

Beamtenrecht in Bayern

Praktiker-Kommentar

Bearbeitet von

Dr. Hans Weiß, Franz Niedermaier, Prof. Dr. Rudolf Summer, Dr. Siegfried Zängl, Dr. Maximilian
Baßlsperger, Michael Conrad

Loseblattwerk mit 198. Aktualisierung 2017. Loseblatt. Rund 9394 S. In 6 Ordnern

ISBN 978 3 8073 0005 4

Format (B x L): 14,6 x 20,6 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Beamtenrecht, Richterrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Art. 24

Erlöschen des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zum Dienstherrn

Mit der Begründung des Beamtenverhältnisses erlischt ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis zum Dienstherrn.

Vgl. § 12 Abs. 3 BBG

Erläuterungen

Inhaltsübersicht

	Rn.
1. Rechtsentwicklung	1
2. Verfassungsrecht/Zweck der Regelung	2 – 5
a) Volle Hingabe zum Beruf	3
b) Versorgung	4
c) Rechtssicherheit und Rechtsklarheit	5
3. Beendigung kraft Gesetzes	6 – 10
4. Selber Dienstherr/Anderer Dienstherr	11, 12
5. Beendigung durch Ernennung	13, 14
6. Wirksamkeit der Ernennung	15 – 17

Schrifttum:

Stolz Daniel, Der beurlaubte Beamte im Angestelltenverhältnis

1. Rechtsentwicklung

Art. 24 BayBG trat durch Erlass des neuen BayBG vom 29.7.2008 (GVBl. S. 500) mit Wirkung vom 1.4.2009 an die Stelle der früher geltenden Vorschrift des Art. 8 Abs. 4 BayBG a. F. und regelt die Rechtsfolgen der Begründung eines Beamtenverhältnisses (§ 2 BeamStG) auf zu diesem bisher bestehende Arbeitsverhältnisse zum selben Dienstherrn/Arbeitgeber. Während die Regelung in ihrer früheren Fassung als eigener Absatz lediglich Teil der die Form der Ernennung regelnden Norm des Art. 8 BayBG a. F. war, stellt sie jetzt eine eigene Vorschrift dar. Der Gesetzgeber hat damit konsequenterweise zu einer systematischen Verdeutlichung beigetragen, denn als Teil der Bestimmungen zur „Form der Ernennung“ (so die frühere Bezeichnung des Art. 8 BayBG a. F.) war die Bestimmung im Grunde deplatziert. Von den verschiedenen Ernennungsstatbeständen des § 8 Abs. 1 BeamStG bildet naturgemäß die Einstellung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 LlbG) die Rechtsgrundlage der Vorschrift. Ihre Parallele findet die landesrechtliche Norm in der für Bundesbeamte geltenden Vorschrift des § 12 Abs. 3 BBG (Zuständigkeit und Wirksamwerden der Ernennung). Das BeamStG enthält keine entsprechende Regelung.

2. Verfassungsrecht/Zweck der Regelung

Zwar erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auf das gesamte Arbeitsrecht und damit auch auf die Frage der Beendigung

von Arbeitsverhältnissen, gleichwohl stellt Art. 24 BayBG eine zulässige landesrechtliche Kollisionsvorschrift dar, welcher insbesondere das Kündigungsschutzgesetz nicht entgegensteht. Der Grund hierfür kann darin gesehen werden, dass das Kündigungsrecht keine vollständige Kodifikation und insbesondere keine Bestimmung zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen bei einer Ernennung enthält (allgemeine Meinung, wie hier (von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 35a; Summer, GKÖD I, L § 12 BBG, Rn. 16).

a) Volle Hingabe zum Beruf

- 3 Der Beamte hat sich mit voller Hingabe („vollem persönlichem Einsatz“), mit seiner ganzen Persönlichkeit und Arbeitskraft seinem Amt zu widmen (vgl. § 34 Satz 1 BeamStG und insbesondere § 34 BeamStG, Rn. 6 ff.). Bei der vollen Hingabe zum Beruf handelt es sich um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG (vgl. § 34 BeamStG, Rn. 7, Battis, § 61 BBG, Rn. 3; so schon BVerfG v. 27.4.1959, BVerfGE 9, 268 = BayVBl. 1959, 220 = DVBl. 1959, 620 = MDR 1959, 907 = NJW 1959, 1171 = ZBR 1959, 152; BVerwG v. 6.7.1989, BVerwGE 82, 196 = DÖD 1990, 41 = DVBl. 1989, 1157 = JA 1990, 131 = NVwZ 1989, 969 = PersR 1989, 340 = RiA 1990, 139 = ZBR 1989, 338 = ZTR 1989, 458). Mit dieser Pflicht wäre ein neben dem Beamtenverhältnis bestehendes privatrechtliches Arbeitsverhältnis grundsätzlich auch dann unvereinbar, wenn es zum selben Dienstherrn/Arbeitgeber bestünde. Dem trägt die Regelung des Art. 24 BayBG Rechnung, wonach mit der Begründung eines Beamtenverhältnisses ein zum gleichen Dienstherrn bestehendes privatrechtliches Dienstverhältnis kraft Gesetzes erlischt (Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 17; Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 7 und 8).

b) Versorgung

- 4 Die Vorschrift will außerdem eine missbräuchliche Ausnutzung des Beamtenverhältnisses zu dem Zweck, dem Angestellten eine zusätzliche **Versorgung** zu verschaffen, verhindern (vgl. Battis, § 12 BBG, Rn. 7; Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 17; Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 8) und der Alimentationspflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten den Vorrang einräumen. Bei einem Ehrenbeamtenverhältnis kommt diesen Gesichtspunkten schon deshalb keine maßgebliche Bedeutung zu, weil diese Rechtsverhältnisse sind, die ohne Anspruch auf Alimentation ausgeübt werden (§ 5 BeamStG, Rn. 5). Ehrenbeamtenverhältnisse werden nicht durch eine Existenzsicherung geprägt. Art. 24 gilt deshalb nicht bei Begründung eines Ehrenbeamtenverhältnisses nach § 5 BeamStG (Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 17, Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 9). Das zweitgenannte Gesetzesmotiv – Verhinderung des Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten – hat für die Bestimmung des Regelungszieles die größere Bedeutung, weil das Gesetz die Beendigung des Dienstverhältnisses (Arbeitsverhältnisses) auf Arbeitsverhältnisse zum (neuen) Dienstherrn beschränkt. Hätte der Gesetzgeber das erstgenannte Ziel (oben, Rn. 2) für das wichtigere Ziel gehalten, hätte er die Beendigung der Dienstverhältnisse nicht nur auf Dienstverhältnisse zum selben Dienstherrn begrenzt (vgl. Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 17).

c) Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

Ein weiterer Zweck der Vorschrift besteht darin, das frühere privatrechtliche und jetzige öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis klar voneinander abzugrenzen (Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 8). Die Regelung des Art. 24 will sicherstellen, dass mit der Ernennung zum Beamten beim Dienstherrn die dienstlichen Leistungen allein auf der Grundlage des Beamtenverhältnisses erbracht werden und keine Unklarheiten darüber bestehen, welche Leistungen aufgrund welches Beschäftigungsverhältnisses wahrgenommen bzw. wahrzunehmen sind (von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 35).

5

Die Norm des Art. 24 BayBG bewirkt die klare und eindeutige zeitliche und sachliche Abgrenzung zwischen dem früherem und dem neuem Beschäftigungsverhältnis unter Vermeidung eines unvereinbaren Nebeneinanders von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlagen (BAG vom 18.5.2006, DÖD 2007, 28 = PersV 2007, 61 = ZTR 2006, 667). Die Bestimmung trägt insofern zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und zur Verwaltungsvereinfachung bei einem sonst möglichen Nebeneinander von Arbeits- und Beamtenverhältnissen bei. Insbesondere entfällt die oft schwierige Prüfung, ob das Arbeitsverhältnis ordentlich durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet wurde (Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG Rn. 17).

3. Beendigung kraft Gesetzes

Mit der Begründung des Beamtenverhältnisses erlischt ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis zum Dienstherrn kraft Gesetzes. Unter den Begriff des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses im Sinne des Art. 24 fallen sämtliche Dienstverträge im Sinne des § 611 ff. BGB, sofern der zum Beamten Ernannte in seiner früheren Tätigkeit weisungsgebunden war und entsprechend in den Dienstbetrieb eingegliedert worden ist. Auf die weitere Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses (TVöD/TV-L oder ein individuell ausgehandelter Einzelarbeitsvertrag) kommt es nicht an (vgl. Kümmel, § 8 NBG, Rn. 11). Der zeitliche Umfang des Arbeitsverhältnisses (Teilzeit oder Vollzeit) spielt ebenfalls keine Rolle (von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 35b). Deswegen fällt auch eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 SGB VI in den Anwendungsbereich der Norm.

6

Dagegen werden öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse außerhalb des Beamtenverhältnisses (z. B. Lehrbeauftragtenverhältnisse oder Dienstanfängerverhältnisse nach Art. 30 ff. LfBG) von der Regelung des Art. 24 nicht umfasst. Gleiches gilt für Werkverträge oder Geschäftsbesorgungsverträge, die keine Weisungsgebundenheit begründen (von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 34c). Diese Rechtsverhältnisse bedürfen einer speziellen Beendigung (Kündigung, Aufhebungsvertrag; für Dienstanfängerverhältnisse vgl. Art. 33 LfBG Rn. 1 ff.).

Das Dienstverhältnis anderer Art (Arbeitsverhältnis) zum neuen Dienstherrn erlischt unmittelbar als gesetzliche Folge der Ernennung. Es bedarf daher keiner weiteren Handlungen durch den bisherigen Arbeitgeber und jetzigen Dienstherrn (vgl. Kümmel, § 8 NBG, Rn. 12; von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 13 HBG Rn. 34; Summer in: Fürst, GKÖD I L § 12 BBG Rn. 17). Insbesondere ist weder eine spezielle Kündigung durch den früheren Arbeitgeber und jetzigen Dienstherrn, noch der Abschluss

7

eines Aufhebungsvertrages erforderlich. Während zum Beispiel in Hessen nach § 12 Abs. 4 Satz 2 HBG eine Vorschrift besteht, nach welcher in Zweifelsfällen ausdrücklich eine Entscheidung des Landespersonalamts im Einvernehmen mit dem jeweiligen Fachminister zu erfolgen hat, fehlt eine entsprechende Bestimmung im bayerischen Landesrecht. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist eine **schriftliche Mitteilung** des früheren Arbeitgebers und jetzigen Dienstherrn über die Rechtsfolge (vgl. Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG Rn. 17) zu empfehlen.

- 8 Umgekehrt wird ein bestehendes Beamtenverhältnis nicht dadurch berührt, dass **nebenher** ein **privatrechtliches Dienstverhältnis** mit dem Dienstherrn neu, d. h. nach Begründung des Beamtenverhältnisses eingegangen wird. Wird ein solches Dienstverhältnis zu dem Zweck eingegangen, dem Beamten über den Dienstvertrag höhere Bezüge zu verschaffen, die über die starren beamten- und besoldungsrechtlichen Bestimmungen nicht gewährt werden können, so ist der Dienstvertrag jedoch gemäß Art. 3 Abs. 2 BayBesG unwirksam. Das wird jedenfalls dann gelten, wenn sich die mit dem Amt als Beamter verbundenen Aufgaben im Wesentlichen mit den nach dem Dienstvertrag obliegenden Aufgaben decken.
- 9 Unberührt bleibt die Möglichkeit, Aufgaben, die rechtlich und tatsächlich nicht zu den Obliegenheiten des dem Beamten übertragenen Amtes gehören, als **Nebentätigkeit** in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zu übertragen (vgl. BAG vom 21.8.1961, NJW 1961, 2177). So ist es grundsätzlich zulässig, einem durch die Aufgaben seines Hauptamtes ausgelasteten Beamten von den Aufgaben des Hauptamtes sachlich trennbare weitere regelmäßig wiederkehrende, einen erheblichen Zeitaufwand verursachende und außerhalb der festgesetzten Arbeitszeit zu erledigende Dienstaufgaben in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis als Nebenbeschäftigung zu übertragen (BVerwG vom 18.12.1969 DÖD 1970, 130 = DÖV 1970, 493, und vom 30.5.1972 DÖD 1972, 233). Zur Nebenbeschäftigung allgemein siehe § 40 BeamStG, Rn. 53.
- 10 Ein während des Bestehens eines Beamtenverhältnisses mit einem anderen Dienstherrn begründetes privatrechtliches Dienstverhältnis ist ebenfalls unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Nebentätigkeit zu beurteilen. Es wird daher grundsätzlich nur zulässig sein, wenn es die Arbeitskraft des Beamten nur nebenher beansprucht. Nimmt dieses Dienstverhältnis die Arbeitskraft des Beamten ganz oder überwiegend in Anspruch, so ist hiergegen nur unter der Voraussetzung nichts einzuwenden, wenn für diese Tätigkeit ein besonderes dienstliches oder öffentliches Interesse besteht. Der Beamte muss dann aber, in der Regel unter Fortfall der Dienstbezüge, beurlaubt werden (Sonderurlaub nach § 18 UrIV; siehe auch Art. 99, Rn. 130 ff.). Handelt es sich bei der Beschäftigung um eine seinem Amt entsprechende Tätigkeit, so wird in der Regel die Rechtsform der Abordnung zu wählen sein.

4. Selber Dienstherr/Anderer Dienstherr

- 11 Die Vorschrift betrifft nur das Arbeitsverhältnis beim selben Dienstherrn/Arbeitgeber. Sie lässt jedoch ein zu einem **anderen** Dienstherrn bestehendes privatrechtliches Arbeitsverhältnis **unberührt** (Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG Rn. 18). Ein Eingreifen des Gesetzgebers schien hier nicht erforderlich, weil in diesen Fällen die Gefahr einer missbräuchlichen Ausnutzung des Beamtenverhältnisses kaum besteht. Im Gel-

tungsbereich des BayBG werden die Beamten den einzelnen Dienstherrn unmittelbar zugeordnet. So stehen Beamte von Gemeinden oder Gemeindeverbänden in keiner – zusätzlichen – rechtlichen Verbindung zum Freistaat Bayern über das Beamtenrecht. Es liegen damit getrennte Dienstherrn vor, für die lediglich das Beamtenrecht einheitliche Geltung besitzt.

Hier wird der Dienstherr im eigenen Interesse und gemäß dem eingangs erwähnten Grundsatz der vollen Hingabe (Rn. 2) von sich aus die Begründung eines Beamtenverhältnisses von der Auflösung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses zu dem anderen Dienstherrn abhängig machen. Ein Dienstverhältnis mit voller Arbeitszeit ist immer mit den Pflichten aus dem Beamtenverhältnis unvereinbar. Dies gilt auch dann, wenn das Nebeneinander von der Arbeitszeit her möglich wäre (Beispiel: Lehrer an einem staatlichen Gymnasium mit vollem Stundenmaß ist gleichzeitig Lehrer an einem kommunalen Abendgymnasium mit voller Stundenzahl). Die Überbeanspruchung durch einen Zweitberuf führt erfahrungsgemäß zu Leistungsbeeinträchtigungen im Erstberuf, wie sich insbesondere an der Ausgestaltung des Nebentätigkeitsrechts in Art. 81 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BayBG deutlich zeigt (siehe Art. 81 BayBG Rn. 62 ff.). Streitigkeiten über das Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses gehören in den Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit (Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG Rn. 16).

Wird erst nach Ernennung des Beamten bekannt, dass ein privatrechtliches Dienstverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber als dem Dienstherrn weiter fortbesteht, so wird der Dienstherr dem Beamten eine Frist zur Auflösung dieses Dienstverhältnisses setzen und bei ergebnislosem Ablauf der Frist die Ernennung nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG zurücknehmen. Die Absicht, ein Vollarbeitsverhältnis auch nach Ernennung zum Beamten fortzusetzen ist ein für die Begründung des Beamtenverhältnisses so wesentlicher Umstand, dass eine entsprechende Offenbarungspflicht angenommen werden muss und die Nichtoffenbarung den Tatbestand der arglistigen Täuschung erfüllt (Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 12).

12

Nimmt der Beamte erst nach seiner Ernennung eine volle Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber auf, wird der Dienstherr ebenfalls die Auflösung des Arbeitsverhältnisses (= nicht genehmigte Nebentätigkeit) fordern und bei Erfolglosigkeit das förmliche Disziplinarverfahren mit dem Ziele der Entfernung aus dem Dienst einleiten. Beim Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer reduzierten Arbeitszeit kommt es auf die Genehmigungsfähigkeit der beabsichtigten oder aufgenommenen Tätigkeit im Sinne des Nebentätigkeitsrechts an (siehe dazu Art. 81 BayBG, Rn. 50 ff.).

5. Beendigung durch Ernennung

Nach Sinn und Zweck der Regelung löst **allein die Ernennung zur Begründung eines Beamtenverhältnisses** (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 BeamStG) die Rechtsfolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus (vgl. Battis, § 12 BBG, Rn. 7; Kümmel, § 8 NBG, Rn. 10; von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 35; Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 19; Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 9).

13

Da eine Ernennung auch auf einen späteren Zeitpunkt hin erfolgen kann (vgl. § 8 Abs. 4 BeamStG argumentum e contrario und Art. 18 Abs. 3 BayBG sowie Art. 18 Rn. 14) ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses die innere Wirk-

samkeit der Ernennung, also der in der Ernennungsurkunde genannte – spätere – Zeitpunkt (wie hier: von Roetteken in von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 34b).

Dabei spielt es keine Rolle, welche Art des Beamtenverhältnisses im Sinne des § 4 BeamStG begründet wird (Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, auf Zeit, auf Probe oder auf Widerruf), vgl. BAG vom 18.5.2006, DÖD 2007, 280 = PersV 2007, 61 = ZTR 2006, 667; Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 10 und Kümmel, § 8 NBG, Rn. 10. Bei einem Beamten auf Widerruf besteht zwar die Gefahr der Doppelversorgung nicht, gleichwohl fällt auch die Begründung eines solchen Beamtenverhältnisses in den Anwendungsbereich des Art. 24 (BAG vom 18.5.2006, a.a.O.; Woydera in Woydera/Summer/Zängl, § 13 SächsBG, Rn. 10). Ausgenommen sind aber aus der Natur der Sache Ernennungen zu Beamten auf Probe in Führungspositionen nach § 4 Abs. 3 Buchstabe b BeamStG und Ernennungen zu Beamten auf Zeit in Führungspositionen nach § 4 Abs. 2 Buchstabe b BeamStG, da diese beiden Beamtenverhältnisse ein bereits bestehendes (Grund-)Beamtenverhältnis voraussetzen. Eine Ernennung zum Ehrenbeamten (§ 5 BeamStG) reicht dafür allerdings nach den oben in Rn. 3 genannten Gründen nicht aus. Bei Ehrenbeamten besteht das Arbeitsverhältnis solange weiter, bis es durch eine Kündigung oder einen Aufhebungsvertrag beendet wird.

- 14 Für die Rechtsfolge des Art. 24 ist es weiterhin ohne Bedeutung, ob das Beamtenverhältnis als Vollzeitbeamtenverhältnis oder als Teilzeitbeamtenverhältnis begründet wird (vgl. Summer in: Fürst, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 19; Kümmel, § 8 NBG, Rn. 11).

6. Wirksamkeit der Ernennung

- 15 Wird die das Beamtenverhältnis begründende Ernennung später nach § 12 BeamStG zurückgenommen, so lebt das ursprüngliche Arbeitsverhältnis gleichwohl nicht wieder auf (BAG vom 24.4.1997, BAGE 85, 351/355 = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Ruhen des Arbeitsverhältnisses = DB 1997, 1723 = NZA 1997, 1045 = PersR 1997, 501 = ZTR 1997, 471). Diese Auslegung wird damit begründet, dass bei der Rücknahme einer Ernennung von der Rechtslehre für die Zeit zwischen Ernennung und Rücknahme der Ernennung die Rechtskonstruktion eines faktischen Beamtenverhältnisses zugrunde gelegt wird (vgl. Summer, GKÖD I L, § 12 BBG, Rn. 19 und Verfasser in Rn. 21 zu § 12 BeamStG jeweils m. w. N.).

Auch ohne dass die Gleichstellung der Rücknahme der Ernennung – wie etwa in Niedersachsen durch § 8 Abs. 5 Satz 2 NBG – ausdrücklich von Art. 24 BayBG bestimmt wird, müsste vielmehr – um das privatrechtliche Dienstverhältnis fortzusetzen – ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen werden (Kümmel, § 8 NBG, Rn. 13). Damit lebt das ursprünglich wirksame Arbeitsverhältnis erst recht nicht wieder auf, wenn das wirksam begründete Beamtenverhältnis durch einen der in § 21 BeamStG genannten Tatbestände (Entlassung, Verlust der Beamtenrechte, Entfernung aus dem Dienst, Ruhestandsversetzung) beendet wird.

- 16 Fraglich ist, ob der Erlöschenstatbestand auch dann eintritt, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellen sollte, dass die Begründung des Beamtenverhältnisses nach § 11 BeamStG nichtig war (zum Eintritt des Erlöschenstatbestandes vgl. von Roetteken in: von Roetteken/Rothländer, § 12 HBG, Rn. 34a). Dabei muss nach der hier vertretenen Ansicht nicht danach unterschieden werden, ob es sich im konkreten Fall

um eine heilbare Fehlerfolge (relative Nichtigkeit) nach § 11 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 Buchstabe a BeamStG oder um eine nichtheilbare Fehlerfolge (absolute Nichtigkeit) nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 Buchstaben b und c BeamStG handelt (siehe dazu insbesondere § 11 BeamStG, Rn. 17). Nimmt der fehlerhaft ernannte „Beamte“ seine Arbeit auf, so wird dadurch mit dieser Arbeitsaufnahme ebenfalls ein faktisches Beamtenverhältnis begründet (§ 11 BeamStG Rn. 25 m. w. N.).

Fraglich bleibt, wie sich die Fälle der Nichternennung (§ 11 BeamStG, Rn. 5 ff.) auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages zum selben Dienstherrn auswirken. Zwar werden Dienstherr und Beamter hier ebenfalls – wie bei der Nichtigkeit – fälschlicherweise von einem ordnungsgemäßen Verwaltungsakt ausgehen, während ein nichtiger Verwaltungsakt nach Art. 43 Abs. 3 BayVwVfG zwar unwirksam, aber zumindest existent ist, liegt bei der Nichternennung ein sogenannter „Nichtverwaltungsakt“ (nicht existierenden Verwaltungsakt) vor. Es fragt sich damit, ob ein wirksam abgeschlossener Arbeitsvertrag auch durch einen „Nichtakt“ gegenstandslos wird oder ob das Erlöschen des Vertrages erst mit der Neuvornahme der Ernennung eintritt. Klar wäre die Rechtsfolge nur, wenn man mit Wichmann (in Wichmann/Langer, Öffentliches Dienstrecht, Rn. 137) die Fälle der Nichternennung als Unterfälle der nichtigen Ernennung einordnet, die sämtliche Fehlervariationen umfassen, die nicht bereits von § 11 BeamStG explizit geregelt werden. Man wird dieser Auffassung aber entgegen müssen, dass es sich bei den Beispielen der Nichternennung (§ 11 BeamStG, Rn. 5 ff.) auch nach Inkrafttreten des BeamStG und trotz der Formenstrenge des Beamtenrechts um ein eigenständiges Konstrukt handelt, bei welchem es der Gesetzgeber bewusst unterlassen hat, trotz Kenntnis dieser Fälle eine spezielle Regelung zu treffen. Gleichwohl wird man auch für die Fälle der Nichternennung von der Beendigung des Arbeitsvertrages ausgehen müssen, weil sich auch hier die Abwicklung der Rechtsverhältnisse nur durch die Annahme eines faktischen Beamtenverhältnisses einer sauberen Lösung zuführen lassen (§ 11 BeamStG, Rn. 25) und es den Parteien unbenommen bleibt, die Fortsetzung des Dienstverhältnisses durch eine wirksame Ernennung oder den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zu begründen.

17