverhältnis also mit Wirkung ex tunc aufgehoben worden ist (vgl. § 12 Abs. 1 Halbsatz 1 BeamStG), so dass auch die Rückforderung der Bezüge als außerhalb des Beamtenverhältnisses stehend angesehen werden könnte. Es entspricht jedoch allgemeiner Auffassung, dass § 54 Abs. 1 BeamStG denkbar weit auszulegen ist. Denn die Vorschrift soll ermöglichen,

¹ zum Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander siehe: Terhechte, NVwZ 2010, 996 ff.

alle beamtenrechtlichen Fragen möglichst einheitlich zu entscheiden.² Da auch für die Entscheidung von Streitigkeiten über die Rücknahme einer Beamtenernennung und der hiermit verbundenen Folgeentscheidungen das Beamtenrecht maßgeblich ist, sind auch solche Klagen als Klagen "aus dem Beamtenverhältnis" anzusehen.³ Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers (§ 88 VwGO). *Bieber* wendet sich gegen den Bescheid vom 26. Mai, welcher drei Regelungen enthält, nämlich die Aufhebung seiner Ernennung zum Beamten auf Probe, die Aufhebung seiner Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit und schließlich – hierauf aufbauend – die Rückforderung der bis zu dieser Aufhebung aufgrund dieser Ernennungen gezahlten Bezüge. Streng genommen wendet sich *Bieber* somit (im Wege der objektiven Klagehäufung gem. § 44 VwGO) gegen drei Maßnahmen.⁴

Anmerkung: Zum Prüfungsaufbau in solchen Situationen siehe diesen Hinweis.

Für diese Klage(n) könnte die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO die statthafte Klageart sein. Dann müsste es sich bei den in dem Bescheid vom 26. Mai enthaltenen Maßnahmen um Verwaltungsakte im Sinne dieser Vorschrift handeln. Ob ein Verwaltungsakt vorliegt, richtet sich grundsätzlich nach der Legaldefinition des § 35 VwVfG. Dessen Tatbestandsmerkmale sind bezüglich aller drei Maßnahmen gegeben; insbesondere liegt auch das Tatbestandsmerkmal "gerichtet auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen" vor, da es sich bei den Maßnahmen nicht lediglich um innerdienstliche Weisungen, sondern um auf die persönliche Rechtsstellung *Biebers* abzielende Maßnahmen handelt: Sein Status als Beamter soll rückgängig gemacht und er aus seinem Vermögen zu Geldzahlungen verpflichtet werden.⁵ Also ist gegen die in dem Bescheid vom 26. Mai getroffenen Maßnahmen die Anfechtungsklage statthaft.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Bieber wäre gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt, wenn nicht schlechthin auszuschließen ist, dass er durch die in dem Bescheid getroffenen Maßnahmen in seinen Rechten verletzt wird. Da diese *Bieber* belasten und *er* auch Adressat des Bescheides ist, können sie ihn bei unterstellter Rechtswidrigkeit zumindest in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzen.

Anmerkung: Siehe zur Adressatentheorie diesen Hinweis.

Die Rechtswidrigkeit des Bescheides ist nicht von vornherein auszuschließen, so dass *Bieber* klagebefugt ist.

² Ehlers, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 Rn. 40.

³ Ehlers, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 40 Rn. 42.

⁴ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 45.

⁵ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 198, 200.

IV. Vorverfahren (§ 68 ff. VwGO i.V.m. § 54 Abs. 2 bis 4 BeamStG)

Das nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 54 Abs. 2 BeamStG erforderliche Vorverfahren hat ordnungsgemäß stattgefunden.

V. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO)

Die Klage ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen das Land Berlin als den Behördenträger zu richten.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

Bieber ist nach § 61 Nr. 1 VwGO als natürliche Person beteiligten- und nach §§ 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO, nach § 62 Abs. 3 VwGO muss für das Land ein Vertreter handeln.

VII. Ergebnis zu A

Da das Fehlen sonstiger Sachentscheidungsvoraussetzungen nicht erkennbar ist, die Klage insbesondere auch form- (§§ 81 f. VwGO) und fristgerecht (§ 74 VwGO) erhoben wurde, ist sie insgesamt zulässig.

B) Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO begründet, soweit die in dem Bescheid vom 26. Mai enthaltenen Verwaltungsakte rechtswidrig sind und *Bieber* in seinen Rechten verletzt. Da *Bieber* sich gegen an ihn gerichtete, ihn belastende Verwaltungsakte wendet, ergibt sich eine Verletzung seiner Rechte bereits aus Art. 2 Abs. 1 GG, falls diese Verwaltungsakte formell oder materiell rechtswidrig sein sollten.

<i>Anmerkung:</i> Zur Prüfung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts siehe diesen Hinweis.
--

Insoweit ist zwischen der Entscheidung über die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe, der Entscheidung über die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit und der Entscheidung über die Rückforderung der 76.000,- Euro zu differenzieren.

I. Rechtmäßigkeit der Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe

Als Ermächtigungsgrundlage für die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe kommt nur § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamStG in Betracht, da § 12 BeamStG als Spezialvorschrift der allgemeinen Bestimmung des § 48 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln⁶ vorgeht und damit eine Rücknahme nach allgemeinen Grundsätzen

⁶ Im Folgenden wird auf den Verweis auf das Berliner Landesrecht verzichtet.

ausschließt. Der Anwendbarkeit des § 12 BeamtStG steht hier auch nicht bereits entgegen, dass *Bieber* am 7. April 2002 zum Beamten auf Lebenszeit ernannt worden ist. Wegen der Rückwirkung der Rücknahme nach § 12 Abs. 1 Halbsatz 1 BeamtStG ist anerkannt, dass auch nach Beendigung eines Beamtenverhältnisses bzw. einer Umwandlung eines Beamtenverhältnisses in ein Beamtenverhältnis anderer Art i.S.d. § 4 BeamtStG eine Rücknahme der (ursprünglichen) Beamtenernennung noch ausgesprochen werden kann.⁷ Umgekehrt folgt damit aus der Rückwirkung der Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit nicht, dass damit auch die vorherige Ernennung zum Beamten auf Probe "als nicht zustande gekommen" anzusehen ist; vielmehr "lebt" das Beamtenverhältnis auf Probe nach Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit wieder "auf" bzw. gilt während der gesamten Zeit der vermeintlichen Existenz eines Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit als fortbestehend. Soll somit auch dieses "latente" Beamtenverhältnis auf Probe (mit Wirkung ex tunc) beseitigt werden, muss auch die Ernennung zum Beamten auf Probe zurückgenommen werden.⁸

Zuständig für die Rücknahme ist nach § 15 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 LBG Bln die Dienstbehörde des Beamten. Dies ist nach § 4 Abs. 3 LBG Bln bei Beamten der Bezirksverwaltung das Bezirksamt, so dass das Bezirksamt Kreuzberg-Friedrichshain für die Rücknahme der Ernennung *Biebers* zuständig war. Fehler im Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG sind ebenfalls nicht ersichtlich, insbesondere ist *Bieber* nach dem Sachverhalt ordnungsgemäß angehört (§ 28 Abs. 1 VwVfG) und der Bescheid ist auch hinreichend begründet worden (§ 39 Abs. 1 VwVfG).

Fraglich ist somit allein, ob die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe materiell rechtmäßig war. Dies wäre nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamtStG gegeben, wenn *Bieber* seine Ernennung zum Beamten auf Probe durch arglistige Täuschung herbeigeführt hätte. Hier ist nach dem Sachverhalt davon auszugehen, dass *Bieber* nicht zum Beamten auf Probe ernannt worden wäre, wenn er im amtsärztlichen Fragebogen unter "Sonstiges" auf seine besondere körperliche Veranlagung hingewiesen hätte. Wenn also dieser Nichthinweis als arglistige Täuschung anzusehen wäre, wäre die Rücknahme rechtmäßig, zumal auch die Frist des § 15 Abs. 1 Satz 1 LBG Bln eingehalten worden ist.

1. Beeinträchtigter Gesundheitszustand als "tauglicher" Täuschungsgegenstand?

Fraglich ist jedoch bereits, ob unwahre Angaben bzw. das Verschweigen von Angaben über besondere körperliche Veranlagungen des Beamtenbewerbers überhaupt tauglicher Gegenstand einer Täuschung i.S.d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamtStG sein können.

a) Kriterien zur Bestimmung "tauglicher" Täuschungsgegenstände

Zwar soll § 12 Abs. 1 BeamtStG anerkanntermaßen die **Entschließungsfreiheit** des Dienstherrn schützen, ob, gegenüber wem und zu welchem Zeitpunkt er eine Ernennung vornehmen will. Dieser Sinn und Zweck der Bestimmung gestattet nicht, zwischen solchen "Täuschungsgegenständen" zu unterscheiden, die für den

⁷ Vgl. BVerwGE 16, 343, 345.

⁸ Vgl. BVerwG DVBl 1986, 148, 149; OVG Berlin DtZ 1997, 266.

Dienstherrn "wesentlich" oder "nicht wesentlich" für die Ernennungsentscheidung von Bedeutung waren. Es kommt also grundsätzlich nicht darauf an, ob der Dienstherr den Beamten auch rechtmäßigerweise hätte ernennen können, wenn ihm die Umstände bekannt gewesen wären, über die er getäuscht worden ist, sondern nur darauf, ob der Dienstherr in Kenntnis des wahren Sachverhalts von der Ernennung Abstand genommen hätte.⁹ Jedoch darf hieraus nicht geschlossen werden, dass auch ein solcher Umstand Gegenstand einer "arglistigen Täuschung" i.S.d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamtStG sein kann, den der Dienstherr bei seiner Einstellungsentscheidung schlechthin nicht berücksichtigen darf, dessen Berücksichtigung also die Ablehnung einer Einstellung zwingend rechtswidrig machen würde. Täuscht etwa ein Beamtenbewerber über seine Zugehörigkeit zu einer nicht-verfassungswidrigen Partei, weil er weiß, dass der Dienstherr rechtswidrigerweise seine Entscheidung von der Parteizugehörigkeit der Bewerber abhängig macht, so kann dies nicht als "arglistige Täuschung" angesehen werden. Auf "unzulässige" Fragen¹⁰ braucht der Bewerber damit nicht oder nicht wahrheitsgemäß zu antworten; die hierin liegende Täuschung rechtfertigt die Rücknahme der Ernennung nicht.¹¹

Anmerkung: Im Sachverhalt wird hervorgehoben, dass die Krankheit *Biebers* nicht genetisch bedingt sei. Denn bei genetisch bedingten Erbkrankheiten wird teilweise im Hinblick auf [§ 19](#) des Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen angenommen, dass dem Dienstherrn im Hinblick auf Erbkrankheiten schlechthin kein Fragerecht zustehe (*Fricke/Schütte*, DÖD 2012, 121, 123 f.).

b) Gesundheitszustand als zulässiges "Nicht-Einstellungs-Kriterium"?

Damit ist zu untersuchen, ob der Dienstherr bei seiner Entscheidung über die Ernennung eines Beamten dessen körperliche Veranlagungen berücksichtigen darf bzw. muss. Dass er dies nicht darf, ergibt sich jedenfalls nicht aus § 9 BeamtStG, welcher besondere körperliche Veranlagungen gerade nicht zu den Umständen zählt, die bei der Einstellungsentscheidung keinesfalls berücksichtigt werden dürfen. Es entspricht vielmehr umgekehrt **ständiger Rechtsprechung**, dass nur solche Bewerber die für die Ernennung erforderliche **"Eignung" i.S.d § 9 BeamtStG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG** aufweisen, die auch ihrer Gesundheit nach geeignet sind.

aa) Erfordernis der "doppelten Dienstfähigkeit"

Für die Frage, auf welchen Zeitpunkt sich die Beurteilung der "gesundheitlichen Eignung" beziehen muss, wird dem **besonderen Charakter des Beamtenverhältnisses auf Lebenszeit** (und des seiner Anbahnung dienenden Beamtenverhältnisses auf Probe) erhebliche Bedeutung zugemessen. Denn hiernach ist der Dienstherr den Beamten auf Lebenszeit (den versorgungsberechtigten Hinterbliebenen noch darüber hinaus) zu Alimentation und Fürsorge verpflichtet ist, dafür ist aber der Beamte auf Lebenszeit zur Treue und zur

⁹ BVerwGE 16, 340, 341 ff.; BVerwGE 31, 1 ff.; BVerwGE 59, 366, 369; BVerwGE 102, 178, 183; BVerwG DVBl 1986, 148, 150; VG Darmstadt NVwZ-RR 2006, 566, 567.

¹⁰ Der Begriff wird gebraucht bei BVerwGE 102, 178, 181.

¹¹ OVG Lüneburg, 2 L 1476/99, v. 7.2.2001 = NdsVBl. 2001, 222 f.; *Günther* DÖD 1990, 281, 292.

Dienstleistung rechtlich gehalten (§ 3 Abs. 1, § 34, § 45 BeamtStG). Im Hinblick darauf scheint es gerechtfertigt, den Dienstherrn vor vermeidbaren zusätzlichen Versorgungspflichten zu bewahren und zudem das öffentliche Interesse an einem jederzeit leistungsfähigen Beamten zu beachten.¹² Dem kann – anders als bei einer Einstellung in ein privatrechtliches Dienstverhältnis – nicht Rechnung getragen werden, wenn der Beamte vorhersehbar vorzeitig aus dem Dienst ausscheiden wird (so *Schenke*, Fälle zum Beamtenrecht, 2. Aufl. 1990, S. 18; krit. etwa *Seewald*, VerwArch. 80 [1989], S. 163, 175 ff.).

Vor diesem Hintergrund geht das BVerwG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es für die Frage der gesundheitlichen Eignung eines Beamten nicht ausreichend ist, dass er zum Zeitpunkt seiner Ernennung voll dienstfähig ist. Denn die Beurteilung der Eignung eines Bewerbers für das von ihm angestrebte öffentliche Amt bezieht sich nicht nur auf den gegenwärtigen Stand, sondern auch auf die künftige Amtstätigkeit bis zum Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze (sog. "**doppelte Dienstfähigkeit**"). Es kommt darauf an, ob der Beamtenbewerber voraussichtlich bis zu diesem Zeitpunkt (ohne Dienst leisten wird oder wegen Dienstunfähigkeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt werden muss. Die gesundheitliche Eignung eines im Zeitpunkt der Einstellungsuntersuchung dienstfähigen Beamtenbewerbers kann daher im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe oder eine chronische Erkrankung mit progredientem Verlauf verneint werden.¹³ Das Erfordernis einer so verstandenen "**doppelten Dienstfähigkeit**" gilt zudem nur für die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit, sondern bereits für die Ernennung zum Beamten auf Probe, der – wie gesetzlich als Regel vorgesehen – später zum Beamten auf Lebenszeit ernannt werden soll.¹⁴

Das BVerwG geht aber nicht (mehr) so weit zu fordern, dass aufgrund einer körperlichen oder psychischen Veranlagung die Möglichkeit künftiger Erkrankung oder des Eintritts dauernder Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze auf Grundlage einer auf Tatsachen basierenden Prognose nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.¹⁵

Vielmehr betont das BVerwG nunmehr im Hinblick auf die erhebliche grundrechtliche Bedeutung des Ausschlusses des Zugangs zum Beamtenstatus aus gesundheitlichen Gründen, dass der Dienstherr die gesundheitliche Eignung aktuell dienstfähiger Bewerber nur verneinen kann, **wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird**, wobei im Hinblick auf die Länge des Prognosezeitraums auch die Möglichkeit medizinischen Fortschritts zu berücksichtigen ist.¹⁶

¹² deutlich jetzt [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 15 f.](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 15 f.; [BVerwG, 2 C 16/12 v. 30.10.2013, Abs. 23](#) = BVerwGE 148, 204, Abs. 23.

¹³ [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 10 ff.](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 10 ff.

¹⁴ [OVG Bautzen, 2 B 431/13 v. 12.9.2013, Abs. 10.](#) = SächsVBl. 2013, 303, 304; OVG Lüneburg, DÖD 2012, 82, 83; [VG Darmstadt, 1 E 470/04 v. 24.6.2004, Abs. 23](#) = NVwZ-RR 2006, 566, 567; *Schenke*, Fälle zum Beamtenrecht, 2. Aufl. 1990, S. 17.

¹⁵ So die frühere Rechtsprechung: [BVerwG, II C 87/59 v. 17.5.1962](#) = ZBR 1963, 215, 216; [BVerwG, 2 C 27.90 v. 25.2.1993, Abs. 5](#) = BVerwGE 92, 147, 149; wie diese z. B. auch noch [OVG Bautzen, 2 B 431/13 v. 12.9.2013, Abs. 11 ff.](#) = SächsVBl. 2013, 303, 304 f.

¹⁶ [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 16](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 16 ff.; [BVerwG, 2 C 16/12 v. 30.10.2013, Abs. 22 ff.](#) = BVerwGE 148, 204, Abs. 22 ff.

Wenn zum Zeitpunkt der Begründung des Beamtenverhältnisses auf Probe oder auf Lebenszeit eine Erkrankung des Bewerbers bereits bekannt ist, so folgt hieraus dass der Eintritt der dauernden Dienstunfähigkeit des Bewerbers vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze (nur dann) überwiegend wahrscheinlich ist, wenn für die Richtigkeit dieser Annahme nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht maßgeblich in Betracht kommen. Lässt sich die Möglichkeit einer vorzeitigen dauernde Dienstunfähigkeit nach Ausschöpfen der zugänglichen Beweisquellen weder feststellen noch ausschließen („non liquet“), so geht dies zu Lasten des Dienstherrn. Denn die Voraussetzungen für die Annahme der mangelnden gesundheitlichen Eignung eines Bewerbers sind dann nicht erfüllt. Bloße Zweifel des Dienstherrn an der gesundheitlichen Eignung des Bewerbers sind jedenfalls unerheblich ([BVerwG, 2 C 16/12 v. 30.10.2013, Abs. 27 ff.](#) = BVerwGE 148, 204, Abs. 27 ff.)

bb) Bedeutung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

Fraglich ist jedoch, ob an dem Erfordernis der "doppelten Dienstfähigkeit" in Auslegung des § 9 BeamtStG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG im Hinblick auf den durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146) neu geschaffenen **Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG**, der die Benachteiligung Behinderter untersagt, überhaupt noch festgehalten werden kann.

Nimmt man mit dem BVerwG grundsätzlich an, dass dieses Erfordernis wegen Art. 33 Abs. 2 GG **verfassungsrechtlich zwingend** ist, könnte man hieraus schließen, dass hierin liegende verfassungsrechtliche Verbot der Einstellung von Beamtenbewerbern mit insoweit relevanten gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht unter Rückgriff auf eine andere Verfassungsnorm – wie etwa Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, das Sozialstaatsprinzip oder auch das allgemeine Übermaßverbot – ausgehebelt werden kann (so die Auffassung von *Schenke*, Fälle zum Beamtenrecht, 2. Aufl. 1990, S. 18), Art. 33 Abs. 2 GG also insoweit als Spezialregelung vorgeht und damit letztlich zu Diskriminierungen entgegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ermächtigt.

Das BVerfG¹⁷ betont jedoch, dass der Dienstherr im Rahmen dieser gesundheitlichen Eignungsbeurteilung auch dem Verbot der Benachteiligung behinderter Menschen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG "Rechnung zu tragen habe". Ein Bewerber dürfe wegen seiner Behinderung nur dann von einer Einstellung in den öffentlichen Dienst ausgeschlossen werden, wenn dienstliche Bedürfnisse eine dauerhafte Verwendung des Bewerbers in dem angestrebten Amt zwingend ausschließen. Damit geht das BVerfG offenbar davon aus, dass die strikten gesundheitlichen Eignungsvoraussetzungen, die die Rechtsprechung früher aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitet hat, nunmehr im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG einzelfallbezogen zu nuancieren seien, um eine Diskriminierung Behinderter zu vermeiden.

Das BVerwG¹⁸ hat dies zunächst dahin gehend konkretisiert, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gebiete, bei der Beurteilung der gesundheitlichen Eignung von Behinderten nicht auf die allgemeinen Laufbahnanforderungen, sondern zunächst auf den konkreten Dienstposten abzustellen, den der Beamte ausfüllen soll, und zu fragen,

¹⁷ [BVerfG, 2 BvR 2571/07 v. 10.12.2008, Abs. 11](#) = NVwZ 2009, 389.

¹⁸ [BVerwG, 2 A 6/06 v. 21. 6. 2007, Abs. 28](#) = Buchholz 11 Art 33 Abs 2 GG Nr. 35.

ob der Betroffenen für diesen konkreten Dienstposten die gesundheitlichen Voraussetzungen erfüllt und ob eine nur eingeschränkte Verwendbarkeit des Bewerbers den Bedürfnissen des Dienstherrn hinreichend Rechnung trage. Kann ein schwerbehinderter Bewerber auch diese Voraussetzungen nicht erfüllen, scheidet eine Übernahme in das Beamtenverhältnis aus. Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.¹⁹

Diese "Nuancierung" des Art. 33 Abs. 2 GG durch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG betrifft allerdings nur die Frage, ob und inwieweit bereits die *gegenwärtige* behinderungsbedingte Einschränkung der Dienstfähigkeit auf die Eignung des Bewerbers durchschlägt. Nunmehr betont das BVerwG, dass weitergehende Modifikationen des Erfordernisses der gesundheitlichen Eignung für behinderte Menschen verfassungsrechtlich nicht geboten seien.²⁰

Anmerkungen: Die entsprechenden Ausführungen des BVerwG beziehen sich allerdings auf die Frage, inwieweit im Erfordernis einer "doppelten Dienstfähigkeit" eine Diskriminierung Behinderter i. S. der [Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf](#) zu sehen ist, was nach dem Bearbeitervermerk nicht zu prüfen war. Die Ausführungen des BVerwG zur Vereinbarkeit dieses Erfordernisses mit der Richtlinie²¹, lassen sich aber auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG übertragen.

Zwar hätten Behinderungen regelmäßig zur Folge, dass die Leistungsfähigkeit der betroffenen Person eingeschränkt sei oder Einschränkungen mit zunehmendem Alter zu erwarten seien. Dies stelle aber keine Benachteiligung Behinderter dar, da die Anforderungen für behinderte und nicht behinderte Menschen in gleichem Maße gelten würden und im Hinblick auf die besondere Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses (Alimentations- und Lebenszeitprinzip, besondere Ausgestaltung der Versorgungssysteme) auch gerechtfertigt sei. Dies sei insbesondere deshalb der Fall, weil eben nach seiner neueren Rechtsprechung der Dienstherr die gesundheitliche Eignung aktuell dienstfähiger Bewerber nur verneinen könne, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigten, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten werde, wobei im Hinblick auf die Länge des Prognosezeitraums auch die Möglichkeit medizinischen Fortschritts zu berücksichtigen sei.²²

Anmerkung: Das BVerwG will also letztlich den Vorwurf der Diskriminierung Behinderter dadurch vermeiden, dass es für *alle* Bewerber (ungeachtet des Vorliegens einer Behinderung) die gesundheitliche Eignung nur (noch) verneint, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit

¹⁹ [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 37](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 37.

²⁰ [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 41 ff.](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 41 ff.)

²¹ [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 41 ff.](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 41 ff.

²² [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7. 2013, Abs. 41 ff.](#) = BVerwGE 147, 244, Abs. 41 ff.

überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird (anders noch [OVG Lüneburg, 5 LC 190/09 v. 25.1.2011, Abs. 44](#) = DÖD 2011, 113, 114; [OVG Lüneburg, 5 LC 226/11 v. 31.12.2012, Abs. 62 f.](#) = RiA 2012, 215, 217: Dies hatte noch vorgeschlagen, nur bei Behinderten den Wahrscheinlichkeitsmaßstab für die Prognose, ob häufige Fehlzeiten oder eine vorzeitige Dienstunfähigkeit eintreten werden, herabzusenken). Eine solche Heraufsetzung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen für alle (nicht nur für Behinderte) erscheint als möglicher Weg, das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG einerseits mit dem Lebenszeitprinzip sowie dem Leistungsprinzip als hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) andererseits auszugleichen (vgl. auch *Fricke/Schütte*, DÖD 2012, 121, 126). Denn konkretisierende Vorgaben, wie das Benachteiligungsverbot bei der prognostischen Beurteilung der gesundheitlichen Eignung Behinderter umzusetzen ist, lassen sich Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht entnehmen.²³

cc) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Folgt man der neueren Rechtsprechung des BVerwG, kann somit zunächst dahingestellt bleiben, ob sich *Bieber* zum Zeitpunkt seiner Beamtenernennung schon auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG berufen konnte, also insoweit "Behinderter" war, da im Hinblick auf die Gesundheitsprognose für Behinderte und Nicht-Behinderte die gleichen Maßstäbe gelten.

Anmerkung: Nach Auffassung des BVerfG ist eine "Behinderung" i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG - im Einklang mit der 1994 gängigen und auch international üblichen Begriffsverständnis - "die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht".²⁴ Hiernach wäre *Bieber* zum Zeitpunkt seiner Einstellung wohl noch nicht "behindert" gewesen, da es zu diesem Zeitpunkt seine Krankheit noch keine Auswirkungen auf seine Dienstfähigkeit hatte.²⁵ Allerdings hat das BVerfG auch betont, dass diese Begriffsbestimmung der "Behinderung" nicht abschließend sei.

Insoweit erfüllt *Bieber* aber nicht die notwendigen Voraussetzungen: Auch wenn verlangt wird dass der Dienstherr die gesundheitliche Eignung aktuell dienstfähiger Bewerber nur verneinen kann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze Dienstunfähigkeit eintreten wird, wobei im Hinblick auf die Länge des Prognosezeitraums auch die Möglichkeit medizinischen Fortschritts zu berücksichtigen ist, so liegen gerade hier die Voraussetzungen einer solchen Annahme vor. Denn die Wahrscheinlichkeit vorzeitiger Dienstunfähigkeit lag nach dem Sachverhalt vorliegend bei ca. 90% und ist damit mehr als "überwiegend"

²³ vgl. auch [OVG Lüneburg, 5 LC 190/09 v. 25.1.2011, Abs. 42](#) = DÖD 2011, 113, 114; ebenso [OVG Lüneburg, 5 LC 216/12 v. 31.7.2012, Abs. 62](#) = RiA 2012, 213, 214; [OVG Lüneburg, 5 LC 226/11 v. 31.12.2012, Abs. 54](#) = RiA 2012, 215, 216)

²⁴ [BVerfGE 96, 288, 301](#); s. ferner [OVG Lüneburg, 5 LC 216/12 v. 31.7.2012, Abs. 65 ff.](#) = RiA 2012, 213, 214 f.; [OVG Lüneburg, 5 LC 226/11 v. 31.12.2012, Abs. 55 ff.](#) = RiA 2012, 215, 217.

²⁵ vgl. insoweit [OVG Lüneburg, 5 LB 33/11 v. 31.7.2012, Abs. 95 ff.](#) = DÖD 2012, 254, 257 ff.

wahrscheinlich.

c) Ergebnis zu 1

Folgt man dem, was die körperliche Veranlagung *Biebers'* tauglicher Gegenstand einer Täuschung i.S.d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamtStG.

2. Vorliegen einer arglistigen Täuschung

Fraglich ist demnach, ob *Bieber* seinen Dienstherrn über seine Gesundheit i.S.d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamtStG arglistig getäuscht hat. Eine arglistige Täuschung in diesem Sinne liegt vor, wenn der Ernannte durch Angaben, deren Unrichtigkeit ihm bewusst war, oder durch Verschweigen wahrer Tatsachen bei einem an der Ernennung maßgeblich beteiligten Amtswalter einen Irrtum in dem Bewusstsein hervorrief, diesen durch Täuschung zu einer günstigen Entscheidung zu bestimmen. Unrichtige Angaben sind stets eine Täuschung, unabhängig davon, ob der Ernannte hiernach gefragt wurde oder nicht. Das Verschweigen von Tatsachen ist eine Täuschung, wenn der Ernannte nach Tatsachen gefragt worden war oder auch ohne Befragung weiß oder in Kauf nimmt, dass die verschwiegenen Tatsachen für die Entscheidung über seine Ernennung erheblich sein können. Eine arglistige Täuschung liegt damit vor, wenn der Täuschende erkennt, dass die Ernennungsbehörde aufgrund seines Verhaltens für sie wesentliche Umstände als gegeben ansieht, die in Wahrheit nicht vorliegen oder – umgekehrt – der Ernennung hinderliche Umstände als nicht gegeben ansieht, obwohl solche in Wahrheit vorliegen.²⁶

Da *Bieber* jedenfalls keine falschen Angaben gemacht hat, sondern seine – ihm bekannte – körperliche Veranlagung zu einer schwerwiegenden Krankheit "nur" verschwiegen hat, kommt es somit darauf an, ob er erkennen konnte, dass – wie die Bezirksverwaltung meint – nicht nur Krankheiten im medizinischen Sinne, sondern auch Veranlagungen zu Krankheiten bei der Frage Nr. 39 anzugeben waren. Dies wird man aus dem Gesamtzusammenhang des Fragebogens und auch dem eindeutigen Bezug, den die Frage Nr. 39 zur Dienstfähigkeit in den nächsten 20 Jahren herstellte, bejahen müssen.²⁷

3. Ergebnis zu I

Damit lagen die Voraussetzungen für eine Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamtStG vor. Da nach dieser Bestimmung die Rücknahme zu erfolgen hat, der Behörde also insoweit kein Ermessen eingeräumt wird, war somit ein Absehen von der Rücknahme von vornherein ausgeschlossen. Die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe war somit insgesamt rechtmäßig.

II. Rechtmäßigkeit der Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit

Auch die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit lässt sich nach

²⁶ BVerwG DVBl 1986, 148, 149 m. w. N.

²⁷ Vgl. hierzu OVG Greifswald DÖD 1999, 43 f.

dem bisher Gesagten auf § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamStG stützen, da sich vom Sachverhalt her insoweit keine Unterschiede ergeben.

Fraglich könnte allenfalls sein, ob bei erfolgter Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe aufgrund deren Rückwirkung nach § 12 Abs. 1 Halbsatz 1 BeamStG für eine Rücknahme auch der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit überhaupt noch Raum ist, oder ob diese Rücknahme nicht "ins Leere" geht. Denn nach allgemeiner Auffassung werden nach Wegfall der das Beamtenverhältnis begründenden Ernennung (hier der Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe; das Beamtenverhältnis auf Widerruf endete abweichend von § 22 Abs. 4 BeamStG gem. § 33 Abs. 4 LBG Bln mit Ablauf des Tages, an dem der Vorbereitungsdienst infolge des Ablegens der Prüfung geendet hat) die nachfolgenden das Beamtenverhältnis in ein Beamtenverhältnis anderer Art i.S.d. § 4 BeamStG umwandelnden Ernennungen gegenstandslos.²⁸ Dies steht jedoch einer im Interesse der Rechtsklarheit ausgesprochenen ausdrücklichen Rücknahme auch der späteren Ernennungen nicht entgegen. Jedenfalls kann eine solche "deklaratorische" Rücknahme nicht Rechte des Ernannten verletzen, weil diesem nichts genommen, sondern nur ein bereits eingetretener Rechtsverlust deklaratorisch klargestellt wird. Somit war auch die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit rechtmäßig.

III. Rechtmäßigkeit der Rückforderung der 76.000,- Euro

Fraglich ist schließlich, ob auch die Rückforderung der 76.000,- Euro rechtmäßig war.

1. Ermittlung der Rechtsgrundlage für Rückforderungsanspruch

Zweifelhaft ist hier zunächst, aus welcher Rechtsgrundlage sich ein solcher Rückforderungsanspruch ergeben könnte. § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln setzt die Existenz eines Rückforderungsanspruches voraus und stellt seine Durchsetzung in das Ermessen der Behörde, begründet ihn aber nicht selbst.

Da ausdrücklich nur die Besoldungsbezüge zurückgefordert wurden, könnte aber mangels speziellerer Regelungen im Landesbesoldungsgesetz Berlin und aufgrund des Verweises in § 75 Abs. 2 LBG Bln § 12 Abs. 2 BBesG i. V. m. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 BGB einschlägig sein.

Anmerkung: Seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034) besteht keine (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz des Bundes mehr für das Besoldungsrecht. Dennoch gilt gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG das auf Grundlage des früheren Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 erlassene Bundesbesoldungsgesetz noch so lange fort, wie es nicht durch Landesrecht ersetzt worden ist.

Der Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 BBesG könnte jedoch entgegenstehen, dass diese Bestimmung die Rückzahlung "zuviel gezahlter Bezüge" regelt, aufgrund der Rückwirkung der Rücknahme der Beamtenernennungen nach § 12 Abs. 1 BeamStG jedoch nunmehr feststeht, dass *Bieber* zu keiner Zeit Ansprüche auf

²⁸ OVG Bautzen DtZ 1997, 398, 400.



Besoldungsbezüge aus dem Beamtenverhältnis auf Probe und dem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zustanden, zumal auch das zuvor bestehende Beamtenverhältnis auf Widerruf keine Grundlage für die Zahlungen sein konnte, da dieses gem. § 33 Abs. 4 LBG Bln mit Ablauf des Tages endete, an dem der Vorbereitungsdienst infolge des Ablegens der Prüfung geendet hat.

Anmerkung: Ansonsten hätte dieses Beamtenverhältnis auf Widerruf nunmehr (teilweise) den Rechtsgrund für die erbrachten Besoldungsleistungen gebildet, da die Ernennung zum Beamten auf Widerruf (rechtswidrigerweise) nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 BeamStG bisher nicht zurückgenommen worden ist und damit aufgrund der Rückwirkung der Ernennungen zum Beamten auf Probe und auf Lebenszeit wieder "auflebte".²⁹

Daher könnten die an *Bieber* seit dem 5. März 2005 gezahlten Besoldungsbezüge nicht als "Bezüge" i.S.d. § 12 Abs. 2 BBesG anzusehen sein, und deshalb könnte als Rechtsgrundlage für den Erstattungsanspruch auch der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch bzw. § 49a Abs. 1 Satz 1 VwVfG anwendbar sein.³⁰ Jedoch würde eine solche einschränkende Auslegung des § 12 Abs. 2 BBesG dessen Funktion nicht gerecht, die Regelung der Rückabwicklung an die Regelungen zu knüpfen, die für das (vermeintliche) Leistungsverhältnis maßgeblich waren. Auch geht der Wortlaut des § 15 Abs. 2 i.V.m. § 14 Abs. 3 LBG Bln davon aus, dass Zahlungen an einen Beamten, dessen Ernennung zurückgenommen worden ist, ihren Charakter als "Bezüge" nicht verlieren. Als "Bezüge" i.S.d. § 12 Abs. 2 BBesG sind somit alle diejenigen Leistungen anzusehen, die "als Bezüge" gezahlt worden sind. Diesen den Leistungen vom Dienstherrn beigelegten Charakter beseitigt die Rücknahme der Ernennung nicht.³¹ Damit kann sich ein Rückforderungsanspruch nur auf § 75 Abs. 2 LBG Bln, § 12 Abs. 2 BBesG i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 BGB stützen.

2. Formelle Rechtmäßigkeit und Befugnis zur Anspruchsfestsetzung durch Verwaltungsakt

Zuständig für die Anspruchsdurchsetzung war auch insoweit das Bezirksamt als Dienstvorgesetzter nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 LBG Bln. Das Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG ist ebenfalls ordnungsgemäß durchgeführt worden.

Fraglich könnte allerdings sein, ob das Bezirksamt einen sich aus § 12 Abs. 2 BBesG ergebenden Rückforderungsanspruch überhaupt durch Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG festsetzen durfte. Nach der – jedenfalls in der Literatur – herrschenden Meinung ist für die Verwendung der Handlungsform Verwaltungsakt eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, sofern eine belastende Maßnahme getroffen werden soll, da in dem Gebrauch der "Handlungsform Verwaltungsakt" eine (zusätzliche) Belastung zu sehen sei: Wehre sich der Adressat nicht, könne die Verwaltung, ohne selbst klagen zu müssen, ggf. aus dem Verwaltungsakt vollstrecken. Um dies zu verhindern, müsse der Adressat selbst vor Bestandskraft

²⁹ Vgl. VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 340, 341.

³⁰ So VGH München BayVBl 1973, 183, 184.

³¹ So BVerwGE 109, 365, 367 f.

des Verwaltungsaktes – also innerhalb eines Monats – Rechtsbehelfe einlegen.³²

Anmerkung: Siehe zum hiermit angesprochenen Problem der "Verwaltungsaktbefugnis" allgemein diesen Hinweis, zum Problem der "Verwaltungsaktbefugnis" im Beamtenrecht zudem den auch den Straßenkunst-Fall und den Verrechnet-Fall.

Fraglich ist somit, ob eine Ermächtigungsgrundlage für eine Festsetzung des Rückforderungsanspruchs aus § 12 Abs. 2 BBesG durch Verwaltungsakt existiert. Aus dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich dies nicht entnehmen, so dass davon ausgegangen werden könnte, dass deshalb der Bezirk den Rückforderungsanspruch gegenüber *Bieber* durch Klage vor dem Verwaltungsgericht durchsetzen müsste.

Jedoch lässt sich nicht verkennen, dass das Beamtenverhältnis seiner ganzen Struktur nach als Subordinationsverhältnis ausgestaltet ist – Ernennung und Entlassung, Festsetzung der Besoldung sowie insbesondere die Konkretisierung der Pflichten des Beamten erfolgen durch Verwaltungsakt. Die Notwendigkeit einer Klage des Dienstherrn gegenüber dem Beamten besteht in allen diesen Fällen nicht, vielmehr ist die Befugnis, Rechtsverhältnisse durch Verwaltungsakt zu regeln, unbestritten, und zwar auch dann, wenn in Rechte des Beamten eingegriffen wird. Wenn aber der Dienstherr die einzelnen Pflichten des Beamten durch Verwaltungsakt konkretisieren darf, so muss dies auch für die Festsetzung von beamtenrechtlichen Rückforderungsansprüchen gelten; denn die Geltendmachung einer Rückforderung aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften ist selbst die Konkretisierung der gesetzlich statuierten Rückerstattungspflicht des Beamten, sie stellt jedenfalls nichts anderes als die "Kehrseite" der Befugnis dar, die beamtenrechtlichen Verpflichtungen durch Verwaltungsakt festzusetzen. Die Befugnis, einen Anspruch festzusetzen, bildet einen Annex der ursprünglichen Regelungsbefugnis. Wäre die Verwaltung insoweit auf den Klageweg verwiesen, würde ein an sich einheitlicher Verfahrensvorgang in einer Weise aufgespalten, die dem Beamtenverhältnis seiner ganzen Struktur nach fremd ist.³³ Die Rechtsprechung geht deshalb auch nahezu einhellig davon aus, dass der Dienstherr Rückforderungsansprüche gegenüber seinem Beamten durch Verwaltungsakt geltend machen kann. Insoweit wird man in § 49a Abs. 1 Satz 2 VwVfG auch die Normierung eines allgemeinen Rechtsgedankens sehen können, der zumindest dann gilt, wenn eine Leistung aufgrund eines Verwaltungsaktes (hier den Ernennungen) erbracht wurde.

Somit durfte das Bezirksamt auch einen etwaigen Rückforderungsanspruch durch Verwaltungsakt festsetzen. Auch die Rückforderung ist somit formell ordnungsgemäß.

3. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Rückforderungsanspruchs nach § 12 Abs. 2 BBesG

Fraglich ist deshalb, ob auf Grund des § 12 Abs. 2 BBesG tatsächlich die gesamten 76.000,- Euro zurück verlangt werden können. Die Zahlung dieser Bezüge in den

³² Vgl. z. B. Schoch, Jura 2010, 670, 672 f.

³³ Osterloh, JuS 1983, 280, 284 f.

Jahren 2003 bis 2009 erfolgte wegen der Rückwirkung der Rücknahme der Beamtenernennungen jedenfalls ohne Rechtsgrund und stellte auch eine Leistung an *Bieber* i.S.d. § 12 Abs. 2 BBesG i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB dar. Da Berechnungsgrundlage für das Rückforderungsbegehren nur die Netto-Besoldungsbezüge waren, ist auch klar, dass nur solche Beträge zurückverlangt wurden, die *Bieber* auch tatsächlich i.S.d. § 12 Abs. 2 BBesG i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB "erlangt" hat.

Anmerkung: Str. ist, ob auch die Brutto-Bezüge zurückverlangt werden können. Das BVerwG bejaht dies.³⁴

Dass *Bieber* die geleisteten Bezüge bestimmungsgemäß verbraucht hat, steht einer Erstattungspflicht gemäß § 12 Abs. 2 BBesG i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht entgegen, sofern sich *Bieber* nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann. Dem könnte entgegenstehen, dass *Bieber* insoweit letztlich nur eigene Aufwendungen erspart hat. Dies kann hier jedoch dahingestellt bleiben, wenn sich *Bieber* nach § 12 Abs. 2 Satz 2 BBesG nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, weil der Mangel des Rechtsgrundes so offensichtlich war, dass *Bieber* ihn hätte erkennen müssen. Soweit der rechtliche Grund wegen Rücknahme der Ernennung wegfällt, kommt es insoweit auf die Kenntnis des Rücknahmegrundes an, die bei Rücknehmbarkeit wegen eigener arglistiger Täuschung nahezu immer gegeben sein wird³⁵ und auch hier vorliegt, da *Bieber* die Gründe kannte, die zur Rücknahme seiner Ernennungen führten.

Somit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des Rückforderungsanspruchs nach § 12 Abs. 2 BBesG in Höhe der gesamten 76.000,- Euro vor.

4. Ordnungsgemäße Ermessensausübung

Nach § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln "können" die gewährten Leistungen dem Beamten auch nach Rücknahme seiner Ernennung belassen werden, sie „sollen“ ihm belassen werden, wenn er die Rücknahme nicht zu vertreten hat. § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln modifiziert dementsprechend die Regelung des § 12 Abs. 2 BBesG – was dieser auch aufgrund des in § 12 Abs. 2 Satz 1 BBesG enthaltenen Vorbehalts anderweitiger gesetzlicher Regelung zulässt – dahingehend, dass die Durchsetzung des Rückforderungsanspruchs als solche bereits in das Ermessen der Behörde gestellt wird, ohne dass hierfür eine "Unbilligkeit" erforderlich wäre, welche § 12 Abs. 2 Satz 3 BBesG für ein Absehen von der Durchsetzung fordert. Fraglich ist somit, ob das Bezirksamt sein Ermessen insoweit ordnungsgemäß i.S.d. § 40 VwVfG ausgeübt hat. Da *Bieber* hier die Gründe kannte, eine arglistige Täuschung begang und deshalb auch die Rücknahme zu vertreten hat, scheidet eine intendierte Ermessensentscheidungen nach der 2. Alternative für ihn aus.

Es könnten Zweifel bestehen, ob das Bezirksamt sein Ermessen **entsprechend dem Zweck der Ermächtigung** ausgeübt hat. Das Bezirksamt begründet das Rückforderungsbegehren nämlich vor allem mit der angespannten Finanzlage des Bezirkes. Ob allerdings fiskalische Erwägungen bei der Ermessensentscheidung

³⁴ BVerwG NVwZ-RR 1999, 387.

³⁵ BVerwG NVwZ 2000, 443, 444.

nach § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln überhaupt ausschlaggebend sein können, erscheint eher als zweifelhaft. Indem § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln dem Dienstherrn die Möglichkeit eröffnet, dem von der Rücknahme einer Ernennung Betroffenen die bis zu seiner Ernennung zugeflossenen Bezüge zu belassen, wird eine Ausnahme von der allgemeinen haushaltsrechtlichen Pflicht normiert, Einnahmen rechtzeitig und vollständig zu erheben. Die fiskalischen Interessen des Dienstherrn werden somit nach der Konzeption des § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln nur dann berücksichtigt, wenn kein Grund besteht, dem Betroffenen die Bezüge zu belassen. Sie allein können somit nicht rechtfertigen, dem Betroffenen die Bezüge *nicht* zu belassen.

Anmerkung: Anders ist dies etwa bei der Rückforderung von Subventionen: "Den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kommt beim Widerruf einer Subventionsbewilligung wegen Zweckverfehlung eine ermessenslenkende Wirkung zu".³⁶

Vielmehr dürfen bei der Ermessensentscheidung allein Gründe, die in der Person und dem Verhalten des Betroffenen liegen, als ausschlaggebend berücksichtigt werden. Hieran ändert entgegen der Auffassung *des Bezirksamts* auch der Umstand nichts, dass die Besoldung des Beamten rechtlich nicht als Entlohnung für konkrete Dienste anzusehen ist, sondern dass der Beamte eine **Alimentation** erhält, die seine wirtschaftliche Unabhängigkeit und damit auch die Erfüllung seiner Pflichten als Beamter sicherstellen soll.³⁷ Dass sich Besoldung und Dienstpflicht des Beamten nicht im Sinne eines echten Gegenseitigkeitsverhältnisses gegenüberstehen, bedeutet nicht, dass keinerlei rechtliche Verknüpfungen zwischen den wechselseitigen Hauptrechten und der Hauptpflichten aus dem Beamtenverhältnis bestehen. So zeigt etwa § 9 BBesG, dass Besoldung und Erfüllung der Dienstpflicht nicht völlig unverbunden nebeneinander stehen. Umgekehrt soll § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln dem Umstand Rechnung tragen, dass es als gerechtfertigt erscheint, dass derjenige, der innerhalb eines gewissen Zeitraums tatsächlich Dienste für den Dienstherrn geleistet hat, für diese Dienste auch "entlohnt" wird, zumindest soweit diese Dienstleistungen objektiv dem "Wert" der Dienstherrnleistungen entsprechen.

Damit entsprechen die rein fiskalischen Erwägungen, mit denen das Bezirksamt ein "weiteres Entgegenkommen" gegenüber *Bieber* abgelehnt hat, i.S.d. § 40 VwVfG nicht dem Zweck der Ermächtigung des § 15 Abs. 2 i.V.m § 14 Abs. 3 LBG Bln. Die Ermessensentscheidung war somit fehlerhaft. Dieser Fehler ist auch nicht nach § 46 VwVfG unbeachtlich, weil es sich hierbei nicht um einen Verfahrens-, Form- oder Zuständigkeitsfehler handelt, sondern um einen grundsätzlich nicht heilbaren materiellrechtlichen Fehler.³⁸ Aber selbst wenn man von einer entsprechenden Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 46 VwVfG auch auf Ermessensfehler

³⁶ BVerwGE 105, 55.

³⁷ [BVerfGE 44, 249, 264](#); [BVerfG, 2 BvL 4/83 v. 15.10.1985](#) = BVerfGE 71, 39, 63; [BVerfG, 2 BvL 26/91 u. a. v. 24. 11. 1998, Abs. 35 ff.](#) = [BVerfGE 99, 300, 314 f.](#); [BVerfG, 2 BvL 17/09 u. a. v. 5.5.2015, Abs. 119](#) = NJW 2015, 1935, Abs. 119; [BVerwG, 2 C 50/11 v. 27.3.2014, Abs. 14 f.](#) = NVwZ-RR 2014, 957, Abs. 14 f.

³⁸ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 46 Rn. 36.

ausgeht,³⁹ so ist hier jedoch gerade nicht offensichtlich, dass dieser Ermessensfehler die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Sowohl die Grundlegung nur der Netto-Bezüge bei der Berechnung der Erstattungssumme wie der Abzug des Sozialhilfesatzes als auch die gleichsam entschuldigende Äußerung des *Bezirksamts*, dass ein weiteres "Entgegenkommen" nicht möglich sei, machen deutlich, dass die rechtswidrigerweise in die Ermessensentscheidung mit einbezogenen fiskalischen Erwägungen für diese Entscheidung allein maßgeblich waren und nicht etwa auch personenbezogene Erwägungen, wie z. B. der – vom Bezirksamt anscheinend nicht als maßgeblich erachtete – Umstand, dass sich *Bieber* seine Ernennung durch arglistige Täuschung des Dienstherrn "erschlichen" hatte. Der Ermessensfehler ist somit nicht unbeachtlich.

5. Ergebnis zu III

Die Rückforderung der 76.000,- Euro war somit wegen eines Fehlers bei der Ermessensausübung materiell rechtswidrig.

IV. Ergebnis zu B

Die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit und die Rücknahme der Ernennung zum Beamten auf Probe war somit rechtmäßig, die Rückforderung der 76.000,- Euro ist demgegenüber rechtswidrig und verletzt *Bieber* insoweit auch in seinen Rechten. Die Klage *Biebers* ist dementsprechend nur in Bezug auf die Rückforderung der 76.000,- Euro begründet, im Übrigen jedoch unbegründet.

C) Gesamtergebnis

Die Klage ist somit zwar insgesamt zulässig, jedoch nur in Bezug auf die Rückforderung der 76.000,- Euro begründet und hat damit nur teilweise Aussicht auf Erfolg.

Siehe zu Vertiefung:

- zum Erfordernis der "gesundheitlichen Eignung" von Beamten: [BVerwG, II C 87/59 v. 17.5.1962](#) = ZBR 1963, 215 ff.; [BVerwG, 2 C 12/11 v. 25.7.2013](#) = BVerwGE 147, 244 ff.; [BVerwG, 2 C 16/12 v. 30.10.2013](#) = BVerwGE 148, 204 ff.; [OVG Bautzen, 2 B 431/13 v. 12.9.2013](#) = SächsVBl. 2013, 303 ff.; [OVG Greifswald, 2 M 168/97 v. 23. 4. 1998](#) = DÖD 1999, 43 ff.; [OVG Lüneburg, 5 LC 190/09 v. 25.1.2011](#) = DÖD 2011, 113 ff.; [OVG Lüneburg DÖD 2012, 82 ff.](#); [OVG Lüneburg, 5 LB 33/11 v. 31.7.2012](#) = DÖD 2012, 254 ff.; [OVG Lüneburg, 5 LC 216/12 v. 31.7.2012](#) = RiA 2012, 213 ff.; [OVG Lüneburg, 5 LC 226/11 v. 31.12.2012](#) = RiA 2012, 215 ff.; [VGH München, 3 BV 08.405 v. 13.4.2012](#) = ZBR 2013, 52 ff.; [VG Darmstadt, 1 E 470/04 v. 24.6.2004](#) = NVwZ-RR 2006, 566 ff.; [Fricke/Schütte, DÖD 2012, 121 ff.](#); [Seewald, VerwArch. 80 \(1989\), 163 ff.](#); [Wittowski, NVwZ 2014, 376 ff.](#)

³⁹ In diese Richtung wohl BVerwGE 86, 244, 252 f.

- zur Rücknahme einer Beamtenernennung wegen arglistiger Täuschung und ihren Rechtsfolgen: [BVerwG, II C 195.61 v. 12.9.1963](#) = BVerwGE 16, 340 ff.; [BVerwG, VI C 95.67 v. 25.10.1968](#) = BVerwGE 31, 1 ff.; [BVerwG, 2 C 30.84 v. 18.9.1985](#) = DVBl. 1986, 148 ff.; [BVerwG, 2 C 50.78 v. 31.1.1980](#) = BVerwGE 59, 366 ff.; [BVerwG, 2 C 23.96 v. 24.10.1996](#) = BVerwGE 102, 178 ff.; [BVerwG, 2 C 11.99 v. 21.10.1999](#) = BVerwGE 109, 365 ff.; Grundmann, ZBR 1999, 154 ff.; Günther, DÖD 1990, 281 ff.