

2415 070

III ZR 171/53

Verkündet
laut Protokoll
am 21. März 1955

■, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Regierungsassessors Hans H ■ in D ■,
B ■ strasse ■,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

gegen

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den General-
staatsanwalt in Ha ■,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. März 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter
Dr. Pagendarm, Dr. Weber, Dr. Kreft und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
(Westf.) vom 15. Juni 1953 aufgehoben und die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war als Gerichtsreferendar im Jahre 1944 zum Assessor (K) ernannt worden und hatte nach Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft im Jahre 1946 den Vorbereitungsdienst für die Laufbahn des Richters und Staatsanwalts im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm fortgesetzt. Auf Grund eines Erlasses des Oberpräsidenten der Provinz Westfalen vom 30. Oktober 1945 wurde jedoch die Zahlung von Diäten an den Kläger ebenso wie an andere Assessoren (K) eingestellt. Der Kläger erhielt in der Folgezeit nur Unterhaltszuschüsse in Beträgen zwischen 80 und 120 RM monatlich. Er kam am 25. Juni 1948 um Urlaub zur Vorbereitung auf die Grosse Staatsprüfung ein. Der Oberlandesgerichtspräsident bewilligte ihm den Urlaub für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 1948 und ordnete zugleich an, daß die Zahlung des Unterhaltszuschusses ab 1. Juli 1948 bis zu dem Tage, an dem das Gesuch des Klägers um Zulassung zur Prüfung eingehe, eingestellt werde. Nachdem der Bundesgerichtshof im Urteil vom 29. Oktober 1951 - III ZR 197/50 - ausgeführt hatte, der genannte Oberpräsidentalerlass stelle inhaltlich keine Rechtsverordnung, sondern eine bloße Verwaltungsmaßnahme dar und habe als solche das ausserplanmäßige Beamtenverhältnis eines Assessors (K) nicht unmittelbar widerrufen, zahlte das beklagte Land auf Grund einer Rundverfügung des Justizministers an die in Betracht kommenden Assessoren (K) die Diäten für die Zeit vom 1. Juli 1948 bis zum Tag des Examens nach. Der Kläger erhielt jedoch für die Zeit seines Urlaubs keine Diäten nachgezahlt. Er hält dies für unberechtigt und klagt von diesen Diätenbeträgen, soweit sie seinen Unterhaltszuschuß überschreiten, einen Teilbetrag von 400 DM ein. In den Vorinstanzen ist er unterlegen. Mit der Revision verfolgt er seinen Klagantrag weiter. Das beklagte

- 3 -

Land bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Beide Parteien gehen im Anschluß an die genannte Entscheidung davon aus, daß der Kläger auch in der Zeit nach dem Oberpräsidialerlass außerplanmäßiger Beamter des beklagten Landes gewesen sei und als solcher einen Anspruch auf Diäten gehabt habe. Dagegen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

Bei Beantwortung der Frage, ob der Kläger auch für die Zeit seines Urlaubs Diäten beanspruchen kann, ist von der Bestimmung in § 17 Abs 3 DBG auszugehen. Nach dieser Vorschrift konnte bei der Erteilung eines nicht unter Abs 1 (Krankheit mit Verlassen des Wohnorts) oder unter Abs 3 (jährlicher Erholungsurlaub) fallenden Urlaubs der völlige oder teilweise Fortfall der Bezüge angeordnet werden. Hierzu bestimmte die Durchführungsverordnung in Nr 8, ein Urlaub, der lediglich persönlichen Belangen des Beamten dient, werde, abgesehen von der hier nicht in Rede stehenden Nr 6, nur unter Fortfall der Bezüge gewährt (Satz 1), bei einem Urlaub, der auch öffentlichen Belangen dient, könnten dem Beamten die Dienstbezüge zeitlich und dem Umfang nach begrenzt belassen werden (Satz 2). Über den Fortfall der Bezüge war nach § 17 Abs 4 DBG regelmäßig bei der Urlaubserteilung zu befinden; die Anordnung des Fortfalls setzte voraus, daß der Beamte mit dem Fortfall einverstanden war.

Das Berufungsgericht hält nun im vorliegenden Fall, in dem erst nachträglich die Berechtigung des Beamten auf Zahlung von Diäten klargestellt worden sei, die nachträg-



liche Anordnung des Fortfalls der Bezüge für statthaft und dadurch, daß die entsprechenden Diäten dem Kläger nicht nachgezahlt worden seien, für erfolgt. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Eine nachträgliche Anordnung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. In den von Nadler-Wittland, Deutsches Beamtengesetz Anm 31 zu § 17, als Beispiel aufgeführten Fällen, in denen nach Nr 8 Satz 2 DVO die volle Einbehaltung der Dienstbezüge erst nach bestimmter Dauer des Urlaubs anzuordnen ist, wird die Anordnung nach Beginn des Urlaubs, nicht aber, wie es vorliegend in Frage steht, mit rückwirkender Kraft getroffen. In dem im Schrifttum (Nadler-Wittland aaO; Fischbach, Deutsches Beamtengesetz, A III 2 b zu § 17) als weiteres Beispiel genannten Fall, daß erst nach Beendigung des Urlaubs die bestimmungswidrige Verwendung des Urlaubs erkannt wird, ergeht allerdings die Anordnung mit rückwirkender Kraft. Dies findet seine innere Rechtfertigung in dem pflichtwidrigen Verhalten des Beamten und damit in einem Tatbestand, der es für angängig erscheinen lassen kann, von dem Erfordernis des Einverständnisses des Beamten mit dem Fortfall seiner Bezüge abzusehen. Ein pflichtwidriges Verhalten dieser Art liegt hier nicht vor. Der Kläger hat um Urlaub eingegeben, dabei in den Fortfall derjenigen Beträge eingewilligt, die er sonst ausgezahlt erhalten hätte, und hat den Urlaub nicht bestimmungswidrig verwendet. Von seinem Einverständnis mit dem Fortfall der Bezüge kann daher bei Anwendung des § 17 DBG nicht abgesehen werden. Es hat mithin in seinem Falle bei der Regel zu verbleiben, daß eine nachträgliche, mit rückwirkender Kraft ergehende Anordnung über den Fortfall der Bezüge, die nur mit der im allgemeinen nicht zu erwartenden und nicht zu erreichenden Einverständniserklärung des Beamten verfügt werden könnte, nicht als zulässig angesehen werden kann. Auf die

von der Revision zur Nachprüfung gestellte Frage, ob vorliegend eine nachträgliche Anordnung ergangen ist, kommt es daher gar nicht mehr an.

Damit wird die Prüfung erforderlich, ob der Fortfall der vom Kläger eingeklagten Diätenbeträge bereits mit der Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten angeordnet worden ist, die dem Kläger den erbetenen Urlaub unter Einstellung der Zahlung der Unterhaltszuschüsse bewilligte. Entgegen dem Berufungsgericht ist auch diese Frage zu verneinen. Die hier in Rede stehenden Unterhaltszuschüsse und die Diäten sind nicht nur größenmässig, sondern auch ihrer inneren Natur nach voneinander verschieden. Jene Verfügung ordnete die Einstellung von Zahlungen ausdrücklich bezüglich der Unterhaltszuschüsse an. Das entsprach der Vorstellung, wie sie sowohl auf Seiten des Oberlandesgerichtspräsidenten als auch auf Seiten des Klägers damals bestand. Sie kann daher nicht im Wege der Auslegung auf die Einstellung von Diätenzahlungen bezogen werden. Dies ist auch in entsprechender Anwendung des § 140 BGB im Wege einer Umdeutung der Anordnung nicht möglich. Die Heranziehung des in § 140 BGB ausgesprochenen Rechtsgedankens der Konversion setzt voraus, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft, ein nichtiger Verwaltungsakt vorliegt. Die damalige Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten weist jedoch keinen Nichtigkeitsgrund auf; sie hat, was die Einstellung der an den Kläger zu entrichtenden Leistungen angeht, die dem Kläger in der Urlaubszeit zufließenden Unterhaltszuschüsse zum Gegenstand und bezieht sich infolgedessen nicht etwa auf ein nicht vorhandenes Objekt.

Eine Anordnung, daß dem Kläger für die Zeit seines Vorbereitungsurlaubs keine Diäten gezahlt werden sollen,

ist somit weder bei der Erteilung des Urlaubs ergangen, noch ist sie nachholbar. Infolgedessen kann der Kläger die eingeklagten Diäten grundsätzlich verlangen. Dem wäre anders, wenn er sich mit seinem Verlangen zu dem, was Treu und Glauben gebieten, in Widerspruch setzte. Die Berücksichtigung von Treu und Glauben, wie sie namentlich in § 242 BGB einen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der auch im öffentlichen Recht, freilich mit den sich aus diesem Rechtsgebiet ergebenden Einschränkungen, Geltung beansprucht. Er hat gerade im Beamtenverhältnis, das auf der einen Seite durch die Fürsorgepflicht des Dienstherrn, auf der anderen Seite von der Treuepflicht des Beamten bestimmt wird, seine besondere Ausprägung erfahren. Die Treuepflicht eines Beamten verlangt gerade von ihm, gegenüber seinem Dienstherrn die Gebote von Treu und Glauben zu beachten, und kann dazu führen, daß der Beamte sich eine Schmälerung der ihm zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche gefallen lassen muß.

Nach dieser Richtung ist der Vertrag des beklagten Landes bedeutsam, der dahin geht: Dem Kläger sei es damals entscheidend darauf angekommen, durch die Bewilligung des Urlaubs die benötigte Zeit zur Vorbereitung auf die heranahende Prüfung zu erhalten; zu diesem Zweck wäre er für die Zeit seines Urlaubs auch mit dem Fortfall von Diäten einverstanden gewesen; hätten die Beteiligten damals die Rechtslage richtig erkannt, so hätte der Kläger Urlaub nur unter Fortfall ihm etwa zustehender Diätenbezüge bewilligt erhalten. Wäre aber der Kläger damals tatsächlich bereit gewesen, die mit dem Gewinn der Vorbereitungszeit für ihn verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen und einen "unbezahlten Urlaub" zu erhalten, so ginge es nicht an, wenn er heute, nachdem er die Vorteile des Urlaubs genossen

hat, von seiner früheren Bereitschaft nichts mehr wissen und das Fehlen einer ursprünglichen Anordnung über den Wegfall der Diätenzahlungen sowie die Unmöglichkeit, die Anordnung nachzuholen, ausnützen wollte, um sich des mit dem Urlaub verbundenen finanziellen Ausfalls zu entschlagen. Das wäre mit der allgemeinen Anschauung von dem, was Anstand und Billigkeit von einem Beamten verlangen und mit der dem Kläger obliegenden Beamtentreuepflicht nicht zu vereinbaren. Hierbei ist es ohne Belang, daß der Kläger das Fehlen einer Anordnung über den Fortfall von Diätenbezügen nicht verschuldet hat. Entscheidend ist allein, ob die gegenwärtige Geltendmachung des Diätenanspruchs als unzulässig erscheint.

Der Kläger hat eine von dem beklagten Land abweichende Darstellung gegeben und des näheren vorgetragen, er würde von einem Urlaubsgesuch abgesehen haben, wenn er seine Berechtigung zum Empfang von Diäten gekannt hätte. Wäre dem so, dann könnte es dem Kläger nicht verdacht werden, wenn er die ihm zustehenden Bezüge nachverlangt. Das Berufungsgericht hat zu dem beiderseitigen Parteivortrag keine eindeutigen Feststellungen getroffen. Das Urteil sagt nur bei seiner Untersuchung, ob der Kläger überhaupt nach dem Geschehensablauf durch die Nichtzahlung von Diäten für die Urlaubszeit einen Schaden erlitten habe, der Kläger habe durch sein Urlaubsgesuch gezeigt, daß er selbst nicht daran gedacht habe, ohne Urlaub die erforderliche Vorbereitungszeit für die Prüfung zu bekommen, und daß er in der Lage gewesen sei, den Urlaub anzutreten, obwohl er vorher nur die niedrigen Unterhaltszuschüsse bezogen habe.

Das Berufungsgericht erklärt es dagegen für nicht feststellbar, daß der Kläger ohne den erbetenen Urlaub im

Hinblick auf den starken Andrang zum Staatsexamen die Prüfung nicht hätte früher ablegen können, und folgert daraus, der Kläger habe durch die Nichtzahlung der Diäten während der Urlaubszeit keinen Verlust erlitten, weil er für den gleichen, nur um die Zeit seines Urlaubs herausgeschobenen Zeitraum Diäten erhalten habe. Der Kläger hat nach seiner im Berufungsurteil in Bezug genommenen Klagebehauptung sich am 1. Oktober 1948 zur Prüfung gemeldet und alsdann ab 3. Oktober 1948 bis zum Prüfungstag (24. Februar 1949) wieder Unterhaltszuschüsse ausgezahlt bekommen. Da der Kläger, jedenfalls nach dem bisherigen Sachstand, ohne die Bewilligung des Urlaubs ebenfalls von der Meldung zur Prüfung an bis zu ihrer Ablegung Unterhaltszuschüsse gewährt bekommen hätte, braucht er sich die in dieser Zeitspanne geleisteten Beträge nicht aus der vom Berufungsgericht angestellten Erwägung auf ihm für die Zeit des Urlaubs zustehenden Bezüge anrechnen zu lassen.

Die Zu- oder Aberkennung des Klaganspruchs hängt so- nach von einer vom Berufungsgericht noch zu klärenden tatsächlichen Frage ab. Zu diesem Zweck ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zu-

rückzuverweisen (§§ 564, 565 ZPO). Ihm wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz überlassen.

Dr. Geiger

Dr. Pagendarm

Dr. Weber

Dr. Kreft

Dr. Hußla