

Az.: 2 A 448/12
11 K 848/10

Ausfertigung



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Kläger -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Landeshauptstadt Dresden
vertreten durch die Oberbürgermeisterin
Haupt- und Personalamt
Abt. Personalentwicklung/Personalrecht
Dr.-Külz-Ring 19, 01067 Dresden

- Beklagte -
- Berufungsbeklagte -

wegen

Missbilligung
hier: Berufung

hat der 2. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Hahn und die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Dr. Henke aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 18. Februar 2014

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 22. Juli 2011 - 11 K 848/10 - geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 18. Februar 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. April 2010 wird aufgehoben, soweit darin eine missbilligende Äußerung ausgesprochen wird.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Der Kläger wendet sich gegen die ihm gegenüber im Zusammenhang mit der Einstellung eines Disziplinarverfahrens ausgesprochene „missbilligende Äußerung“.
- 2 Der 1959 geborene Kläger steht seit dem 1. Oktober 1995 im Dienst der Beklagten; zum 1. Oktober 1996 wurde er zum Verwaltungsobererrat (BesGr A 14) befördert. Er ist als juristischer Referent im der Beklagten tätig.
- 3 Der Kläger legte im April 2009 einen an Herrn N..... in O..... adressierten Brief unfrankiert in die Ausgangspost der Beklagten. Auf dem Briefumschlag war als Absender der Kläger unter seiner Privatadresse vermerkt. Der Brief wurde sodann auf Kosten der Beklagten (0,55 €) frankiert und versandt. Der über die Dienstpost der Beklagten versandte Brief gelangte an die Beklagte zurück, da der Empfänger unter der angegebenen Adresse nicht zu ermitteln war. Bei dem Brief handelte es sich ausweislich seines Inhalts um ein rein privates Schreiben.
- 4 Am 24. Juni 2009 leitete der Beigeordnete für Allgemeine Verwaltung der Beklagten wegen des Sachverhalts ein Disziplinarverfahren gegen den Kläger ein. Mit Schreiben

der Ermittlungsführerin vom 29. Juni 2009 wurde der Kläger hierüber in Kenntnis gesetzt und ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben, wovon der Kläger in der Folgezeit Gebrauch machte. Mit Einstellungsverfügung vom 18. Februar 2010 stellte die Oberbürgermeisterin der Beklagten das Disziplinarverfahren, das unter dem 25. November 2009 auf eine weitere Pflichtverletzung ausgedehnt worden war, gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 SächsDG ein. Wegen der festgestellten Dienstpflichtverletzung werde eine missbilligende Äußerung ausgesprochen. Der Kläger habe dadurch, dass er den privaten Brief in sein Postfach gelegt habe, fahrlässig gegen die Pflichten aus § 34 Satz 2 und 3 und § 35 Satz 2 BeamStG verstoßen und dadurch ein Dienstvergehen gemäß § 47 Abs. 1 BeamStG begangen.

- 5 Den Widerspruch des Klägers gegen die missbilligende Äußerung in der Einstellungsverfügung wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 26. April 2010, dem Kläger am 28. April 2010 zugestellt, zurück.
- 6 Die am 31. Mai 2010 unter gleichzeitiger Stellung eines Antrags auf Wiedereinsetzung erhobene Klage begründete der Kläger im Wesentlichen damit, dass die ausgesprochene Missbilligung unverhältnismäßig sei, da er allenfalls fahrlässig gehandelt habe und ihm nicht einmal eine Bagatelverfehlung vorzuwerfen sei. Das Verfahren stelle sich als Willkürakt des Bürgermeisters für Allgemeine Verwaltung dar. Mit der Zurückweisung des Widerspruchs habe seiner gegen den Bürgermeister erhobenen Dienstaufsichtsbeschwerde der Boden entzogen werden sollen.
- 7 Das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Urteil vom 22. Juli 2011 - 11 K 848/10 - unter Gewährung der beantragten Wiedereinsetzung als unbegründet ab. Die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Missbilligung sei rechtmäßig. Aus dem allgemeinen Aufsichtsrecht des Dienstvorgesetzten folge die Befugnis, sich aus gegebenem Anlass in Form einer Ermahnung über das dienstliche Verhalten eines ihm nachgeordneten Beamten kritisch zu äußern und diesen auf die bestehenden Dienstpflichten hinzuweisen. Die schriftliche Missbilligung sei als sogenannte qualifizierte Missbilligung mit dem Vorwurf eines Dienstvergehens verbunden. Der Kläger habe fahrlässig ein Dienstvergehen nach § 47 Abs. 1 Satz 1 BeamStG begangen, indem er die Pflicht zur uneigennützigen Dienstaussübung und zum amtsangemessenen Verhalten nach § 34 Satz 2 und 3 BeamStG verletzt habe; ein

selbständig vorwerfbarer Verstoß gegen die Gehorsamspflicht nach § 35 Satz 2 BeamtStG scheide dagegen aus. Das Dienstvergehen rechtfertige die missbilligende Äußerung. Der Dienstherr könne auch bei erstmaligen Verstößen, bei fahrlässigem Verhalten und einem relativ geringen Schadensbetrag auf entsprechendes Fehlverhalten aus generalpräventiven Gründen durch eine Pflichtenmahnung reagieren. Angesichts der betroffenen Grundpflichten sei der Ausspruch einer missbilligenden Äußerung auch nicht unverhältnismäßig, sondern erforderlich und geeignet, um den Beamten unterhalb disziplinarrechtlicher Maßnahmen in Form einer Ermahnung über sein dienstliches Verhalten schriftlich und nachdrücklich auf die bestehenden Dienstpflichten hinzuweisen.

- 8 Auf den Antrag des Klägers hat der Senat mit Beschluss vom 4. Juni 2012 - 2 A 600/11 - die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zugelassen.
- 9 Zur Begründung seiner Berufung verweist der Kläger auf sein bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor, dass sich den angefochtenen Bescheiden nicht entnehmen lasse, aus welchen konkreten Gründen die ausgesprochene Missbilligung einer ihn weniger belastenden Maßnahme, etwa in Form einer mündlichen Ermahnung oder eines Kritikgesprächs, vorgezogen worden sei. Soweit die Beklagte sich darauf berufe, dass sein dienstliches Verhalten schon mehrfach Gegenstand disziplinarrechtlicher Prüfung gewesen sei, sei dem entgegenzuhalten, dass er sich keiner dienstrechtlichen Verfehlungen schuldig gemacht habe. Dies habe das Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 22. Juli 2011 (- gemeint ist offenbar das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. September 2011 - 10 K 1804/09 -) rechtskräftig festgestellt, das ihn von allen disziplinarrechtlich relevanten Vorwürfen freispreche. Von den verhängten Disziplinarmaßnahmen sei am Ende nichts übrig geblieben. Die missbilligende Äußerung stelle sich als Mobbingakt des Dienstvorgesetzten dar.
- 10 Der Kläger beantragt mit Schriftsatz vom 13. August 2012 i. V. m. Schriftsatz vom 4. Oktober 2011 beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Dresden vom 22. Juli 2011 - 11 K 848/10 - den Bescheid der Beklagten vom 18. Februar 2010 in der

Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. April 2010 aufzuheben, soweit darin eine missbilligende Äußerung ausgesprochen wird.

11

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

12

Sie bezieht sich auf ihr bisheriges Vorbringen und weist den vom Kläger erhobenen Vorwurf des Mobbing entschieden zurück. Sie habe sich im vorliegenden Verfahren auch nicht auf ein schwebendes Disziplinarverfahren gestützt. Die Beklagte trägt insoweit vor, dass mit dem Kläger wegen dessen Arbeitsweise und Aufgabenerledigung in der Vergangenheit mehrfach Kritikgespräche durch seine Vorgesetzten geführt worden seien bzw. auch derzeit geführt würden. Dabei übten die Vorgesetzten ihr Ermessen dahingehend aus, dass Pflichtverletzungen, welche sich unterhalb der Schwelle einer disziplinarischen Erheblichkeit bewegten, lediglich mit dem Kläger besprochen würden und dieser ggfs. ermahnt werde. Die im konkreten Fall ausgesprochene Missbilligung sei im Übrigen auch zulässig, wenn kein Dienstvergehen vorliege, sondern die Amtsführung des Beamten aus einem anderen Grund beanstandet werden solle. Die vom Kläger begangene Pflichtverletzung durch das fahrlässige Versenden eines privaten Briefes auf Kosten der Beklagten stelle mehr als eine bloße Unkorrektheit ohne disziplinarrechtlichen Unrechtsgehalt dar und berechtige den Dienstherrn zur Missbilligung dieses Verhaltens. Aufgrund der im Zusammenhang mit der Arbeitsweise des Klägers ausgesprochenen Ermahnungen und Rügen habe der Kläger nicht davon ausgehen können, die Beklagte betrachte derartige Verhaltensweisen nicht als rügebedürftig. Hieraus folge, dass bei dem konkreten Verstoß gegen Grundpflichten ein bloßer mündlicher Hinweis als nicht ausreichend habe angesehen werden können, um den Kläger an die Einhaltung seiner Pflichten zu erinnern.

13

Nach Erhalt der Terminsladung zur mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers mit bei Gericht am 16. Dezember 2013 eingegangenem Schreiben mitgeteilt, dass er das Mandat niederlege. Mit Schreiben des Gerichts vom 18. Dezember 2013 wurde der Klägervertreter auf § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 87 Abs. 1 ZPO hingewiesen.

- 14 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Behördenakten der Beklagten, die Akten des Verwaltungsgerichts Dresden im vorliegenden sowie im beigezogenen Verfahren 10 K 1804/09 sowie die Akten des Berufungsverfahrens verwiesen.

Entscheidungsgründe

- 15 Der Senat konnte trotz Ausbleibens des Klägersvertreters im Termin zur mündlichen Verhandlung zur Sache verhandeln und entscheiden, da in der Ladung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden war (§ 125 Abs. 1 Satz 1, § 102 Abs. 2 VwGO). Die mündliche Verhandlung setzt nicht die Anwesenheit der Beteiligten voraus (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 103 Rn. 3 m. w. N.). Der Senat hat nach Aufruf der Sache eine angemessene Zeit gewartet, ohne dass für die Klägerseite jemand erschienen ist. Anzeichen für eine unverschuldete Verhinderung oder Verspätung des Klägersvertreters liegen nicht vor.
- 16 Die Berufung des Klägers hat Erfolg, da sie zulässig und begründet ist.
- 17 1. Die Berufung ist zulässig.
- 18 Die Zulässigkeit entfällt nicht deshalb, weil der Klägersvertreter nach erfolgter Begründung der vom Senat zugelassenen Berufung mit Schreiben vom 16. Dezember 2013 das Mandat niedergelegt hat. Zwar besteht vor dem Oberverwaltungsgericht gemäß § 67 Abs. 4 Satz 1 VwGO Vertretungszwang. Auch scheidet eine Selbstvertretung des Klägers nach § 67 Abs. 4 Satz 8 VwGO aus, da der Kläger selbst weder Rechtsanwalt noch Rechtslehrer noch sonst einer der dort genannten Berechtigten ist.
- 19 Gemäß § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 87 Abs. 1 ZPO erlangt indessen die Mandatsniederlegung in Anwaltsprozessen erst durch Anzeige der Bestellung eines anderen Rechtsanwalts rechtliche Wirksamkeit gegenüber dem Gegner und dem Gericht (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl., § 87 Rn. 6 m. w. N.). Bis zu diesem Zeitpunkt können Prozessgegner und Gericht dem bisherigen Prozessbevollmächtigten gegenüber wirksam handeln; insbesondere muss an ihn zugestellt werden. Hierauf

wurden die Beteiligten, auch der Kläger selbst, mit Schreiben des Gerichts vom 18. Dezember 2013 ausdrücklich hingewiesen. Nachdem bis heute kein anderer Anwalt seine Bestellung dem Gericht angezeigt hat, war der bisherige Klägervertreter weiterhin befugt, nicht nur passiv als Zustellungsbevollmächtigter zu fungieren, sondern auch aktiv Prozesshandlungen vorzunehmen (vgl. Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 87 Rn. 4, 5). Damit gilt das Mandatsverhältnis gegenüber dem Gericht weiterhin als fortbestehend.

20

2. Die Berufung ist begründet.

21 Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 18. Februar 2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26. April 2010 ist, soweit er angefochten wurde, rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

22 a) Inhalt und Reichweite des mit der Berufung geltend gemachten Änderungsbegehrens ergeben sich gemäß § 125 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 103 Abs. 3 VwGO vorrangig aus dem Berufungsantrag, wie er in der mündlichen Verhandlung gestellt wird. Mangels Anwesenheit des Klägers als Rechtsmittelführer in der mündlichen Verhandlung liegt ein förmlicher Berufungsantrag nicht vor. Bei dieser Sachlage ist das Berufungsbegehren anhand der sonstigen Prozessklärungen des Rechtsmittelklägers zu ermitteln (vgl. Kopp/Schenke a. a. O., § 103 Rn. 8; BVerwG, Urt. v. 17. Dezember 1996 - 9 C 42.96 -, juris Rn. 8). Abzustellen ist demnach auf die im Berufungsverfahren sowie ergänzend auf die im Antragsverfahren auf Zulassung der Berufung erfolgten schriftsätzlichen Äußerungen. Letztere sind auch für das Berufungsverfahren und die mit diesem erstrebte Änderung des vorinstanzlichen Urteils maßgebend, da sich das Antragsverfahren nach Zulassung der Berufung als Berufungsverfahren fortgesetzt hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 17. Dezember 1996 - 9 C 42.96 - a. a. O. Rn. 10).

23 Der Kläger hat mit der Berufungsbegründung vom 13. August 2012 erklärt, nunmehr nur noch den Berufungsantrag zu Ziffer 2 (aus seinem Zulassungsantrag vom 4. Oktober 2011) zu stellen. Dort hatte er die Aufhebung der angefochtenen Bescheide beantragt, soweit darin eine missbilligende Äußerung bezüglich des dienstlichen

Verhaltens des Klägers ausgesprochen wurde. Da der Kläger im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens keine Äußerung getan hat, der ein gegenüber diesen Angaben geändertes Begehren entnommen werden könnte, geben die genannten Schriftsätze auch das Rechtsmittelbegehren wieder, wie es im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 18. Februar 2014 bestanden hat.

- 24 b) Rechtsgrundlage für die dem Kläger gegenüber erfolgte schriftliche Missbilligung als eine Unterform der in § 6 Satz 2 SächsDG vorgesehenen missbilligenden Äußerungen, die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet werden und keine Disziplinarmaßnahmen darstellen, ist die sich aus dem allgemeinen Beamtenrecht ergebende Geschäftsleitungs-, Weisungs- und Aufsichtsbefugnis des Dienstherrn (allgemeine Auffassung, vgl. etwa Urban/Wittkowski, BDG, Komm. 2011, § 6 Rn. 7 m. w. N.). Diese berechtigt den Dienstvorgesetzten im Rahmen der Dienstaufsicht dazu, kritisch-missbilligend gegen unterstellte Beamte einzuschreiten. Die Missbilligung ist als gemilderter Tadel eines der Ordnung zuwiderlaufenden Verhaltens zu verstehen, das spezial- und/oder generalpräventiven Zwecken dient. Es handelt sich um ein außerdisziplinarrechtliches pädagogisches Mittel, das Dienstvorgesetzte besitzen, um auf ein dienstlich zu beanstandendes, nicht notwendig schon ein Dienstvergehen darstellendes Verhalten angemessen reagieren zu können (vgl. Urban/Wittkowski, BDG a. a. O.; Weiss, GKÖD, Disziplinarrecht, M § 6 Rn. 31 m. w. N.). Vorliegend hat die Beklagte die schärfste Form der missbilligenden Äußerung gewählt, indem sie gleichzeitig die Begehung eines Dienstvergehens gerügt hat (sog. qualifizierte Missbilligung, vgl. Weiss, GKÖD a. a. O. M § 6 Rn. 30 m. w. N.).
- 25 c) Nach überwiegender Auffassung in der Rechtsprechung (vgl. etwa NdsOVG, Urt. v. 22. Januar 2013 - 5 LB 227/11 -, juris; OVG Hamburg, Beschl. v. 18. Juni 1990 - Bs PH 1/89 -, juris), der sich der Senat anschließt, kommt die qualifizierte Missbilligung regelmäßig bei Begehung eines Dienstvergehens in Betracht. Nach § 47 Abs. 1 Satz 1 BeamStG erfordert ein Dienstvergehen die schuldhafte Verletzung von dem Beamten obliegenden Pflichten. Diese war vorliegend gegeben.
- 26 Das Verwaltungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Kläger, indem er den privaten Brief unfrankiert in den Postausgang der Beklagten gegeben hat, ein

Dienstvergehen begangen hat, da er seine Pflichten nach § 34 Satz 2 und 3 BeamtStG zur uneigennützigen Dienstaussübung und zum achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes zumindest fahrlässig verletzt hat. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts (Urteil S. 5 ff.) verwiesen werden.

- 27 Insbesondere ist dem Verwaltungsgericht darin beizupflichten, dass der Kläger gegen seine Pflichten nach § 34 Satz 2 und 3 BeamtStG in nicht nur völlig unerheblicher Weise verstoßen hat, dass also eine bloße Bagatelverfehlung (vgl. hierzu Zängl, in: Woydera/Summer/Zängl, Beamtenrecht in Sachsen, § 47 BeamtStG Rn. 76) gerade ausscheidet. Insoweit kommt es - anders als der Kläger meint - nicht auf den vergleichsweise geringfügigen Schaden in Höhe von 0,55 € an. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass der Vorfall unmittelbar das Vertrauensverhältnis des Dienstherrn zum Kläger berührt. Der Dienstherr muss sich - gerade bei einem Beamten des höheren Dienstes, dessen dienstlichem Verhalten Vorbildfunktion für die ihm unterstellten Mitarbeiter zukommt - darauf verlassen können, dass dieser uneigennützig handelt und Privates und Dienstliches streng zu trennen vermag. Das Versenden unfrankierter privater Post über die Dienstpost der Beklagten, auch wenn es fahrlässig erfolgt sein sollte, stellt zudem einen Pflichtenverstoß dar, der für die Beklagte kaum zu kontrollieren ist, wie der vorliegende Fall zeigt: Hätte der Brief den Empfänger - wie bei normalem Verlauf zu erwarten - ordnungsgemäß erreicht, wäre die Pflichtverletzung überhaupt nicht aufgedeckt worden. Die Beklagte ist damit, will sie nicht das Versenden privater Post über die Dienstpost gänzlich verbieten, auf eine achtsame Handhabung ihrer Bediensteten angewiesen, indem diese das in sie gesetzte Vertrauen nicht ausnutzen. Aus diesen Erwägungen begründet bereits der einmalige Verstoß, selbst wenn er fahrlässig erfolgt sein sollte, einen „bösen Schein“, der das Vertrauensverhältnis berührt.
- 28 d) Die von der Beklagten ausgesprochene qualifizierte Missbilligung stellt sich jedoch - trotz Vorliegens ihrer tatbestandlichen Voraussetzung - im Ergebnis als ermessensfehlerhaft dar, da die Beklagte das ihr eingeräumte Ermessen zwar im Bereich des Entschließungsermessens, nicht jedoch im Bereich des Auswahlermessens ordnungsgemäß ausgeübt hat.

- 29 aa) Die Beklagte war berechtigt, unabhängig vom Ergebnis des Disziplinarverfahrens eine außerdisziplinarische Maßnahme im Sinne von § 6 Satz 2 SächsDG zu ergreifen. Die missbilligende Äußerung stellt eine dienstrechtliche Reaktionsmöglichkeit nichtdisziplinarer Art dar (vgl. Weiss, GKÖD a. a. O. M § 6 Rn. 31 m. w. N.), die unabhängig davon ergriffen werden kann, ob parallel dazu eine Ahndung mit einer Disziplinarmaßnahme erfolgt (vgl. Urban/Wittkowski, BDG a. a. O. § 6 Rn. 11 m. w. N.).
- 30 Die Beklagte hat in den Gründen der Einstellungsverfügung zum Disziplinarverfahren dargelegt, weshalb sie trotz Feststellung eines Dienstvergehens eine Disziplinarmaßnahme nicht für angezeigt halte. Gleichwohl hat sie die Einstellungsverfügung mit einer (dienstrechtlichen) Missbilligung des festgestellten Verhaltens verbunden, mit der Begründung, dass sie die Pflicht zur uneigennütigen Amtsführung als elementare Pflicht des Beamtentums ansehe, deren Verletzung nicht widerspruchslös hingenommen werden könne. Damit hat sie in rechtlich nicht zu beanstandender Weise von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten des Klägers zum Anlass für eine missbilligende Äußerung im Sinne von § 6 Satz 2 SächsDG zu nehmen.
- 31 bb) Indessen hat die Beklagte es unterlassen, das ihr bei der Auswahl unter den nach § 6 Satz 2 SächsDG in Betracht kommenden Maßnahmen eingeräumte Ermessen ordnungsgemäß auszuüben. Die Bestimmung nennt als missbilligende Äußerungen explizit Zurechtweisungen, Ermahnungen oder Rügen, die nicht ausdrücklich als Verweis bezeichnet werden. Diese Aufzählung ist nach überwiegender Auffassung beispielhaft zu verstehen: So werden als weitere dienstrechtliche Reaktionsmöglichkeiten etwa tadelnde Hinweise, kritische Äußerungen, Belehrungen, Vorhalte, Warnungen, ernste Missfallensbekundungen sowie dringliche Ersuchen genannt (vgl. Urban/Wittkowski, BDG a. a. O. § 6 Rn. 7 m. w. N.; Weiss, GKÖD a. a. O. M § 6 Rn. 29 m. w. N.).
- 32 Damit bestanden neben der von der Beklagten gewählten schärfsten Form der missbilligenden Äußerung, der qualifizierten Missbilligung, diverse weitere, sämtlich mildere Reaktionsmöglichkeiten. Der Beklagten oblag es, unter den genannten Maßnahmen diejenige auszuwählen, die geeignet, erforderlich und verhältnismäßig

erschien, um auf das festgestellte Verhalten zu reagieren (vgl. hierzu auch OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 25. August 2000 - 2 A 12134/99 -, juris; NdsOVG, Urt. v. 22. Januar 2013 - 5 LB 227/11 a. a. O.; VG Koblenz, Urt. v. 14. Oktober 2008 - 6 K 231/08.KO). Die qualifizierte Missbilligung war zwar geeignet, Kritik in deutlicher Form zum Ausdruck zu bringen und damit spezial- und generalpräventiv Wirkung zu entfalten. Allerdings lag nicht ohne weiteres auf der Hand, dass dieses Mittel erforderlich und angemessen war.

33 Angesichts des Umstands, dass die Beklagte gleichzeitig das von ihr eingeleitete Disziplinarverfahren nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 SächsDG eingestellt hat, erscheint es nicht von vornherein als ausgeschlossen, dass - nachdem der Beklagten grundsätzlich eine Reaktion geboten erschien - auch eine mildere Maßnahme in Betracht gekommen wäre. Der Senat verkennt nicht, dass hier vieles dafür spricht, dass einzelne mildere Maßnahmen, etwa ein Kritikgespräch, angesichts des zuvor durchgeführten Disziplinarverfahrens als ungeeignet oder nicht ausreichend ausscheiden dürften. Andererseits vermag der Senat auch keine Ermessensreduktion auf Null dahingehend zu erkennen, dass bei einer Maßnahme nach § 6 Satz 2 SächsDG, die im Zusammenhang mit der Einstellung eines Disziplinarverfahrens erfolgt (vgl. Urban/Wittkowski, BDG a. a. O. § 32 Rn. 18), regelmäßig und ausschließlich die qualifizierte Missbilligung zu wählen wäre mit der Folge, dass mildere Mittel stets ausgeschlossen wären. Die qualifizierte Missbilligung mag zwar aus Sicht des Disziplinarrechts als naheliegend erscheinen, da sie nach dem Verweis (§ 6 Satz 1 SächsDG) als mildester disziplinarischer Reaktionsmöglichkeit die schärfste nicht-disziplinarische Reaktionsmöglichkeit darstellt. Zwingend ist diese Annahme jedoch nicht, es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

34 Die damit erforderliche Ermessensausübung hat die Beklagte unterlassen. Es finden sich weder im Ausgangsbescheid vom 18. Februar 2010 noch im Widerspruchsbescheid vom 26. April 2010 hinreichende Anhaltspunkte für eine ordnungsgemäß erfolgte Ermessensausübung. Der Ausgangsbescheid enthält hierzu keinerlei Angaben; der Widerspruchsbescheid beschränkt sich auf die apodiktische Feststellung, dass (auch) „bei unterstelltem Bagatelldarakter eine missbilligende Äußerung ebenso verhältnismäßig und ermessensfehlerfrei“ wäre. Dagegen fehlen Ausführungen der Art, dass und weshalb ein milderer Mittel im konkreten Fall nicht

ausreichend gewesen wäre. Aus der bloßen Behauptung, die ergriffene Maßnahme sei ermessensfehlerfrei, lässt sich nicht folgern, dass die Beklagte eine Ermessensentscheidung überhaupt getroffen hat und ggfs. welche Umstände sie in die Abwägung hat einfließen lassen.

- 35 Da nach alldem die Beklagte bei Ausspruch der qualifizierten Missbilligung ihr Auswahlermessen nicht ausgeübt hat, kommt auch eine Ergänzung der Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 114 Satz 2 VwGO nicht in Betracht. Die Vorschrift findet Anwendung auf Fälle, in denen unvollständige Ermessenserwägungen ergänzt werden, nicht hingegen auf Fälle, in denen das Ermessen gar nicht ausgeübt wurde oder wesentliche Teile der Ermessenserwägungen ausgetauscht oder erst nachträglich nachgeschoben werden (vgl. Kopp/Schenke a. a. O., § 114 Nr. 50 m. w. N.). Dies betrifft vorliegend die von der Beklagten nachträglich vorgebrachten Erwägungen, wonach mit dem Kläger schon häufiger wegen anderer Sachverhalte Kritikgespräche geführt bzw. Ermahnungen im Hinblick auf dessen Arbeitsweise ausgesprochen worden seien und dass es gängiger Verwaltungspraxis der Beklagten entspreche, bei dem Verdacht auf Versendung privater Post mit der Dienstpost ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Diese vollständig neuen Erwägungen sind deshalb nicht geeignet, die unterbliebene Ermessensbetätigung nachzuholen.
- 36 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.
- 37 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über den elektronischen Rechtsverkehr in Sachsen (SächsERVerkVO) vom 6. Juli 2010 (SächsGVBl. S. 190) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der SächsERVerkVO einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis oder die Entstehung eines solchen Verhältnisses betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder vertretungsbefugt. Vertretungsbefugt sind auch juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Diese Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:
Grünberg

Hahn

Henke

Beschluss

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf 5.000,00 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 1, 2 GKG. Der Senat folgt der Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die die Beteiligten keine Einwendungen vorgetragen haben.
- 2 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Grünberg

Hahn

Henke

*Ausgefertigt:
Bautzen, den
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*

*Ufer
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle*