

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 68

# Das faktische Dienstverhältnis

Von

Dr. Ernst Brückner



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

***Ernst Brückner* / Das faktische Dienstverhältnis**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 68**

# Das faktische Dienstverhältnis

Von

Dr. Ernst Brückner



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1968 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61  
Printed in Germany

# Inhaltsverzeichnis

<b>Aufgabenstellung</b>	13
<b>§ 1. Entstehungstatbestände faktischer Dienstverhältnisse</b>	14
<i>A. Anfängliche Unwirksamkeit</i>	14
I. Einstellung	14
1. Zuständigkeitsmängel	14
2. Mangelnde Dienstherrnfähigkeit	15
3. Verfahrensmängel	15
a) Mangelnde Mitwirkung einer anderen Behörde	15
b) Unwirksamkeit einer Wahl	16
4. Formmängel	17
5. Inhaltliche Mängel	18
a) Einstellung unter Nebenbestimmungen	18
b) Entmündigung, mangelnde Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden	18
c) Mangelnde deutsche Staatsangehörigkeit des Eingestellten	19
d) Mangelnde Mitwirkung des Bewerbers	19
II. Einberufung	21
1. Nichtigkeitsgründe des allgemeinen Verwaltungsrechts	21
2. Mangelnde Mitwirkung	22
3. Nichtigkeit des Musterungsbescheides	23
<i>B. Rückwirkende Vernichtung der Einstellung</i>	23
I. Rücknahmepflicht des Dienstherrn	26
II. Rücknahmerecht des Dienstherrn	26
III. Vernichtung durch den Eingestellten	27
<i>C. Tatsächliches Weiterdienen trotz rechtlicher Beendigung des Dienstverhältnisses</i>	27
I. Sich selbst vollziehende Beendigungsgründe	27
1. Fristablauf	28
2. Wechsel von Dienstverhältnis und Dienstherrn	28
3. Strafurteil	29
4. Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte	29
II. Vollzugsbedürftige Beendigungsgründe	29
III. Suspensiveffekt	30

<b>§ 2. Der Rechtscharakter des faktischen Dienstverhältnisses</b>	<b>32</b>
<i>A. Spezialität des Dienstrechts</i>	33
<i>B. Neuere Subjektlehre</i>	34
<i>C. Subjektionslehre</i>	34
<i>D. Begründungstatbestände faktischer Verwaltungsrechtsverhältnisse</i>	37
I. Erfordernis eines Anknüpfungspunktes	37
II. Qualifizierung des Anknüpfungspunktes	38
III. Einstellung als Anknüpfungspunkt	38
1. Rechtsfolgen von nichtiger Einstellung und Nichteinstellung	39
a) Wirksamkeit von Amtshandlungen	39
b) Bezüge	39
c) Nachversicherung	39
d) Straf- und haftungsrechtliche Beamteneigenschaft	40
e) Rechtsweg	40
2. Minimalanforderungen an den Einstellungsakt	40
a) Allgemeine Prinzipien	40
aa) Staatsautorität als Ursprung des Aktes	41
bb) Rechtsschein	41
cc) Möglichkeit des Staates, einen Willen zu bilden	41
b) Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts	42
aa) Erforderlichkeit einer Abweichung	42
aaa) Mangelnde Mitwirkung	42
bbb) Nebenbestimmungen	44
ccc) Formmängel	44
bb) Bedenken gegen eine Abweichung	46
c) Ergebnis	47
 <b>§ 3. Einzelrechtsfolgen des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses des de facto Beamten (Soldaten)</b>	 <b>49</b>
<i>A. Verhältnis de facto Beamter (Soldat) zum Dienstherrn</i>	49
I. Pflichten und Rechte, die dem Vorverhältnis und dem Dienstverhältnis unmittelbar entspringen	50
1. Pflichten des Dienstherrn, Rechte des Beamten	50
a) Allgemeine Wohlverhaltenspflicht	50
aa) Einstellungsanspruch	50
bb) Schadensersatzanspruch in Geld	51
b) Spezielle Fürsorgepflicht	51
aa) Einstellungsanspruch	52
bb) Schadensersatzanspruch in Geld	55
c) Pflicht, Zusicherungen zu erfüllen	56
aa) Einstellungsanspruch	57
bb) Schadensersatzanspruch in Geld	58
d) Pflicht zur Zahlung von Dienst- und Versorgungsbezügen	58
aa) Für die Zukunft	58
bb) Für die Vergangenheit	58

e) Nachversicherungspflicht .....	62
f) Recht auf Personalakteneinsicht, Dienstzeugnis .....	62
g) Wahrung des Besitzstandes .....	63
2. Pflichten des Beamten, Rechte des Dienstherrn .....	65
a) Treuepflicht .....	65
b) Dienstpflicht .....	67
c) Verschwiegenheitspflicht, Verbot der Geschenkkannahme, Pflicht zur Herausgabe amtlich empfangener Gegenstände .....	67
d) Schadensersatzverpflichtungen .....	68
e) Vollstreckungsmöglichkeiten des Dienstherrn .....	69
aa) Durch Verwaltungsakt und Urteil konkretisierte An- sprüche .....	69
bb) Durch Disziplinarverfügung und Disziplinarurteil kon- kretisierte Ansprüche .....	70
II. Rechte und Pflichten aus der „Umkehrung“ .....	73
1. Rechte des Dienstherrn .....	73
a) Vernichtung der causa .....	73
aa) Leistungen, die auf Urteil beruhen .....	74
bb) Leistungen, die auf Verwaltungsakt beruhen .....	74
cc) Leistungen, die unmittelbar auf Gesetz beruhen .....	75
b) Einreden .....	75
aa) Ausschluß durch §§ 14 Satz 2 BBG, 14 Abs. 2 Satz 2 LBG NW .....	76
bb) Berufung auf Vertrauensschutz .....	76
cc) Wegfall der Bereicherung .....	77
dd) Fehlerfreie Ermessensausübung .....	78
2. Rechte des de facto Beamten (Soldaten) aus der „Umkehrung“ .....	78
a) Vernichtung der causa .....	78
aa) Zivil- oder Verwaltungsgerichtsurteil .....	79
bb) Disziplinarmaßnahmen .....	79
cc) Defektenverfahren .....	80
b) Rückforderung der unmittelbar auf Gesetz beruhenden Leistungen .....	80
III. Fortdauerndes Gewaltunterworfensein .....	82
1. Disziplinalgewalt .....	82
2. Anwendbarkeit des Erstattungsgesetzes .....	82
3. Allgemeine Vollstreckungsgewalt des Dienstherrn .....	83
B. Verhältnis Dienstherr zum Bürger .....	85
I. Wirksamkeit von Amtshandlungen .....	85
II. Haftung .....	86
III. Abtretung, Verpfändung und Pfändung von Dienstbezügen .....	87
C. Verhältnis Bürger zum de facto Beamten (Soldaten) .....	88
I. Haftung .....	88
1. Auf Grund hoheitlichen Handelns .....	88
2. Auf Grund fiskalischen Handelns .....	89

II. Abtretung von Bezügen .....	89
III. Verpfändung von Bezügen .....	90
IV. Pfändbarkeit von Bezügen .....	90
V. Verlängerung von Mietverhältnissen .....	90
D. <i>Verhältnis der staatlichen Strafgewalt zum de facto Beamten (Soldaten)</i>	91
I. Verhältnis der staatlichen Strafgewalt zum de facto Beamten .....	91
II. Verhältnis der staatlichen Strafgewalt zum de facto Soldaten .....	92
E. <i>Verhältnis der staatlichen Strafgewalt zum Bürger</i> .....	94
I. Straftaten durch Einflußnahme auf den de facto Beamten .....	94
II. Straftaten durch Einflußnahme auf den de facto Soldaten .....	94
F. <i>Verhältnis der staatlichen Strafgewalt zum fehlerfrei eingestellten Soldaten</i> .....	95
I. Vorgesetztenverhältnisse auf Grund der Dienststellung .....	95
II. Vorgesetztenverhältnisse auf Grund des Dienstgrades, auf Grund eigener Erklärung .....	96
III. Vorgesetztenverhältnisse auf Grund besonderer Anordnung .....	96
G. <i>Gesamtergebnis</i> .....	96
<b>§ 4. Lösungsmöglichkeiten</b>	
	99
A. <i>Umdeutung in einen privatrechtlichen Vertrag</i> .....	99
B. <i>Umdeutung in einen öffentlich-rechtlichen Vertrag</i> .....	100
C. <i>Verwaltungsakt auf Unterwerfung</i> .....	101
D. <i>Außerkräfttreten von Formvorschriften</i> .....	102
E. <i>Geschäftsführung ohne Auftrag</i> .....	103
F. <i>Venire contra factum proprium</i> .....	104
G. <i>Faktisches Arbeitsverhältnis</i> .....	105
<b>§ 5. Anerkennung des faktischen Dienstverhältnisses als Dienstverhältnis im statusrechtlichen Sinne</b>	
	107
A. <i>Verdichtungsstufen</i> .....	108
I. Bis zum Stabilisierungszeitpunkt .....	108
II. Nach Stabilisierungszeitpunkt .....	108
III. Lebensinhalt .....	108
B. <i>Rechtliche Anerkennung als Ausfluß allgemein gültiger Prinzipien</i> .....	108
I. Gerechtigkeits- und Ordnungsfunktion .....	109
1. Versagen der Gerechtigkeitsfunktion .....	109
a) Inhalt .....	109
b) Hindernisse .....	110
2. Versagen der Ordnungsfunktion .....	112

3. Einzelausprägungen .....	112
a) Gesetzliche Beispielfälle .....	113
b) Außergesetzliche Beispielfälle .....	113
II. Postulat des sozialen Schutzes .....	114
1. Inhalt des Schutzes .....	114
2. Erstreckung des Schutzes auf den de facto Beamten (Soldaten) .....	115
III. Rechtsvergleich .....	116
1. Le fonctionnaire de fait (Frankreich) .....	116
2. The de facto officer (U.S.A.) .....	120
C. Vereinbarkeit mit gesetzlichen Vorschriften .....	122
I. Definition des Statusverhältnisses .....	122
II. Ernennung und Beamtenverhältnis .....	123
1. Begründung durch Ernennung .....	123
2. Verknüpfung von Ernennung und Beamtenverhältnis .....	124
a) § 27 Abs. 1 Satz 2 DBG .....	124
b) § 14 Abs. 1 LBG NW .....	125
3. Trennung auf Grund systematischer Stellung .....	126
4. Struktur des Statusverhältnisses .....	126
5. Ergebnis .....	126
III. Nichtigkeit, Vernichtbarkeit .....	127
IV. Wirksamkeit von Amtshandlungen .....	128
V. Beendigungstatbestände .....	128
VI. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung .....	129
VII. Besonderheiten des Statusrechts .....	130
1. Rückwirkende Einstellung .....	130
2. Rechtsklarheit des Statusrechts .....	131
<b>§ 6. Konkrete Ausgestaltung der Rechtsfolgen fehlerhafter Einstellungen</b>	
	<b>134</b>
A. Bis zum Zeitpunkt des Dienstantritts .....	134
B. Bis zum Zeitpunkt der Stabilisierung .....	135
I. Inhalt der Beziehungen .....	135
II. Bestimmung des Zeitpunkts .....	135
1. Bestimmende Elemente .....	136
a) Verkürzung .....	136
b) Verlängerung .....	137
2. Lösung von Grenzfällen .....	137
a) Kein „non liquet“ .....	137
b) Zurechenbarkeit der Fehlentwicklung .....	138

<i>C. Nach Stabilisierung</i> .....	138
I. Grundsatz .....	138
II. Einzelausgestaltung .....	138
1. Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit auf Forderungen .....	139
a) Begründung von Forderungen .....	140
aa) Ansprüche aus der „Umkehrung“ .....	140
bb) Ansprüche, die dem Verhältnis unmittelbar entspringen .....	141
b) Vernichtung von Forderungen .....	142
aa) Forderungen, die unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhen .....	142
bb) Durch begünstigenden Verwaltungsakt konkretisierte Forderungen .....	143
cc) Durch belastenden Verwaltungsakt konkretisierte Forderungen .....	143
dd) Durch Gerichtsurteil konkretisierte Forderungen .....	144
ee) Durch rechtskräftige, noch nicht vollstreckte Gerichtsurteile konkretisierte Forderungen .....	144
ff) Ergebnis .....	144
2. Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit der Rechtsgrundlage auf allgemeine Strafansprüche des Staates .....	144
a) Grundsätze .....	144
b) Einzelausgestaltung .....	145
aa) Bis zur Stabilisierung .....	145
bb) Nach Stabilisierung .....	146
3. Auswirkungen der Fehlerhaftigkeit auf die rechtliche Bewertung von Dienstvergehen .....	147
a) Beamtenrecht .....	147
aa) Erkenntnis vor Stabilisierungszeitpunkt .....	148
bb) Erkenntnis nach Stabilisierungszeitpunkt .....	148
aaa) Tat und Bestrafung lagen vor Stabilisierungszeitpunkt .....	148
bbb) Tat lag vor oder nach, Bestrafung nach Stabilisierungszeitpunkt .....	148
b) Soldatenrecht .....	149
aa) Zulässigkeit von Disziplinarmaßnahmen nach Erkenntnis der Fehlerhaftigkeit der Rechtsgrundlage .....	149
bb) Revision der Folgen vollstreckter Disziplinarmaßnahmen .....	150
<i>D. Beamten(Soldaten)eigenschaft als Lebensinhalt</i> .....	151
I. Abwicklung bei Vernichtbarkeit der Einstellung .....	152
II. Abwicklung bei Nichtigkeit der Einstellung .....	155
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	159
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	165

## Abkürzungsverzeichnis

AnVG	= Angestelltenrentenversicherungsgesetz i. d. F. vom 23. 2. 1957 (BGBl I S. 88)
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ARS	= Arbeitsrechtssammlung
AS	= Amtliche Sammlung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
Bay VBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Betriebsberater
BBG	= Bundesbeamtengesetz i. d. F. vom 1. 10. 1961 (BGBl I S. 1801)
BDH	= Bundesdisziplinarhof
BDO	= Bundesdisziplinarordnung i. d. F. vom 21. 8. 1961 (BGBl I S. 1361)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMVtg	= Bundesminister für Verteidigung
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz i. d. F. vom 22. 10. 1965 (BGBl I S. 1753)
BSG	= Bundessozialgericht
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BW	= Baden-Württemberg
CE	= Conseil d'Etat
DBG	= Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937 (RGBl I S. 39)
DöD	= Der öffentliche Dienst
DöV	= Die öffentliche Verwaltung
DO NW	= Disziplinarordnung des Landes Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 1. 6. 1962 (GVBl S. 305)
DRiG	= Deutsches Richtergesetz vom 8. 9. 1961 (BGBl I S. 1665)
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
EheG	= Ehegesetz vom 20. 2. 1946 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland 77)
ErstG	= Erstattungsgesetz vom 18. 4. 1937 (RGBl I S. 461)
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl S. 1)
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
HGB	= Handelsgesetzbuch
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
LAG	= Landesarbeitsgericht
LBG BW	= Landesbeamtengesetz für Baden-Württemberg vom 1. 8. 1962 (GVBl S. 89)
LBG NW	= Landesbeamtengesetz für Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 1. 6. 1962 (GVBl S. 271)
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LVO NW	= Laufbahnverordnung für Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 30. 6. 1964 (GVBl S. 219)

MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBliv	=	Ministerialblatt für die preußische innere Verwaltung
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	=	Oberlandesgericht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
p.	=	page
PGAG	=	Gesetz über den Personalgutachterausschuß der Streitkräfte vom 23. Juli 1955 (BGBl I S. 451)
PrOVG	=	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RAG	=	Reichsarbeitsgericht
Rec	=	Recueil
RG	=	Reichsgericht
RGBI	=	Reichsgesetzblatt
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHO	=	Reichshaushaltsordnung i. d. F. vom 14. 4. 1930 (RGBI II S. 693)
RhPf	=	Rheinland-Pfalz
RiA	=	Das Recht im Amt
SG	=	Soldatengesetz vom 19. 3. 1956 (BGBl I S. 114)
StGB	=	Strafgesetzbuch
StPO	=	Strafprozeßordnung
SVG	=	Soldatenversorgungsgesetz i. d. F. vom 8. 8. 1964 (BGBl I S. 650)
U. S.	=	United States Supreme Court (Band und Seite der amtlichen Entscheidungssammlung)
v	=	versus = gegen
VerfBay	=	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. 12. 1946 (GVBl S. 333)
VerfHess	=	Verfassung des Landes Hessen i. d. F. vom 22. 7. 1950 (GVBl S. 131)
Verf.NW	=	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 27. 7. 1965 (GVBl S. 220)
Verf.RhPf.	=	Verfassung für Rheinland-Pfalz i. d. F. vom 3. 2. 1964 (GVBl S. 19)
VerwRspr	=	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	=	Verwaltungsgericht
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VMBI	=	Ministerialblatt des Bundesministers für Verteidigung
VWGO	=	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl I S. 17)
VwVG	=	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes i. d. F. vom 21. 4. 1961 (BGBl I S. 425)
VwVG NW	=	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 23. 6. 1957 (GVBl S. 216)
WBO	=	Wehrbeschwerdeordnung vom 23. 12. 1956 (BGBl I S. 1066)
WDO	=	Wehrdisziplinarordnung i. d. F. vom 9. 6. 1961 (BGBl I S. 697)
WP	=	Wahlperiode
WPfIG a. F.	=	Wehrpflichtgesetz i. d. F. vom 25. 5. 1962 (BGBl I S. 349)
WPfIG	=	Wehrpflichtgesetz i. d. F. vom 14. 5. 1965 (BGBl I S. 390)
WStG	=	Wehrstrafgesetz vom 30. 3. 1957 (BGBl I S. 298)
ZBR	=	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZgesStW	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZPO	=	Zivilprozeßordnung

Der Berliner Prozessualist James Goldschmidt hielt im Sommersemester 1927 eine Vorlesung über Strafprozeßrecht. Bei der Behandlung der Vollstreckung rechtskräftiger Todesurteile erklärte er die Besonderheiten der Intramuranhinrichtung, bei deren Vollzug zwölf unbescholtene Bürger als Solemnitätszeugen anwesend sein mußten. Goldschmidt fuhr fort: „Sind es nur elf, dann ist die ganze Hinrichtung nichtig!“

## Aufgabenstellung

Beamter und Soldat stehen zu ihrem Dienstherrn in einer personenrechtlichen Dauerbeziehung. Sie wird begründet durch den Verwaltungsakt der Einstellung<sup>1</sup>, beim Wehrpflichtigen durch Musterung und Einberufung. Ihr Inhalt ist gesetzlich fest umrissen. Rechtliche Konstruktion und tatsächlicher Ablauf des Dienstverhältnisses entsprechen sich fast immer. In manchen Fällen weichen beide jedoch voneinander ab. Irrtümlicherweise werden von Scheindienstherrn und Gewaltunterworfenem auf das Verhältnis zueinander dienstrechtliche Vorschriften angewandt, die — bei nachträglicher Betrachtungsweise — unanwendbar gewesen sind. Oft dauert es Jahre, ja sogar Jahrzehnte, bis der Fehler erkannt wird.

Eine Person, die mit Wissen und Wollen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts in deren Organisation eingegliedert worden ist und dort wie ein Beamter oder Soldat Dienste geleistet hat, ohne auf Grund eines gültigen Einstellungsaktes dazu verpflichtet gewesen zu sein, soll als de facto Beamter (de facto Soldat) bezeichnet werden<sup>2</sup>.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Frage, ob bei der entstehenden Abweichung des tatsächlichen vom gewollten Geschehensablauf eine gerechte Lösung durch Anwendung allgemeiner Rechtsgedanken erreichbar ist.

---

<sup>1</sup> Einstellung ist eine Ernennung unter Begründung eines Beamten-(Soldaten-)verhältnisses; § 3 Abs. 1 Laufbahnverordnung für Nordrhein-Westfalen i. d. F. vom 30. 6. 1964 (GVBl S. 219).

<sup>2</sup> Die Bedenken, die Schröder DVBl 1957, 644 gegen die Bezeichnung „faktisches Beamtenverhältnis“ geltend macht, überzeugen nicht, zumal inzwischen im Soldatenrecht der Begriff des „de facto Soldaten“ und des faktischen Wehrdienstverhältnisses allgemein anerkannt ist, *Scherer* § 1 IV und der dort zitierte Erlaß des BMVtg vom 31. 3. 1959 P I 1 — Az 20-05-00; *Scherer-Krekeler* § 21 I 7; *Hahnenfeld* § 4 Anm. 11; *BDH RiA* 1966, 38 f.

## **§ 1. Entstehungstatbestände faktischer Dienstverhältnisse**

Eine Dauerbeziehung, von deren Beamten-(Soldaten-)rechtscharakter alle Beteiligten fälschlich ausgegangen sind, kann auf verschiedenen Tatbeständen beruhen.

### **A. Anfängliche Unwirksamkeit**

Der Akt der Einstellung oder Einberufung (beim Wehrpflichtigen) war von Anfang an unwirksam und damit untauglich, das angestrebte Dienstverhältnis zu begründen.

#### **I. Einstellung**

##### **1. Zuständigkeitsmängel**

Die von einer sachlich unzuständigen Behörde ausgesprochene Einstellung ist nichtig, §§ 8 Abs. 1 BRRG, 11 Abs. 1 BBG, 11 Abs. 1 LBG NW<sup>1</sup>. Die sachlich zuständige Behörde kann durch Bestätigung der Einstellung den Fehler rückwirkend heilen, §§ 8 Abs. 1 BRRG, 11 Abs. 1 BBG, 11 Abs. 3 LBG NW.

Im Soldatenrecht fehlt eine ausdrückliche Vorschrift, nach der die sachliche Unzuständigkeit der Einstellungsbehörde Nichtigkeit des Einstellungsaktes nach sich zieht. Diese Rechtsfolge ergibt sich jedoch aus einer Analogie zu den einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen. Zwar wird im allgemeinen Verwaltungsrecht aus Gründen des Vertrauensschutzes grundsätzlich nur die *offensichtliche* Kompetenzabweichung als nichtigkeitsbegründend angesehen<sup>2</sup>. Da jedoch insoweit die Interessenlagen bei Einstellung eines Soldaten und eines Beamten kongruent sind, ist angesichts der ausdrücklichen beamtenrechtlichen For-

---

<sup>1</sup> Die Zitierung der Vorschriften des Landesbeamtengesetzes für Nordrhein-Westfalen ist nur beispielhaft gemeint. Auf wesentliche Abweichungen zu den entsprechenden Bestimmungen anderer Länder wird ausdrücklich hingewiesen.

<sup>2</sup> *Forsthoff* § 12 S. 214; *Wolff* I § 51 III b.

mulierung für die Anwendung des allgemeinen Prinzips auch im Soldatenrecht kein Raum<sup>3</sup>.

Diese Fehlerhaftigkeit der Ernennung zum Soldaten kann jedoch die zuständige Behörde durch ex tunc wirkende Genehmigung heilen<sup>4</sup>. Wenn auch dafür eine ausdrückliche Bestimmung fehlt, so widerspricht doch die Bestätigung eines zunächst unwirksamen Verwaltungsaktes nicht den Eigenarten öffentlicher Dienstverhältnisse, wie die angeführten beamtenrechtlichen Vorschriften zeigen. Dieser allgemeine Rechtsgedanke findet lediglich für Richter in Hinsicht auf ihre besondere Rechtsstellung keine Anwendung, § 18 Abs. 1 Satz 2 DRiG<sup>5</sup>.

Durch eine solche Heilung werden nämlich weder Dienstherr noch Staatsdiener ungewollt belastet. Es ist keinem von beiden verwehrt, bis zur Genehmigungserklärung die Konsequenzen aus dem Einstellungsfehler zu ziehen. Die gewonnene Rechtsklarheit und Rechtssicherheit rechtfertigen die juristische Konstruktion des ex tunc Entstehens der statusrechtlichen Bindung.

## 2. Mangelnde Dienstherrnfähigkeit

Eine Einstellung ist unwirksam, wenn sie von einer Behörde ausgesprochen wurde, der es an der Fähigkeit mangelte, Dienstherr zu sein, § 121 BRRG<sup>6</sup>).

## 3. Verfahrensmängel

### a) Mangelnde Mitwirkung einer anderen Behörde

Fehlt die erforderliche Mitwirkung einer anderen Behörde, so ist eine Beamteneinstellung ebenfalls nichtig, §§ 10 Abs. 1 BRRG, 11 Abs. 1 Satz 2 LBG NW. Eine entsprechende Bestimmung fehlt im Soldatenrecht. Als mitwirkende Behörde kam der Personalgutachterausschuß — seine Tätigkeit ist inzwischen abgeschlossen<sup>7</sup> — in Betracht, § 1 Abs. 1 Satz 2 PGAG<sup>8</sup>, § 67 SG. Solange er die Eignung eines Bewerbers nicht bejaht hatte, konnte dieser nicht wirksam eingestellt werden, § 1 Abs. 2 PGAG. Auch die mangelnde Mitwirkung des Personalgutachterausschusses führte zur Nichtigkeit. Die Bestimmungen der §§ 10 Abs. 1 BRRG, 11 Abs. 1

<sup>3</sup> Scherer § 4 II, 3; ungenau Rittau § 1 Anm. 1 I.

<sup>4</sup> Scherer § 4 II, 3; Rittau a.a.O.; BDH DVBl. 1965, 694 f., 695.

<sup>5</sup> BDH a.a.O.

<sup>6</sup> Wiedow § 12 Anm. 12; Schütz LBG § 11 Anm. 2; Bay VGH Bay VBl 1956, 279 f.

<sup>7</sup> Gesetz vom 4. 9. 1967 (BGBl I S. 965).

<sup>8</sup> Gesetz über den Personalgutachterausschuß der Streitkräfte vom 23. 7. 1955 (BGBl I S. 451).