



Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

Az.: 6 K 2300/15

Im Namen des Volkes!

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn ...,

Klägers,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. ...,
Gz.: - -

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, ...

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter:

...,

hat das Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 6. Kammer - durch Richterin Korrell, Richterin Stybel und Richterin Tetenz sowie die ehrenamtlichen Richter Schneider und Mahlberg-Wilson aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 2016 für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Wiederaufnahme eines rechtskräftig beendeten Klageverfahrens und macht hierfür die Nichtigkeit des vorausgegangenen rechtskräftigen Urteils geltend.

Der 1947 geborene Kläger war zuletzt bis zum Eintritt in den Ruhestand zum 01.10.2010 Referatsleiter in einem Sozialzentrum der Beklagten. Er befand sich zuletzt im Statusamt eines Amtrats (Bes.Gr. A 12). Diese letzte Beförderung erfolgte mit Wirkung vom 01.10.2005. Dieser ging ein langer Rechtsstreit voraus. Mit Urteil des OVG Bremen vom 07.03.2005 war die Beklagte verpflichtet worden, über dessen Bewerbung vom 02.07.1990 neu zu entscheiden. Zugleich war dem Kläger ein Schadensersatzanspruch zugesprochen worden, nach welchem er so zu stellen war, als wäre er zum 24.06.1992 zum Amtrat befördert worden (Urteil des OVG Bremen, Urt. v. 07.03.2005 - 2 A 425/03 - im Anschluss an das Urt. des BVerwG v. 13.09.2001 - 2 C 39.00 - BVerwGE 115, 89 = NVwZ 2002, 129 = ZBR 2002,178).

Im Jahr 2007 bewarb sich der Kläger erfolglos auf den im Beiblatt zum Amtsblatt vom 25.09.2007 ausgeschriebenen Beförderungsdienstposten eines Abschnittsleiters (Bes.Gr. A 13) im ...referat - ...- der Senatorin für Arbeit, Frauen, Gesundheit, Jugend und Soziales. Das Verwaltungsgericht Bremen wies einen auf die Freihaltung gerichteten Antrag des Klägers mit Beschluss vom 22.10.2008 - 6 V 775/08 - ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Oberverwaltungsgericht Bremen mit Beschluss vom 26.02.2009 - 2 B 560/08 - zurück. Eine gegen diesen Beschluss erhobene Verfassungsbeschwerde nahm das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21.04.2009 - 2 BvR 683/09 - nicht zur Entscheidung an. Sowohl gegen die dem Streit zugrunde liegende dienstliche Beurteilung wie auch gegen die Auswahlentscheidung klagte der Kläger und machte zugleich einen Schadensersatz geltend, mit dem er so gestellt werden wollte, als sei er zum 01.04.2008 zum Oberamtrat (Bes.Gr. A 13) befördert worden. Nach entsprechender Verbindung – wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 30.01.2013 die Klagen ab (VG Bremen, Urt. v. 30.01.2013 – 6 K 1950/08 , 6 K 2454/08). Mündliche Verhandlungen fanden statt am 17.04.2012 – das Protokoll schloss

mit einer Vertagung –, sowie am 29.01.2013 – das Protokoll schloss mit einer Vertagung – und am 30.01.2013. Ausweislich der gerichtlichen Protokolle nahmen am 17.04.2012 die Berufsrichter A, B, C sowie Eufach0000000018innen D und E und am 29. und 30.01.2013 die Berufsrichter A, B, F sowie der ehrenamtliche Richter G und die ehrenamtliche Richterin H teil. Im Rubrum des Urteils vom 30.01.2013 waren als ehrenamtliche Richter die Namen G und I aufgeführt.

Gegen das Urteil vom 30.01.2013 stellte der Kläger am 08.03.2013 Antrag auf Zulassung der Berufung. Er machte u. a. einen Verfahrensmangel geltend. Das Gericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, da zwischen den Terminen im April 2012 und Januar 2013 drei von fünf Richtern ausgetauscht worden seien. Den Zulassungsantrag lehnte das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 17.09.2015 ab (OVG Bremen, Beschl. v. 17.09.2015 – 2 A 46/13). Insbesondere liege ein Verstoß gegen § 112 VwGO nicht vor. Der Wechsel der Besetzung der Richterbank zwischen der mündlichen Verhandlung am 17.04.2012 und den mündlichen Verhandlungen am 29. und 30.01.2013 führe nicht zu einer fehlerhaften Besetzung des Gerichts. § 112 VwGO, wonach das Urteil nur von den Richtern und ehrenamtlichen Richtern gefällt werden könne, die an der dem Urteil zugrunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben, stelle auf die letzte mündliche Verhandlung ab, auf die hin das Urteil ergehe. Nicht erforderlich sei die Teilnahme derselben Richter an allen Terminen. Aufgrund der Bindung des Richters an Recht und Gesetz spreche eine Vermutung dafür, dass allen Richtern im Rahmen der Beratung eine vollständige Unterrichtung über den Sach- und Streitstoff zuteilwerde.

Am 08.10.2015 erhob der Kläger gegen den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts eine Anhörungsrüge mit dem neuen Vortrag, dass das Urteil nicht von den Richtern gefällt worden sei, die an der letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen hätten. Während die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 29. und 30.01.2013 die ehrenamtliche Richterin H auswiesen, sei im Urteil die erkennende ehrenamtliche Richterin Rieckers aufgeführt. Mit Beschluss vom 27.11.2015 verwarf das Oberverwaltungsgericht die Anhörungsrüge und lehnte die hilfsweise erhobene Gegenvorstellung ab. Eine Gehörsverletzung liege insbesondere nicht vor.

Bereits am 28.10.2015 hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben. Er rügt die Besetzung des Gerichts wegen der im Urteil aufgeführten ehrenamtlichen Richterin Rieckers, die nach den Protokollen nicht an den mündlichen Verhandlungen teilgenommen habe. Gemäß § 153 VwGO i. V. m. § 579 ZPO begehre der Kläger die

Wiederaufnahme der Auswahl- und Schadensersatzklage 6 K 1950/08 im Wege der Nichtigkeitsklage. Der Kläger habe von dem Nichtigkeitsgrund am 30.09.2015 Kenntnis erhalten.

Der Kläger beantragt,

das nach mündlicher Verhandlung vom 29. und 30.01.2013 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Bremen zum Aktenzeichen 6 K 1950/08 aufzuheben;

die Auswahlentscheidung vom 20.12.2007 und den Bescheid vom 07.01.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 09.07.2008 aufzuheben;

die dienstliche Beurteilung vom 23.08.2011 und den Widerspruchsbescheid vom 27.09.2011 aufzuheben;

die Beklagte zu verpflichten, den Kläger besoldungs- und versorgungsrechtlich so zu stellen, wie er stünde, wenn er zum 01.04.2008 zum Oberamtsrat (Bes.Gr. A 13) befördert worden wäre und auf die Nachzahlungsbeträge Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie gehe davon aus, dass das Urteil vom 30.01.2013 ordnungsgemäß zustande gekommen sei. Außerdem dürfe § 579 Abs. 2 ZPO von Bedeutung sein.

Nach Übersendung des das Jahr 2013 betreffenden Beschlusses des Präsidiums über die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter vom 07.11.2012 hat der Kläger seine Nichtigkeitsklage im Hinblick auf eine fehlerhafte Besetzung des Gerichts auf einen weiteren Aspekt bezogen. Nach dem Präsidiumsbeschluss wirkten im Falle von Vertagungen oder Wiedereröffnungen an den Folgeterminen dieselben ehrenamtlichen Richter mit. Unabhängig davon sei die Besetzung mit den ehrenamtlichen Richtern fehlerhaft erfolgt, weil gegen die Reihenfolgeregelungen zwischen Haupt- und

Vertreterliste verstoßen worden sei. Es hätten in jedem Fall ehrenamtliche Richter mitgewirkt, die nach dem Präsidiumsbeschluss nicht hätten mitwirken dürfen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe

1.

Die Berufsrichterin F, die an dem vorangegangenen Urteil vom 30.01.2013 (6 K 1950/08) mitgewirkt hat, war im vorliegendem Verfahren nicht gesetzlich ausgeschlossen. Die Voraussetzungen des Ausschlusses eines Richters von der Ausübung seines Richteramtes ist gemäß § 54 Abs. 1 VwGO, § 41 Nr. 6 ZPO u.a. gegeben, in Sachen, in denen der Richter in einem früheren Rechtszuge bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Diese Regelung schließt indes die Mitwirkung an dem Verfahren der Wiederaufnahmeklage nicht aus (vgl. BVerwG, Beschl. v. 06.11.2013 - 3 PKH 4/13 u. a. – juris; BVerwG, Beschl. v. 30.06.2003 – 4 BN 35/03 – juris Rn. 10). Das vorausgegangene Klageverfahren ist im Verhältnis zum Wiederaufnahmeverfahren kein „früherer Rechtszug“.

2.

Das Verfahren wird nicht gemäß § 153 Abs. 1 VwGO wiederaufgenommen. Die Nichtigkeitsklage ist unstatthaft.

Gemäß § 153 Abs. 1 VwGO kann ein rechtskräftig beendetes Verfahren nach dem Vierten Buch der ZPO wiederaufgenommen werden. Die nach § 579 ZPO geregelte Nichtigkeitsklage ist zulässig bei schweren Verfahrensmängeln. Gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO stellt die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts einen solchen Verfahrensmangel dar.

Das Verfahren, welches der Kläger zur Wiederaufnahme bringen möchte, ist rechtskräftig beendet. Mit dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Bremen vom 17.09.2015, der den Antrag auf Zulassung der Berufung ablehnte, trat die Beendigung des Verfahrens ein. Das Urteil vom 30.01.2013 wurde rechtskräftig.

Die Voraussetzung des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO liegt zwar vor. Das Gericht war nicht vorschriftsmäßig besetzt. Gemäß § 112 VwGO entscheidet das Gericht durch diejenigen

Richter, die an der dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Diese Vorschrift impliziert, dass es sich um die zuständigen Richter handelt. Die Zuständigkeit ergibt sich aus gesetzlichen Vorgaben sowie der Beschlüsse des Gerichtspräsidiums und des zuständigen Spruchkörpers. Vorliegend kommt es deshalb nicht mehr darauf an, ob an der Urteilsberatung und –fällung dieselbe ehrenamtliche Richterin Frau H teilgenommen hat, wie laut Protokoll an den mündlichen Verhandlungen vom 29. und 30.01.2013. Die nicht vorschriftsmäßige Besetzung ergibt sich bereits daraus, dass die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter in der nach § 112 VwGO allein maßgeblichen letzten mündlichen Verhandlung nicht nach der sich aus dem Präsidiumsbeschluss ergebenden Vertagungsregelung erfolgt ist. Nach Ziffer I letzter Absatz des Präsidiumsbeschlusses vom 07.11.2012 betreffend die Reihenfolge der Heranziehung der ehrenamtlichen Richter während der Zeit vom 01.01. bis 31.12.2013 hätten an den mündlichen Verhandlungen vom 29. und 30.01.2013 dieselben ehrenamtlichen Richter herangezogen werden müssen, wie bei der ersten mündlichen Verhandlung vom 17.04.2012. Dies ist nicht geschehen. Der Verstoß gegen diese Vertagungsregel des Präsidiums stellt einen Verstoß gegen den gesetzlichen Richter dar, mithin gegen das aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG herzuleitende Gebot, dass im Voraus festgelegt wird, welcher Richter an welchem Verfahren mitwirkt.

Die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage scheidet indes an der gesetzlich geregelten Subsidiarität der Nichtigkeitsklage gegenüber einer regulären Überprüfung durch ein Rechtsmittelgericht. Gemäß § 579 Abs. 2 ZPO ist die Klage im Fall des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nur zulässig (statthaft), wenn der Kläger die Nichtigkeit nicht mit einem Rechtsmittel geltend machen konnte. Er hat dann kein Wahlrecht ein Rechtsmittel einzulegen oder Nichtigkeitsklage zu erheben. Insbesondere wenn wegen eines Fehlers erfolglos Rechtsmittel eingelegt wurde, kann kein Wiederaufnahmegrund mehr geltend gemacht werden. Vorliegend ist die Rüge der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung bereits durch das Rechtsmittelgericht abgelehnt worden. Jedenfalls hätte der Kläger die Rüge im Rechtsmittelverfahren geltend machen können.

Im Einzelnen:

Entgegen der Auffassung des Klägers stellt der Antrag auf Zulassung der Berufung zunächst ein Rechtsmittel im Sinne des § 579 Abs. 2 ZPO dar. Der Begriff des Rechtsmittels im Sinne des § 579 ZPO ist weit auszulegen und nicht allein auf die „echten“ Rechtsmittel der Berufung und der Revision beschränkt (vgl. Meyer-Ladewig/Rudisile in: Schoch/ Schneider/ Bier, VwGO, 29. EL Oktober 2015, § 153 RNr. 10). Entscheidend ist allein, dass eine reguläre gerichtliche Überprüfung des

Verfahrensmangels hätte stattfinden können. Nach dem Zweck der Regelung soll wegen des öffentlichen Interesses am grundsätzlichen Fortbestand der Rechtskraft weder eine zweimalige noch eine wahlweise Überprüfungsöglichkeit stattfinden. Dagegen kann der Kläger nicht mit Erfolg vorbringen, dass die Subsidiaritätsvorschrift eine Ausnahmeregelung sei, die gerade einer engen Auslegung des Begriffs „Rechtsmittel“ bedürfe. Die eigentliche Ausnahme stellt bereits die Nichtigkeitsklage dar. Denn die rechtliche Regel ist der Fortbestand der Rechtskraft. Die Nichtigkeitsklage führt zur Durchbrechung der Rechtskraft und ist ihrerseits als Ausnahme an strenge Voraussetzungen gebunden. Dem entspricht es, wenn an die zum Schutz der Rechtskraftwirkung getroffene Subsidiaritätsregelung wiederum keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

Der Kläger hatte bereits im Berufungszulassungsverfahren die nicht vorschriftsmäßige Besetzung gerügt. Dies hat das Oberverwaltungsgericht abgelehnt. Die Besetzungsrüge bezog sich allerdings auf den Aspekt, dass überhaupt unterschiedliche Richter in den mündlichen Verhandlungen teilgenommen haben. Nur hierüber hat das OVG entschieden und diesbezüglich ist der Kläger deshalb von der Geltendmachung wegen einer bereits ablehnenden Entscheidung des OVG ausgeschlossen. Im Verfahren auf Zulassung der Berufung hatte der Kläger nicht ausdrücklich die nicht vorschriftsmäßige Besetzung im Hinblick auf die im Präsidiumsbeschluss festgelegte Vertagungsregelung bzw. die Regelung über die Reihenfolge der Heranziehung im Vertretungsfalle geltend gemacht.

Offen bleiben kann, ob die ablehnende Entscheidung des OVG gleichwohl dazu führt, dass der Kläger mit dem Vortrag bereits ausgeschlossen ist. Hierfür könnte sprechen, dass die Rüge der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung wegen des Austauschs von drei von fünf Richtern weiter geht als die auf die fehlerhafte Anwendung des Präsidiumsbeschlusses bezogene Rüge und letztere bereits in der ersten Rüge enthalten ist. Andererseits hat das OVG nicht über den Aspekt des Verstoßes gegen die Vertagungsregelung entschieden.

Jedoch ist der Kläger mit diesem neuerlichen Vorbringen jedenfalls deshalb aus Subsidiaritätsgründen an der Erhebung der Nichtigkeitsklage gehindert, weil er diese Rügen bereits im Zulassungsverfahren hätte geltend machen können. Für die Frage, ob der Kläger die Besetzungsrüge bereits im Rechtsmittelverfahren hätte geltend machen können, ist darauf abzustellen, ob er bei Ausübung der ihm zumutbaren Sorgfalt die Rüge hätte geltend machen können. Der Kläger muss in dem früheren Verfahren alle ihm zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen, ehe er eine Wiederaufnahmeklage erheben darf (Musielak, ZPO, 2015, § 579 RNr. 11). Zu den

Sorgfaltspflichten des Klägers gehört es auch, im Rahmen der Prüfung, ob ein Rechtsmittel eingelegt wird, Verfahrensfehler wie die vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts zu prüfen. Verfahrensfehler stellen bereits einen Berufungszulassungsgrund dar (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO). Die Möglichkeit der Rüge im Berufungszulassungsverfahren bestand. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass der Präsidiumsbeschluss über die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter nicht etwa auf der Homepage des Gerichts veröffentlicht war. Er hätte den Beschluss jederzeit anfordern können. Die Möglichkeit der Rüge bestand des Weiteren auch deshalb, weil sich aus dem Präsidiumsbeschluss über die Heranziehung der ehrenamtlichen Richter der Verstoß gegen die Besetzungsregel im Falle der Vertagung ohne Weiteres ergab. Schließlich ist zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen, dass er bereits im Berufungszulassungsverfahren begonnen hatte, die vorschriftsmäßige Besetzung zu rügen. Hatte er aber bereits einen Anhaltspunkt dafür, dass die Besetzung nicht vorschriftsmäßig gewesen sein könnte, wäre es an ihm gewesen, vor Einleitung jenes Verfahrens, den Präsidiumsbeschluss anzufordern.

Dass der Kläger selbst keine Kenntnis von der Existenz eines solchen Beschlusses hatte, mag für den Kläger persönlich zutreffen, entlastet ihn jedoch nicht. Er war anwaltlich vertreten. Das Handeln seines Prozessbevollmächtigten ist ihm gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen. Von einem Rechtsanwalt ist im Übrigen zu erwarten, dass er weiß, dass die zur Entscheidung berufenen Richter – Berufsrichter sowie ehrenamtliche Richter - durch Geschäftsverteilungspläne des Präsidiums bestimmt werden.

Auf den weiteren Vortrag, dass die Besetzung mit den ehrenamtlichen Richtern hinsichtlich der Reihenfolge der Heranziehung aufgrund der Vertreterliste auch ohne die Vertagungsregelung möglicherweise unrichtig war, kommt es nicht mehr an.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11, § 709 Satz 2, § 711 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann Zulassung der Berufung beantragt werden. Der Antrag ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils zu stellen und muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Der Antrag ist beim

Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195
Bremen, (Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einzureichen. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, einzureichen.

Der Antrag muss von einem Rechtsanwalt oder einem sonst nach § 67 Abs. 4 VwGO zur Vertretung berechtigten Bevollmächtigten gestellt werden.

gez. Korrell

gez. Stybel

gez. Tetenz