



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 5.17
OVG 3d A 1826/12.O

In der Verwaltungsstreitsache



hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 8. Juni 2017
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden und
Dr. Kenntner

beschlossen:

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land
Nordrhein-Westfalen vom 15. November 2016 wird aufge-
hoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweitigen Verhandlung und
Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückver-
wiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung
vorbehalten.

G r ü n d e :

- 1 1. Der 1969 geborene Beklagte ist Lehrer und steht als Studienrat (Besol-
dungsgruppe A 13) im Dienst des klagenden Landes. Durch Strafbefehl des
Amtsgerichts ... wurde er 2010 wegen einer exhibitionistischen Handlung vom
November 2008 gemäß § 183 Abs. 1 StGB zu einer Geldstrafe von
40 Tagessätzen verurteilt. Dem lag zugrunde, dass er in einem Café in Gegen-
wart von drei 16- bzw. 17-jährigen Mädchen onaniert hatte. Mit weiterem Straf-
befehl verurteilte ihn das Amtsgericht ... 2011 wegen besonders schweren
Diebstahls in zwei Fällen gemäß § 242 Abs. 1, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB
zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Monaten; die Vollstreckung setzte es zur
Bewährung aus. Dieser Verurteilung lag zugrunde, dass der Beklagte im De-
zember 2009 und im Februar 2010 aus einem Warenhaus verschiedene Ge-
genstände in einem Gesamtwert von rund 2 200 € entwendet und anschließend
über "... " veräußert hatte.
- 2 Auf die im Jahre 2012 erhobene Disziplinarclage hin hat das Verwaltungsge-
richt den Beklagten aus dem Beamtenverhältnis entfernt. Die Berufung des Be-
klagten beim Oberverwaltungsgericht ist erfolglos geblieben.

3 Das Oberverwaltungsgericht hat die Feststellungen des Strafbefehls aus dem Jahre 2011 zu den Diebstahlshandlungen zugrunde gelegt und sie als schwerwiegendes außerdienstliches Dienstvergehen durch Verletzung der Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten gewertet. Eine verminderte Schuldfähigkeit sei nach den Ausführungen des in der mündlichen Verhandlung befragten Sachverständigen nicht anzunehmen. Hinzukomme die exhibitionistische Handlung; insoweit legte das Oberverwaltungsgericht die vom Verwaltungsgericht nach Zeugenvernehmung getroffenen Feststellungen zugrunde. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" sei von einer Minderung der Steuerungsfähigkeit auszugehen. Bei einer Gesamtwürdigung sämtlicher zu berücksichtigender Gesichtspunkte habe der Beklagte das Vertrauen des Dienstherrn und der Allgemeinheit endgültig verloren und sei aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen.

4 2. Die Revision ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung (§ 67 LDG NRW i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen.

5 Die von der Beschwerde für grundsätzlich klärungsbedürftig gehaltene Frage,

"Führt das außerdienstliche Vermögensdelikt eines Lehrers in jedem Fall zu einer derart schwerwiegenden und nicht wieder gut zu machenden Ansehenschädigung, die das Vertrauen des Dienstherrn und der Allgemeinheit endgültig entfallen lässt, so dass von einer Entfernung aus dem Dienst nicht abgesehen werden kann?"

ist - soweit sie in verallgemeinerungsfähiger Form beantwortet werden kann und im vorliegenden Fall entscheidungserheblich ist - in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt und bedarf keiner erneuten Prüfung in einem Revisionsverfahren.

6 Die Entscheidung über die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme (vgl. § 13 LDG NRW, § 13 BDG) ergeht nach pflichtgemäßem Ermessen. Die Disziplinarmaßnahme ist insbesondere nach der Schwere des Dienstvergehens zu bemessen. Das Persönlichkeitsbild des Beamten ist angemessen zu berücksichtigen.

sichtigen. Ferner soll berücksichtigt werden, in welchem Umfang das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit beeinträchtigt worden ist. Wer durch ein Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat, ist aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen.

- 7 Die gegen den Beamten ausgesprochene Disziplinarmaßnahme muss unter Berücksichtigung aller be- und entlastenden Umstände des Einzelfalls in einem gerechten Verhältnis zur Schwere des Dienstvergehens und zum Verschulden des Beamten stehen. Dabei ist die Schwere des Dienstvergehens maßgebendes Bemessungskriterium für die Bestimmung der erforderlichen Disziplinarmaßnahme. Dies bedeutet, dass das festgestellte Dienstvergehen nach seiner Schwere einer gesetzlich vorgesehenen Disziplinarmaßnahme zuzuordnen ist. Davon ausgehend kommt es für die Bestimmung der Disziplinarmaßnahme darauf an, ob Erkenntnisse zum Persönlichkeitsbild des Beamten und zum Umfang der Vertrauensbeeinträchtigung im Einzelfall derart ins Gewicht fallen, dass eine andere als die durch die Schwere indizierte Maßnahme geboten ist. Deshalb dürfen die nach der Schwere des Dienstvergehens angezeigten Regeleinstufungen nicht schematisch angewandt werden. Je schwerwiegender das Dienstvergehen oder die mit ihm einhergehende Vertrauensbeeinträchtigung ist, umso gewichtiger müssen die sich aus dem Persönlichkeitsbild ergebenden mildernden Umstände sein, um gleichwohl eine andere Maßnahme zu rechtfertigen. Maßstab ist hierbei, in welchem Umfang die Allgemeinheit dem Beamten noch Vertrauen in eine zukünftig pflichtgemäße Amtsausübung entgegenbringen könnte, wenn ihr das Dienstvergehen einschließlich der be- und entlastenden Umstände bekannt würde (stRspr, vgl. nur BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 - 2 C 63.11 - BVerwGE 147, 229 Rn. 13 ff. <19> m.w.N.).
- 8 Außerhalb seines Dienstes ist der Beamte grundsätzlich nur verpflichtet, der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die sein Beruf erfordert (§ 34 Satz 3 BeamStG). Außerdienstliches Verhalten kann deshalb den Pflichtenkreis des Beamten nur berühren, wenn es die Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit betrifft und dadurch mittelbar dienstrechtliche Relevanz erlangt. Als Dienstvergehen ist außerdienstliches Fehlverhalten von Beamten gemäß § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG dabei nur zu qualifizieren, wenn es nach den besonde-

ren Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen der Bürger in einer für das Amt bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Die Pflichtverletzung als solche reicht zur Annahme eines Dienstvergehens nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn hierdurch eine Straftat begangen worden ist. Hinzutreten müssen weitere, auf die Eignung zur Vertrauensbeeinträchtigung bezogene Umstände. Nur soweit es um die Wahrung des Vertrauens der Bürger in die Integrität der Amtsführung und damit die künftige Aufgabenwahrnehmung geht, vermag das durch Art. 33 Abs. 5 GG geschützte Interesse an der Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums die im privaten Bereich des Beamten wirkenden Grundrechte einzuschränken. Unterhalb dieser Schwelle erwartet der Gesetzgeber von Beamten kein wesentlich anderes Sozialverhalten mehr als von jedem anderen Bürger. Das Vertrauen der Bürger, dass der Beamte dem Auftrag gerecht wird, als Repräsentant des demokratischen Rechtsstaates eine unabhängige, unparteiliche und gesetzestreue Verwaltung zu sichern, darf der Beamte auch durch sein außerdienstliches Verhalten nicht beeinträchtigen (BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2015 - 2 C 9.14 - BVerwGE 152, 228 Rn. 11 m.w.N.).

- 9 Ob und in welchem Umfang durch das außerdienstliche Verhalten eines Beamten das für sein Amt erforderliche Vertrauen beeinträchtigt wird, hängt in maßgeblicher Weise von Art und Intensität der jeweiligen Verfehlung ab. Dabei kommt vorsätzlichen (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 1 BeamStG) Straftaten eine besondere Bedeutung zu. Maßgeblich ist auch, ob der Pflichtenverstoß des Beamten einen Bezug zu seinem Amt aufweist. Bezugspunkt hierfür ist das dem Beamten verliehene Amt im statusrechtlichen Sinne (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2015 - 2 C 9.14 - BVerwGE 152, 228 Rn. 16 ff.).
- 10 Weist ein Dienstvergehen hinreichenden Bezug zum Amt des Beamten auf, reicht der Orientierungsrahmen für die mögliche Disziplinarmaßnahme auch für mittelschwere Straftaten, für die eine Strafandrohung von Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren gilt, bis zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 2015 - 2 C 6.14 - BVerwGE 154, 10 Rn. 18 m.w.N.). Erziehern und Lehrern ist eine spezifische Dienstpflicht zu Schutz und Obhut gerade von Kindern auferlegt (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 19. August 2010

- 2 C 5.10 - Buchholz 235.2 LDisziplinarG Nr. 12 Rn. 15 ff., Beschlüsse vom 25. Mai 2012 - 2 B 133.11 - NVwZ-RR 2012, 607 Rn. 17, vom 19. März 2013 - 2 B 17.12 - juris Rn. 7 und Urteil vom 18. Juni 2015 - 2 C 25.14 - juris Rn. 23).

- 11 Auf dieser Grundlage ist die von der Beschwerde aufgeworfene Frage zu verneinen. Vielmehr bedarf es stets einer Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen und hat seine Bemessungsentscheidung aufgrund einer solchen Einzelfallwürdigung vorgenommen. Mit dem Beschwerdevorbringen wird der Sache nach angegriffen, dass das Berufungsgericht angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalles einen endgültigen Vertrauensverlust im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 LDG NRW bejaht hat. Die Bemessung der Disziplinarmaßnahme nach Maßgabe des § 13 LDG NW bzw. § 13 BDG unter Berücksichtigung aller im Einzelfall bedeutsamen be- und entlastenden Gesichtspunkte ist als solche jedoch einer rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich und kann deshalb nicht Gegenstand einer Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sein (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2016 - 2 B 49.15 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 36 Rn. 13 a.E.).
- 12 3. Die Revision ist auch nicht wegen Divergenz (§ 67 LDG NRW i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) zuzulassen.
- 13 Eine Divergenz im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO setzt voraus, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts auf einem abstrakten Rechtssatz beruht, der im Widerspruch zu einem Rechtssatz steht, den das Bundesverwaltungsgericht oder ein anderes divergenzfähiges Gericht - dazu zählt bei Klagen aus dem Beamtenverhältnis auch ein anderes Oberverwaltungsgericht (§ 127 Nr. 1 BRRG, § 63 Abs. 3 BeamStG) - in Anwendung derselben Rechtsvorschrift aufgestellt hat. Zwischen den Gerichten muss ein prinzipieller Auffassungsunterschied über den Bedeutungsgehalt einer bestimmten Rechtsvorschrift oder eines Rechtsgrundsatzes bestehen (stRspr, vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 19. August 1997 - 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14 und vom 25. Mai 2012 - 2 B 133.11 - NVwZ-RR 2012, 607 Rn. 5). Die Behauptung einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von Rechtssätzen, die

das Bundesverwaltungsgericht oder ein anderes divergenzfähiges Gericht aufgestellt hat, genügt den Zulässigkeitsanforderungen einer Divergenzrüge dagegen nicht. Die Entscheidungen müssen dasselbe Gesetz und dieselbe Fassung des Gesetzes zum Gegenstand haben (stRspr, vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 17. Januar 1995 - 6 B 39.94 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 342 S. 55 und vom 9. April 2014 - 2 B 107.13 - NVwZ 2014, 1174 Rn. 3 ff. m.w.N.).

- 14 Das Beschwerdevorbringen genügt diesen Anforderungen nicht. Es bezeichnet zwar einen Rechtssatz des Bundesverwaltungsgerichts (zur Notwendigkeit der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens), aber keinen hierzu im Widerspruch stehenden Rechtssatz des Berufungsgerichts. Dass das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit primär die Einschätzungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen, nicht aber des behandelnden Arztes zugrunde gelegt hat, genügt insoweit ersichtlich nicht. Damit rügt die Beschwerde lediglich eine vermeintlich unrichtige Rechtsanwendung im Einzelfall. Im Übrigen ist auch für eine Verfahrensfehlerhaftigkeit der gerichtlichen Einholung des Sachverständigengutachtens nichts ersichtlich.
- 15 4. Die Verfahrensrügen (§ 67 LDG NRW i.V.m § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) sind - mit Ausnahme der unter 5. zu behandelnden - unbegründet.
- 16 a) Das Berufungsurteil leidet - mit einer Ausnahme (vgl. unter 5.) - nicht an den geltend gemachten Verstößen gegen die verfahrensfehlerfreie richterliche Überzeugungsbildung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 17 Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Die Sachverhalts- und Beweiswürdigung einer Tatsacheninstanz ist der Beurteilung des Revisionsgerichts nur insoweit unterstellt, als es um Verfahrensfehler im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO geht. Rügefähig ist damit nicht das Ergebnis der Beweiswürdigung, sondern nur ein Verfahrensvorgang auf dem Weg dorthin. Derartige Mängel liegen insbesondere vor, wenn das angegriffene Urteil von einem falschen oder unvollständigen Sachverhalt ausgeht, also beispielsweise entscheidungserheblichen Akteninhalt übergeht oder auf einer ak-

tenwidrigen Tatsachengrundlage basiert. Die Einhaltung der verfahrensmäßigen Verpflichtungen des Tatsachengerichts ist nicht schon dann in Frage gestellt, wenn ein Beteiligter ein aus seiner Sicht fehlerhaftes Ergebnis der gerichtlichen Verwertung des vorliegenden Tatsachenmaterials rügt, aus dem er andere Schlüsse ziehen will als das angefochtene Urteil. Die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts darf vom Revisionsgericht nicht daraufhin überprüft werden, ob sie überzeugend ist, ob festgestellte Einzelumstände mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die abschließende Würdigung des Sachverhalts eingegangen sind und ob solche Einzelumstände ausreichen, die Würdigung zu tragen. Solche Fehler sind revisionsrechtlich regelmäßig nicht dem Verfahrensrecht, sondern dem materiellen Recht zuzuordnen und können einen Verfahrensmangel im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO deshalb grundsätzlich nicht begründen. Ein Verstoß gegen den Überzeugungsgrundsatz hat jedoch dann den Charakter eines Verfahrensfehlers, wenn das Tatsachengericht allgemeine Sachverhalts- und Beweiswürdigungsgrundsätze verletzt (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. Februar 2017 - 2 B 2.16 - juris Rn. 15 m.w.N.).

- 18 aa) Es ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht lediglich den gerichtlich bestellten Sachverständigen zwecks Erläuterung seines Gutachtens zur mündlichen Verhandlung geladen hat, nicht aber den Arzt, der im Auftrag des Beklagten zuvor ein Gutachten angefertigt hatte. Die Ladung des gerichtlich bestellten Sachverständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens ist gemäß § 98 VwGO i.V.m. § 411 Abs. 3 ZPO im Prozessrecht vorgesehen. Hingegen sind von den Beteiligten in Auftrag gegebene Gutachten Parteigutachten und damit Parteivortrag, für die § 98 VwGO i.V.m. § 411 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar ist (BVerwG, Urteil vom 6. Februar 1985 - 8 C 15.84 - BVerwGE 71, 38 <45>; Beschluss vom 21. September 1994 - 1 B 131.93 - Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 46 S. 2 f.).
- 19 Auch unter dem Gesichtspunkt einer insoweit näherliegenden Aufklärungsrüge (§ 57 Abs. 1 LDG NRW, § 86 Abs. 1 VwGO) ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht sich auf die Befragung des gerichtlich bestellten Sachverständigen beschränkt hat. Das Berufungsgericht hatte den Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens zur Frage der Schuldfähigkeit des Beklag-

ten in den Zeitpunkten der ihm angelasteten Straftaten beauftragt, nachdem dieser zuvor auf eigene Initiative ein Sachverständigengutachten hatte erstellen lassen und in das Berufungsverfahren eingeführt hatte und der Kläger Mängel dieses Gutachtens geltend gemacht hatte. Der gerichtlich bestellte Gutachter hat das zuvor auf Veranlassung des Beklagten erstellte Gutachten in seine Betrachtung einbezogen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der gerichtlich bestellte Sachverständige sein Gutachten erläutert und Nachfragen der Beteiligten beantwortet. Der Niederschrift zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist nicht zu entnehmen, dass das Berufungsgericht oder einer der Beteiligten Defizite hinsichtlich der Erläuterungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen gesehen haben. Die Beschwerde meint lediglich, es hätte ein Abgleich der teilweise unterschiedlichen Sachverständigeneinschätzungen durch Befragung auch des Privatgutachters in der mündlichen Verhandlung erfolgen müssen, die auch ohne Zeitverzögerung möglich gewesen wäre, macht aber Defizite der Einschätzung durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht geltend und zeigt solche nicht auf. Dem Berufungsgericht musste sich die Notwendigkeit einer Anhörung des Privatgutachters umso weniger aufdrängen, als es - von der Beschwerde nicht angegriffen - Defizite der abweichenden sachverständigen Expertise des Privatgutachters (vgl. UA S. 15 f.) angenommen hat.

- 20 Im Übrigen hätte es dem anwaltlich vertretenen Beklagten frei gestanden, die nunmehr vermisste Anhörung des Privatgutachters vor oder spätestens in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu beantragen, wenn hierfür eine Notwendigkeit gesehen worden ist. Das Revisionsverfahren dient nicht dazu, im Berufungsverfahren unterbliebene Verfahrenshandlungen nachzuholen.
- 21 bb) Auch die Nichtberücksichtigung der langen Verfahrensdauer verstößt nicht gegen § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Nach der ständigen - und vom Bundesverfassungsgericht gebilligten (BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. Januar 2013 - 2 BvR 1912/12 - NVwZ 2013, 788) - Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann selbst bei einer überlangen Verfahrensdauer nicht von der disziplinarrechtlichen Entfernung aus dem Beamtenverhältnis abgesehen wer-

den, wenn dies nach dem Ergebnis der für die Bestimmung der Disziplinarmaßnahme erforderlichen Gesamtwürdigung aller erschwerenden und mildernden Umstände des Dienstvergehens geboten ist. Ein Verbleib im Beamtenverhältnis ausschließlich aufgrund einer überlangen Verfahrensdauer lässt sich nicht mit dem Zweck der Disziplinarbefugnis, nämlich dem Schutz der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung und der Integrität des Berufsbeamtentums, vereinbaren. Diese Schutzgüter und der Grundsatz der Gleichbehandlung schließen es aus, dass ein Beamter weiterhin Dienst leisten und als Repräsentant des Dienstherrn auftreten kann, obwohl er durch ein gravierendes Fehlverhalten untragbar geworden ist. Die Dauer des Disziplinarverfahrens ist nicht geeignet, das von dem Beamten zerstörte Vertrauensverhältnis wiederherzustellen (BVerwG, Urteil vom 28. Februar 2013 - 2 C 3.12 - BVerwGE 146, 98 Rn. 53 m.w.N.).

- 22 cc) Des Weiteren verstößt auch die Nichtberücksichtigung des Umstandes, dass Beamte in Disziplinarverfahren in der Regel mit erheblichen Anwaltskosten belastet sind, nicht gegen die Pflicht des Gerichts zur fehlerfreien Überzeugungsbildung nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Anwaltskosten sind die regelmäßige Folge eines durch ein angenommenes Fehlverhalten des Beamten ausgelösten Disziplinarverfahrens und beeinflussen weder die Einschätzung der Schwere der Dienstpflichtverletzung noch der Persönlichkeit des Beamten oder des Ausmaßes der verursachten Vertrauensbeeinträchtigung.
- 23 dd) Schließlich ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dem Beklagten komme der Milderungsgrund der "Entgleisung während einer inzwischen überwundenen negativen Lebensphase" nicht zugute, kein Verstoß gegen die Pflicht zur fehlerfreien Überzeugungsbildung nach § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
- 24 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt der - gesetzlich nicht bestimmte, sondern lediglich in der gerichtlichen Praxis entwickelte - Milderungsgrund der "Entgleisung während einer negativen, inzwischen überwundenen Lebensphase" außergewöhnliche Verhältnisse voraus, die den Beamten während des Tatzeitraums oder im Tatzeitpunkt "aus der Bahn geworfen" haben. Die mildernde Berücksichtigung liegt vor allem dann nahe, wenn

sich der Pflichtenverstoß als Folge dieser Verhältnisse darstellt. Der Beamte muss diese Lebensphase in der Folgezeit überwunden haben. Dies ist anzunehmen, wenn sich seine Lebensverhältnisse wieder soweit stabilisiert haben, dass nicht mehr davon die Rede sein kann, er sei weiterhin "aus der Bahn" geworfen. Eine derartige Stabilisierung indiziert, dass weitere Pflichtenverstöße gleicher Art nicht zu besorgen sind (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2016 - 2 B 49.15 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 36 Rn. 10 m.w.N.).

- 25 Danach muss es sich um eine persönlich besonders belastende Situation gehandelt haben, die so gravierend ist, dass die Pflichtverletzung des Beamten in einem milderen Licht erscheint, weil ein an normalen Maßstäben orientiertes Verhalten vom Beamten nicht mehr vorausgesetzt werden kann. Wenn aber das Verhalten des Beamten zum Tatzeitpunkt in keiner Hinsicht auffällig gewesen ist, bestehen auch keine Anhaltspunkte für die Annahme, der Beamte sei aufgrund von außergewöhnlichen Umständen "zeitweilig aus der Bahn geworfen" (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2016 - 2 B 49.15 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 36 Rn. 11).
- 26 Das Vorliegen solcher Umstände hat das Berufungsgericht hier zutreffend verneint. Soweit die Beschwerde auf die "krankheitsbedingten Neigungen" des Beklagten abstellt, begründen diese keine "negative Lebensphase", sondern sind im Rahmen der Bemessungsentscheidung eigenständig zu würdigen (vgl. nachfolgend unter 5.).
- 27 b) Die Rüge, das behördliche Disziplinarverfahren sei fehlerhaft gewesen, weil die Gleichstellungsbeauftragte vor der Erhebung der Disziplinarklage nicht beteiligt worden sei, zeigt einen zur Zulassung der Revision führenden Verfahrensmangel nicht auf.
- 28 Der Begriff des Verfahrensmangels im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO erfasst Verstöße des Gerichts gegen verwaltungsprozessrechtliche Vorschriften und Rechtsgrundsätze. Ein davon prinzipiell zu unterscheidender - wesentlicher - Mangel des behördlichen Disziplinarverfahrens oder der Disziplinarklageschrift zieht einen Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO

nach sich, wenn das Verwaltungsgericht die - auch für das Berufungsgericht geltende - Verpflichtung verletzt hat, auf die Beseitigung eines wesentlichen Mangels durch den Dienstherrn hinzuwirken. Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO kann nur der Verfahrensverstoß des Gerichts sein, nicht aber der Mangel des behördlichen Disziplinarverfahrens oder der Disziplinarklageschrift selbst (BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2010 - 2 C 15.09 - BVerwGE 137, 192 Rn. 18 f.; Beschluss vom 26. Februar 2008 - 2 B 122.07 - Buchholz 235.1 § 55 BDG Nr. 2 Rn. 3).

- 29 Bei einer Disziplinarklage hat der Beamte wesentliche Mängel des behördlichen Disziplinarverfahrens oder der Klageschrift innerhalb eines Monats nach Zustellung der Klage oder der Nachtragsdisziplinarklage geltend zu machen (§ 54 Abs. 1 LDG NRW, vgl. auch § 55 BDG). Wesentliche Mängel, die nicht oder nicht fristgerecht geltend gemacht werden, kann das Gericht unberücksichtigt lassen, wenn ihre Berücksichtigung nach seiner freien Überzeugung die Erledigung des Disziplinarverfahrens verzögern würde und der Beamte über die Folgen der Fristversäumung belehrt worden ist; dies gilt nicht, wenn der Beamte zwingende Gründe für die Verspätung glaubhaft macht (§ 54 Abs. 2 LDG NRW, vgl. auch § 55 Abs. 2 BDG). Das Gericht kann dem Dienstherrn zur Beseitigung eines wesentlichen Mangels, den der Beamte rechtzeitig geltend gemacht hat oder dessen Berücksichtigung es unabhängig davon für angezeigt hält, eine Frist setzen (§ 54 Abs. 3 LDG NRW, vgl. auch § 55 Abs. 3 BDG).
- 30 Ein Verfahrensfehler nach § 54 Abs. 3 LDG NRW kann mit der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision jedenfalls dann nicht gerügt werden, wenn der Beamte den wesentlichen Mangel in der Tatsacheninstanz nicht geltend gemacht hat. Dies gilt erst recht für einen - wie hier - anwaltlich vertretenen Beamten. Denn die Nichtzulassungsbeschwerde dient - wie bereits erwähnt - nicht dazu, Versäumnisse eines Beteiligten in der Tatsacheninstanz zu korrigieren.
- 31 Im Übrigen liegt es nahe, dass im vorliegenden Fall eine Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten im behördlichen Disziplinarverfahren nicht erforderlich war. Nach der zu § 19 Bundesgleichstellungsgesetz ergangenen Recht-

sprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten bei der Erhebung der Disziplinaranzeige voraus, dass die gegen den Beamten erhobenen Vorwürfe einen Bezug zu ihren gesetzlichen Aufgaben aufweisen; dies ist auch der Fall, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei der Aufklärung und Ahndung von Dienstpflichtverletzungen die Ermittlungsmethoden oder die Sanktionen je nach Geschlecht oder nach anderen individuellen Verhältnissen differieren, die den Aufgabenbereich der Gleichstellungsbeauftragten berühren, wie zum Beispiel Familienstand oder Unterhaltspflichten (BVerwG, Urteil vom 28. Februar 2013 - 2 C 62.11 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 19 Rn. 20). Überträgt man diese Rechtsprechung auf § 17 des Landesgleichstellungsgesetzes (LGG NW) vom 9. November 1999 (GV. NRW 1999, 590), wonach die Gleichstellungsbeauftragte bei allen Maßnahmen mitwirkt, die Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frau und Mann haben oder haben können, bedurfte es im vorliegenden Fall der Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten nicht. Denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern das im Hinblick auf die außerdienstlichen Pflichtverletzungen des Beklagten eingeleitete Disziplinarverfahren den Aufgabenbereich der Gleichstellungsbeauftragten tangiert haben könnte.

- 32 5. Zu Recht rügt die Beschwerde hingegen den Umstand, dass das Berufungsgericht den Umstand der vom Beklagten durchgeführten Therapie nicht hinreichend gewürdigt hat, als Verstoß gegen die Pflicht zur fehlerfreien richterlichen Überzeugungsbildung (§ 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Dies führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung durch das Berufungsgericht (§ 133 Abs. 6 VwGO).
- 33 Zu den nach § 13 Abs. 1 BDG und den entsprechenden Vorschriften der Landesdisziplinargesetze bemessungsrelevanten - und für den Beamten sprechenden - Umständen gehört auch der Umstand, dass sich der Beamte im Hinblick auf das Dienstvergehen einer Therapie unterzogen hat. Stärker noch als die Tatsache der Durchführung einer Therapie ist ihr Ergebnis zu berücksichtigen. Persönlichkeitsbild und Verhaltensprognose sind negativ, wenn eine im Hinblick auf das Dienstvergehen durchgeführte Therapie ohne Erfolg bleibt. Dagegen können nachträgliche Therapiemaßnahmen bei der Bemessung der Diszipli-

maßnahme mildernd berücksichtigt werden, wenn eine günstige Zukunftsprognose gestellt werden kann. Dabei können positive Entwicklungen in der Person des Beamten nach Vollendung des Dienstvergehens auch dazu führen, dass von der Höchstmaßnahme zugunsten einer milderen Maßnahme abgesehen werden muss. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit festzustellen, inwieweit eine vom Beamten im Hinblick auf sein Fehlverhalten begonnene Therapie Erfolg hat. Bei der Würdigung ist zu berücksichtigen, dass entlastende Umstände nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" schon dann beachtlich sind, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für ihr Vorliegen gegeben sind und eine weitere Sachverhaltsaufklärung nicht möglich ist (BVerwG, Urteile vom 27. November 2001 - 1 D 64.00 - juris Rn. 35 und vom 19. August 2010 - 2 C 13.10 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 12 Rn. 29 f.; Beschluss vom 22. März 2016 - 2 B 43.15 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 34 Rn. 7).

- 34 Diesen Anforderungen genügt das Berufungsurteil nicht. Zwar ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht hinsichtlich der Diebstähle eine verminderte oder fehlende Schuldfähigkeit verneint hat. Es hat allerdings hinsichtlich der exhibitionistischen Straftat die Voraussetzungen des § 21 StGB bejaht, ohne zugleich der Frage nachzugehen, ob die Therapie des Beklagten dauerhaften Erfolg verspricht. Zwar hat es seinen Versuch, die exhibitionistischen Handlungen in der Zwischenzeit durch Gesprächstherapie und stationäre Krankenhausaufenthalte aufzuarbeiten, zu seinen Gunsten gewertet. Angesichts der Schwere des einheitlichen Dienstvergehens könne ihn dies jedoch nicht wirksam entlasten. Es sei nichts Greifbares dafür erkennbar, dass weitere Diebstähle durch den Beklagten in Zukunft hinreichend sicher in Folge seiner zwischenzeitlichen Therapien ausgeschlossen seien (UA S. 26). Damit hat das Berufungsgericht jedoch die gebotene und auch nach seiner eigenen Ansicht bemessungsrelevante Prüfung, ob die Therapie bezüglich der exhibitionistischen Handlungen im Ergebnis erfolgreich gewesen ist, unterlassen. Der Erfolg oder Misserfolg der Therapiebemühungen hätte etwa durch eine entsprechende Nachfrage bei dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht befragten gerichtlichen Sachverständigen oder durch eine Befragung der behandelnden Ärztin in Erfahrung gebracht werden können (vgl. auch BVerwG,

Urteil vom 19. August 2010 - 2 C 13.10 - Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 12 Rn. 31).

- 35 Soweit das Berufungsgericht dabei auf den Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens Bezug nimmt, verfehlt dies dessen Gehalt. Das Disziplinarrecht wird durch den Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens geprägt. Soweit die Vorwürfe Gegenstand des Disziplinarverfahrens sind, ist das durch mehrere Pflichtenverstöße zutage getretene Fehlverhalten eines Beamten danach einheitlich zu würdigen. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass es im Disziplinarrecht nicht allein um die Feststellung und Maßregelung einzelner Verfehlungen geht, sondern vor allem um die dienstliche Bewertung des Gesamtverhaltens des Beamten, das im Dienstvergehen als der Summe der festgestellten Pflichtverletzungen seinen Ausdruck findet (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Februar 2014 - 2 B 37.12 - juris Rn. 17 m.w.N.). Dieser Grundsatz ändert aber nichts daran, dass jede Pflichtverletzung für sich genommen vorliegen und gewürdigt werden muss. Es ist daher nicht zulässig, die verminderte Schuldfähigkeit hinsichtlich einer der Pflichtverletzungen unter Heranziehung des Grundsatzes der Einheit des Dienstvergehens außer Acht zu lassen. Genau dies hat das Berufungsgericht aber getan (UA S. 25).
- 36 Damit wendet das Berufungsgericht zugleich den Zweifelssatz in rechtsfehlerhafter Weise an. Denn wenn ein Gericht "in dubio pro reo" vom Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit ausgeht, darf es sich im Folgenden hierzu nicht in Widerspruch setzen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. Dezember 2012 - 2 B 32.12 - juris Rn. 12 zur Wahrunterstellung). Das Gericht muss daher auch nachfolgend diesen Sachverhalt "ohne inhaltliche Einschränkung" seiner Entscheidungsfindung zugrunde legen.
- 37 Im Rahmen der nunmehr gebotenen erneuten Durchführung des Berufungsverfahrens wird das Berufungsgericht hinsichtlich der exhibitionistischen Handlungen die nicht auszuschließende erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB hinreichend zu berücksichtigen haben. Hat der Beamte zum Tatzeitpunkt an einer krankhaften seelischen Störung im Sinne von § 20 StGB gelitten oder kann eine solche Störung nach dem Grundsatz "in

dubio pro reo" nicht ausgeschlossen werden und ist die Verminderung der Schuldfähigkeit des Beamten erheblich, so ist dieser Umstand bei der Bewertung der Schwere des Dienstvergehens mit dem ihm zukommenden erheblichen Gewicht heranzuziehen. Bei einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit wird die Höchstmaßnahme regelmäßig nicht mehr ausgesprochen werden können (BVerwG, Urteil vom 25. März 2010 - 2 C 83.08 - BVerwGE 136, 173 Rn. 29 ff.; Beschluss vom 20. Oktober 2011 - 2 B 61.10 - juris Rn. 9).

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dr. Kenntner