

# Das materielle Disziplinarrecht

## 1. Der Zweck des Disziplinarverfahrens und die verfassungsrechtlichen Vorgaben

Das Disziplinarrecht verfolgt keinen Strafzweck. Sein Anliegen ist vielmehr, die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Aufrechterhaltung des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Integrität des Berufsbeamtentums.<sup>1</sup> Im Vordergrund des Disziplinarrechts steht der **spezialpräventive Aspekt** der Pflichtenmahnung, also auf den betroffenen Beamten mit dem Ziel einzuwirken, sich künftig pflichtgemäß zu verhalten. Hinzu kommt der **generalpräventive Aspekt**, die Vertrauenswürdigkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung sicherzustellen.<sup>2</sup> Bei der Ahndung von Dienstvergehen eines Ruhestandsbeamten entfällt der spezialpräventive Zweck der Pflichtenmahnung und es geht nur noch um die generalpräventive Wirkung auf aktive Beamten. Der Zweck des Disziplinarrechts, die Integrität der aktiven Beamten, das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Berufsbeamtentum und die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes zu sichern, tritt in den Vordergrund und ist für die Festlegung der erforderlichen (milderer) Disziplinarmaßnahme maßgebend.<sup>3</sup>

Disziplinarmaßnahmen setzen eine persönliche Schuld voraus und müssen daher unabhängig von den Auswirkungen des Dienstvergehens der persönlichen Schuld des Beamten angemessen sein. Daneben ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Unschuldsvermutung und das Prinzip des fairen Verfahrens zu beachten. Das **Schuldprinzip** bedeutet, dass die disziplinarrechtliche Sanktion für ein bestimmtes Verhalten in einem gerechten Verhältnis zur Schwere des Dienstvergehens und dem Maß der persönlichen Schuld des Beamten stehen muss. Der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** erfordert eine möglichst frühe Erinnerung des Beamten an seine Dienstpflichten und ihre Erfüllung. Er kann daher verletzt sein, wenn das Disziplinarverfahren nicht unverzüglich eingeleitet wird oder eine unverhältnismäßig lange Zeit andauert.<sup>4</sup> Die **Unschuldsvermutung** bedeutet, dass eine Disziplinarmaßnahme nur ausgesprochen werden darf, wenn das Dienstvergehen zur Gewissheit der Disziplinarbehörde feststeht und vernünftige Zweifel am Tatgeschehen und der Schuld des Beamten nicht mehr bestehen.<sup>5</sup> Der **Grundsatz des fairen Disziplinarverfahrens** verlangt zum einen alle verwertbaren Beweismittel auszuschöpfen und in die Beweiswürdigung einzubringen und begründet zum anderen das Recht des Beamten auf Beweis-

1 BVerfG, B. v. 2.5.1967 – 2 BvR 391/64 und 263/66, E 21, 378 und B. v. 29.10.1969 – 2 BvR 545/68, E 27, 180; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, Einf. II.

2 Bauschke/Weber, BDG, Einführung Rn. 42.

3 Bauschke/Weber, BDG, § 5 Rn. 6 und § 12 Rn. 2; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, Einf. II.

4 BVerwG, B. v. 18.11.2008 – 2 B 63/08, NVwZ 2009, 399; BVerfG, B. v. 18.1.2008 – 2 BvR 313/07, NVwZ 2008, 669.

5 BVerwG, Urt. v. 19.7.2006 – 2 WD 31/05, NVwZ-RR 2007, 182; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, A. I. Rn. 10.

teilhabe im Disziplinarverfahren.<sup>6</sup> Dieses Recht wird durch die Befugnis des Beamten gesichert, an der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen sowie an der Einnahme eines Augenscheins teilzunehmen und sachdienliche Fragen zu stellen, § 16 Abs. 2 LDG.

## 2. Das Dienstvergehen

- 3 Das Dienstvergehen ist ein zentraler Begriff des Disziplinarverfahrens. Der Begriff des Dienstvergehens ist in § 47 BeamtStG definiert. Danach liegt ein Dienstvergehen vor, wenn der Beamte schuldhaft eine ihm obliegende Pflicht verletzt hat, § 47 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG. Die Verfolgung von Dienstvergehen der Landes- und Kommunalbeamten in Baden-Württemberg regelt das Landesdisziplinargesetz (LDG),<sup>7</sup> vgl. § 1 LDG. Voraussetzung für die Einleitung eines Disziplinarverfahrens ist, dass tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen, § 8 Abs. 1 LDG. Voraussetzung für die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme ist, dass der Beamte tatsächlich ein Dienstvergehen begangen hat.
- 4 a) Die **einzelnen Dienstpflichten** für Landes- und Kommunalbeamte in Baden-Württemberg ergeben sich in erster Linie aus dem **Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern** (Beamtenstatusgesetz),<sup>8</sup> (vgl. §§ 33 ff. BeamtStG). Daneben ergeben sich die Pflichten weiterhin aus dem **Landesbeamtenengesetz Baden-Württemberg (LBG)**, soweit das BeamtStG keine oder keine abschließende Regelung enthält,<sup>9</sup> wie dies etwa für den Bereich der Nebentätigkeiten<sup>10</sup> oder der Teilzeitbeschäftigung der Fall ist, vgl. §§ 40 und 43 BeamtStG. Neben dem BeamtStG und dem LBG können sich Dienstpflichten für Landes- und Kommunalbeamte in Baden-Württemberg auch aus weiteren Gesetzen ergeben, etwa aus dem **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**,<sup>11</sup> welches vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz schützt,<sup>12</sup> oder für Polizeibeamte auch aus dem **Legalitätsprinzip nach § 163 StPO**. Schließlich können Dienstpflichten auch aus **Verwaltungsvorschriften oder Dienstanweisungen** des (Dienst-)Vorgesetzten begründet werden, an die der Beamte nach § 35 Satz 2 BeamtStG gebunden ist. Dabei ist im Einzelfall aufzuzeigen, welches **konkrete Verhalten** des Beamten gegen welche **konkrete Dienstpflicht** verstößt.<sup>13</sup> So kann beispielsweise unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst an einem genau zu bezeichnenden Zeitraum gegen die Pflicht nach § 34 Satz 1 BeamtStG (vgl. Rn. 15 ff.) verstoßen, eine Unterschlagung oder Untreue zum Nachteil des Dienstherrn nach §§ 246, 266 StGB kann einen Verstoß gegen § 34 Satz 2 und 3 BeamtStG darstellen (vgl. Rn. 26 ff. und 34 ff.) und die Missachtung einer konkreten dienstlichen Weisung kann einen Verstoß gegen § 35 Satz 2 BeamtStG darstellen (vgl. 58 ff.).

6 BVerfG, B. v. 8.12.2004 – 2 BvR 52/02, NJW 2005, 1344.

7 Vgl. GBl. 2008 S. 343 ff.

8 Vgl. BGBl. I 2008 S. 1010 ff.

9 Bochmann, ZBR, 2007, 1.

10 Plog/Wiedow, BBG, § 60 LBG BW Rn. 1; Baßlsperger, PersV 2008, 404.

11 BGBl. I 2006 S. 1897.

12 Wichmann/Langer, Rn. 206; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 12.11.1997 – 1 D 90/95, ZBR 1998, 177.

13 Vgl. hierzu VG Freiburg, Urt. v. 3.5.2010 – DL 10 K 210/10, VBIBW 2010, 445.

b) Der Beamte kann gegen eine bestehende Pflicht sowohl durch **aktives Tun** als auch durch **Unterlassen** verstoßen.<sup>14</sup> Dabei passen die strafrechtlichen Begriffe „Versuch/Vollendung“ und „Täterschaft/Teilnahme“ nicht für das Disziplinarrecht. Wer einem anderen Beamten bei dessen Dienstvergehen auch nur behilflich ist, begeht ein **eigenes Dienstvergehen** und **nicht** etwa nur bloße **Beihilfe**. Dabei ist entscheidend für den Tatbestand einer Pflichtverletzung schon der Handlungswille, nicht dagegen erst der Erfolg.<sup>15</sup> Deshalb kann auch in der **strafrechtlichen Vorbeurteilungs- oder Versuchshandlung** eine selbstständige Pflichtverletzung liegen. Ein versuchtes Dienstvergehen gibt es nicht.

Die alte Streitfrage, ob der bloße Verdacht einer Pflichtverletzung schon ein eigenes Dienstvergehen darstellen kann,<sup>16</sup> hat durch die neuere Rechtsprechung des BVerwG eine erfreuliche Klarstellung gefunden. Danach verbietet schon die verfassungsrechtliche Unschuldsvermutung, dass allein die **Erweckung des Verdachtes eines Dienstvergehens** schon als Verstoß gegen § 34 Satz 3 BeamStG gewertet werden kann.<sup>17</sup> Erforderlich ist vielmehr, dass dem Beamten ein konkreter Verstoß gegen eine konkrete Dienstpflicht nachgewiesen wird.

c) Ein Verhalten des Beamten **außerhalb des Dienstes** stellt nach § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG nur dann ein Dienstvergehen dar, wenn es nach den Umständen des Einzelfalles in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für das Amt bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Für den Beamten wird also ein großzügigerer Maßstab angelegt, weil er nicht im Dienst ist, sondern als Privatperson auftritt. Dabei kommt es für die Frage, ob ein Fehlverhalten als innerdienstlich oder als außerdienstlich zu bewerten ist, nicht unbedingt darauf an, ob es während der Dienstzeit stattgefunden hat (**formelle Dienstbezogenheit**). Entscheidend ist vielmehr, ob ein enger sachlicher Zusammenhang mit dienstlichen Aufgaben besteht (**materielle Dienstbezogenheit**).<sup>18</sup> So ist der Verstoß von Dienstgeheimnissen gegen Geld auch dann eine innerdienstliche Pflichtverletzung, wenn dies außerhalb der Dienstzeit und in der Privatwohnung des Beamten erfolgt ist. Umgekehrt ist ein Betrug gegenüber einem Kreditinstitut auch dann eine außerdienstliche Pflichtverletzung, wenn die unwahren Angaben der Bank gegenüber während der Arbeitszeit gemacht worden sind.

Bei der Frage, inwieweit ein **außerdienstliches Fehlverhalten** eines Beamten auch ein Dienstvergehen nach § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG darstellt, ist auch die geänderte und für den Beamten günstigere Rechtsprechung des BVerwG<sup>19</sup> zu beachten. Danach hat sich die gesellschaftliche Auffassung insoweit geändert, als dass von einem Beamten außerdienstlich kein wesentlich anderes Sozialverhalten erwartet wird als von einem Durchschnittsbürger. Ein außerdienstliches Fehlverhalten kann den Pflichtenkreis des Beamten nur berühren, wenn es die Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit betrifft und dadurch mittelbar dienstrechtliche Relevanz erlangt. Eine Pflichtverletzung allein reicht hier zur Annahme eines

14 Bauschke/Weber, BDG, Anh. § 2 Rn. 14.

15 BVerwG, Urt. v. 7.11.1993 – 1 D 32.92, E 103, 54; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, A I Rn. 6.

16 Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, A I Rn. 9 ff.

17 BVerwG, Urt. v. 4.4.2001 – 1 D 19.00, E 114, 140.

18 BVerwG, Urt. v. 20.2.2001 – 1 D 55.99; Battis, BBG, § 77 Rn. 14.

19 BVerwG, Urt. v. 30.8.2000 – 1 D 37.99, ZBR 2001, 39 und Urt. v. 18.6.2015 – 2 C 9/14, ZBR 2015, 422.

Dienstvergehens nicht aus. Hinzutreten müssen weitere auf die Eignung zur Vertrauensbeeinträchtigung bezogene Umstände. 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 vorsätzlich begangenen Straftaten eine besondere Bedeutung zu.<sup>20</sup>

Maßgeblich dabei ist auch, ob der Pflichtenverstoß des Beamten einen Bezug zu seinem Amt hat. So haben etwa Polizeibeamte von Berufs wegen Straftaten zu verhüten, aufzuklären und zu verfolgen. Sie genießen daher in der Öffentlichkeit eine besondere Vertrauens- und Garantenstellung. Dieses berufserforderliche Vertrauen wird in besonderem Maße beeinträchtigt, wenn Polizeibeamte selbst Straftaten begehen.<sup>21</sup> Entsprechendes gilt bei außerdienstlichen Vermögensdelikten von Kassenbeamten oder Sittlichkeitsdelikten von Lehrern im privaten Bereich.<sup>22</sup>

- 7 d) Auch ein **Fehlverhalten im Ruhestand** kann eine Dienstpflichtverletzung darstellen, soweit gegen eine Dienstpflicht verstoßen wurde, die auch noch im Ruhestand besteht. Im Ruhestand gelten insbesondere die Pflicht zur Verfassungstreue nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG, die Verschwiegenheitspflicht nach § 37 BeamStG, hinsichtlich der Ausübung einer Erwerbstätigkeit § 41 BeamStG und das Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenken nach § 42 BeamStG, vgl. § 47 Abs. 2 BeamStG.
- 8 e) Nach § 47 Abs. 1 BeamStG muss die Pflichtverletzung **schuldhaft** begangen sein.
- 9 aa) Wer eine Pflichtverletzung begeht, handelt regelmäßig auch rechtswidrig. **Rechtfertigungsgründe** sind im Disziplinarrecht selten. Im Einzelfall können in Betracht kommen eine Pflichtenkollision<sup>23</sup> oder die Remonstration bei einer rechtswidrigen Weisung,<sup>24</sup> vgl. auch nachfolgende Ausführungen unter Rn. 60. Keine Rechtfertigung bedeutet allerdings die stillschweigende Duldung von Fehlverhalten durch den Vorgesetzten. Dies folgt schon daraus, dass grundsätzlich jeder Beamte für den ihm übertragenen Aufgabenbereich selbst verantwortlich ist. Ein geduldetes Fehlverhalten kann allerdings das Maß der Pflichtwidrigkeit mindern und insoweit zu einer Milderung der Disziplinarmaßnahme führen.<sup>25</sup>
- 10 bb) Ein schuldhaftes Dienstvergehen liegt nur vor, wenn der Beamte die Pflichtverletzung **vorsätzlich** oder **fahrlässig** begangen hat.<sup>26</sup> Vorsätzlich handelt, wer den disziplinarrechtlichen Tatbestand mit Wissen und Willen verwirklicht. Hält

20 BVerwG, Urt. v. 18.6.2015 – 2 C 9/14, ZBR 2015, 422; VGH BW, Urt. v. 20.6.2017 – DL 13 S 214/17.

21 BVerwG, Urt. v. 18.6.2015 – 2 C 9/14, ZBR 2015, 422 und Urt. v. 10.12.2015 – 2 C 50/13, NVwZ-RR 2016, 421.

22 BVerwG, Urt. v. 25.5.2012 – 2 B 133.11, RiA 2013, 138.

23 Bauschke/Weber, BDG, Anh. § 2 Rn. 20; Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 149.

24 Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 147.

25 Bauschke/Weber, BDG, Anh. § 2 Rn. 24; Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 148; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, A I 3 Rn. 23.

26 Bauschke/Weber, BDG, Anh. § 2 Rn. 27; Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 150 ff.; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, A I 4 Rn. 27 ff.

der Beamte die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich, nimmt er ihn jedoch in Kauf, handelt er bedingt vorsätzlich. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen wird, zu welcher der Beamte nach den Umständen des Einzelfalles und seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und im Stande ist.<sup>27</sup> Auch ein fahrlässiges Verhalten kann demnach ein Dienstvergehen darstellen, wobei aber der Grad der Fahrlässigkeit bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme von Bedeutung sein kann.

cc) Die Feststellung des Verschuldens setzt neben Vorsatz oder Fahrlässigkeit auch die **Schuldfähigkeit** des Beamten voraus. Im Disziplinarrecht werden die Regelungen der §§ 20 und 21 StGB analog angewendet. Liegen die Voraussetzungen des § 20 StGB vor, so entfällt mangels Schuldfähigkeit ein Dienstvergehen. Dagegen ändert das Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB nichts am Vorliegen einer schuldhaften Dienstpflichtverletzung. Dies kann jedoch im Einzelfall bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme von Bedeutung sein.<sup>28</sup> In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass auch stillschweigenden Feststellungen zu einer (nicht angenommenen) Schuldunfähigkeit in einem rechtskräftigen Strafurteil die Bindungswirkung des § 14 Abs. 1 LDG für das Disziplinarverfahren zukommen kann.<sup>29</sup> **11**

### 3. Die einzelnen Dienstpflichten des Beamten

a) **Die Dienstleistungspflicht, § 34 Satz 1 BeamStG.** Die Dienstleistungspflicht beinhaltet, dass sich der Beamte mit vollem persönlichen Einsatz seinem Beruf zu widmen hat. Diese Pflicht bedeutet im Einzelnen: **12**

aa) **Die Verpflichtung zur uneingeschränkten Dienstleistung.** Der Beamte ist danach zur vollen und uneingeschränkten Arbeitsleistung verpflichtet.<sup>30</sup> Der Beamte darf danach Vorgänge nicht einfach unbearbeitet liegen lassen oder schuldhaft verzögern.<sup>31</sup> Er darf keine Privatangelegenheiten während des Dienstes ausüben. Er darf auch keine Nebentätigkeiten in übermäßigem Umfang oder während der Arbeitszeit ausüben, §§ 62 Abs. 3 und 64 Abs. 1 LBG. Aus der Dienstleistungspflicht kann sich die Verpflichtung zur Mehrarbeit ergeben, § 67 Abs. 3 LBG. Für Beamte der Polizei, Feuerwehr oder des Strafvollzuges kann sich im Einzelfall auch die **Verpflichtung zu lebensgefährlichen Einsätzen** ergeben, wenn dies zur Rettung von hochrangigen Rechtsgütern, also insbesondere Leib und Leben anderer Menschen, erforderlich und im Übrigen nicht unverhältnismäßig ist.<sup>32</sup> Für den Vorgesetzten bedeutet § 34 Satz 1 BeamStG, dass er danach zur Dienstaufsicht, also der Kontroll- und Weisungsbefugnis, und zur Fürsorge gegenüber seinen Mitarbeitern verpflichtet ist.<sup>33</sup> **13**

27 Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 153.

28 Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, A I 4 Rn. 35; Bauschke/Weber, BDG, Anh. § 2 Rn. 31; Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 157; VGH BW, Urt. v. 30.7.2009 – DB 16 S 2045/08.

29 VGH BW, Urt. v. 27.11.2008 – DL 16 S 2844/07.

30 Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 6 Rn. 1 ff.

31 Vgl. hierzu OVG RP, B. v. 10.5.1999 – 3 A 10488/99, RiA 1999, 255.

32 HessVGH, DÖD 1985, 256; Battis, BBG, § 61 Rn. 6; Fleig, RiA 1996, 226; a. A. Sachs, BayVBl. 1983, 460 und 489.

33 Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 6 Rn. 10; vgl. hierzu auch BVerwG, Urt. v. 10.1.2007 – 1 D 15.05, ZBR 2009, 160; Wilhelm, ZBR 2009, 158.

Aus der Dienstleistungspflicht des Beamten leitet sich auch das im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte **Streikverbot** ab. Es zählt zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG und untersagt dem Beamten sowohl Streiks als auch streikähnliche Maßnahmen wie Bummelstreik oder „Dienst nach Vorschrift“.

Die Frage, ob das Streikrecht für Beamte mit Art. 33 Abs. 5 GG und der Dienstleistungspflicht vereinbar ist, wurde aufgrund einer Entscheidung des EGMR<sup>34</sup> wieder diskutiert.<sup>35</sup> Nachdem mehrere unterschiedliche erstinstanzliche Entscheidungen zu dieser Frage ergangen waren,<sup>36</sup> kamen zwei Obergerichtsurteile zu dem Ergebnis, dass sich aus Art. 9 Abs. 3 GG nach wie vor kein Streikrecht für Beamte ableiten lasse.<sup>37</sup> Das Bundesverwaltungsgericht kommt daraufhin zu dem Ergebnis, dass Beamte aufgrund von Art. 33 Abs. 5 GG nicht streiken dürfen. Allerdings gewähre Art. 11 EMRK allen Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die nicht in den Streitkräften, der Polizei und der genuinen Hoheitsverwaltung tätig sind, ein Recht auf kollektive Kampfmaßnahmen. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Kollisionslage aufzulösen und im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich herbeizuführen.<sup>38</sup> Ein Beamter, der Mitglied einer Gewerkschaft ist, hat keinen Anspruch auf Dienstbefreiung unter Fortzahlung der Dienstbezüge für einen Einsatz als Ordner bei einem Warnstreik.<sup>39</sup> Schließlich ist das Streikverbot für Beamte nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>40</sup> ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG. Das Streikverbot sei eine zulässige Einschränkung der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG. Es sei auch mit den Regelungen der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar.

- 14** Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass der Beamte nur zu einer **im Ganzen durchschnittlichen Arbeitsleistung** verpflichtet ist.<sup>41</sup> Deshalb liegt in Arbeitsmängeln, die jedem einmal unterlaufen können, noch kein Verstoß gegen § 34 Satz 1 BeamStG. Vielmehr muss eine vorwerfbare dauerhaft unterdurchschnittliche Arbeitsleistung vorliegen. Der Dienstherr ist insoweit beweispflichtig und der Beamte wird diesen Beweis in vielen Fällen schon mit dem Hinweis auf seine letzte dienstliche Beurteilung in Frage stellen können, wenn ihm dort eine gute dienstliche Leistung bescheinigt worden ist. **Einmalige Mängel in der Arbeitsleistung** können nur dann einen Verstoß gegen die Dienstleistungspflicht des § 34 Satz 1 BeamStG darstellen, wenn sie entweder vorsätzlich oder zumindest bewusst fahrlässig, etwa durch bewusst gleichgülti-

34 EGMR, Urt. v. 21.4.2009, Nr. 68959/01.

35 Niedobitek, ZBR 2010, 361; Battis, ZBR 2011, 397; Gooren, ZBR 2011, 400; Hebler, ZBR 2012, 325.

36 VG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 31 K3904/10.0, ZBR 2011, 177; VG Kassel, Urt. v. 27.7.2011 – 28 K 574/10.KS.D, ZBR 2011, 386; VG Osnabrück, Urt. v. 19.8.2011 – 9 A 1/11, ZBR 2011, 389.

37 OVG NRW, Urt. v. 7.3.2012 – 3d A 317/11.0, IÖD 2012, 99; OVG Nds., Urt. v. 12.6.2012 – 20 DB 7/11, ZBR 2011, 389.

38 BVerwG, Urt. v. 27.2.2014 – 2 C 1.13, IÖD 2014, 112.

39 BVerwG, B. v. 30.6.2016 – 2 B 3/15, NVwZ 2016, 1653.

40 BVerfG, Urt. v. 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 646/15, 2 BvR 1068/14 und 2 BvR 1395/13.

41 BVerwG, B. v. 19.1.2016 – 2 B 44.14; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 6 Rn. 2.

ges oder bewusst nachlässiges Verhalten und im Kernbereich der dem Beamten obliegenden Pflichten begangen worden sind.<sup>42</sup> Im Kernbereich der Dienstleistungspflicht kann auch ein einmaliges fahrlässiges Verhalten die Annahme eines Dienstvergehens rechtfertigen, etwa wenn ein Beamter bei einem wichtigen Einsatz der Informationspflicht gegenüber dem Vorgesetzten nicht nachgekommen ist und bei seiner Ablösung den Nachfolger nicht genügend in die Lage eingewiesen hat<sup>43</sup> oder wenn ein Polizeibeamter den Notarzt nicht mit der gebotenen Eile an den Einsatzort gefahren hat.<sup>44</sup> Bei einem Vorgesetzten kann ein Verstoß gegen die Dienstleistungspflicht vorliegen, wenn er der von ihm geforderten Dienstaufsicht über seine Mitarbeiter nicht oder nur unzureichend nachgekommen ist.<sup>45</sup> Ein **schweres Dienstvergehen** liegt dann vor, wenn ein Beamter über einen Zeitraum von einem Jahr die ihm übertragene Arbeit mehrfach hartnäckig und unbelehrbar verweigert,<sup>46</sup> obwohl er vom Dienstvorgesetzten mehrfach und wiederholt auf seine Verpflichtung zur Arbeitsaufnahme hingewiesen worden ist.

**bb) Unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst.** Ein Beamter, der während der Arbeitszeit unentschuldig dem Dienst fernbleibt, verstößt gegen die Dienstleistungspflicht des § 34 Satz 1 BeamStG (i. V. m. § 68 LBG).<sup>47</sup> Dies gilt sowohl für tage- als auch stundenweises Fernbleiben.<sup>48</sup> Kein schuldhaftes Fernbleiben vom Dienst und damit auch keine Pflichtverletzung liegt dann vor, wenn der Beamte durch Krankheit oder aus anderem Grund dienstunfähig war und deshalb dem Dienst ferngeblieben ist.<sup>49</sup> Das Erfordernis der Dienstfähigkeit ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des unentschuldigtes Fernbleibens vom Dienst. Dies gilt auch dann, wenn der Beamte seine Dienstunfähigkeit selbst schuldhaft herbeigeführt oder es schuldhaft versäumt hat, die Dienstfähigkeit wiederherzustellen.<sup>50</sup> In diesen Fällen ist aber eine mögliche Pflichtverletzung nach § 34 Satz 1 BeamStG unter dem Gesichtspunkt der Gesunderhaltungspflicht zu prüfen.<sup>51</sup> Bei beamteten Lehrern ist zu beachten, dass sie nur während der Zeit ihrer festgesetzten Unterrichtsstunden als sog. Pflichtstunden sowie weiterer anlassbezogener Dienstpflichten (z. B. Teilnahme an Klassenkonferenzen, Gespräche mit Eltern, Pausenaufsicht und dergl.) zur Anwesenheit in der Schule verpflichtet sind. Dagegen bleibt es ihnen überlassen, wo und wann sie die Dienstpflichten der Vor- und Nachbereitung des Unterrichts einschließlich der Korrektur von Klassenarbeiten u. ä. erfüllen.<sup>52</sup>

15

42 Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 188; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 6 Rn. 2; Schütz/Maiwald, § 34 BeamStG Rn. 6.

43 OVG RP, Urt. v. 10.5.1999 – 3 A 12725/98, DÖD 2000, 64.

44 OVG RP, B. v. 13.4.1999 – 3 A 10488/99, RiA 1999, 255.

45 Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 190; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 6 Rn. 10.

46 OVG RP, B. v. 7.7.2003 – 11 B 10864/03, IÖD 2003, 210.

47 Schütz/Maiwald, C § 62 LBG Rn. 1; Stehle, Rn. 303; Eckstein/Kastner/Klein-Erwig/Vögt, LBG, § 68 Rn. 2.

48 Vgl. hierzu Summer, PersV 2004, 416.

49 BVerwG, Urt. v. 11.10.2006 – 1 D 10.05, ZBR 2007, 163; VGH BW, Urt. v. 1.4.2014 – DL 13 S 2383/13.

50 BVerwG, Urt. v. 11.10.2006 – 1 D 10.05, ZBR 2007, 163.

51 BVerwG, B. v. 31.1.2002 – 1 DB 33.01, DÖD 2002, 118.

52 BVerwG, Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 24/14, NVwZ-RR 2016, 960.

- 16 Der **Dienstherr** ist in Zweifelsfällen sowohl hinsichtlich der Frage, ob der Beamte tatsächlich dem Dienst ferngeblieben ist, als auch, ob das Fernbleiben schuldhaft war, **beweispflichtig**.<sup>53</sup> Der **Beamte** hat allerdings hinsichtlich der Klärung seiner Dienstfähigkeit eine **Mitwirkungspflicht**.<sup>54</sup> Er hat seine Dienstunfähigkeit infolge Krankheit auf Verlangen nachzuweisen, § 68 Abs. 2 Satz 2 LBG. Bestehen hinsichtlich der Dienstfähigkeit oder Dienstunfähigkeit des Beamten Zweifel, so hat die Behörde nach § 53 LBG die Möglichkeit, die amtsärztliche Untersuchung des Beamten anzuordnen. Die Behörde ist zu einer solchen Untersuchungsanordnung berechtigt, wenn Zweifel an der Dienstfähigkeit oder über die Dienstunfähigkeit des Beamten bestehen. Dies ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die bei vernünftiger lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, der betroffene Beamte sei dienstfähig bzw. dienstunfähig. Die Behörde muss die tatsächlichen Umstände, auf die sie die Zweifel an der Dienstfähigkeit bzw. an der Dienstunfähigkeit stützt, in der Aufforderung angeben. Der Beamte muss anhand dieser Begründung die Aufforderung der Behörde nachvollziehen können. Er muss erkennen können, welcher Vorfall oder welches Ereignis zur Begründung der Aufforderung herangezogen wurde. Ferner muss die Anordnung Angaben zu Art und Umfang der ärztlichen Untersuchung enthalten. Die Behörde darf dies nicht dem Arzt überlassen.<sup>55</sup>
- Diese Untersuchungsanordnung nach § 53 LBG kann sowohl bei Zweifeln an der Dienstunfähigkeit als auch an der Dienstfähigkeit ergehen.<sup>56</sup> Die Untersuchungsanordnung ist nach neuerer Rechtsprechung kein Verwaltungsakt,<sup>57</sup> ein dagegen eingelegter Widerspruch des Beamten hat demnach keine aufschiebende Wirkung. Für die Anordnung einer psychiatrischen Untersuchung gelten aber wegen des damit verbundenen Eingriffs in die private persönliche Sphäre des Beamten strengere Voraussetzungen.<sup>58</sup> Die Mitwirkungspflicht des Beamten nach § 53 LBG kann auch darin bestehen, die ihn **behandelnden Privatärzte** gegenüber dem Amtsarzt insoweit **von der Schweigepflicht zu entbinden**, wie dies zur Feststellung seiner Dienstfähigkeit erforderlich ist. Hierzu ist der Beamte aufgrund des dienstrechtlichen Treueverhältnisses verpflichtet.<sup>59</sup>
- 17 Bei der Frage, ob der Beamte dienstfähig ist oder nicht, hat ein **amtsärztliches Zeugnis gegenüber einem privatärztlichen Attest einen höheren Beweiswert**, weil der Amtsarzt die Belange der öffentlichen Verwaltung besser kennt

53 BVerwG, Urt. v. 11.10.2006 – 1 D 10.05, ZBR 2007, 163; BayVGh, B. v. 5.3.2003 – 16 DC 01-2048, IÖD 2003, 274.

54 Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 200 ff.

55 BVerwG, Urt. v. 30.5.2013 – 2 C 68/11, ZBR 2013, 348; VGh BW, Urt. v. 22.7.2014 – 4 S 1209/13; OVG NRW, B. v. 16.12.2014 – 6 B 1293/14, IÖD 2015, 15 und B. v. 19.4.2016 – 1 B 307/16, IÖD 2016, 134; Schütz/Maiwald, C § 33 LBG Rn. 27 ff.

56 VGh BW, Urt. v. 22.7.2014 – 4 S 1209/13; OVG NRW, B. v. 16.12.2014 – 6 B 1293/14, IÖD 2015, 15; BayVGh, B. v. 2.2.2016 – 6 CE 15.2591, RiA 2017, 172.

57 BVerwG, Urt. v. 26.4.2012 – 2 C 17.10, IÖD 2012, 170; VGh BW, Urt. v. 22.7.2014 – 4 S 1209/13; OVG NRW, B. v. 16.12.2014 – 6 B 1293/14, IÖD 2015, 15; BayVGh, B. v. 2.2.2016 – 6 CE 15.2591, RiA 2017, 172.

58 VGh BW, B. v. 3.2.2005 – 4 S 2398/04, NVwZ-RR 2006, 200.

59 VGh BW, B. v. 7.8.2008 – 4 S 1068/08; OVG Sachsen, B. v. 17.11.2005 – 3 BS 222/05, NVwZ 2006, 713.

und eine größere Erfahrung bei der Beurteilung der Dienstfähigkeit hat.<sup>60</sup> Der Beurteilung des Amtsarztes kommt unter folgenden Voraussetzungen der Vorrang vor dem Attest des Privatarztes zu:<sup>61</sup> Es dürfen keine begründeten Zweifel an der Sachkunde des Amtsarztes bzw. eines von ihm hinzugezogenen Facharztes bestehen. Die medizinische Beurteilung muss auf Tatsachengrundlagen beruhen sowie in sich stimmig und nachvollziehbar sein. Hat der Privatarzt seinen medizinischen Befund näher erläutert, so muss der Amtsarzt auf diese Erwägungen eingehen und nachvollziehbar darlegen, warum er ihnen nicht folgt. Die Grundsätze beanspruchen in gleicher Weise Geltung, wenn sich der Amtsarzt der medizinischen Beurteilung eines von ihm eingeschalteten Facharztes anschließt.

Verletzt der Beamte seine Mitwirkungspflicht nach § 53 LBG durch vorwerfbares Verhalten, etwa indem er sich trotz rechtmäßiger schriftlicher Aufforderung weigert, sich amtsärztlich untersuchen zu lassen, gilt für den Nachweis der Dienstunfähigkeit die Beweislastleichterung des § 53 Abs. 1 Satz 2 LBG. Allerdings sind hier strenge Anforderungen zu stellen.<sup>62</sup> Daneben bedeutet eine wiederholte grundlose Verweigerung der ärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Dienstfähigkeit oder der Dienstunfähigkeit ein Dienstvergehen, welche zu disziplinarrechtlichen Konsequenzen führen kann.<sup>63</sup> **18**

Die Pflichtverletzung eines unentschuldigtem Fernbleibens entfällt nicht dadurch, dass der Dienstvorgesetzte nachträglich eine Verrechnung mit dem dem Beamten zustehenden Urlaub oder Freizeitausgleich vornimmt. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Urlaub für den betreffenden Zeitraum vorher bewilligt worden ist.<sup>64</sup> Ist der Beamte krankheitsbedingt dienstunfähig, so ist er nach § 34 Satz 1 BeamStG auch verpflichtet sicherzustellen, dass ihn Mitteilungen seiner Dienststelle erreichen können.<sup>65</sup> Unterlässt er dies schuldhaft, so liegt zwar kein unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst vor, aber eine Verletzung dieser sich aus § 34 Satz 1 BeamStG ergebenden Pflicht kann auch eine Dienstpflichtverletzung darstellen. **19**

Ein schuldhaftes Fernbleiben vom Dienst hat für den Beamten zwei mögliche Konsequenzen: Neben dem **Verlust der Bezüge** für den Zeitraum des unentschuldigtem Fernbleibens nach § 11 LBesGBW muss er mit einem **Disziplinarverfahren** wegen eines Verstoßes nach § 34 Satz 1 BeamStG, § 68 LBG rechnen. **20**

**cc) Die Gesunderhaltungspflicht.** § 34 Satz 1 BeamStG beinhaltet schließlich auch die Gesunderhaltungspflicht.<sup>66</sup> Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Gesunderhaltungspflicht nur insoweit gilt, wie konkrete Bezüge zum Dienst bestehen. **21**

60 BVerwG, Urt. v. 11.10.2006 – D 10.05, ZBR 2007, 163 und Urt. v. 5.6.2014 – 2 C 22.13, IÖD 2014, 196; BayVGH, B. v. 5.3.2003 – 16 DC 01.2048, IÖD 2003, 274; VG Karlsruhe, B. v. 21.3.2002 – 13 K 17/01.

61 BVerwG, Urt. v. 11.10.2006 – D 10.05, ZBR 2007, 163.

62 Plog/Wiedow, § 53 LBG Rn. 4 und 5.

63 Eckstein/Kastner/Klein-Erwig/Vögt, LBG, § 53 Rn. 18; Plog/Wiedow, § 44 BBG Rn. 98; Stehle, Rn. 273.

64 BVerwG, Urt. v. 23.2.2005 – 1 D 1.04, ZBR 2005, 315.

65 BVerwG, Urt. v. 23.2.2005 – 1 D 1.04, ZBR 2005, 315.

66 Battis, BBG, § 61 Rn. 4; Schütz/Maiwald, B § 34 BeamStG Rn. 4.

Denn für seine private Lebensführung steht dem Beamten das **Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit** nach Art. 2 Abs. 1 GG zu. Von dem Beamten kann daher keine umfassende Verpflichtung zur enthaltsamen und gesunden Lebensführung verlangt werden, also etwa der Verzicht auf unfallträchtige Sportarten oder übermäßiges ungesundes Essen und Trinken.<sup>67</sup> Ist der Beamte krank geschrieben und kann er deshalb keinen Dienst leisten, so ist er aufgrund der Gesunderhaltungspflicht gehalten, seine **Gesundheit und Dienstfähigkeit wiederherzustellen**, sich der erforderlichen ärztlichen Behandlung zu unterziehen und alles zu unterlassen, was einer raschen Wiederherstellung der Dienstfähigkeit entgegenwirken könnte.<sup>68</sup> Eine Pflichtverletzung kann daher vorliegen, wenn der Beamte sich bei einer Erkrankung weigert, sich der für den Heilungserfolg unumgänglichen Therapie zu unterziehen.<sup>69</sup> Dies gilt auch, wenn er sich weigert, sich einer notwendigen und erforderlichen Operation zu unterziehen, soweit diese verhältnismäßig und zumutbar ist.<sup>70</sup> Ein Verstoß gegen die Gesunderhaltungspflicht liegt auch dann vor, wenn der Beamte zwar wegen Krankheit dem Dienst fernbleibt, aber in dieser Zeit einer **Nebentätigkeit** nachgeht.<sup>71</sup> Denn in diesen Fällen ist der Beamte vorrangig verpflichtet, alles zu tun, um seine Dienstfähigkeit wiederherzustellen. Außerdem hat der Bürger wenig Verständnis, wenn ein mit Steuergeldern alimentierter Beamter zwar wegen Krankheit keinen Dienst leisten kann, gleichwohl aber eine Nebentätigkeit ausübt.

- 22 dd) Alkohol im Dienst.** Ein Verstoß gegen die Dienstleistungspflicht des § 34 Satz 1 BeamStG liegt auch dann vor, wenn ein Beamter während des Dienstes alkoholisiert ist und deswegen in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist. Dies ist ab einem **Blutalkoholwert von 0,5 ‰** regelmäßig der Fall,<sup>72</sup> ohne dass es dann noch des Nachweises einer Minderleistung bedarf. Dasselbe gilt, wenn der Beamte wegen übermäßigen Alkoholgenusses nicht zum Dienst erscheinen kann.<sup>73</sup> Daneben ist Alkoholgenuss dienstrechtlich nach § 35 Satz 2 BeamStG relevant, wenn der Beamte gegen ein bestehendes **absolutes Alkoholverbot** während der Arbeitszeit verstoßen hat.<sup>74</sup> Ein solches Alkoholverbot während der Arbeitszeit ist möglich durch eine allgemeine Dienstanweisung<sup>75</sup> des Dienstvor-

67 BVerwG, Urt. v. 4.7.1990 – 1 D 23.89, ZBR 1991, 91 und Urt. v. 15.3.1995 – 1 D 37/93, NVwZ 1996, 1221; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 5 Rn. 2.

68 BVerwG, Urt. v. 23.2.2005 – 1 D 1.04, ZBR 2005, 315; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 5 Rn. 4; Schütz/Maiwald, § 34 BeamStG Rn. 4.

69 Battis, BBG, § 61 Rn. 4; Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 222; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 5 Rn. 19 ff.

70 BVerwG, B. v. 9.5.1990 – 2 B 48/90, NJW 1991, 766; OVG NRW, Urt. v. 14.2.1990 – 6 A 2041/89, NJW 1990, 2950.

71 BVerwG, B. v. 17.7.2013 – 2 B 27.12; VGH BW, B. v. 16.3.2009 – DB 16 S 57/09; OVG RP, Urt. v. 6.5.2008 – 3 A 10045/08, NVwZ-RR 2008, 800; OVG NRW, B. v. 11.10.2010 – 6 B 1057/10.

72 BVerwG, Urt. v. 15.6.1974 – 1 D 22.74, E46, 272; Urt. v. 16.12.1980 – 1 D 99.79, E 73, 115; Claussen/Benneke/Schwandt, Rn. 218; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 5 Rn. 8.

73 BVerwG, Urt. v. 15.3.1995 – 1 D 37/93, NVwZ 1996, 1220; OVG Saar, B. v. 7.11.2006 – 6 R 3/05, NVwZ-RR 2007, 474; Schütz/Maiwald, § 34 BeamStG Rn. 4.

74 BVerwG, Urt. v. 11.11.1999 – 2 A 5/98, NVwZ 2000, 574; Bauschke/Weber, BDG, Anh. § 2 Rn. 84; Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG, B II 5 Rn. 12; Eckstein, VBIBW 1999, 452.

75 Vgl. hierzu für den Bereich der Polizei in Baden-Württemberg: Allgemeine Dienstanweisung für den Polizeivollzugsdienst des Landes Baden-Württemberg, PDV 350 Ziff. III, 14.