

Christoph Görisch

## Ermessensreduzierung im Lehrerdisziplinarrecht

*Die neuere bundesverwaltungsgerichtliche Disziplinarrechtsprechung betont die Notwendigkeit der umfassenden Einzelfallbetrachtung als Voraussetzung einer Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. Dem steht eine gefestigte Rechtsprechung gegenüber, wonach ein strafbarer Kindesmissbrauch zumindest bei Lehrern im Regelfall zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führt. An klaren Kriterien zur Bestimmung derjenigen Fälle, in denen ausnahmsweise von einer solchen Entfernung abgesehen werden kann, fehlt es bislang weithin.*

### 1 Aktueller Anlass

Im Sommer 2010 sorgte ein Pressebericht über einen Lehrer an einem niedersächsischen Gymnasium, der wegen mehrfachen sexuellen Missbrauchs einer 15-jährigen Schülerin zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen verurteilt und anschließend an ein anderes Gymnasium versetzt wurde, um dort weiter zu unterrichten, für öffentlichen Wirbel und führte zu einer kleinen Anfrage im Niedersächsischen Landtag. In ihrer Antwort auf die Frage nach dem Wahrheitsgehalt des Berichts und der rechtlichen Bewertung des zugrundeliegenden Geschehens führte die Landesregierung aus: „In dem angesprochenen Fall kam es im Frühjahr 2007 zu einer Verurteilung wegen des sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefohlenen gemäß § 174 Abs. 1 Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB); das Urteil wurde im Frühjahr 2008 rechtskräftig. Das zuständige Gericht hat Milderungsgründe festgestellt, so dass es zur Verhängung einer Geldstrafe kam. Das Disziplinarverfahren wurde im Anschluss weitergeführt. Die Frage der Erhebung der Disziplinaranzeige mit dem Ziel der Entfernung aus dem Dienst wurde seitens der Landesschulbehörde gründlich erwogen. Da der Beamte freiwillig einen Antrag auf Rückstufung um zwei Besoldungsgruppen gestellt hatte, dem auch entsprochen wurde, ist ihm dieses als Milderungsgrund zugerechnet und nach Ausübung pflichtgemäßen Ermessens nach § 14 NDiszG auf das Verfolgen der Maßnahme der Entfernung aus dem Dienst verzichtet worden. Der Beamte wird seither an einer anderen niedersächsischen Schule eingesetzt. [...] Bei der Verhängung von Freiheitsstrafen wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Dreizehnter Abschnitt des StGB) ist in der Regel bei Beamten die Disziplinaranzeige mit dem Ziel der Entfernung aus dem Dienst (bei Ruhestandbeamten mit dem Ziel der Aberkennung des Ruhegehalts) zu erheben, bzw. bei Tarifbeschäftigten wird die Kündigung auszusprechen sein. Bei Straftaten, die im Zusammenhang mit der schulischen Tätigkeit stehen, ist eine Abweichung von dieser Regel nicht vorstellbar. Diese restriktiven Grundsätze gelten bereits bei der Einstellung. Zudem werden auch geringere Strafen gegen die Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern und damit gegen ihre Einstellung sprechen; dies ist aber wie bei der Bemessung von Disziplinarmaßnahmen einzelfallabhängig. [...] Es wurde bei der Entscheidung über die Fortsetzung des Disziplinarverfahrens davon ausgegangen, dass die strafrechtliche Sanktion und die Rückstufung um zwei Besoldungsstufen ausreichen, um sicherzustellen, dass der Beamte künftig die gesetzlichen Grenzen einhalten wird; insoweit besteht auch Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft. Bei einer anderen Prognose hätte es zur Disziplinaranzeige mit dem Ziel der Entfernung aus dem Dienst kommen müssen.“<sup>1</sup>

1 Nds. LT-Drucks. 16/2817, S. 1 ff.

Auch in der disziplinargerichtlichen Rechtsprechung wird die Entfernung von Lehrern aus dem Beamtenverhältnis verbreitet als Regelfolge in Missbrauchsfällen bezeichnet (dazu nachfolgend unter 2). Inwiefern diese Feststellung noch Raum für umfassende Ermessenserwägungen im Einzelfall lässt, bleibt dabei weithin undeutlich (3). Die konkrete Reichweite der Ermessensreduzierung bedarf daher einer genaueren und systematischen Bestimmung (4). Darauf aufbauend kann abschließend zum Ausgangsfall Stellung genommen werden (5).

## 2 Entfernung von Lehrern aus dem Beamtenverhältnis als Regelfolge in Missbrauchsfällen

Eine disziplinarrechtliche Befassung ist entbehrlich, soweit das Beamtenverhältnis nach § 24 BeamtStG kraft Gesetzes endet.<sup>2</sup> Abs. 1 Nr. 1 der Bestimmung enthält diese Folge bei einer Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr. Wird dieses Strafmaß nicht erreicht, so stellt sich die Frage, inwieweit eine strafrechtliche Verurteilung ein Dienstvergehen als Grundvoraussetzung einer disziplinarischen Sanktionierung darstellt (§ 47 Abs. 1 BeamtStG i. V. m. den Bezugnahmen in den Disziplinalgesetzen, z. B. §§ 2 BDG, 2 LDG NRW, 2 NDiszG). Dienstvergehen ist nach § 47 Abs. 1 S. 1 BeamtStG die schuldhaftige Pflichtverletzung durch Beamte, wobei nach S. 2 ein „Verhalten außerhalb des Dienstes [...] nur dann ein Dienstvergehen [ist], wenn es nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.“ Aus der Wohlverhaltenspflicht nach § 34 S. 3 BeamtStG folgt die Pflicht zur Vermeidung sowohl innerdienstlicher Straftaten, also Straftaten mit unmittelbarem Bezug zu den Dienstaufgaben i. S. eines engen sachlichen bzw. kausal-funktionalen Zusammenhangs,<sup>3</sup> als auch – unter den einschränkenden Voraussetzungen des soeben genannten § 47 Abs. 1 S. 2 BeamtStG – außerdienstlicher Straftaten mit (mittelbarem) Bezug zu den Dienstaufgaben oder besonders schwerwiegender Straftaten.<sup>4</sup> In letztgenannter Hinsicht ist allerdings zu beachten, dass die Erheblichkeitsschwelle aus systematischen Gründen unterhalb des nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG automatisch zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führenden Strafmaßes liegen muss, um überhaupt einen disziplinarrechtlichen Anwendungsbereich für diese Fallgruppe zu haben;<sup>5</sup> eine insoweit bereits ausreichende „Strafandrohung im mittleren Bereich“ wird bei einer möglichen Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren angenommen.<sup>6</sup>

Straftaten von Lehrern gegen die sexuelle Selbstbestimmung Minderjähriger gemäß §§ 174 ff. StGB sind unabhängig von Tatort und Tatzeit<sup>7</sup> als innerdienstlich zu qualifizieren, soweit es sich bei den Opfern um Schüler handelt, zu denen der Lehrer im Rahmen der schulischen Tätigkeit Kontakt geknüpft hat. Der dienstliche Zusammenhang geht damit über den Begriff des Schutzbe-

2 *Claussen/Benneke/Schwandt, E.-A.*, Das Disziplinarverfahren, 6. Aufl., Köln 2010, Rn. 494.

3 Allgemein dazu *Brägelmann, R.*, in: Schütz, E./Schmiemann, K., Disziplinarrecht des Bundes und der Länder, Loseblattsig. (Stand: 4. Erg.-Lfg., April 2009), Bielefeld 2009, Teil C Rn. 8; *Claussen/Benneke/Schwandt* (Anm. 2), Rn. 131; aus der Rechtsprechung etwa BayVG, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris].

4 Grundlegend BVerwGE 112, 19 (26 f.); dazu etwa *Claussen/Benneke/Schwandt* (Anm. 2), Rn. 169, 364 ff.

5 Vgl. in diesem Sinne auch BVerwGE 112, 19 (27).

6 BVerwG, NVwZ 2011, 299 (300 f.); zur Rechtsprechungsentwicklung *Pflaum, U.*, Straftaten als außerdienstliche Dienstvergehen, NVwZ 30 (5), 2011, S. 280 f.

7 Zur Überholtheit der primär auf diese formalen Kriterien abstellenden Betrachtungsweise *Brägelmann* (Anm. 2), Rn. 8; *Claussen/Benneke/Schwandt* (Anm. 2), Rn. 131.

fohlenenverhältnisses i. S. d. § 174 StGB als Sonderdelikt hinaus.<sup>8</sup> Handelt es sich bei den Opfern nicht um Schüler des Lehrers bzw. seiner Schule, sondern um rein private Kontaktpersonen, so liegt ein außerdienstliches Verhalten vor. Zumindest soweit der Lehrer auch minderjährige Schüler (ungeachtet welchen konkreten Alters) unterrichtet, ist immer von einem hinreichenden mittelbar dienstlichen Bezug auszugehen.<sup>9</sup> Dazu kann man auch auf den Rechtsgedanken des – nicht unmittelbar anwendbaren und zudem über den Fall minderjähriger Opfer hinausgehenden – § 25 JArbSchG verweisen, wonach wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung rechtskräftig verurteilte Personen für einen Zeitraum von 5 Jahren generell keine Jugendlichen beschäftigen oder ausbilden dürfen.<sup>10</sup>

Für die Verhängung der konkreten Disziplinarmaßnahmen verweist § 47 Abs. 3 BeamtStG auf die Disziplinargesetze von Bund und Ländern. Diese stellen weitgehend einheitliche Grundsätze für die Bemessung auf. Dabei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die je nach Schwere des Dienstvergehens zu treffen ist (§§ 13 Abs. 1 BDG, 13 Abs. 1, 2 LDG NRW, 14 Abs. 1 NDiszG) und für die ein besonderer Sanktionskatalog normiert ist (§§ 5 BDG, 5 LDG NRW, 6 NDiszG). Die Höchstsanktion der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis – bei Ruhestandsbeamten: Aberkennung des Ruhegehalts<sup>11</sup> – ist die zwingende Folge eines Dienstvergehens, das zu einem endgültigen Vertrauensverlust seitens der Allgemeinheit oder des Dienstherrn geführt hat (§§ 13 Abs. 2 BDG, 13 Abs. 3 LDG NRW, 14 Abs. 2 NDiszG).<sup>12</sup> Dass dies nur bei einem schweren Dienstvergehen der Fall sein kann, versteht sich von selbst, weshalb die Normierung einer entsprechenden Voraussetzung (§§ 13 Abs. 2 BDG, 14 Abs. 2 NDiszG) tautologisch und daher verzichtbar (§ 13 Abs. 3 LDG NRW) ist.<sup>13</sup> Der Vertrauensverlust führt nicht bloß zu einem Ermessenswegfall, sondern stellt zugleich die notwendige Voraussetzung der Höchstsanktion dar;<sup>14</sup> fehlt es daran, so scheidet die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis demnach aus.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist besonders zu beachten, dass für die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis weithin ein Richtervorbehalt gilt, indem sie nur im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Disziplinar Klage ausgesprochen werden kann (§§ 13 Abs. 2 BDG, 13 Abs. 3 LDG NRW, 14 Abs. 2 NDiszG; einzige Ausnahme: § 38 LDG BW).<sup>15</sup> Nach Erhebung öffentlicher Klage im Strafverfahren ist bis zu dessen rechtskräftigem Abschluss zumindest ein behördliches

8 Zur allerdings auch dort nicht in allen Einzelheiten allgemein anerkannten Beschränkung auf selbstunterrichtete Schüler Perron, W./Eisele, J., in: Schönke, A./Schröder, H., Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2010, § 174 Rn. 6 m. w. N.

9 Pauschal (ohne jegliche altersbezogene Differenzierung) in Bezug auf „Lehrer“ BVerwG, NVwZ 2011, 303 f. (Besitz kinderpornographischen Materials).

10 Dahingehend wohl (mit etwas undeutlicher Begründung) VG München, Urteil v. 28.5.2008, Az. M 13 D 08.134 [juris], unter III., IV. (Exhibitionismus); i. E. (ohne nähere Begründung) auch BVerwG, Beschl. v. 23.6.2010, Az. 2 B 59/09 (sexueller Missbrauch); BayVG, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris] (Besitz kinderpornographischen Materials); ebenso für den Fall der schwerpunktmäßigen Unterrichtung älterer Schüler NdsOVG, NdsVBl 2008, 19 ff.

11 Zur aktuellen Bedeutsamkeit dieser Variante etwa im Falle des im letzten Jahr entdeckten Missbrauchsskandals an der Heppenheimer Odenwaldschule vgl. den Bericht in FAZ v. 19.3.2010, S. 5.

12 Zum diesbezüglichen Verhältnis von gebundener und Ermessensentscheidung noch u. bei Anm. 18. Zur umfassenden Ermessensregelung in § 11 HmbDG Weiß, H.-D., in: Fürst, W., Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht (GKÖD), Bd. II, Loseblattlg. (Stand: Lfg. 6/10, Nov. 2010), Berlin 2009, M § 13 Rn. 145, 167.

13 Dazu Weiß (Anm. 12), Rn. 124, 175.

14 BVerwG, NVwZ 2010, 713 (717); NVwZ-RR 2007, 695 (696); vgl. auch BVerwGE 124, 252 (258, 262), unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte; ebenfalls auf diese Bezug nehmend Bauschke, H.-J./Weber, A., Bundesdisziplinargesetz, Stuttgart 2003, § 13 Rn. 1; Brägelmann (Anm. 2), Teil D, § 13 Rn. 27; Hummel, D., in: ders./Köhler, D./Mayer, D., BDG, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2009, § 13 Rn. 17.

15 Näher dazu Bauschke/Weber (Anm. 14), § 34 Rn. 1 f.; Claussen/Benneke/Schwandt (Anm. 2), Rn. 886; Goos, C., Grundfragen des Disziplinarrechts in Staat und Kirche, KuR 16 (2), 2010, S. 209 (215 f.); Wilhelm, A., Abschied von der Disziplinar Klage, DÖV 62 (19), 2009, S. 800 ff.

Disziplinarverfahren in gleicher Sache regelmäßig auszusetzen (§§ 22 BDG, 22 LDG NRW, 23 NDiszG). Die tatsächlichen Feststellungen des betreffenden Strafurteils sind für das Disziplinarverfahren generell in weitem Umfang bindend (§§ 23, 57 BDG, 23, 56 LDG NRW, 24, 52 NDiszG; vgl. auch die Übermittlungspflicht nach § 49 BeamStG).<sup>16</sup> Eine absolute Vorgängigkeit des Strafverfahrens – entsprechend § 114 des österreichischen Beamten-Dienstrechtsgesetzes 1979 – gestaltet, dass die Disziplinarbehörden im Falle des Verdachts einer Straftat über die begrenzte Anzeigepflicht nach § 138 StGB hinausgehend generell zur Strafanzeige verpflichtet wären, ergibt sich aus diesen Bestimmungen allerdings nicht.<sup>17</sup>

Die für die disziplinarbehördliche Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte sind zumindest in der Sache auch bei der verwaltungsgerichtlichen (Bemessungs-)Entscheidung über die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis im Disziplinarlageverfahren beachtlich.<sup>18</sup> Allerdings finden sich in der bisherigen<sup>19</sup> Rechtsprechung zur disziplinarischen Beurteilung strafbarer sexueller Handlungen von Lehrern gegenüber Minderjährigen vielfach pauschale Feststellungen, wonach darin ein „Kernbereichsversagen“ liege, das „regelmäßig“ zur Höchstanktion führe.<sup>20</sup> Das ergebe sich aus den Besonderheiten des Lehrerberufs: Die dienstliche Tätigkeit eines Lehrers erfordere eine „besondere Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit auf sittlichem Gebiet [...]. Die Erfüllung des Erziehungsauftrages, aber auch der Schulfrieden verlangen, dass die Schule von sexuellen Beziehungen zwischen Lehrern und Schülern derselben Schule gänzlich freigehalten wird. [...] Die Öffentlichkeit, insbesondere die Eltern betroffener Kinder, müssen darauf vertrauen kön-

- 
- 16 Zur Reichweite der Bindungswirkung *Claussen/Benneke/Schwandt* (Anm. 2), Rn. 498 ff., 931 f.; jüngst, auch zu landesrechtlichen Besonderheiten (in § 15 Abs. 1 S. 2 HambDG), BVerwG, NVwZ 2011, 303 (305).
- 17 Ausführlicher *Avenarius, H.*, in: ders./Füssel, H.-P., Schulrecht, 8. Aufl., Kronach 2010, Tz. 19.432, 32.1; *Bauschke/Weber* (Anm. 14), § 13 Rn. 5; *Hummel* (Anm. 14), § 13 Rn. 13; *Weiß* (Anm. 12), Rn. 133; zu aktuellen – spezifisch schulgesetzlichen, in der Neufassung des § 3 Abs. 10 im Juni 2011 (GVBl., S. 267) indes so nicht verwirklichten – Änderungsüberlegungen in Hessen angesichts des dortigen Missbrauchsskandals (s. o. Anm. 11) vgl. den Bericht in FAZ v. 19.3.2010, S. 5.
- 18 BVerwGE 124, 252 (258 ff.); *Weiß* (Anm. 12), Rn. 130, vgl. auch ebd., Rn. 26 ff., zur (dogmatisch nicht uninteressanten, aber angesichts der von vornherein zweifelhaften Bedeutung der Unterscheidung zwischen tatbestandlicher und Ermessensregelung im disziplinargerichtlichen Verfahren – ansatzweise dazu ebd., Rn. 78 – wohl rein theoretischen) Frage, ob das Merkmal des Vertrauensverlustes unmittelbar auf den Ermessenskriterien aufbaut. Zur damit zusammenhängenden und hier zumindest bereichsspezifisch zum Ausdruck kommenden Grenzverwischung – mit der Konsequenz einer fehlenden strikten Trennbarkeit entsprechend der herkömmlichen Prüfungsabfolge – zwischen (vorrangig zu prüfender) gebundener und (nachrangig zu prüfender) Ermessensentscheidung allgemein *Jestaedt, M.*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Erichsen, H.-U./Ehlers, D. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/New York 2010, § 11 Rn. 12 ff.; zur dementsprechend sinnvollerweise vereinheitlichenden Regelung des § 11 HmbDG bereits o., Anm. 12 a. E.
- 19 Zur jüngsten Entwicklung in der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung speziell in Bezug auf den Besitz kinderpornographischen Materials und zur Einordnung in die bisherige Rechtsprechung vgl. noch u. bei Anm. 27 ff.
- 20 VGH BW, NVwZ-RR 2009, 772 (Besitz kinderpornographischen Materials); daran anschließend BayVGH, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris]; ebenso NdsOVG, NdsVBl 2008, 19 (20); sinngemäß übereinstimmend NdsOVG, DVBl. 2010, 324 (sexueller Missbrauch); vgl. daneben BVerwG, Beschl. v. 23.6.2010, Az. 2 B 59/09 [juris]: „Einen Rechtssatz des Inhalts, dass auch außerdienstlicher sexueller Missbrauch an Kindern und Jugendlichen ausnahmslos – also nicht nur im Regelfall – zu einer Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führen müsse, ohne dass es der Ermittlung weiterer be- und entlastender Umstände des Einzelfalls bedürfe, hat das Berufungsgericht nicht aufgestellt, auch nicht sinngemäß.“ [Hervorh. nicht i. Orig.] Zur umgedrehten Konsequenz, dass der von einem Schüler erhobene unrichtige Vorwurf sexueller Belästigung durch einen Lehrer einen sofortigen Schulverweis rechtfertigen kann, vgl. *Böhm, T.*, Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen in der Schule, 3. Aufl., Kronach 2008, Rn. 159, unter Bezugnahme auf VG Hannover, SchuR 2/1999, 28. Zur Zulässigkeit einer (zumindest vorläufigen) Umsetzung des Lehrers auf eine Stelle ohne direkten Schülerkontakt bei ungeklärtem Sachverhalt BayVGH, Beschl. v. 26.2.2010, Az. 3 CE 10.167 [juris].

nen, dass die dem Einfluss und den Erziehungsaufgaben anvertrauten Kinder sexuelle Übergriffe durch Lehrer nicht zu befürchten haben“.<sup>21</sup>

Sind für die disziplinargerichtliche Feststellung eines endgültigen Vertrauensverlustes (als Voraussetzung der Höchstmaßnahme) in der Sache Ermessenserwägungen anzustellen, so legen die zitierten Ausführungen einen Vergleich mit den Grundsätzen des „intendierten Ermessens“ nahe. Diese Grundsätze „besagen folgendes: Ist eine ermessenseinräumende Vorschrift dahin auszu-legen, daß sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, so müssen besondere Gründe vorliegen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst. Versteht sich aber das Ergebnis von selbst, so bedarf es insoweit [...] auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung“.<sup>22</sup> In diesem Sinne könnten auch bei der typisierten Fallkonstellation strafbarer sexueller Handlungen von Lehrern gegenüber Minder-jährigen gesonderte Ermessens- bzw. Bemessungserwägungen für den Regelfall entbehrlich sein. Lediglich mit atypisch gelagerten Konstellationen müsste sich das Disziplinargericht danach be-sonders beschäftigen.

### 3 Undeutliches Nebeneinander von Ermessensreduzierung und Ermessenserwägungen in den disziplinargerichtlichen Entscheidungen

In den einschlägigen Gerichtsentscheidungen finden sich gleichwohl meist umfangreiche Ermes-sens- bzw. Bemessungserwägungen, die sich an den allgemein geltenden Milderungsgründen des Disziplinarrechts orientieren und deren Maßgeblichkeit für das konkrete Ergebnis in Anbetracht der gleichzeitigen Feststellung der Entlassung als Regelmaßnahme kaum erkennbar wird. Dazu wird etwa ausgeführt: „Ein Absehen von der disziplinarischen Höchstmaßnahme kommt nur dann in Betracht, wenn besondere, anerkannte Milderungsgründe gegeben sind oder das Verhalten des Beklagten aufgrund entlastender sonstiger Gesichtspunkte in einem mildereren Licht erscheint mit der Folge, dass noch die Annahme eines Restvertrauens des Dienstherrn in den Beamten gerecht-fertigt ist.“<sup>23</sup> Ein solcher umfassender Verweis auf die anschließend eingehend untersuchten ge-nerellen Milderungsgründe wirft die Frage auf, welche Bedeutung die vorherige Feststellung des Vorliegens eines Regelfalles überhaupt haben soll.

Diese Vorgehensweise entspricht indes den Vorgaben, die das Bundesverwaltungsgericht in einem anderen disziplinarrechtlichen Typisierungsbereich entwickelt hat und in deren Rahmen es auch auf die Bedeutung einer entsprechenden Regelannahme eingegangen ist. Für den Bereich der sog. Zugriffsdelikte, d. h. für die Veruntreuung dienstlich anvertrauter Gelder, geht das Gericht davon aus, dass die typisierende Zuordnung dieser Dienstvergehen zur Entfernung aus dem Be-amtenverhältnis als Regelmaßnahme eine Gesamtabwägung *aller* generell ermessensrelevanten Gesichtspunkte nicht entbehrlich macht. In diese Abwägung sind weiter erschwerende wie ent-lastende Gesichtspunkte gleichermaßen einzustellen. Zugunsten des Beamten kommen nicht nur die speziell mit Blick auf die Regelmaßnahme in der typisierten Fallkonstellation entwickelten sog. anerkannten Milderungsgründe (unverschuldete wirtschaftliche Notlage; psychische Zwangs-

21 *Brägelmann* (Anm. 2), Teil C Rn. 53; Teil D, § 13 Rn. 267 ff. m. zahlreichen weiteren Rechtsprechungsnachw.; Letzte-re auch bei *Mayer, D.*, in: Hummel/Köhler/Mayer (Anm. 14), Abschn. B II 12 Rn. 17.

22 BVerwGE 105, 55 (57); vgl. ergänzend aus der Literatur, auch zu kritischen Stimmen, etwa *Ehlers, D./Schröder, U. J.*, Der Widerruf von Verwaltungsakten (Teil II), Jura 32 (11), 2010, S. 824 (829); *Jestaedt* (Anm. 18), Rn. 57.

23 NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris].

lage; persönlichkeitsfremde Augenblickstat), sondern auch die allgemeinen, aus anderen Rechtsgebieten bekannten Milderungsgründe (insbes. erheblich verminderte Schuldfähigkeit oder eine diesem Zustand nahe kommende schwierige, aber nunmehr vollständig überwundene Lebensphase; freiwillige Offenbarung der Tat bzw. Wiedergutmachung des Schadens; Geringwertigkeit des Tatobjekts) in Betracht.<sup>24</sup> Auf diese Rechtsprechung nimmt das Bundesverwaltungsgericht auch im Zusammenhang mit Missbrauchstaten ausdrücklich Bezug.<sup>25</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die „Tendenz in der Rechtsprechung“, bei Sexualdelikten von Lehrern gegenüber Minderjährigen „die Entfernung aus dem Dienst als Regelmaßnahme anzusehen“, dementsprechend unter Hinweis auf den Verhältnismäßigkeits- und den Schuldgrundsatz gerade insoweit gebilligt, als sie eine abweichende „Berücksichtigung minder schwerer Fälle und besonderer Milderungsgründe im Einzelfall erlaubt“.<sup>26</sup>

In noch weiter einschränkend formulierter Präzisierung hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings unlängst für den Fall eines wegen Besitzes kinderpornographischen Materials verurteilten Lehrers festgestellt, eine „Regeleinstufung“ scheidet insoweit – anders als bei dem „unmittelbaren Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung“ im Falle des Kindesmissbrauchs nach § 176 StGB – wegen zu großer „Variationsbreite der jeweiligen Schwere der außerdienstlichen Verfehlung“ aus. Stattdessen bilde die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis hier „im Regelfall“ lediglich den „Orientierungsrahmen“ als Ausgangspunkt einer notwendigen „Gesamtwürdigung“. Freilich sollen daraus in Anbetracht der, wie dargelegt, bereits nach bisheriger Rechtsprechung immer bestehenden Notwendigkeit einer entsprechenden Gesamtwürdigung letztlich keine zusätzlichen Sanktionsanforderungen folgen („Ebenso wie bei einer Regeleinstufung“).<sup>27</sup> Damit bleibt mehr als zweifelhaft, ob der terminologische Wechsel tatsächlich mit irgendeiner inhaltlichen Veränderung verbunden ist.<sup>28</sup> Dagegen spricht ferner der zusätzliche untergerichtliche Hinweis, es sei Eltern „kaum zumutbar, die Kinder zur Schule zu schicken, wenn die Unterrichtung durch an Kinderpornographie interessierte Lehrer nicht nach Möglichkeit ausgeschlossen wird“.<sup>29</sup> Auch wegen dieser „unmittelbar[en] Auswirkungen“ auf die „dienstliche Verwendbarkeit“ des betreffenden Lehrers wird die Direktionswirkung des regelmäßigen „Orientierungsrahmens“ praktisch kaum hinter der einer „Regeleinstufung“ unter den bisherigen Prämissen zurückbleiben. Immerhin erfährt die Notwendigkeit einer Gesamtwürdigung durch die veränderte Begriffswahl eine zusätzliche bereichsspezifische Betonung.

Die insgesamt zunehmende Tendenz zur Einzelfallbetrachtung wird in der Literatur zwar durchaus begrüßt. Zugleich wird indes als Konsequenz aus der Zuordnung typisierter Fallgruppen zu bestimmten Regelmaßnahmen verlangt, dass die „eine Abweichung von der Regel rechtfertigenden

24 BVerwGE 124, 252 (258 ff.); NVwZ-RR 2007, 695 (696 f.); allgemeiner aus der Lit., auch zur im Einzelnen umstrittenen Einordnung und Relevanz der verminderten Schuldfähigkeit bzw. einer schwierigen, aber nunmehr vollständig überwundenen Lebensphase oder der Geringwertigkeit des Tatobjekts, *Brägelmann* (Anm. 2), Teil D, § 13 Rn. 27 ff.; *Mayer* (Anm. 14), Abschn. B II 10 Rn. 12 ff.; *Köhler, D.*, ebd., Abschn. A Rn. 94 ff.; *Vogelgesang, K.*, Klassische Milderungsgründe im Disziplinarrecht, in: Franke, I./Summer, R./Weiß, H.-D. (Hrsg.), *Öffentliches Dienstrecht im Wandel*. FS für Walther Fürst, Berlin 2002, S. 369 (372 ff.); *Weiß* (Anm. 12), Rn. 128 ff.

25 BVerwGE 136, 173 (182 ff.).

26 BVerfG, NVwZ 2008, 669.

27 BVerwG, NVwZ 2011, 303 (304 f.), mit weiterer Einschränkung – bloße Zurückstufung als Orientierungsrahmen – für Altfälle (vor April 2004) unter Geltung eines geringeren Strafrahmens (vgl. dazu auch noch u., Anm. 34 a. E.).

28 Vgl. zur Möglichkeit eines inhaltlich einschränkenden Verständnisses noch u. bei Anm. 32 f.

29 So – unter verkürzender Übernahme der undeutlichen bundesverwaltungsgerichtlichen Formulierung vom „Regelfall im Sinne eines Orientierungsrahmens“ sprechend und ebenfalls für einen Altfall mit bloßer Zurückstufung (bei gleichzeitiger Umsetzung auf eine Stelle ohne direkten Schülerkontakt) – VG Hamburg, Urteil v. 1.10.2010, Az. 32 D 3275/08 [juris], auch zum Nachfolgenden.

Umstände objektiviert werden, damit sie ihrerseits wieder für gleiche Fälle generell angewendet werden können. Eine nur gelegentliche, singuläre Abweichung von der [...] Regel würde keine ‚Einzelfallgerechtigkeit‘, sondern Ungleichbehandlung und damit Willkür bewirken.<sup>30</sup> Damit wird an den ursprünglichen Zweck der Beschreibung eines festen Kreises „anerkannter“ bzw. „klassischer“ Milderungsgründe erinnert.<sup>31</sup>

#### 4 Notwendigkeit einer systematischen Konkretisierung der Ermessensreduzierung

Wenn die Bildung typisierter Fallgruppen für bestimmte Regelmaßnahmen eine allumfassende Ermessensabwägung in jedem Einzelfall nicht in irgendeiner Hinsicht entbehrlich machen würde, dann bliebe sie letztlich (als allenfalls statistische Feststellung einer gewissen Häufigkeit der betreffenden Maßnahme) ohne jede rechtliche Konsequenz und wäre damit genau genommen irreführend, so dass besser auf sie verzichtet würde. Dass zumindest für die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis eine verbindliche Ermessensreduzierung durch Bildung typisierter Fallgruppen naheliegt, ergibt sich indes auch aus der gesetzlichen Vorgabe einer gebundenen Entscheidung über die disziplinarische Höchstmaßnahme. Der Ausschluss des Ermessens könnte sich allerdings im Sinne der zitierten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darauf beschränken, durch eine erste Einstufung einen Rahmen („Orientierungsrahmen“)<sup>32</sup> für die weitere Prüfung abzustecken, von dem nicht beliebig weit nach unten abgewichen werden kann.<sup>33</sup> Der Gefahr einer reinen Einzelfallkasuistik, die mit dem Erfordernis gleichmäßiger Rechtsanwendung in Konflikt geriete, kann freilich nur durch die Annahme einer weitergehenden Ermessensreduzierung in den der Höchstmaßnahme zugeordneten Fallgruppen begegnet werden.

Ansätze einer entsprechenden Systematisierung finden sich in der vorliegend relevanten disziplinargerichtlichen Rechtsprechung, insbesondere zur Fallgruppe der Straftaten von Lehrern gegen die sexuelle Selbstbestimmung Minderjähriger, bislang nur vereinzelt. So gibt es für den Fall der Kinderpornographie systematisierende Überlegungen dahingehend, dass ein Verzicht auf die Höchststrafe allein aufgrund des bloßen Besitzes einer sehr geringen Zahl (zwischen 5 und 11) entsprechender Bilder bzw. Bilddateien lediglich dann in Betracht kommt, wenn ein Lehrer ausschließlich ältere Schüler unterrichtet.<sup>34</sup>

Grundsätzliche Überlegungen dazu, inwieweit speziell für die Zugriffsdelikte anerkannte und sonstige Milderungsgründe angesichts der jeweiligen Besonderheiten der typisierten Fallgruppen auf die vorliegende Konstellation übertragbar sind, fehlen hingegen fast vollständig. Das Vorlie-

30 Köhler (Anm. 24), Rn. 77. Zu diesbezüglichen Schwierigkeiten (mit der wohl keineswegs nur „juristisch nicht ausgebildet[e]“ Disziplinarbehörden konfrontiert sind), „die präjudizielle Spruchpraxis zu erschließen und sich darin zurecht zu finden“, Weiß (Anm. 12), Rn. 5; vgl. ferner ders., Gesetzliche Disziplinarmaßbemessung bei Beamten, PersV 50 (6/7), 2007, S. 316 (330), wonach ein „Unbehagen [bleibt], weil sich generell nicht umreißen läßt, wie letztendlich eine Maßnahme – zumindest im Feinbereich – zu bemessen ist“.

31 Vgl. Vogelgesang (Anm. 24), S. 369 (382).

32 S. o. bei Anm. 27.

33 Unklar zu einer solchen begrenzten Bindungswirkung der ersten Einstufung Weiß (Anm. 30), S. 316 (329).

34 NdsOVG, NdsVBl 2008, 19 (20 f.) einerseits; BayVGH, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris] andererseits; zur Relevanz der „Anzahl“ einschlägiger Dateien auch bei fehlender Regeleinstuflung – vgl. o. bei Anm. 27 ff. – (in einem in concreto nicht lehrerbezogenen Fall) BVerwG, NVwZ 2011, 299 (302); zum Fall der zusätzlichen Verbreitung NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris]; NJW 2005, 1387 f.; vgl. auch noch u., Anm. 37. Zum Absehen von der Höchstmaßnahme vor Inkrafttreten des betreffenden Straftatbestandes NDH, Urteil v. 21.7.1997, Az. 1 NDH L 8/96 [unveröff.]; vgl. dazu ferner o., Anm. 27 a. E.

gen einer unverschuldeten wirtschaftlichen Notlage kommt hier von vornherein kaum als Entlastungsgrund in Betracht.<sup>35</sup> Die beiden anderen für die Zugriffsdelikte anerkannten besonderen Milderungsgründe wenden die Disziplinargerichte ohne Problematisierung der Übertragbarkeit an: So werden das Vorliegen einer psychischen Ausnahmesituation<sup>36</sup> oder ein einmaliges, persönlichkeitsfremdes Augenblicksversagen<sup>37</sup> verschiedentlich als Entlastungsgründe in Betracht gezogen. Dabei stellt sich allerdings in zweitgenannter Hinsicht zumindest in unmittelbar dienstbezogenen Missbrauchsfällen durchaus die Frage, ob ein Lehrer nicht in besonderem Maße mit der Entstehung „verfängliche[r] Situationen“ rechnen und sein Verhalten von vornherein darauf einstellen muss.<sup>38</sup>

Eine reale Wiedergutmachung des Schadens scheidet bei den vorliegend betroffenen Nichtvermögensdelikten von vornherein aus.<sup>39</sup> Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob die Überwindung einer negativen Lebensphase als Grund für das Absehen von der Höchstmaßnahme überhaupt in Betracht kommt.<sup>40</sup> Dass einer freiwilligen, vorbehaltlosen Offenbarung<sup>41</sup> oder überdurchschnittlichen dienstlichen Leistungen<sup>42</sup> im vorliegenden Zusammenhang überhaupt eine ausreichende Entlastungswirkung zukommen kann, erscheint äußerst zweifelhaft; diese Gesichtspunkte bleiben in den sie gleichwohl berücksichtigenden disziplinargerichtlichen Entscheidungen letztlich unklar. Schon terminologisch schwer nachvollziehbar ist der Versuch einer Abgrenzung zwischen den für die Bemessung irrelevant bleibenden Umständen, welche die „Schwere des Dienstvergehens“ (als „Eigengewicht der Tat“) begründen, und bemessungsrelevanten weiteren „schwerwiegend[en]“ Umständen.<sup>43</sup>

Eine weitergehende Systematisierung der genannten Umstände in den einschlägigen disziplinargerichtlichen Entscheidungen würde eine gleichmäßige Abgrenzung von Regelfällen mit Ver-

35 Insoweit unklar NDH, Urteil v. 31.10.1991, Az. 2 NDH L 4/89 [unveröff.].

36 Mangels konkreter Erfüllung der Voraussetzungen ablehnend etwa NDH, Urteil v. 31.10.1991, Az. 2 NDH L 4/89 [unveröff.]; BayVGh, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris].

37 Anerkennend (für den Fall der Kinderpornographie mit geringer Bilderzahl [12]) OVG NRW, Urteil v. 20.12.2002, Az. 6D A 2344/02.O [juris]; mangels konkreter Erfüllung der Voraussetzungen ablehnend (bei Kinderpornographie mit nicht geringer Bilderzahl) BayVGh, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris]; NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris]; für einen missbrauchsartigen Fall ohne Feststellung der strafrechtlichen Relevanz (Herstellung von Aktbildern) NDH, Urteil v. 31.10.1991, Az. 2 NDH L 4/89 [unveröff.]; anders wohl für einen nicht lehrerbezogenen Missbrauchsfall BVerwG, DokBer B 1979, 208 (209, unter 3 b).

38 Vgl. dazu (in allgemeinerem Zusammenhang) ansatzweise *Avenarius* (Anm. 17), Rn. 32.1.

39 Insoweit unklar NDH, Urteil v. 31.10.1991, Az. 2 NDH L 4/89 [unveröff.]; zur Bedeutung von Vernichtungs- bzw. Löschungsaktionen im Fall der Kinderpornographie NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris]; BayVGh, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris], dort auch m. w. N. zur Bedeutung der Frage, welcher konkrete Schaden insoweit entstanden ist; dazu für einen (in concreto nicht lehrerbezogenen) Missbrauchsfall BVerwGE 136, 173 (181 f.).

40 Gänzlich ablehnend für den Fall der Kinderpornographie VGh BW, NVwZ-RR 2009, 772; prinzipiell als Milderungsgrund anerkennend (für den Fall der Kinderpornographie mit relativ geringer Bilderzahl [16]) VG Hamburg, Urteil v. 1.10.2010, Az. 32 D 3275/08 [juris]; lediglich mangels konkreter Erfüllung der Voraussetzungen ablehnend NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris]; für einen missbrauchsartigen Fall (vgl. o. Anm. 37) NDH, Urteil v. 31.10.1991, Az. 2 NDH L 4/89 [unveröff.].

41 Keine ausreichende Entlastungswirkung beimessend NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris]; mangels konkreter Erfüllung der Voraussetzungen ablehnend BayVGh, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris].

42 Dahingehend (für einen Fall verminderter Schuldfähigkeit) OVG NRW, Urteil v. 4.6.1987, Az. 2 V 48/86 [unveröff.]; differenzierend VG Hamburg, Urteil v. 1.10.2010, Az. 32 D 3275/08 [juris]; gänzlich ablehnend BayVGh, Urteil v. 28.4.2010, Az. 16a D 08.2928 [juris]; VGh BW, NVwZ-RR 2009, 772; tendenziell ebenso NdsOVG, Urteil v. 22.6.2010, Az. 20 LD 3/08 [juris]; DVBl. 2010, 324; NdsVBl 2008, 19 (21), dort mit Auflistung weiterer, vergleichbar gewichtiger Milderungsgründe.

43 Vgl. für einen (in concreto nicht lehrerbezogenen) Missbrauchsfall BVerwGE 136, 173 (180 f.); ferner BVerwGE 124, 252 (259 f.).

hängung der Höchst sanktion als Regelfolge und atypischen Fällen, in denen von der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis ausnahmsweise abgesehen werden kann, ermöglichen. Dass es gleichwohl auch im vorliegenden Kontext „immer wieder Bemessungsumstände gibt, die infolge der Vielfalt des Lebens neu sind“<sup>44</sup>, macht zwar die Offenheit jeder Bemessungsentscheidung für einzelfallbezogene Erwägungen notwendig. Diese auch verfassungsrechtlich gebotene Offenheit steht aber einer möglichen Systematisierung der genannten Umstände mit dem Ziel einer, wie bereits dargelegt,<sup>45</sup> ebenfalls verfassungsgebundenen Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung keineswegs entgegen, zumal damit zugleich der konkreten gesetzlichen Vorgabe (Verhängung der Höchstmaßnahme als gebundene Entscheidung) deutlicher entsprochen wird.

## 5 Anwendung auf den Ausgangsfall

Unabhängig von der Notwendigkeit einer Fortführung der in der Rechtsprechung zu findenden Systematisierungsansätze ergeben sich daraus grob bereits konkrete Grenzen der Einzelfallbemessung im Sinne einer Ermessensreduzierung, die auch für die Beurteilung des im Niedersächsischen Landtag erörterten Ausgangsfall relevant sind. Der fehlende unmittelbar schulische Deliktsbezug (den die Ausführungen der Landesregierung implizit erkennen lassen), die strafrechtliche Sanktion, auch wenn es sich dabei um eine bloße Geldstrafe handelt, sowie die freiwillige Rückstufung um zwei Besoldungsstufen reichen in der vorliegenden Fallkonstellation weder je für sich noch zusammengenommen aus, um ein Absehen von der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis als Regelmaßnahme zu begründen. Welcher Art die strafgerichtlich festgestellten konkreten Milderungsgründe waren und inwieweit sie auch für die disziplinarische Beurteilung von Bedeutung sind, lässt sich den Ausführungen der Landesregierung nicht entnehmen.

Die anlässlich dieses Falles auch öffentlich ausgetragene Kontroverse macht jedenfalls deutlich, dass das Disziplinarrecht eine Materie von erheblicher praktischer Relevanz nicht nur für die „davon unmittelbar Betroffenen“ ist. Mag es sich auch um ein „Orchideenfach“ handeln, dessen „Besonderheiten [...] nur [...] einem kleinen Häuflein von juristischen Exoten bekannt“ sind,<sup>46</sup> so bleiben doch auch hier die allgemeinen Anforderungen an eine einheitliche Gesetzesanwendung zu beachten. Eine Rückbesinnung darauf erscheint gerade zur Bewältigung der schwierigen Fragen im Zusammenhang mit der gesetzlich gebotenen Ermessensreduzierung im Lehrerdisciplinarrecht hilfreich und angezeigt.

*Verf.: PD Dr. Christoph Görisch, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universitätsstr. 14–16, 48143 Münster, E-Mail: gorisch@uni-muenster.de*

44 Allgemein Weiß (Anm. 30), S. 316 (329).

45 S. o. bei Anm. 26, 30 f.

46 *Vogelgesang* (Anm. 24), S. 369; vgl. auch *Goos* (Anm. 15), S. 209 (211 f.).