



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 56.12
OVG 3d A 2789/10.O

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 20. November 2012
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz und Dr. von der Weiden

beschlossen:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29. Februar 2012 wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde des Beklagten hat mit der Maßgabe Erfolg, dass die Sache nach § 133 Abs. 6 VwGO, § 67 Satz 1 LDG NRW unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen ist. Das Berufungsurteil beruht auf einem Verstoß gegen das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG, § 108 Abs. 2 VwGO).
- 2 Der Beklagte, ein Polizeibeamter, wurde durch rechtskräftiges Strafurteil wegen gefährlicher Körperverletzung in einem minderschweren Fall zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Nach den bindenden strafgerichtlichen Feststellungen schlugen der Beklagte und ein Kollege in der Nacht vom 19. auf den 20. Mai 2005 außerhalb des Dienstes einen Passanten zusammen, der sie nach ihren nicht zu widerlegenden Darstellungen tätlich angegriffen hatte, und traten auf ihn ein, als er bereits am Boden lag. Danach riefen sie einen Streifenwagen; der Geschädigte wurde auf die Wache verbracht und dort mehrere Stunden festgehalten.
- 3 Auf die Disziplinarklage hat das Verwaltungsgericht die Dienstbezüge des Beklagten gekürzt, weil die für geboten erachtete Zurückstufung aus laufbahnrechtlichen Gründen ausgeschlossen sei. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberverwaltungsgericht den Beklagten aus dem Beamtenverhältnis entfernt. Zur Begründung hat es angeführt, die Straftat wiege aufgrund der Begehungsweise besonders schwer. Auch stehe sie einer Körperverletzung im Amt gleich,

weil der Beklagte und sein Kollege den Eindruck erweckt hätten, sie handelten als Polizeibeamte im Dienst. Erschwerend komme das Nachtatverhalten des Beklagten hinzu. Er habe sich im Strafverfahren zu Unrecht auf eine Notwehrlage berufen und noch im Disziplinarverfahren durchgehend versucht, die Tat zu beschönigen. Auch habe er den Geschädigten psychisch erheblich belastet, etwa durch die Stellung eines Strafantrags. Der Beklagte habe das von ihm begangene Unrecht bis zuletzt nicht eingesehen und keinen Willen zur Aussöhnung gezeigt. Demgegenüber fielen mildernde Umstände wie die freiwillige Tätigkeit als Helfer in einem Alterswohnheim nicht ins Gewicht.

- 4 1. Mit der Beschwerdebegründung rügt der Beklagte, mit der Berücksichtigung seines Verteidigungsverhaltens in Straf- und Disziplinarverfahren zu seinem Nachteil habe das Oberverwaltungsgericht gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz „nemo tenetur“ verstoßen. Aus diesem Vortrag ergibt sich, dass das Berufungsurteil auf einem Verstoß gegen das Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG, § 108 Abs. 2 VwGO beruht. Das Oberverwaltungsgericht hat es versäumt, den Beklagten rechtzeitig vor der Verkündung des Berufungsurteils darauf hinzuweisen, dass es die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis ausschlaggebend auch auf dessen Verteidigungsverhalten in Straf- und Disziplinarverfahren stützen würde. Mit dieser Rechtsansicht hat der Beklagte angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen und des Meinungsstandes zur Wahrheitspflicht im Disziplinarverfahren nicht rechnen müssen.
- 5 Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs soll sicherstellen, dass ein Verfahrensbeteiligter Einfluss auf den Gang des gerichtlichen Verfahrens und dessen Ausgang nehmen kann. Zu diesem Zweck muss er Gelegenheit erhalten, sich zu allen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten zu äußern, die entscheidungserheblich sein können. Zwar korrespondiert mit diesem Äußerungsrecht keine umfassende Frage-, Aufklärungs- und Hinweispflicht des Gerichts. Vielmehr kann regelmäßig erwartet werden, dass die Beteiligten von sich aus erkennen, welche Gesichtspunkte Bedeutung für den Fortgang des Verfahrens und die abschließende Sachentscheidung des Gerichts erlangen können, und entsprechend vortragen. Jedoch verlangt der Schutz vor einer Überra-

scheidungsentscheidung, dass das Gericht rechtzeitig mitteilt, dass es auf eine Rechtsauffassung abstellen will, mit der die Beteiligten angesichts des Standes von Rechtsprechung und Schrifttum nicht zu rechnen brauchen. Nur durch einen solchen Hinweis erhalten sie Gelegenheit, sich zu dieser Auffassung zu äußern, und damit auf die Entscheidungsfindung des Gerichts einzuwirken (BVerfG, Beschluss vom 19. Mai 1992 - 1 BvR 986/91 - BVerfGE 86, 133 <144 f.>; BVerwG, Urteil vom 19. August 2010 - BVerwG 2 C 5.10 - Buchholz 235.2 LDisziplinarG Nr. 12 Rn. 28).

- 6 Das Oberverwaltungsgericht hat das Verteidigungsverhalten des Beklagten im Strafverfahren erschwerend in die Gesamtwürdigung aller be- und entlastenden Umstände nach § 13 Abs. 2 Satz 1 bis 3 LDG NRW einbezogen, ohne auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen zu den Grenzen zulässigen Verteidigungsverhaltens einzugehen. Es hat dem Beklagten angelastet, er habe die Straftat als Notwehrhandlung gerechtfertigt, sie zu verharmlosen versucht und den Geschädigten als Schuldigen dargestellt. Dies war für den Beklagten ohne vorherigen Hinweis überraschend, weil das ihm angelastete Verteidigungsverhalten strafprozessual zulässig war und vom Verwaltungsgericht erstinstanzlich nicht erschwerend berücksichtigt worden ist.

- 7 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass das Verteidigungsverhalten des Angeklagten bei der Strafzumessung nur dann strafscharfend berücksichtigt werden darf, wenn die Grenze angemessener Verteidigung eindeutig überschritten ist und sein Verhalten eine selbstständige Rechtsgutsverletzung enthält. Diese Grenze ist nicht erreicht, wenn der Angeklagte die Tat wahrheitswidrig leugnet, einen unzutreffenden Tathergang schildert oder die Tat und ihre Folgen beschönigt. Dem Angeklagten darf aber auch nicht zum Nachteil gereichen, dass er anderen die Schuld an der Tat zuschiebt und sich diese Vorwürfe als haltlos erweisen. Gleiches gilt, wenn er Belastungszeugen, insbesondere das Tatopfer, mit unzutreffenden Behauptungen angreift oder gar der Lüge bezichtigt, um ihre Glaubwürdigkeit oder die Glaubhaftigkeit der belastenden Angaben zu erschüttern. Dagegen ist eine Herabwürdigung von Zeugen, die keinen Bezug zur Tat aufweist, von dem Recht auf Verteidigung nicht mehr gedeckt (BGH, Beschluss vom 7. März 2001 - 2 StR 21/01 - NStZ 2001, 419

<420>; Urteil vom 8. April 2004 - 4 StR 576/03 - NStZ 2004, 616 <617>, Beschluss vom 22. März 2007 - 4 StR 60/07 - NStZ 2007, 463; Beschlüsse vom 6. Juli 2010 - 3 StR 219/10 - NStZ 2010, 692 und vom 15. Mai 2012 - 3 StR 121/12 - NStZ 2012, 626).

- 8 Ungeachtet des gebotenen rechtlichen Hinweises auf die abweichende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt auch die Annahme nahe, dass ein Verhalten, das die Rechtsordnung im Strafverfahren hinnimmt, um eine wirkungsvolle Verteidigung zu gewährleisten, dem Beamten nachträglich im sachgleichen Disziplinarverfahren nicht als erschwerender Umstand bei der Maßnahmebemessung zur Last gelegt werden darf, vielmehr bewertungsneutral zu behandeln ist. Es dient jedenfalls der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung, an die Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung auch außerhalb des Strafverfahrens keine staatlichen Sanktionen zu knüpfen. Dies wäre der Fall, wenn dem Beamten disziplinarrechtlich zum Nachteil gereichen könnte, dass er die Verteidigungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat, die das Strafprozessrecht zulässt. Ein zulässiges Verteidigungsverhalten des Beamten im Strafverfahren kann insbesondere nicht herangezogen werden, um dessen ansonsten nicht gebotene Entfernung aus dem Beamtenverhältnis zu rechtfertigen. Daraus folgt, dass das Gericht auch dann einen rechtlichen Hinweis geben muss, wenn es die Grenzen des zulässigen Verteidigungsverhaltens für überschritten hält.
- 9 Auch das Verteidigungsverhalten des Beklagten im Disziplinarverfahren hat das Obergerverwaltungsgericht nicht als bewertungsneutral behandelt, sondern zum Nachteil des Beklagten in die Gesamtwürdigung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1 LDG NRW einbezogen. Auf Inhalt und Reichweite der dienstrechtlichen Wahrheitspflicht eines angeschuldigten Beamten ist es nicht eingegangen. Es hat dem Beklagten zur Last gelegt, selbst nach der rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung nicht aufgehört zu haben, seine Straftat mit einer Notwehrlage zu rechtfertigen und zu beschönigen. Es sei deutlich geworden, dass der Beklagte weder den Unrechtsgehalt seines Fehlverhaltens noch deren Folgen für den Geschädigten erfasst habe. Auch diese Rechtsauffassung des Obergerverwaltungsgerichts war für den Beklagten ohne vorherigen Hinweis überraschend, weil sie von einer unbegrenzten Wahrheitspflicht des aussageberei-

ten Beamten im Disziplinarverfahren ausgeht und das Verteidigungsverhalten vom Verwaltungsgericht erstinstanzlich nicht erschwerend berücksichtigt worden ist.

- 10 Im Übrigen setzt die Berücksichtigung des Verteidigungsverhaltens des Beamten im Disziplinarverfahren als belastenden Umstand bei der Maßnahmebemessung notwendigerweise voraus, dass der angeschuldigte Beamte einer uneingeschränkten dienstrechtlichen Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage unterliegt, wenn er von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch macht. Bei Annahme einer derartigen Pflicht begeht der Beamte im Disziplinarverfahren schon dann weitere disziplinarrechtlich relevante Pflichtenverstöße, wenn er das ihm vorgeworfene Fehlverhalten in Abrede stellt oder beschönigt. Eine derart weit reichende dienstrechtliche Wahrheitspflicht ist schon deshalb fragwürdig, weil sie das Recht auf angemessene Verteidigung gegen disziplinarische Vorwürfe erheblich einschränkt. Der Beamte, der das angelastete Fehlverhalten schuldhaft begangen hat, wäre dienstrechtlich auf die Wahl beschränkt, entweder zu schweigen oder zu gestehen. Jede nicht der Wahrheit entsprechende Einlassung, insbesondere eine verharmlosende Darstellung des Fehlverhaltens oder seiner Folgen, wäre als weitere Dienstpflichtverletzung erschwerend bei der Maßnahmebemessung zu berücksichtigen und könnte sich als ausschlaggebend für die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erweisen.
- 11 Es liegt nahe, die Grenzen der dienstrechtlichen Wahrheitspflicht im Disziplinarverfahren grundsätzlich an den Grenzen des zulässigen Verteidigungsverhaltens im Strafverfahren zu orientieren. Damit wäre die Grenze des dienstrechtlich Zulässigen erst überschritten, wenn der Beamte im Disziplinarverfahren wider besseres Wissen Dritte diffamiert oder sonst vorsätzlich gegen Strafbestimmungen verstößt (zum Ganzen Müller, ZBR 2012, 331 <339 ff.>). Dem entspricht, dass ein Beamter erst bei Überschreitung dieser Grenzen oder bei grob schuldhaftem Aufstellen unwahrer Behauptungen dienstlich gemäßregelt oder benachteiligt werden darf, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht, Beschwerden vorzubringen oder Rechtsschutz zu beantragen (Urteil vom 15. Dezember 2005 - BVerwG 2 A 4.04 - NVwZ-RR 2006, 485 <486>, insoweit nicht in Buchholz 235.1 § 24 BDG Nr. 1 abgedruckt).

- 12 2. Die vom Beklagten gerügte Divergenz im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO liegt nicht vor. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass das Oberverwaltungsgericht in dem Berufungsurteil einen abstrakten Rechtssatz aufgestellt hat, der einem Rechtssatz widerspricht, den der Disziplinarsenat des Bundesverwaltungsgerichts in den bezeichneten Urteilen vom 15. März 1994 (BVerwG 1 D 19.93), vom 26. Februar 1997 (BVerwG 1 D 16.96) und vom 19. Februar 2003 (BVerwG 1 D 14.02) zu derselben Rechtsnorm oder demselben Rechtsgrundsatz aufgestellt hat (vgl. zur Divergenz: Beschlüsse vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14 und vom 25. Mai 2012 - BVerwG 2 B 133.11 - NVwZ-RR 2012, 607 Rn. 5). Die Ausführungen in diesen Urteilen, auf die der Beklagte abstellt, behandeln die fallbezogene Würdigung des Nachtat- und Verteidigungsverhaltens des angeschuldigten Beamten. Ihnen lässt sich kein Rechtssatz entnehmen, der eine generelle Aussage zur Verwertung wahrheitswidriger Angaben des Beamten bei der Maßnahmebemessung enthält.
- 13 3. Für das weitere Vorgehen weist der Senat auf Folgendes hin:
- 14 a) Nach der gebotenen materiellen Betrachtung richtet sich die Bewertung eines Verhaltens als inner- oder außerdienstlich danach, ob es dem dienstlichen Aufgabenbereich des Beamten oder dem Bereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen ist. Außerdienstlich ist ein Verhalten, das sich als dasjenige einer Privatperson darstellt (Urteil vom 20. Februar 2001 - BVerwG 1 D 55.99 - BVerwGE 114, 37 <48> = Buchholz 232 § 52 BBG Nr. 12 S. 19 f.; stRspr). Danach kann nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei der Straftat des Beklagten um einen außerdienstlichen Pflichtenverstoß handelte. Weder war er zur Tatzeit im Dienst noch bestand funktionell ein dienstlicher Bezug. Der Beklagte hat sich erst nach Begehung der Straftat geriert, als sei er im Dienst. Dies kann erschwerend berücksichtigt werden, macht das Fehlverhalten aber nicht zu einem innerdienstlichen.
- 15 Die Schwere disziplinarrechtlich relevanter außerdienstlicher Straftaten richtet sich in erster Linie nach dem gesetzlichen Strafraumen. Dadurch bringt der Gesetzgeber den Unrechtsgehalt verbindlich zum Ausdruck. Diese gesetzliche

Wertung ist richtungweisend für die Schwere des Dienstvergehens im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 LDG NRW und damit für die Bestimmung der erforderlichen Disziplinarmaßnahme durch die Verwaltungsgerichte (Urteil vom 19. August 2010 a.a.O. Rn. 22 f.). Eine aus dem Strafraumen hergeleitete Regelmaßnahme oder ein Orientierungsrahmen für die Maßnahmebemessung darf regelmäßig nicht deshalb überschritten werden, weil dem Beamten Umstände zur Last fallen, die bereits den Unrechtsgehalt der Straftat kennzeichnen (Beschluss vom 14. Mai 2012 - BVerwG 2 B 146.11 - NVwZ-RR 2012, 658 Rn. 10). Der Beklagte ist rechtskräftig wegen einer gefährlichen Körperverletzung in einem minder schweren Fall nach § 224 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt worden. Der gesetzliche Strafraumen reicht von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

- 16 b) Die Verfahrensdauer kann nur dann als mildernder Umstand in die Gesamtwürdigung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1 LDG NRW einfließen, wenn die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nicht geboten ist. Dagegen kann auch eine unangemessen lange Verfahrensdauer nicht dazu führen, dass der Beamte im Beamtenverhältnis verbleibt, wenn er als Beamter nicht mehr tragbar sein sollte. In diesem Fall lässt sich die Berücksichtigung der Verfahrensdauer bei der Maßnahmebemessung nicht mit dem Zweck der Disziplinarbefugnis vereinbaren. Die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes wäre nicht mehr gewährleistet, wenn Beamte, deren berufliche Integrität dauerhaft beschädigt ist, weiterhin Dienst leisten würden (Beschluss vom 16. Mai 2012 - BVerwG 2 B 3.12 - NVwZ-RR 2012, 609 Rn. 9 f.).
- 17 Aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, der einen Anspruch auf gerichtliche Entscheidung innerhalb angemessener Zeit auch im Disziplinarverfahren statuiert (EGMR, Urteil vom 16. Juli 2009 - Nr. 8453/04 - NVwZ 2010, 1015 <1017>), folgt nicht, dass dem Betroffenen aufgrund einer unangemessen langen Verfahrensdauer eine Rechtsstellung eingeräumt werden muss, die in Widerspruch zum innerstaatlichen materiellen Recht steht. Vielmehr kann dieser Umstand nur dann für den Ausgang des zu lange dauernden Rechtsstreits berücksichtigt werden, wenn das innerstaatliche Recht dies vorsieht oder zulässt. Dementsprechend hat der Bundesgesetzgeber als Ausgleich für eine unangemessen

lange Verfahrensdauer einen Anspruch auf angemessene Entschädigung für verzögerungsbedingte Vermögensnachteile und immaterielle Folgen geschaffen. Er hat davon abgesehen, einen inhaltlichen Bezug zwischen der unangemessenen Dauer des Verfahrens und den geltend gemachten materiellrechtlichen Position herzustellen (§§ 198 f. GVG, § 173 Satz 2 VwGO, § 3 Abs. 1 LDG NRW; vgl. Beschluss vom 16. Mai 2012 a.a.O. Rn. 14).

- 18 c) Die Weiterbeschäftigung des Beklagten nach der Tat muss bei der Maßnahmebemessung nicht mildernd berücksichtigt werden. Über die Frage des Verbleibs im Beamtenverhältnis haben nicht die einzelnen Dienstvorgesetzten, sondern unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Verwaltungsgerichte zu entscheiden. Diese haben zu beurteilen, ob auf Grund des Dienstvergehens die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis geboten ist. Ist dies der Fall, so vermag daran auch die Weiterverwendung während des Disziplinarverfahrens nichts zu ändern. Das Vertrauensverhältnis, dessen Fortbestand für den Verbleib im Beamtenverhältnis erforderlich ist, bezieht sich auf den allgemeinen Status als Beamter, nicht auf die Dienstleistung (Urteile vom 20. Januar 2004 - BVerwG 1 D 33.02 - BVerwGE 120, 33 <53> = Buchholz 232 § 54 Satz 3 BBG Nr. 35 S. 79 und vom 8. Juni 2005 - BVerwG 1 D 3.04 - juris Rn. 26; stRspr).

Domgörgen

Dr. Heitz

Dr. von der Weiden

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Beamtendisziplinarrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 103 Abs. 1
EMRK	Art. 6 Abs. 1 Satz 1
VwGO	§ 108 Abs. 2
LDG NRW	§ 13 Abs. 2 und Abs. 3

Stichworte:

Disziplinarlageverfahren; rechtliches Gehör; Hinweispflicht; außerdienstliche Straftat; Entfernung aus dem Beamtenverhältnis; Maßnahmebemessung; Gesamtwürdigung der be- und entlastenden Umstände; Bewertungsneutralität des Verteidigungsverhaltens im Straf- und Disziplinarverfahren; dienstrechtliche Wahrheitspflicht.

Leitsatz:

Das Gericht darf strafprozessual zulässiges Verteidigungsverhalten des angeschuldigten Beamten im Strafverfahren nicht als belastenden Umstand bei der disziplinarrechtlichen Maßnahmebemessung berücksichtigen.

Will das Gericht ein bestimmtes Verteidigungsverhalten als belastenden Umstand berücksichtigen, muss es den Beamten zur Gewährung rechtlichen Gehörs rechtzeitig darauf hinweisen.

Beschluss des 2. Senats vom 20. November 2012 - BVerwG 2 B 56.12

- I. VG Münster vom 16.11.2010 - Az.: VG 13 K 353/09.O -
- II. OVG Münster vom 29.02.2012 - Az.: OVG 3d A 2789/10.O -