BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 27.12
OVG 3d A 3107/08.O

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 17. Juli 2013
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Heitz, Dr. von der Weiden
und Dr. Kenntner

beschlossen:

> Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 14. Dezember 2011 wird zurückgewiesen.
>
> Der Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

G r ü n d e :

1 Die auf Verfahrensfehler und auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gestützte Beschwerde des Beklagten hat keinen Erfolg.

2 1. Der Beklagte stand bis zu seiner vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand im Jahr 2005 als Polizeikommissar im Dienst des Klägers. Die im Jahr 2007 erhobene Disziplinarklage war nach Auffassung des Verwaltungsgerichts auf eine nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Klageschrift gestützt, sodass der Klägerin durch Beschluss nach § 54 Abs. 3 Satz 2 LDG NRW eine Frist zur Einreichung einer inhaltlich hinreichend bestimmten Klageschrift gesetzt wurde. Die neugefasste Klageschrift verwies hinsichtlich der näheren Umstände der dem Beklagten vorgeworfenen Pflichtenverstöße, insbesondere der Tatzeitpunkte auf eine in der Disziplinarakte enthaltene Aufstellung, die dem Bevollmächtigten des Beklagten vorab übermittelt worden war.

3 Das Verwaltungsgericht erkannte dem Beklagten das Ruhegehalt ab, die hiergegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg. Die Maßnahme sei geboten, weil der Beklagte in der Zeit vom 1. Januar 2001 bis zum 21. Dezember 2004 einer unerlaubten Nebentätigkeit nachgegangen sei, die nach Art und Umfang als Zweitberuf eingestuft werden müsse. Dieses Dienstvergehen wiege besonders

schwer, weil der Beklagte seine gewerblichen Tätigkeiten auch während der Zeiten krankheitsbedingter Dienstunfähigkeit ausgeübt habe.

4 2. Die Revision ist nicht wegen der geltend gemachten grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 67 Satz 1 LDG NRW i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen.

5 Die nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO erforderliche Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO setzt voraus, dass der Beschwerdeführer eine konkrete Frage des revisiblen Rechts bezeichnet und aufzeigt, dass die Frage sowohl im konkreten Fall entscheidungserheblich als auch allgemein klärungsbedürftig ist. Klärungsbedarf besteht, wenn eine von der Beschwerde aufgeworfene Frage von Bundesverfassungs- oder Bundesverwaltungsgericht weder beantwortet worden ist noch auf der Grundlage ihrer Rechtsprechung eindeutig beantwortet werden kann (stRspr; vgl. Beschluss vom 24. Januar 2011 - BVerwG 2 B 2.11 - NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 4).

6 a) Es ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht geklärt und bedarf nicht der Durchführung eines Revisionsverfahrens, dass auch im Falle einer überlangen Dauer des Disziplinarverfahrens nicht von der Aberkennung des Ruhegehalts abgesehen werden kann, wenn der Ruhestandsbeamte die Dienstpflichtverletzungen im aktiven Dienst begangen hat und deshalb die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis geboten wäre, wenn er sich noch im Dienst befände (§ 13 Abs. 3 Satz 2 BDG). Auch aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK folgt nicht, dass dem Betroffenen wegen einer unangemessen langen Verfahrensdauer eine Rechtsstellung eingeräumt werden muss, die im Widerspruch zu dem entscheidungserheblichen innerstaatlichen materiellen Recht steht. Vielmehr kann die unangemessene Verfahrensdauer für den Ausgang eines zu lange dauernden Rechtsstreits nur dann berücksichtigt werden, wenn das innerstaatliche Recht dies vorsieht oder zulässt. In den Fällen, in denen ein Beamter durch ein Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat (§ 13 Abs. 3 LDG NRW), sieht das Disziplinarrecht aber zwingend die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis bzw. die

Aberkennung des Ruhegehalts vor (stRspr, vgl. zuletzt Urteile vom 28. Februar 2013 - BVerwG 2 C 3.12 - Rn. 44 ff. und BVerwG 2 C 62.11 - Rn. 59 ff. <zur Veröffentlichung in den Entscheidungssammlungen BVerwGE und Buchholz vorgesehen>). Darüber hinausgehenden oder neuen Klärungsbedarf zeigt die Beschwerde nicht auf.

7 b) Der Kläger hat auch im Hinblick auf die Maßnahmebemessung keinen weiteren Klärungsbedarf aufgezeigt. Welche generellen Anforderungen an die Bemessung der Disziplinarmaßnahme durch die Tatsachengerichte im Hinblick auf Beamte zu stellen sind, die während der Zeit einer Dienstunfähigkeit Nebentätigkeiten ohne Genehmigung ausgeübt haben, ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hinreichend geklärt. Für die Ahndung ungenehmigter Nebentätigkeiten steht wegen der Vielfalt der möglichen Pflichtverstöße grundsätzlich der gesamte disziplinarrechtliche Maßnahmenkatalog zur Verfügung. Es kommt auf Dauer, Häufigkeit und Umfang der Nebentätigkeiten an. Weiterhin muss berücksichtigt werden, ob der Ausübung der Nebentätigkeiten gesetzliche Versagungsgründe entgegenstehen, d.h. die Betätigungen auch materiell rechtswidrig sind und ob sich das Verhalten des Beamten nachteilig auf die Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben ausgewirkt hat. Erschwerend wirkt sich aus, wenn ein Beamter ungenehmigte Nebentätigkeiten in Zeiten der Krankschreibung wahrnimmt (Urteile vom 11. Dezember 1990 - BVerwG 1 D 63.89 - BVerwGE 86, 370 <378>, vom 1. Juni 1999 - BVerwG 1 D 49.97 - BVerwGE 113, 337 <338> und vom 11. Januar 2007 - BVerwG 1 D 16.05 - juris Rn. 59).

8 Darüber hinaus ist geklärt, dass der Beamte, der während der Krankschreibung Nebentätigkeiten ausübt, gegen die Pflicht zum vollen beruflichen Einsatz verstößt, wenn die Nebentätigkeit nach Art und Umfang generell geeignet ist, die Wiederherstellung der Dienstfähigkeit zumindest zu verzögern. Eines konkreten medizinischen Nachweises bedarf es nicht (stRspr; Urteile vom 12. Februar 1992 - BVerwG 1 D 2.91 -, vom 1. Juni 1999 - BVerwG 1 D 49.97 - BVerwGE 113, 337 <338> und vom 14. November 2001 - BVerwG 1 D 60.00 - jeweils m.w.N.). Ob derartiges angenommen werden kann, ist nach den jeweiligen Ein-

zelfallumständen zu beantworten und einer grundsätzlichen Klärung nicht zugänglich.

9 Ein Verstoß gegen das Schuldprinzip liegt hierin nicht. Anknüpfungspunkt sind vielmehr schuldhafte Verhaltensweisen des Beklagten, nämlich die Fortführung (und Intensivierung) der ungenehmigten Nebentätigkeiten während des Zeitraums der Krankschreibung. Auf einen individuellen Nachweis wird lediglich hinsichtlich der konkreten Beeinträchtigung des Gesundungsprozesses verzichtet. Dies findet Grund und Rechtfertigung darin, dass der Beamte durch die ungeschmälerte Alimentierung während der Dienstunfähigkeit in die Lage versetzt werden soll, seine Genesung bestmöglich zu fördern. Ist die Arbeitskraft wiederhergestellt, hat er sie seinem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen. Die Ausübung einer gewerblichen Nebentätigkeit während des Zeitraums einer Krankschreibung kommt deshalb nur in Betracht, wenn die Nebentätigkeit der Erholung nicht schaden kann. Ist sie dagegen geeignet, den Gesundungsprozess zu behindern oder zu verlangsamen, hat sie - ebenso wie die Dienstausübung - zu unterbleiben. Eine Privilegierung privater Nebentätigkeiten dergestalt, dass sie von einer Krankschreibung nicht umfasst würden, ist nicht veranlasst.

10 Aus dem Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. Februar 2003 - 2 BvR 1413/01 - (NVwZ 2003, 1504) folgt entgegen der Auffassung des Beklagten nichts anderes. Dass das dort angegriffene Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen auf die Verfassungsbeschwerde aufgehoben wurde, beruhte vielmehr darauf, dass eine Ausübung der Nebentätigkeit während krankheitsbedingter Dienstunfähigkeit von der Tatsacheninstanz nicht festgestellt worden war. Beanstandet worden ist damit nicht der grundsätzliche Rechtssatz, dass es eines konkreten Nachweises der Beeinträchtigung des Gesundungsprozesses nicht bedürfe. Fehlerhaft war nur die Annahme des Gerichts, dass von einem hierzu erforderlichen Verstoß gegen die Gesunderhaltungspflicht ausgegangen werden könne. Die insoweit vom Oberverwaltungsgericht ergänzend getroffenen Tatsachenfeststellungen konnten wegen der Beschränkung des Rechtsmittelverfahrens auf das Disziplinarmaß nicht berücksichtigt werden.

11 Soweit der Beklagte die fallbezogene disziplinarrechtliche Würdigung auf der Grundlage der dargestellten Rechtsprechung in Zweifel zieht, ist dies nicht geeignet, eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache darzulegen. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die langjährige pflichtgemäße Dienstausübung selbst bei überdurchschnittlichen Leistungen für sich genommen regelmäßig nicht geeignet, gravierende Pflichtenverstöße in einem milderen Licht erscheinen zu lassen (Urteile vom 23. November 2006 - BVerwG 1 D 1.06 - juris Rn. 40 <insoweit in Buchholz 232 § 70 BBG Nr. 12 nicht abgedruckt>, vom 7. Februar 2008 - BVerwG 1 D 4.07 - juris Rn. 28 <insoweit in Buchholz 235 § 77 BDO Nr. 13 nicht abgedruckt>, vom 19. Juni 2008 - BVerwG 1 D 2.07 - juris Rn. 76 <insoweit in Buchholz 235 § 25 BDO Nr. 5 nicht abgedruckt>; Beschluss vom 23. Januar 2013 - BVerwG 2 B 63.12 - juris Rn. 13 und Urteil vom 28. Februar 2013 - BVerwG 2 C 3.12 - Rn. 43). Eine „Mobbing-Situation“ kann nicht berücksichtigt werden, weil das Oberverwaltungsgericht insoweit keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Daran ist der Senat nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden.

12 3. Die Beschwerde hat auch keinen Verfahrensmangel aufgezeigt, auf dem die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts beruhen könnte (§ 67 Satz 1 LDG NRW i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

13 Die ausgesprochene Disziplinarmaßnahme beruht zwar nicht auf einer den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Klageschrift. Dieser Fehler zieht auch einen Verfahrensmangel im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nach sich, weil das Oberverwaltungsgericht die sich aus § 54 Abs. 3 Satz 1, § 65 Abs. 1 Satz 1 LDG NRW ergebende Verpflichtung verletzt hat, auf die Beseitigung eines solchen Mangels durch den Dienstherrn hinzuwirken (Beschluss vom 26. Februar 2008 - BVerwG 2 B 122.07 - Buchholz 235.1 § 55 BDG Nr. 2 Rn. 3 zur entsprechenden Regelung in § 55 BDG). Die Fehlerhaftigkeit der Klageschrift erweist sich angesichts der vorliegenden Einzelfallumstände aber nicht als wesentlicher Mangel im Sinne des § 54 LDG NRW.

14 a) Nach § 52 Abs. 2 Satz 1 LDG NRW muss die Klageschrift die Tatsachen, in denen ein Dienstvergehen gesehen wird, und die anderen Tatsachen und Be-

weismittel, die für die Entscheidung bedeutsam sind, geordnet darstellen. Die Sachverhalte, aus denen das Dienstvergehen hergeleitet wird, müssen aus sich heraus verständlich geschildert werden. Ort und Zeit der einzelnen Handlungen müssen möglichst genau angegeben sowie die Geschehensabläufe nachvollziehbar beschrieben werden. Dadurch soll sichergestellt werden, dass sich der Beamte gegen die disziplinarischen Vorwürfe sachgerecht verteidigen kann. Auch tragen die gesetzlichen Anforderungen an die Klageschrift dem Umstand Rechnung, dass sie Umfang und Grenzen der gerichtlichen Disziplinarbefugnis festlegt. Denn gemäß § 59 Abs. 2 Satz 1 LDG NRW dürfen nur Handlungen zum Gegenstand der Urteilsfindung gemacht werden, die dem Beamten in der Klage oder der Nachtragsklage als Dienstvergehen zur Last gelegt worden sind. Aus der Klageschrift muss bei verständiger Lektüre deshalb eindeutig hervorgehen, welche konkreten Handlungen dem Beamten als Dienstvergehen zur Last gelegt werden (Urteil vom 25. Januar 2007 - BVerwG 2 A 3.05 - Buchholz 235.1 § 52 BDG Nr. 4 Rn. 27 f. und Beschluss vom 20. Dezember 2011 - BVerwG 2 B 59.11 - juris Rn. 5 m.w.N.).

15 Diesen Anforderungen entspricht auch die neugefasste Klageschrift nicht. Dem Beklagten wird darin vorgeworfen, im Zeitraum vom 1. Januar 2001 bis 21. Dezember 2004 dadurch eine unerlaubte Nebentätigkeit ausgeübt zu haben, dass er Waren bei der Fa. M. bestellt, abgeholt und anschließend wieder veräußert hat. An 284 Tagen sei er dabei krankgeschrieben gewesen, in diesen habe er insgesamt 794 Positionen mit einem Warenwert von über 500.000 € abgewickelt. Damit war zwar der Tatzeitraum eingegrenzt und die Gesamtzahl und das Umsatzvolumen der getätigten Bestellungen angegeben (vgl. Beschluss vom 26. Oktober 2011 - BVerwG 2 B 69.10 - juris Rn. 7). Die Klageschrift enthält aber den Zeitpunkt der dem Beklagten zur Last gelegten einzelnen Handlungen nicht. Ihr kann deshalb auch nicht entnommen werden, welche konkreten Sachverhalte vom Dienstherrn zur Begründung der von ihm angenommenen Dienstvergehen herangezogen worden waren. Diese Bezeichnung der Tatsachen, in denen ein Dienstvergehen gesehen wird, ist aber das „Kernstück“ der Disziplinarklagebegründung (Weiß, in: GKÖD, Band II, Stand: Mai 2013, M § 52 Rn. 86).

16 Die Klageschrift durfte hierzu nicht auf die in der Disziplinarakte befindliche Einzelaufstellung verweisen (Urteil vom 25. Januar 2007 a.a.O. Rn. 29). Durch eine derartige Verweisung auf die Behördenakten kann die Klageschrift nicht mehr die ihr durch § 52 LDG NRW zugedachte Eingrenzungs- und Informationsfunktion erfüllen. Die Klageschrift ist nicht mehr aus sich heraus verständlich, sodass der Beklagte sich nicht auf sie beschränken kann, um den genauen Gegenstand der gegen ihn erhobenen Vorwürfe und sein hiergegen mögliches Prozessverhalten bestimmen zu können.

17 Zwar kann in einem Disziplinarverfahren, in dem einem Beamten - wie hier - eine Vielzahl gleichförmiger Taten zur Last gelegt werden, die durch eine gleichartige Begehungsweise gekennzeichnet sind, hinsichtlich der näheren individualisierenden tatsächlichen Umstände der Einzeltaten auf eine tabellarische Aufstellung verwiesen werden (vgl. zur entsprechenden Erleichterung im Strafverfahren BGH, Beschluss vom 15. März 2011 - 1 StR 260/09 - NStZ 2011, 420 Rn. 19). Diese Aufstellung muss indes Teil der Klageschrift sein, weil nur so der Sachverhalt, aus dem das Dienstvergehen hergeleitet wird, in dieser hinreichend bestimmt dargestellt ist (Urteile vom 23. November 2006 - BVerwG 1 D 1.06 - juris Rn. 14 <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 232 § 70 BBG Nr. 12> und vom 25. Januar 2007 - BVerwG 2 A 3.05 - a.a.O. Rn. 27; Beschlüsse vom 13. März 2006 - BVerwG 1 D 3.06 - Buchholz 235 § 67 BDO Nr. 1 Rn. 13, vom 18. November 2008 - BVerwG 2 B 63.08 - juris Rn. 22 <insoweit nicht veröffentlicht in Buchholz 235.1 § 17 BDG Nr. 1>, vom 21. April 2010 - BVerwG 2 B 101.09 - juris Rn. 6, vom 28. März 2011 - BVerwG 2 B 59.10 - juris Rn. 5, vom 26. Oktober 2011 a.a.O. Rn. 6 sowie vom 20. Dezember 2011 - BVerwG 2 B 59.11 - juris Rn. 5).

18 b) Der in dem unzulässigen Verweis auf die Disziplinarakte liegende Mangel der Klageschrift ist unter den hier gegeben Umständen jedoch ausnahmsweise als unwesentlich einzustufen und hinderte deshalb den Ausspruch einer Disziplinarmaßnahme nicht.

19 Ein Mangel des behördlichen Disziplinarverfahrens ist wesentlich im Sinne des § 54 LDG NRW, wenn sich nicht mit hinreichender Sicherheit ausschließen

lässt, dass er sich auf das Ergebnis des gerichtlichen Disziplinarverfahrens ausgewirkt haben kann. Hingegen kommt es für die Frage der Wesentlichkeit eines Mangels weder darauf an, ob er behebbar ist noch darauf, ob und ggf. wie intensiv schutzwürdige - insbesondere grundrechtsbewehrte - Rechtspositionen Betroffener durch den Mangel berührt worden sind. Maßgeblich ist wegen der Funktion des Disziplinarverfahrensrechts, bei der Prüfung und ggf. Ahndung von Dienstvergehen gesetzmäßige Ergebnisse zu erzielen, vielmehr die Ergebnisrelevanz. Nur solche Mängel sind wesentlich und bedürfen einer Korrektur oder führen zur Einstellung des Verfahrens nach § 54 Abs. 3 Satz 3 LDG NRW, bei denen nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschließen ist, dass sie sich auf das Ergebnis des Disziplinarverfahrens ausgewirkt haben können. Wann ein Mangel in diesem Sinne wesentlich ist, ist eine Frage des Einzelfalles (Urteil vom 24. Juni 2010 - BVerwG 2 C 15.09 - BVerwGE 137, 192 = Buchholz 235.1 § 55 BDG Nr. 6, jeweils Rn. 19 zur gleichlautenden Vorschrift des § 55 BDG; Beschluss vom 28. März 2013 - BVerwG 2 B 113.12 - juris Rn. 9 zu § 52 HmbDG). Eine inhaltlich nicht ausreichend bestimmte Klageschrift weist grundsätzlich einen wesentlichen Mangel auf, weil sie die sachgerechte Verteidigung des Beamten gegen die disziplinaren Vorwürfe erschwert (Urteil vom 25. Januar 2007 a.a.O. Rn. 26 f.).

20 Vorliegend ist dem Beklagten indes eine Kopie der in der Disziplinarakte enthaltenen Einzelaufstellung vorab übermittelt worden, auf der jeweils bestimmten Tagen zugeordnet die Zahl der bestellten Artikel, der Warenwert, die Abholung sowie das Vorliegen einer Krankschreibung vermerkt war. Aus der Zusammenschau von auf diese Einzelaufstellung Bezug nehmender Klageschrift und der dem Beklagten zur Verfügung gestellten Einzelaufstellung konnte kein Zweifel daran bestehen, welche Sachverhalte vom Dienstherrn zur Begründung des angenommenen Dienstvergehens herangezogen worden sind. Der Beklagte ist nicht durch vage und unbestimmte Vorwürfe belastet worden, sondern wusste genau, welche Handlungen ihm zur Last gelegt wurden. Auch hinsichtlich der näheren Umstände der Einzeltaten und ihres exakten Zeitpunktes ist durch die Bezugnahme auf die dem Beklagten vorab übersandte Einzelaufstellung eine präzise Eingrenzung erfolgt. Der Beklagte war damit auch in die Lage versetzt, sich sachgerecht zu verteidigen. Er war noch vor Zustellung der Klageschrift

über die konkretisierten Einzelvorwürfe unterrichtet und hatte Gelegenheit, sein Prozessverhalten hierauf einzustellen. Warum und wie sich der Mangel auf das Ergebnis der Disziplinarklage hätte auswirken können, ist weder vom Beklagten vorgetragen noch sonst ersichtlich. Es kann daher mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass sich der Verstoß gegen § 52 Abs. 2 Satz 1 LDG NRW auf das Disziplinarklageverfahren ausgewirkt hat.

21 Soweit die Beschwerde nunmehr vorträgt, die übermittelte Kopie sei schlecht leserlich gewesen, hätte es dem Beklagten oblegen, hierauf zeitnah hinzuweisen. Im Übrigen sind in der Berufungserwiderung derartige Einwände nicht geltend gemacht und nur inhaltliche Einwendungen gegen die - offenbar auch für den Beklagten lesbaren - Anlagen vorgetragen worden.

22 Hinsichtlich der Rüge, durch die Verwendung von Kreuzen und Sternchen sei die Spalte Krankmeldung nicht verständlich gewesen, ist der Beschwerde zuzugeben, dass die unmittelbare Verständlichkeit der Tabelle durch die Schwarz-Weiß-Kopie Einbußen erfahren hat. Die in roter Farbe vorgenommene Durchstreichung des Kreuzes in der Spalte „krank nein“ mag dem Beklagten so im ersten Moment als Sternchen erschienen sein. Schon die zusätzliche Markierung im Feld „krank ja“ ließ jedoch keinen anderen Schluss zu, als dass es sich bei dem „Sternchen“ um eine Streichung des ursprünglichen Kreuzes gehandelt hat. Dies gilt in Anbetracht des jeweils angebrachten Berichtigungsvermerks sowie der entsprechend geänderten Beträge im Erkrankungszeitraum erst recht. Die Aufstellung über die Krankheitszeiten ließ damit auch in Schwarz-Weiß-Kopie keine Zweifel an ihrem Aussagegehalt. Welche andere Interpretationsmöglichkeit bestanden hätte, legt auch die Beschwerde nicht dar.

23 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 74 Abs. 1 LDG NRW i.V.m. § 154 Abs. 1 VwGO. Ein Streitwert für das Beschwerdeverfahren muss nicht festgesetzt werden, weil die Gerichtskosten streitwertunabhängig festgesetzt sind (§ 75 Satz 1 LDG NRW i.V.m. Nr. 10 und 62 des Gebührenverzeichnisses zum LDG NRW).

Dr. Heitz Dr. von der Weiden Dr. Kenntner