

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Beamtendisziplinarrecht

Rechtsquelle/n:

BDG § 57 Abs. 1 Satz 1, § 58 Abs. 1, § 69

StGB § 263 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 und 2 Nr. 1

VwGO § 86 Abs. 1 Satz 1, § 132 Abs. 2 Nr. 1 bis 3

Titelzeile:

Disziplinarrecht; wahrheitswidriger Bezug von Auslandsdienstbezügen

Stichworte:

Beamter; Auswärtiges Amt; Auswärtiger Dienst; Ausland; Botschaft; Auslandszuschlag; Aufwandsentschädigung; Falschangaben; AKOS-Erklärung; Formularerklärung; Ankreuz-Formular; Zusammenleben mit Ehefrau; Wohnort der Kinder; Strafurteil; Bindung; Strafzumessung; Strafzumessungsregel; Betrug; besonders schwerer Fall.

Leitsatz:

Zu den tatsächlichen Feststellungen, die gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 BDG das Disziplinargericht binden, gehören auch solche für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände von deren Vorliegen die Anwendung des bestimmten Strafrahmens abhängt (hier: zum gewerbsmäßigen Handeln i.S.v. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB).

Beschluss des 2. Senats vom 27. Dezember 2016 - BVerwG 2 B 126.15

- I. VG Berlin vom 13. November 2013  
Az: VG 85 K 4.13 OB
- II. OVG Berlin-Brandenburg vom 17. September 2015  
Az: OVG 82 D 1.14







# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 2 B 126.15  
OVG 82 D 1.14

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 27. Dezember 2016  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dr. Günther

beschlossen:

Die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 17. September 2015 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

#### G r ü n d e :

- 1 Die auf sämtliche Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde ist unbegründet.
- 2 1. Der ... Beklagte steht als Amtsrat im gehobenen auswärtigen Dienst der Klägerin. Vom 16. Juli 2001 bis 31. August 2005 war er an die Botschaft in W. und im Anschluss an die Botschaft in K. versetzt. Seit dem 10. August 2009 ist er im ... in B. tätig.
- 3 Die im Jahr 1994 geschlossene Ehe mit einer ... Staatsbürgerin, aus der zwei, in den Jahren 1996 und 2000 geborene Kinder hervorgegangen sind, wurde im November 2005 in S. geschieden. Im Dezember 2006 ging der Beklagte eine eingetragene Lebenspartnerschaft ein.
- 4 Ab Januar 2002 bis Januar 2006 reichte der Beklagte jährlich für das jeweilige Vorjahr eine sog. AKOS-Erklärung über den Bezug von Auslandszuschlag, Auslandskinder-, Familien-, Orts- und Sozialzuschlag bei der Klägerin ein. Darin gab er an, die in W. gemietete Wohnung seit dem 27. November 2001 gemeinsam mit seiner Ehefrau zu bewohnen; diese halte sich überwiegend dort auf. Seit der Erklärung für das Jahr 2003 beschränkte sich das Formular nicht mehr darauf, nach dem überwiegenden Aufenthalt des Ehegatten zu fragen, sondern ermöglichte auch Ankreuz-Antworten zu den Fragen, ob der Ehegatte endgültig abgereist oder mehr als fünf Monate vom Dienstort abwesend gewesen sei. Diese Fragen blieben in den vom Beklagten ausgefüllten Formularen unbeantwortet. Ebenso ab dem Jahr 2003 wurde erstmals nach dem Wohnort der Kin-

der gefragt. Der Beklagte gab dabei an, dass diese in seinem Haushalt wohnen.

- 5 Nachdem der Verdacht aufkam, dass die Ehefrau des Beklagten mit den beiden gemeinsamen Töchtern bereits seit 2001 ihren Lebensmittelpunkt in S. gehabt hatte, forderte die Klägerin im Jahr 2008 mit inzwischen bestandskräftigem Bescheid einen Betrag von rund 30 000 € wegen zu Unrecht erhaltenen Auslandszuschlags zurück. Im März 2008 wurde das streitgegenständliche Disziplinarverfahren eingeleitet.
- 6 Im September 2011 wurde der Beklagte vom Schöffengericht wegen gewerbsmäßigen Betrugs in drei Fällen (§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, § 53 und § 56 Abs. 1 StGB) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Das Amtsgericht stellte dabei folgenden Tatbestand fest:
  - 7 Die Ehefrau des Beklagten zog zunächst im November 2001 mit ihren Töchtern zu dem Beklagten nach W., dann aber wieder nach S., um sich dort um ihre schwer kranke Mutter zu kümmern. In W. hielt sie sich in der Folgezeit nur noch gelegentlich auf. Der Beklagte beantragte Auslandszuschlag für die Familie. Hierzu gab er in mehreren AKOS-Erklärungen an, dass sich seine Familie an seinem Dienst- und Wohnsitz in W. aufhalte und dass sie eine gemeinsame Wohnung in W. hätten, obwohl er wusste, dass dies nicht der Wahrheit entsprach. Der Beklagte wollte sich durch die falschen Angaben den entsprechenden Auslandszuschlag für die Familie beschaffen, um sich damit eine Einnahmequelle von einiger Dauer und einiger Bedeutung zu erschließen. Für die Jahre 2002 bis 2004 flossen ihm dadurch zu Unrecht über 21 000 € zu.
  - 8 Das Landgericht hielt im Berufungsverfahren an den amtsgerichtlichen Einzelstrafen fest, setzte jedoch die Gesamtfreiheitsstrafe auf neun Monate herab.
  - 9 Das Verwaltungsgericht hat den Beklagten auf die Disziplinarklage der Klägerin hin aus dem Beamtenverhältnis entfernt. Die hiergegen gerichtete Berufung des

Beklagten hat das Oberverwaltungsgericht mit dem angegriffenen Urteil zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

- 10 Aufgrund der Täuschungen des Beklagten über den tatsächlichen Wohnsitz seiner Ehefrau habe die Klägerin ihm im Zeitraum von März 2003 bis September 2005 zu Unrecht Auslandszuschlag, einen Ehepartnerzuschlag und eine erhöhte Aufwandsentschädigung gezahlt. Dadurch sei ein Gesamtschaden von ca. 20 000 € entstanden. Der Beklagte habe ein Dienstvergehen begangen, indem er schuldhaft gegen seine Pflichten verstoßen habe, sein Amt uneigennützig und nach bestem Gewissen wahrzunehmen und durch sein Verhalten der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die sein Beruf erfordert. In Fällen innerdienstlichen Betrugs zum Nachteil des Dienstherrn sei der Beamte in der Regel aus dem Dienst zu entfernen, wenn im Einzelfall Erschwerungsgründe vorliegen, denen keine Milderungsgründe gegenüberstehen, die den Schluss ungerechtfertigt erscheinen ließen, der Beamte habe das Vertrauen des Dienstherrn endgültig verloren. Von einer entsprechenden Schwere könne bereits aufgrund der Schadenshöhe ausgegangen werden. Milderungsgründe der beschriebenen Art stünden dem nicht gegenüber. Ein Mitverschulden der Klägerin sei nicht darin zu sehen, dass sie trotz fehlender Angaben zur endgültigen Abreise und längerfristigen Abwesenheit der Ehefrau des Klägers diesbezüglich keine weiteren Nachforschungen angestellt habe. Die prognostische Gesamtwürdigung falle für den Beklagten negativ aus. Der erlittene Vertrauensverlust lasse ihn für eine weitere Verwendung im Beamtenverhältnis untragbar erscheinen.
- 11 2. Die Rechtssache hat nicht die grundsätzliche Bedeutung (§ 69 BDG und § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), die ihr die Beschwerde beimisst.
- 12 Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, wenn sie eine Frage des revisiblen Rechts von allgemeiner, über den Einzelfall hinausreichender Bedeutung aufwirft, die im konkreten Fall entscheidungserheblich ist (stRspr, vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 24. Januar 2011 - 2 B 2.11 - NVwZ-RR 2011, 329 Rn. 5 und vom 9. April 2014 - 2 B 107.13 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 2 VwGO Nr. 20 Rn. 9). Entscheidungserheblich

sind solche Rechtsfragen, die für die Entscheidung des Berufungsgerichts tragend gewesen sind und die im Rahmen des Revisionsverfahrens vom Bundesverwaltungsgericht zu beantworten wären.

- 13 Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage, ob strafgerichtlichen Urteilsfeststellungen zu Strafzumessungsfragen Bindungswirkung im disziplinargerichtlichen Verfahren zukommt, ist nicht rechtsgrundsätzlicher Art.
- 14 Offen bleiben kann zunächst, ob diese Rechtsfrage überhaupt für das Berufungsgericht entscheidungserheblich war. Die Beschwerde leitet dies aus der Formulierung in den Entscheidungsgründen her, dass der Beklagte nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des Amtsgerichts gewerbsmäßig gehandelt habe, weil es ihm bei der Begehung der Tat darauf ankam, sich eine Einnahmequelle von einigem Gewicht und einiger Dauer zu erschließen, um damit u.a. auch seinen Lebensunterhalt bestreiten zu können. Bei der Vorschrift des § 263 Abs. 3 StGB, nach der u. a. gewerbsmäßiges Handeln (Satz 2 Nr. 1) in der Regel zu der Annahme eines besonders schweren Falles des Betrugs und damit zu einer Erhöhung des Strafrahmens führt, handele es sich aber um eine Strafzumessungsregel. Die zitierte Passage verwendet das Berufungsgericht, nachdem es zuvor festgestellt hat, dass "bereits aufgrund der Schadenshöhe [...] sich die Entfernung des Beklagten aus dem Dienst als Richtschnur dar[stelle]" und "darüber hinaus [...] sich Anzahl und Dauer der betrügerischen Handlungen erschwerend aus[wirke]". Vor diesem Hintergrund ist es zumindest zweifelhaft, ob den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Gewerbsmäßigkeit, welche mit dem Wort "zudem" eingeleitet werden, noch eine tragende Rolle zukommt.
- 15 Jedenfalls ist die von der Beschwerde aufgeworfene Frage in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt und bedarf daher keiner Durchführung eines Revisionsverfahrens. Gemäß § 57 Abs. 1 Satz 1 BDG sind die tatsächlichen Feststellungen u.a. eines rechtskräftigen Urteils im Strafverfahren im Disziplinarverfahren, das denselben Sachverhalt zum Gegenstand hat, für das Gericht bindend. Zu den ausdrücklichen wie auch stillschweigend getroffenen "tatsächlichen Feststellungen" gehören nicht nur die äußeren Aspekte ei-

nes Tathergangs, sondern auch Elemente des inneren Tatbestandes, wie etwa Vorsatz oder Fahrlässigkeit, die Zueignungsabsicht oder das Unrechtsbewusstsein. Feststellungen zur Schuldfähigkeit binden das Gericht jedoch nur, soweit sie sich auf die Frage beziehen, ob der Betreffende schuldfähig oder schuldunfähig im Sinne des § 20 StGB ist (BVerwG, Beschluss vom 25. Januar 2016 - 2 B 34.14 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 3 VwGO Nr. 75 Rn. 38 m.w.N.). Nicht erfasst werden nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur Tatsachen, die nicht konkret Gegenstand der Anklageschrift und des Strafurteils waren und die lediglich für die Strafzumessung maßgeblich sind (BVerwG, Urteil vom 31. März 1998 - 1 D 59.97 - juris Rn. 20, am Beispiel der Schadenshöhe). Hierbei handelt es sich um solche Tatsachen, die für die Strafzumessung innerhalb eines bestehenden Strafrahmens von Bedeutung sind. Anderes gilt für Tatsachen, von deren Vorliegen die Anwendung des bestimmten Strafrahmens abhängt. Ihnen kommt nämlich im Ergebnis Tatbestandsfunktion zu (BGH, Beschluss vom 11. Januar 2005 - 1 StR 547/04 - wistra 2005, 177, zur Gewerbsmäßigkeit bei der Fälschung von Zahlungskarten), selbst soweit sie in der Strafrechtsdogmatik als Strafzumessungsregel gelten (Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 838 speziell zu den Regelbeispielen des § 263 Abs. 3 Satz 2 StGB). Sie bilden auch regelmäßig den Gegenstand von Anklageschrift und Strafurteil.

- 16 3. Die Beschwerde zeigt auch keine Divergenz im Sinne von § 69 BDG und § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf.
- 17 Eine Divergenz im Sinne dieser Vorschrift ist gegeben, wenn die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten ebensolchen, die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat (BVerwG, Beschluss vom 9. April 2014 - 2 B 107.13 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 2 VwGO Nr. 20 Rn. 3 m.w.N.).
- 18 a) Unterstellt, die Beschwerde hat zutreffend "zwischen den Zeilen" den Rechtssatz des Berufungsgerichts erkannt, "zu den tatsächlichen Feststellun-



gen eines rechtskräftigen Strafurteils, die nach § 57 Abs. 1 Satz 1 und § 65 Abs. 1 Satz 1 BDG für ein Disziplinarverfahren in gleicher Sache Bindungswirkung entfalten, zählen auch die Feststellungen zur Anwendung einer Strafzumessungsregel im konkreten Fall", so hat sie einen Widerspruch zu dem von ihr angeführten Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. September 2012 - 2 B 31.12 - (juris) nicht dargelegt (§ 69 BDG und § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO). In dieser Entscheidung ist überhaupt keine Aussage zur Bindungswirkung von Feststellungen betreffend Strafzumessungsregelungen enthalten. Ein Widerspruch ist damit ausgeschlossen. Die Annahme der Beschwerde, das Bundesverwaltungsgericht habe in dieser Entscheidung den Rechtssatz aufgestellt, "nur" dem inneren und äußeren Tatbestand der Straftat betreffende strafgerichtliche Feststellungen komme Bindungswirkung zu, ist nicht zutreffend. Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung vielmehr, dass "nicht nur" die äußeren Aspekte eines Tathergangs, sondern auch Elemente des inneren Tatbestandes, wie etwa Vorsatz oder Fahrlässigkeit, die Zueignungsabsicht oder das Unrechtsbewusstsein zu den tatsächlichen Feststellungen gehörten. An keiner Stelle gibt das Bundesverwaltungsgericht dabei zu erkennen, dass es sich hierbei um eine abgeschlossene Liste handeln soll. Vielmehr wird im Folgenden lediglich für Feststellungen zur Schuldfähigkeit, soweit sie sich auf die Frage beziehen, ob der Betreffende schuldfähig oder schuldunfähig im Sinne des § 20 StGB ist, eine Ausnahme gemacht.

- 19 b) Ebenso ist keine Divergenz zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013 - 2 C 62.11 - (Buchholz 235.1 § 13 BDG Nr. 19) zu sehen. Ein Widerspruch zu dortigen Rechtssätzen betreffend die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten in Disziplinarverfahren ist in der Entscheidung des Berufungsgerichts nicht enthalten. Sie verhält sich überhaupt nicht zur Rolle der Gleichstellungsbeauftragten. Ohne dass dies naheliegend erscheint, könnte damit allenfalls die Missachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einzelfall, nicht aber die für die Zulassung der Revision erforderliche Abweichung von Rechtssätzen begründet werden.
- 20 4. Die geltend gemachten Verfahrensfehler im Sinne der § 69 BDG und § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO liegen ebenfalls nicht vor.

- 21 Namentlich hat das Berufungsgericht nicht dadurch gegen seine Aufklärungspflicht aus § 58 Abs. 1 BDG und § 86 Abs. 1 VwGO verstoßen, dass es keine weiteren Nachforschungen darüber angestellt hat, ob die Klägerin dem Umstand hätte nachgehen müssen, dass der Beklagte in den AKOS-Erklärungen keine Angaben zu einer endgültigen Abreise oder einer längeren Abwesenheit seiner Ehefrau gemacht hat. Hierdurch hat die Klägerin nach Ansicht des Beklagten einen erheblichen Mitverschuldensbeitrag an dem entstandenen Schaden zu tragen.
- 22 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfordert die Rüge einer Verletzung der gerichtlichen Aufklärungspflicht aus § 58 Abs. 1 BDG und § 86 Abs. 1 VwGO nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO die substantiierte Darlegung, welche Tatsachen auf der Grundlage der materiell-rechtlichen Auffassung des Berufungsgerichts aufklärungsbedürftig waren, welche für erforderlich oder geeignet gehaltenen Aufklärungsmaßnahmen hierfür in Betracht kamen, welche tatsächlichen Feststellungen dabei voraussichtlich getroffen worden wären und inwiefern diese unter Zugrundelegung der materiell-rechtlichen Auffassung des Tatsachengerichts zu einer für den Beschwerdeführer günstigeren Entscheidung hätten führen können. Die Aufklärungsrüge stellt zudem kein Mittel dar, um Versäumnisse eines Verfahrensbeteiligten in der Tatsacheninstanz zu kompensieren, vor allem wenn er es unterlassen hat, einen Beweisantrag zu stellen. Deshalb muss entweder dargelegt werden, dass bereits im Verfahren vor dem Tatsachengericht, insbesondere in der mündlichen Verhandlung, auf die Vornahme der Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr gerügt wird, hingewirkt worden ist oder aufgrund welcher Anhaltspunkte sich dem Gericht die bezeichneten Ermittlungen auch ohne ein solches Hinwirken hätten aufdrängen müssen (stRspr, vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 22. Januar 1969 - 6 C 52.65 - BVerwGE 31, 212 <217 f.> und Beschluss vom 19. August 1997 - 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 <n.F.> VwGO Nr. 26 S. 14).
- 23 Entsprechende Beweisanträge hat der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht gestellt. Weitere Ermittlungen in die nunmehr vom Beklagten aufgezeigte Richtung hätten sich dem Berufungsgericht auch

nicht aufdrängen müssen. Es erscheint eher fernliegend, hier ein Mitverschulden der Klägerin anzunehmen. Auch die Klägerin musste keinen Anlass sehen, weitere Ermittlungen anzustellen. Dies folgt schon daraus, dass die entsprechenden Fragen nach der endgültigen Abreise oder längeren Abwesenheiten des Ehegatten von mehr als fünf Monaten in dem von der Klägerin zur Verfügung gestellten Formular unmittelbar nach der Frage "Haben Sie mit ihrem Ehegatten am ausländischen Dienort eine gemeinsame Wohnung bewohnt?" folgen. Da der Beklagte diese Frage für den gesamten Zeitraum des jeweiligen Vorjahres bejaht hat, mag die Beantwortung der weiteren Fragen sowohl für den Antragsteller als auch für den späteren Leser des ausgefüllten Formulars als entbehrlich erscheinen. Es wäre eher widersinnig, eine dieser weiteren Fragen zu bejahen, nachdem zuvor angegeben wurde, im gesamten Antragszeitraum mit dem Ehepartner eine gemeinsame Wohnung am Dienort bewohnt zu haben. Deswegen erscheint der Umstand, dass die weiteren Fragen nicht beantwortet wurden, dem Leser eher als Nachlässigkeit bei dem Ausfüllen des Formulars denn als Anlass, einen Widerspruch zu vermuten, der weitere Ermittlungen bedingt.

- 24 Unabhängig davon ist es in diesem Zusammenhang nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht auch den Umstand gewürdigt hat, dass der Beklagte in den Formularen betreffend seine Kinder ebenfalls wahrheitswidrig angegeben hat, dass diese in den jeweiligen Zeiträumen in der gemeinsamen Wohnung gelebt hätten. Auch wenn dies denklogisch nicht ausschließt, dass die Ehefrau des Beklagten zur gleichen Zeit ortsabwesend gewesen ist, kann auch dieser Umstand jedenfalls angeführt werden, um nachvollziehbar zu begründen, weshalb keine weiteren Ermittlungen unternommen wurden.
- 25 Die Kostenentscheidung folgt aus § 77 BDG und § 154 Abs. 2 VwGO. Einer Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren bedarf es nicht, weil für das Verfahren Gebühren nach dem Gebührenverzeichnis der Anlage zu § 78 Satz 1 BDG erhoben werden.