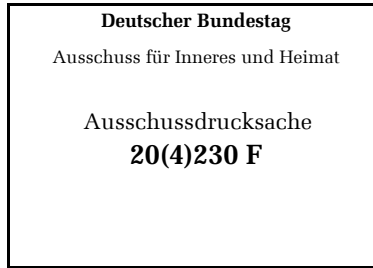


Dr. Patrick Heinemann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Freiburg, 8. Juni 2023

STELLUNGNAHME
ZUM ENTWURF EINES GESETZES ZUR BESCHLEUNIGUNG VON
DISZIPLINARVERFAHREN IN DER BUNDESVERWALTUNG UND ZUR
ÄNDERUNG WEITERER DIENSTRECHTLICHER VORSCHRIFTEN

Meine Stellungnahme zum vorliegenden Gesetzentwurf (BT-Drs. 20/6435) zielt nicht auf eine Gesamtwürdigung, sondern beschränkt sich auf diejenigen Aspekte, die mir bei Durchsicht der Unterlagen aufgefallen sind – insbesondere aus der Perspektive eines sowohl auf Seiten der Beamtinnen und Beamten als auch auf Seiten verschiedener Dienstherren tätigen Rechtsanwalts. Allgemein halte ich den Entwurf materiell für insgesamt gelungen. In redaktioneller Hinsicht wäre es bei einem derart durchgreifenden Systemwechsel meines Erachtens wünschenswert, das Gesetz neu zu fassen.

Im Einzelnen:

1. Der Gesetzentwurf sieht sich in der Öffentlichkeit häufig dem Vorwurf ausgesetzt, er würde die Beweislast umkehren, die Unschuldsvermutung aufheben oder die Rechtsweggarantie antasten. Das ist unzutreffend. Was es dazu zu sagen gibt, führt bereits die Entwurfsbegründung weitestgehend aus.
2. Der Fortfall der Disziplinklage ist entgegen dem Antrag der Unionsfraktion (BT-Drs. 20/6703, S. 2) nicht systemwidrig. Vielmehr ist das gegenwärtige System der Disziplinklage dogmatisch nicht wirklich stringenter, üben doch bislang Verwaltungsgerichte in Rechtsträgerschaft der Länder erstinstanzlich eine originäre Disziplinarbefugnis über Beamtinnen und Beamte des Bundes aus.
3. Der Entwurf beseitigt letzte strafrechtliche Residuen im Bundesdisziplinargesetz (BDG) und verankert das Disziplinarrecht in Fortsetzung der bisherigen Rechtsentwicklung noch stärker im Boden des Verwaltungsrechts. Der

BENDER HARRER KREVET
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Sitz Freiburg
Amtsgericht Freiburg PR 700018
USt-IdNr.: DE251791497
www.bender-harrer.de

FREIBURG
Prof. Dr. Bernd Bender (bis 2002)
Dr. Thomas Burmeister¹
Dr. Bertolt Götte¹
Dr. Sebastian Seith¹
Beate Pikolin¹
Dr. Jochen Scholz¹
Dr. Hellmut Götze^{1,2}
Marion Strolka¹
Cathrin Gehl, LL.M.¹
Dr. Anselm Rengshausen¹
Dr. Gianna Burret¹
Dr. Patrick Heinemann¹
Natascha Katemann, B.Sc.
Lorena Glaus
Anna Ihrig

LÖRRACH
Dr. Hermann Harrer (bis 2017)
Dr. Reinhold Krevet (bis 2007)
Heidrun McKenzie, M.C.L.¹
Horst Teichmanis^{1,3}
Dr. Ute Lusche¹
Ulrich Lusche¹
Dr. Stefan Baum, M.A.E.S.¹
Meike Kuhn¹
Simone Schumann¹
Dr. Gerhard Hölzlwimmer¹
Martin Schwind¹
Kathrin Hüskes, LL.M.
Dr. Dominic Roth¹
Christian Gemp
Benedikt Lorenz
Dr. Felix Jehle
Tanja Hupert
Vanessa Ohlekopf

KARLSRUHE
Martin Eichler (Of Counsel)
Dr. Dr. Jörg Maurer¹
Birgit Roth-Neuschild¹
Cornelia Betz (Of Counsel)
Lars Anderson¹
Steffen Barth

PFORZHEIM
Horst Teichmanis^{1,3}
Dr. Marc Pfirrmann¹
Michael Rohlfing¹
Dr. Fabian Schmeisser¹

BONN
Sebastian Witt¹
Philipp Mohr, LL.M.

¹ Partner
² Steuerberater
³ Zulassungskanzlei Lörrach

Dienstherr übt die Disziplinarbefugnis aus, die Verwaltungsgerichte kontrollieren ihn dabei, wenn der oder die Betroffene Rechtsschutz sucht. Es gibt keinen zwingenden Grund, wonach das Disziplinarrecht hier von allgemeinen Prinzipien des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes abweichen muss.

Mit einer gewissen Berechtigung kritisierte *Herrmann* (NVwZ 2023, 128 (130)) am Referentenentwurf die ersatzlose Streichung des § 60 Abs. 3 BDG jetziger Fassung, wonach bei einer Klage gegen eine Disziplinarverfügung das Gericht neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung prüft. Diese Vorschrift ist zwar als Ausdruck der eigenen Disziplinargewalt, die die Verwaltungsgerichte bislang ausüben, nicht mehr haltbar. Allerdings erscheint es in der Tat wenig sinnvoll, dass das Verfahren gewissermaßen von vorne beginnen muss, wenn das Verwaltungsgericht eine verfügte Disziplinarmaßnahme als unangemessen aufhebt. Der vorgelegte Regierungsentwurf entscheidet sich nunmehr mit § 60 Abs. 2 BDG-E, dem baden-württembergischen Vorbild des § 21 AGVwGO BW zu folgen. Danach kann das Verwaltungsgericht in diesen Fällen die Disziplinarverfügung zu Gunsten der Beamtin oder des Beamten ändern und eine mildere Disziplinarmaßnahme verhängen. Prozessual lässt sich das als Teilaufhebung der Disziplinarverfügung verstehen. Der Vorteil in dieser Lösung gegenüber dem bisherigen System ist jedenfalls, dass die Verwaltungsgerichte keinesfalls über das hinausgehen können, was der Dienstherr an Disziplinarmaßnahme per Verfügung verhängt. Auch das stärkt die Position der Dienstvorgesetzten.

4. Laut dem Antrag der Unionsfraktion (BT-Drs. 20/6703, S. 1) sind in Baden-Württemberg spezialisierte Dienststellen für die Entscheidung über die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis zuständig. Das ist unzutreffend. § 4 LDG BW kennt für die Landesbeamten die oberste, die höhere sowie die untere Disziplinarbehörde. Dabei handelt es sich aber nicht um spezialisierte Dienststellen. Oberste Disziplinarbehörde ist die oberste Dienstbehörde des Beamten oder der Beamtin (§ 4 Satz 1 Nr. 1 LDG BW, § 4 Abs. 1 LBG BW); höhere Dienstbehörde ist die Ernennungsbehörde oder – wenn der Ministerpräsident zuständig wäre – die oberste Dienstbehörde (§ 4 Satz 1 Nr. 2 LDG BW); untere Disziplinarbehörde ist der oder die Dienstvorgesetzte (§ 4 Satz 1 Nr. 3 LDG BW, § 4 Abs. 2 und 3 LBG BW). Bei den Gemeinden nimmt der Dienstvorgesetzte (also der Bürgermeister oder die Bürgermeisterin) die Aufgaben aller Disziplinarbehörden wahr (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 LDG BW, § 44 Abs. 4 GemO BW). Der Bürgermeister oder die Bürgermeisterin entscheidet grundsätzlich eigenständig über die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis; bei Gemeinden mit bis zu 10.000 Einwohnern muss die entsprechende Disziplinarverfügung der Rechtsaufsichtsbehörde zur Bestätigung vorgelegt werden (§ 38 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LDG BW, § 121 Abs. 2 GemO BW). Bei Landesbeamten entscheidet ebenfalls der Dienstvorgesetzte als untere Disziplinarbehörde, allerdings muss die höhere Disziplinarbehörde der Disziplinarverfügung zustimmen (§ 38 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LDG BW).

5. Die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis per Disziplinarverfügung erfolgt auch im Interesse der betroffenen Beamtinnen und Beamten. Sie können bei eindeutig gelagerten Fällen, in denen die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis unausweichlich ist, die Verfügungen akzeptieren und versuchen, sich zeitnah eine neue Existenz außerhalb des öffentlichen Dienstes aufzubauen, ohne sich den Belastungen eines mehrere Jahre dauernden Gerichtsverfahrens aussetzen zu müssen. Ein Verzögerungsinteresse, um möglichst lange noch Bezüge zu erhalten, ist nicht schutzwürdig.
6. § 10 Abs. 3 Nr. 2 BDG-E sollte wie folgt gefasst werden:

„wenn die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis zumindest auch auf der Verletzung der Pflicht des Beamten beruht, sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten, oder“

Hintergrund ist, dass § 77 Abs. 1 BBG das Dienstvergehen als die schuldhaftige Verletzung der den Beamtinnen und Beamten obliegenden Dienstpflichten definiert, so dass ein „Dienstvergehen gegen die Pflicht“ (so die bisherige Formulierung) einen etwas ungelassenen Pleonasmus darstellt. Mit der Ergänzung „zumindest auch“ wird klargestellt, dass die Verletzung der politischen Treuepflicht nicht allein ursächlich für die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis sein muss.

7. § 15 BDG-E sieht nach wie vor kein Disziplinarmaßnahmenverbot wegen Zeitablaufs für die Höchstmaßnahmen der Entfernung aus dem Dienstverhältnis sowie der Aberkennung des Ruhegehalts vor. Dies beruht nach überkommenem Verständnis darauf, dass diese Disziplinarmaßnahmen keinen pflichtenmahnenden, sondern einen reinigenden Zweck erfüllen (*Urban*, in: *Urban/Wittkowski*, BDG, 2. Aufl. 2017, § 15 Rn. 1; *Burr*, in: v. *Alberti/Burr/Düsseldorf/Eckstein/Wahlen*, Disziplinarrecht BW, 1. Aufl. 2021, LDG § 35 Rn. 1). Allerdings muss gerade im Kontext der aktuellen sicherheitspolitischen Herausforderungen bedacht werden, dass der volle Rahmen der Disziplinarmaßnahmen bereits recht schnell eröffnet ist, etwa bei Vermögensdelikten gegen den Dienstherrn ab einem Schaden von etwa 50,00 €. Erlangen etwa ausländische Dienste von solchen Dienstvergehen Kenntnis, besteht hier auf Jahre, wenn nicht Jahrzehnte hinaus Nötigungspotential (umgangssprachlich „Erpressungspotential“). Zwar unterliegen die Höchstmaßnahmen auch in zeitlicher Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; dieser gewährt allerdings nicht ansatzweise vergleichbare Rechtssicherheit und Rechtsfrieden, so dass die Möglichkeit für Dritte, auf die betroffenen Beamtinnen und Beamten Druck auszuüben, erhalten bleibt. Es wäre zu überlegen, ob nach Ablauf von bspw. zehn bis 15 Jahren nicht die Maßnahme der Zurückstufung ausreicht, wenn dem Beamten oder der Beamtin innerhalb dieses Zeitraums nicht noch weitere Pflichtverletzungen zur Last gelegt werden können.

Ein ähnliches Problem besteht für die bislang zeitlich unbeschränkte Möglichkeit der Rücknahme der Ernennung wegen arglistiger Täuschung (§ 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 VwVfG), z. B. im Rahmen der amtsärztlichen Untersuchung anlässlich der Einstellung. Im Zivilrecht ist hier kenntnisunabhängig nach zehn Jahren Schluss (§ 124 Abs. 3 BGB).

8. Die Vorschriften der §§ 15 Abs. 2, 16 Abs. 1 Satz 2 BDG-E erscheinen problematisch, soweit sie bei Verletzung des Mäßigungsgebots (§ 60 Abs. 2 BBG) verlängerte Fristen für das Disziplinarmaßnahmeverbot wegen Zeitablaufs sowie für das Verwertungsverbot vorsehen. Hier scheint nicht hinreichend berücksichtigt zu werden, dass Verstöße gegen das Mäßigungsgebot nicht notwendig extremistischer Natur sein müssen.
9. Mit dem Fortfall der Disziplinaranzeige wird die Disziplinarverfügung auf Entfernung aus dem Beamtenverhältnis mit ihrer Zustellung wirksam, also auch im Falle ihrer Anfechtung nicht erst im Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde oder des Verwaltungsgerichts (BT-Drs. 20/6435, S. 36). Für die Übergangszeit bis zur Unanfechtbarkeit der Entfernungsverfügung (oder der Entlassungsverfügung bei Beamtinnen und Beamten auf Probe oder Widerruf) schreibt § 38 Abs. 1 Satz 2 BDG-E nunmehr zwingend die vorläufige Dienstenthebung vor. Hierfür ordnet der Entwurf bislang allerdings – anders als § 31 Abs. 2 Satz 6 LDG BW – keinen Fortfall der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage (§ 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO) an. Es ist unklar, ob das beabsichtigt ist oder ob es sich um ein redaktionelles Versehen handelt. Die sofortige Vollziehung kann zwar im Einzelfall nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet werden; dies ist allerdings erfahrungsgemäß fehleranfällig.
10. Für die Übergangszeit bis zur Unanfechtbarkeit der Entfernungsverfügung regelt § 38 Abs. 4 BDG-E die Zulässigkeit von Nebentätigkeiten (§ 97 BBG). Diese Klarstellung ist begrüßenswert. Ansonsten stellt sich nämlich unter anderem die Frage, ob sich bei Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit die Klage gegen die Disziplinarverfügung auf Entfernung aus dem Beamtenverhältnis erledigt. Eine entsprechende Regelung fehlt in Baden-Württemberg. Zu überlegen wäre allerdings, eine Auskunftspflicht über die Höhe der Einkünfte nicht lediglich auf Verlangen vorzusehen (vgl. § 38 Abs. 4 Satz 3 BDG-E), so wie es auch § 40 Abs. 3 Satz 3 BDG-E für die Anrechnung solcher Einkünfte für den Fall der Nachzahlung einbehaltener Bezüge regelt.
11. Die Überschrift von § 40 BDG-E sollte in „Verfall, Erstattung und Nachzahlung“ geändert werden, da dies der Reihenfolge der Absätze 1 bis 3 entspricht.
12. Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 BDG-E sollen die bis zur Unanfechtbarkeit der Entfernungsverfügung gezahlten Bezüge nur dann erstattet werden, wenn das Dienstvergehen in einem

Verstoß gegen die politische Treuepflicht (§ 60 Abs. 1 Satz 3 BBG) besteht. Es ist meines Erachtens nicht überzeugend, die Erstattung auf diese Fälle zu begrenzen. Das baden-württembergische Recht verpflichtet die Betroffenen hier unabhängig von der Art des Dienstvergehens, das zur Entfernung führt, zur Erstattung (§ 31 Abs. 2 Satz 8 LDG BW). Wenn der Unrechtsgehalt des Dienstvergehens die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis rechtfertigt, erscheint diese Konsequenz unabhängig davon angemessen, gegen welche Pflicht(en) der Beamte oder die Beamtin schuldhaft verstoßen hat.

13. Bei § 40 Abs. 3 Satz 2 BDG-E ist redaktionell folgende Fassung zu erwägen:

„Auf die nachzuzahlenden Dienstbezüge können Einkünfte aus genehmigungspflichtigen Nebentätigkeiten (§ 99 des Bundesbeamtengesetzes) angerechnet werden, die der Beamte aus Anlass der vorläufigen Dienstenthebung ausgeübt hat, wenn ~~eine Disziplinarmaßnahme verhängt worden ist oder die für den Erlass der Disziplinarverfügung zuständige Behörde feststellt, dass ein Dienstvergehen erwiesen ist.~~“

Die zu streichende Passage ist meines Erachtens redundant; sie ist auch in ihrem baden-württembergischen Pendant nicht enthalten (§ 24 Abs. 2 Satz 2 LDG BW). Zu überlegen wäre auch, ob hier nicht – wie im baden-württembergischen Recht – von einer Ermessensentscheidung Abstand genommen und die Anrechnung zwingend vorgeschrieben werden soll.

14. Der Entwurf sieht vor, dass vor klageweiser Anfechtung der Disziplinarverfügung – sofern sie nicht von der obersten Dienstbehörde erlassen wurde – unabhängig von der im Einzelfall verfügten Disziplinarmaßnahme fortan stets ein Widerspruchsverfahren stattfindet (§ 41 BDG-E). Erfahrungsgemäß beschränkt sich die Selbstkontrolle der Verwaltung auf evident rechtswidrige Disziplinarverfügungen; ansonsten wird die Widerspruchsbehörde dem Dienstvorgesetzten selten in den Rücken fallen, so dass die Beschleunigungseffekte überschaubar sein dürften. Indes ist der allgemeine Streit um Sinn und Unsinn des Vorverfahrens so alt wie das Vorverfahren selbst; ähnliche Fragen ließen sich zur nunmehr vorgesehen Zulassungsberufung aufwerfen (§ 64 Satz 1 BDG-E). In Baden-Württemberg, das am Widerspruchsverfahren grundsätzlich festgehalten hat (anders als etwa Nordrhein-Westfalen oder Bayern), findet ein Vorverfahren gegen Disziplinarverfügungen jedoch gerade nicht statt (§ 15 Abs. 2 AGVwGO BW). Immerhin gibt § 52 Satz 2 BDG-E die Möglichkeit, die Untätigkeitsklage abweichend von § 75 Satz 2 VwGO bereits nach sechs Wochen zu erheben; die damit einhergehende Beschleunigung dürfte allerdings überschaubar sein.
15. Zutreffend weist der Antrag der CDU/CSU-Fraktion (BT-Drs. 20/6703, S. 1) darauf hin, dass der vorliegende Entwurf nach wie vor keine Antwort auf das Problem enthält, wie zu Unrecht beschuldigte Beamtinnen und Beamten nicht nur ansehensmäßig rehabilitiert, sondern vor

allem laufbahnmäßig restituiert werden können. Oft ist die Karriere schon ob der schieren Dauer des Disziplinarverfahrens irreparabel geschädigt, da der Dienstherr die betroffenen Beamtinnen und Beamten währenddessen von einer weiteren (Be-)Förderung ausnehmen darf (BVerwG, Beschl. v. 24.09.1992 – 2 B 56.92 –, juris Rn. 4; Urt. v. 13.05.1987 – 6 C 32.85 –, juris Rn. 11).

16. Die Unterrichtung durch das Parlamentarische Kontrollgremium vom 10.05.2023 (BT-Drs. 20/6775) regt an, die Erwerbstätigkeit von Angehörigen des öffentlichen Dienstes nach Ende des aktiven Dienstverhältnisses einer strengeren Regulierung zu unterwerfen. Hintergrund sind etwa die im Jahr 2009 bekannt gewordenen Tätigkeiten von (ehemaligen) Polizisten (darunter Spezialkräfte) in Libyen oder die jüngst an die Öffentlichkeit gelangte Ausbildungstätigkeit ehemaliger Strahlflugzeugführer der Luftwaffe in der Volksrepublik China.

Um entsprechendes Verhalten disziplinarrechtlich ahnden zu können, bedarf es eines Dienstvergehens, also einer schuldhaften Verletzung einer (nachdienstlichen) Pflicht (§ 77 Abs. 1 BBG). Hier wird zwar regelmäßig auch eine Verletzung der über die Beendigung des Beamtenverhältnisses hinausreichenden Verschwiegenheitspflicht (§ 67 Abs. 1 BBG) naheliegen. Die Verletzung dieser Pflicht wird sich in den fraglichen Fällen allerdings häufig nur schwer beweisen lassen. Daher scheint es zweckmäßig, die Regelungen über die Anzeige- und Genehmigungspflicht solcher Tätigkeiten nach Beendigung des Beamtenverhältnisses jedenfalls für solche Beamtinnen und Beamten auszuweiten, die Geheimnistragende sind oder sonstige sicherheitsrelevante Kenntnisse haben.

Ziel sollte es vor allem sein, dass sich die Annahme entsprechender Angebote für den fraglichen Personenkreis auch wirtschaftlich nicht lohnt. Bei den in Rede stehenden Vergütungen – es ist beispielsweise bei den ehemaligen Luftwaffenpiloten von mittleren sechsstelligen Beträgen pro Ausbildungseinsatz die Rede – dürfte der bisherige Katalog der Disziplinarmaßnahmen hierfür jedenfalls dann nicht ausreichen, wenn die nachdienstliche Tätigkeit nicht zugleich eine Straftat (z. B §§ 94, 353b StGB) darstellt, die eine Einziehung der Taterträge zulässt (§ 73 Abs. 1 StGB). Die bloße Aberkennung des Ruhegehalts bei gleichzeitiger Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung erscheint dann für den fraglichen Personenkreis als wirtschaftlich tragbares Risiko. Anders als das Strafrecht (§§ 73 ff. StGB) und das Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 17 Abs. 4 OWiG) kennt das Disziplinarrecht bislang keine Möglichkeit, die aus einem Dienstvergehen erlangten wirtschaftlichen Vorteile abzuschöpfen. Der spezifische Unrechtsgehalt eines Dienstvergehens steht jedoch zumindest dem einer Ordnungswidrigkeit nicht grundsätzlich nach, weshalb die Einführung einer solchen Abschöpfungsmöglichkeit auch im Disziplinarrecht unter systematischen Gesichtspunkten folgerichtig erscheint.