



03.03.2015

Wichtige neue Entscheidung

Beamtenrecht/Disziplinarrecht: Ermessensausübung bei missbilligenden Äußerungen gegenüber Beamten

§ 6 Satz 2 BDG (entspricht Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayDG)

Dienstvergehen
Einstellung des Disziplinarverfahrens
Qualifizierte Missbilligung
Beamtenrechtliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnis
Ermessensausfall

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 27.01.2015, Az. 6 ZB 14.2121

Orientierungssätze der LAB:

1. Beim Ausspruch von missbilligenden Äußerungen (wie Zurechtweisungen, Ermahnungen oder Rügen) gegenüber einem Beamten, die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet werden, hat die personalverwaltende Behörde ein Auswahlermessen, das sie auch ausüben muss.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

www.landesanwaltschaft.bayern.de

2. Die schwerste Form einer missbilligenden Äußerung (unterhalb der Schwelle der Disziplinarmaßnahme Verweis) liegt vor, wenn diese den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung (eines Dienstvergehens) enthält.
3. Bei einer Einstellung eines Disziplinarverfahrens nach einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung liegt keine Ermessensreduzierung auf Null vor mit der Folge, dass regelmäßig und ausschließlich eine qualifizierte Missbilligung zu erfolgen hätte und mildere Mittel stets ausgeschlossen wären.

Hinweis:

Der Kläger ist Bundespolizeibeamter und wurde wegen einer vorsätzlichen Straftat rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt. Das gegen ihn eingeleitete Disziplinarverfahren wurde daraufhin auf der Grundlage von § 32 Abs. 1 Nr. 3 BDG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 BDG (entspricht Art. 33 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 BayDG) eingestellt, weil eine Disziplinarmaßnahme (unterhalb der Gehaltskürzung) nicht ausgesprochen werden durfte. Gleichzeitig wurde in der Einstellungsverfügung das zu Grunde liegende Verhalten des Klägers ausdrücklich missbilligt, weil dieser schuldhaft eine Dienstpflichtverletzung begangen habe (Verstoß gegen seine Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten außerhalb des Dienstes).

Das Verwaltungsgericht hat den Bescheid aufgehoben, soweit darin eine missbilligende Äußerung ausgesprochen worden ist. Es liege ein vollständiger Ermessensausfall vor. Neben der gewählten schärfsten Form der sogenannten qualifizierten Missbilligung hätten diverse weitere, sämtlich mildere Reaktionsmöglichkeiten bestanden.

Der Antrag der Beklagten, die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts zuzulassen, blieb ohne Erfolg. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat zur Begründung ausgeführt, dass nach § 6 Satz 2 BDG (entspricht Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayDG) missbilligende Äußerungen (wie Zurechtweisungen, Ermahnungen oder Rügen), die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet werden, keine Disziplinarmaßnahmen sind. Rechtsgrundlage ist nach der obergerichtlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, vielmehr die sich aus dem allgemeinen Beamtenrecht ergebende Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Dienstherrn. Für den Senat liegt die Annahme nahe, dass nicht die Disziplinarbehörde eine solche Missbilligung in der Einstellungsverfügung aussprechen darf, sondern nur die jeweilige personalverwaltende Behörde außerhalb eines Disziplinarverfahrens, was

aber offen gelassen werden konnte. Jedenfalls steht der Behörde ein Auswahlermessen zwischen verschiedenen Formen einer Missbilligung zu, wobei die schwerste Form der missbilligenden Äußerung vorliegt, wenn diese den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung (eines Dienstvergehens) enthält. Eine Ermessensreduzierung auf Null dahingehend, dass bei einer Einstellung eines Disziplinarverfahrens nach einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung regelmäßig und ausschließlich eine qualifizierte Missbilligung zu erfolgen hätte mit der Folge, dass mildere Mittel stets ausgeschlossen wären, lehnte der Senat ausdrücklich ab. Aufgrund des Ermessensausfalls, der auch nicht heilbar ist, war die Maßnahme rechtswidrig und verletzte den Kläger in eigenen Rechten. Die Entscheidung verdeutlicht die Notwendigkeit einer Ermessensausübung bei missbilligenden Äußerungen auch unterhalb der Schwelle einer Disziplinarmaßnahme (Verweis gemäß Art. 7 Abs. 1 BayDG). Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Dr. Robert Käß
Oberlandesanwalt

6 ZB 14.2121
M 21 K 12.3098

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

***** ,

***** ,

- ***** -

*****.

***** & ***** ,

***** . ** , ***** ,

gegen

Bundesrepublik Deutschland,

vertreten durch:

Direktion Bundesbereitschaftspolizei,

Niedervellmarsche Str. 50, 34233 Fulda,

- Beklagte -

wegen

Missbilligung;

hier: Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 28. August 2014,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 6. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Schmitz,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Traxler,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Rickelmann

ohne mündliche Verhandlung am **27. Januar 2015**

folgenden

Beschluss:

- I. Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 28. August 2014 – M 21 K 12.3098 – wird abgelehnt.
- II. Die Beklagte hat die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Der Antrag der Beklagten, die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts zuzulassen, bleibt ohne Erfolg. Die innerhalb der Frist des § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO geltend gemachten Zulassungsgründe, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist, liegen nicht vor (§ 124a Abs. 5 Satz 2 VwGO).
- 2 1. An der Richtigkeit des angegriffenen Urteils bestehen keine ernstlichen Zweifel im Sinn von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Dieser Zulassungsgrund wäre begründet, wenn vom Rechtsmittelführer ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Argumenten in Frage gestellt würde (vgl. BVerfG, B.v. 23.6.2000 – 1 BvR 830/00 – NVwZ 2000, 1163/1164; B.v. 23.3.2007 – 1 BvR 2228/02 – BayVBI 2007, 624). Das ist nicht der Fall.
- 3 Der Kläger steht als Polizeiobermeister in der Bundespolizeiabteilung D./Technische Einsatzhundertschaft R. im Dienst der Beklagten. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2011 stellte die Beklagte das am 21. März 2003 eingeleitete Disziplinarverfahren gegen den Kläger auf der Grundlage des § 32 Abs. 1 Nr. 3 BDG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 BDG ein, weil eine Disziplinarmaßnahme nicht ausgesprochen werden dürfe. Gleichzeitig wurde das der Einstellungsverfügung zu Grunde liegende Verhalten des Klägers ausdrücklich missbilligt, weil der Kläger schuldhaft gemäß § 77 Abs. 1 BBG eine Dienstpflichtverletzung begangen habe, indem er gegen seine aus § 61 Abs. 1 Satz 3 BBG folgende Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten außerhalb des Dienstes verstoßen habe. Den vom Kläger erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 9. Februar 2012 zurück.
- 4 Mit Gerichtsbescheid vom 28. August 2014 hat das Verwaltungsgericht den Bescheid der Beklagten vom 4. Dezember 2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom

9. Februar 2012 aufgehoben, soweit darin eine missbilligende Äußerung ausgesprochen worden ist. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die angegriffene Missbilligung rechtswidrig sei und den Kläger in seinen Rechten verletze. Neben der von der Beklagten gewählten schärfsten Form der sogenannten qualifizierten Missbilligung hätten diverse weitere, sämtlich mildere Reaktionsmöglichkeiten bestanden. Es liege ein vollständiger Ausfall des Auswahlermessens vor. Der Senat teilt diese Auffassung, ohne dass es einer weiteren Prüfung in einem Berufungsverfahren bedarf.

- 5 Nach § 6 Satz 2 BDG sind missbilligende Äußerungen (Zurechtweisungen, Ermahnungen oder Rügen), die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet werden, keine Disziplinarmaßnahmen. Rechtsgrundlage ist vielmehr die sich aus dem allgemeinen Beamtenrecht ergebende Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Dienstherrn (SächsOVG, U.v. 18.2.2014 – 2 A 448.12 – juris Rn. 26; Weiß, GKÖD, Disziplinarrecht, M § 6 Rn. 31; Urban/Wittkowski, BDG, § 6 Rn. 7). Deshalb liegt die Annahme nahe, dass es schon aus formellen Gründen nicht zulässig ist, dass die Disziplinarbehörde ein Disziplinarverfahren einstellt und einem Beamten zugleich in der Einstellungsverfügung mit einer Missbilligung die Begehung eines Dienstvergehens zur Last legt; zulässig dürfte es nur sein, dass die jeweilige personalverwaltende Behörde außerhalb eines Disziplinarverfahrens nach allgemeinen beamtenrechtlichen Regelungen eine schriftliche Missbilligung ausspricht (so auch NdsOVG zum niedersächsischen Disziplinarrecht, U.v. 22.1.2013 – 5 LB 227.11 – juris Rn. 42, 43). Das kann jedoch dahinstehen, weil die in Streit stehende Missbilligung jedenfalls aus materiellen Gründen rechtswidrig ist.
- 6 § 6 Satz 2 BDG nennt als missbilligende Äußerungen ausdrücklich Zurechtweisungen, Ermahnungen oder Rügen, die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet werden. Die schwerste Form der missbilligenden Äußerung liegt vor, wenn diese den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung (eines Dienstvergehens) enthält. Daneben gibt es nach überwiegender Auffassung weitere – mildere – dienstrechtliche Reaktionsmöglichkeiten wie etwa tadelnde Hinweise, kritische Äußerungen, Belehrungen, Vorbehalte, Warnungen, ernste Missfallensbekundungen oder dringliche Ersuchen. Der Behörde steht insoweit ein Auswahlermessen zu (SächsOVG, U.v. 18.2.2014 – 2 A 448.12 – juris Rn. 33; VG München, U.v. 27.5.2014 – M 5 K 13.4304 – BayVBI 2014, 763; Weiß, GKÖD, M § 6 Rn. 29, 30; Urban/Wittkowski, BDG, § 6 Rn. 7).
- 7 In Anwendung dieses rechtlichen Maßstabs ist das Verwaltungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die von der Beklagten im Rahmen der Einstellung des Disziplinarverfahrens ausgesprochene qualifizierte Missbilligung jedenfalls ermes-

sensfehlerhaft ist. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Beklagte mit der Einstellung des Disziplinarverfahrens dem Kläger gegenüber gleichzeitig eine Missbilligung aussprechen durfte sowie unabhängig vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Missbilligung. Die Beklagte hat nämlich keinerlei Auswahlermessen ausgeübt. Neben der von der Beklagten gewählten schärfsten Form der missbilligenden Äußerung bestanden – und zwar, wie oben ausgeführt, außerhalb des Disziplinarrechts – diverse weitere, sämtlich mildere Reaktionsmöglichkeiten. Es hätte der Beklagten somit obliegen, diejenige Maßnahme auszuwählen, die geeignet, erforderlich und verhältnismäßig erscheint, um auf das festgestellte Verhalten des Klägers zu reagieren. Angesichts des Umstands, dass die Beklagte gleichzeitig das von ihr eingeleitete Disziplinarverfahren nach § 32 Abs. 1 Nr. 3 BDG in Verbindung mit § 14 Abs. 1 BDG eingestellt hat, ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch eine mildere Maßnahme in Betracht gekommen wäre, auch wenn die Beklagte dies als „lebensfremd“ erachtet. Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt keine Ermessensreduzierung auf Null dahingehend vor, dass bei einer Einstellung eines Disziplinarverfahrens nach einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung regelmäßig und ausschließlich eine qualifizierte Missbilligung zu erfolgen hätte mit der Folge, dass mildere Mittel stets ausgeschlossen wären. Eine derartige „Automatik“ sieht das Gesetz nicht vor, vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Die damit erforderliche Ermessensausübung hat die Beklagte unterlassen. Weder in der Einstellungsverfügung vom 4. Dezember 2011 noch im Widerspruchsbescheid vom 9. Februar 2012 gibt es Anhaltspunkte für eine ordnungsgemäße Ermessensausübung. Es fehlen Ausführungen der Art, dass und weshalb ein milderer Mittel als die qualifizierte Missbilligung im konkreten Fall nicht ausreichend gewesen wäre. Die Beklagte selbst trägt in ihrer Begründung des Zulassungsantrags vor, dass in derartigen Fällen „bislang weder die Möglichkeit und somit auch nicht die Notwendigkeit einer entsprechenden Ermessensausübung gesehen worden ist“, was den Ermessensausfall zusätzlich dokumentiert. Eine Ergänzung der Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 114 Satz 2 VwGO kommt nicht in Betracht, weil die Vorschrift keine Anwendung auf Fälle findet, in denen das Ermessen gar nicht ausgeübt wurde (Rennert in Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 114 Rn. 17).

- 8 2. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Um einen auf diesen Zulassungsgrund gestützten Antrag zu begründen, muss der Rechtsmittelführer erstens eine konkrete Rechts- oder Tatsachenfrage formulieren, zweitens ausführen, weshalb diese Frage für den Rechtsstreit entscheidungserheblich ist, drittens erläutern, weshalb die formulierte Frage klärungsbedürftig ist, und viertens darlegen, weshalb ihr eine über die einzelfallbezogene Rechtsanwendung

hinausgehende Bedeutung zukommt (BayVGH, B.v. 3.6.2009 – 6 ZB 09.79 – juris Rn. 11; Happ in Eyermann, a.a.O., § 124a Rn. 72). Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der Formulierung einer konkreten Rechts- oder Tatsachenfrage.

- 9 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47, § 52 Abs. 2 GKG.
- 10 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). Mit ihm wird das Urteil des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

11 Schmitz

Traxler

Rickelmann