

Rechtsanwalt Dr. Klaus Herrmann und Dr. Michael Soiné*

Aufklärung von Dienstvergehen außerhalb des Disziplinarrechts?

Der Dienstherr hat seine Beamten bei ihrer amtlichen Tätigkeit und in ihrer Stellung zu schützen (§ 78 S. 2 BBG, § 45 S. 2 BeamtStG; s. u. a. BVerwGE 118, 10 = NJW 2003, 3217). Dazu gehört auch die Aufklärung von unbestimmten Vorwürfen gegen die Amtsführung oder die angebliche Verletzung dienstrechtlicher Obliegenheiten eines nicht konkret benannten Beamten (s. u. a. OVG Lüneburg, NVwZ 2007, 963). Bei nicht von vornherein haltlosen Behauptungen hat der Dienstherr deshalb so genannte Verwaltungsermittlungen zur Prüfung der Frage durchzuführen, ob tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht eines Dienstvergehens vorliegen und ein Disziplinarverfahren einzuleiten ist (§ 17 I BDG). Bereits diese Untersuchungen des Dienstvorgesetzten können erheblich in die Grundrechte des Beamten eingreifen und nicht zuletzt rufschädigende Wirkungen entfalten. Der folgende Beitrag skizziert Umfang und Grenzen dieser gesetzlich nicht geregelten und außerhalb des Disziplinarrechts geführten Ermittlungen.

I. Disziplinare Ermittlungen und Verwaltungsermittlungen

1. Anfangsverdacht als Voraussetzung für Disziplinarermittlungen

§ 17 I 1 BDG verpflichtet den Dienstvorgesetzten zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass ein bestimmter Beamter schuldhaft seine Dienstpflichten in disziplinarrechtlich relevanter Weise verletzt hat. Die Einleitungspflicht und die Unterrichtungspflicht (§ 20 I BDG) sollen sicherstellen, dass disziplinarische Ermittlungen so früh wie möglich im Rahmen des gesetzlich geordneten Disziplinarverfahrens mit seinen rechtsstaatlichen Sicherungen zu Gunsten des Beamten geführt werden. Das Legalitätsprinzip schließt Handlungsspielräume des Dienstvorgesetzten

aus und zwingt zur Einleitung des Disziplinarverfahrens, um den Beamten den gesetzlich ausgestalteten Schutz durch Beweisanspruchs- und Beteiligungsrechte sowie die Beschleunigungspflicht zu eröffnen und den Dienstvorgesetzten zur einheitlichen Vorgehensweise bei der Ausübung seiner Disziplinarbefugnisse anzuhalten¹. Ergibt sich danach der Verdacht weiterer Dienstpflichtverletzungen auf Grund eines anderen Sachverhalts, so ist der Dienstvorgesetzte verpflichtet, entweder ein weiteres Disziplinarverfahren einzuleiten oder das laufende Verfahren gem. § 19 I 1 BDG auf die neuen Vorwürfe auszudehnen.

Nach Ansicht des *BVerwG* entfaltet das Einleitungsgebot des § 17 I 1 BDG Sperrwirkung dahingehend, dass Verwaltungsermittlungen nach Bekanntwerden des Verdachts eines Dienstvergehens von Rechts wegen ausgeschlossen sind². Die Vorschrift verbiete es, von der Verfahrenseinleitung abzusehen und den Sachverhalt außerhalb eines behördlichen Disziplinarverfahrens ohne Kenntnis des Beamten zu ermitteln³. Ein anderes Verständnis würde nicht nur dem Sicherungs- und Schutzzweck der Disziplinarermittlungen widersprechen, sondern auch einem willkürlichen Handeln der Dienstvorgesetzten Vorschub leisten⁴.

* Der Autor *Herrmann* ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner bei *Dombert Rechtsanwälte*, Potsdam. Er ist ferner Honorarprofessor für Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht an der Brandenburgischen Technischen Universität Cottbus. Der Autor *Soiné* ist Bundesbeamter und Lehrbeauftragter an der LMU München.

1 So *Frentz*, DöD 1993, 73 (75 f., 77); *Eckstein*, DöD 1997, 237 (238); *Röder*, RiA 2001, 131 (132).

2 *BVerwG*, NVwZ 2009, 399. – So bereits *Wilhelm*, ZBR 1964, 209 (210); *ders.*, ZBR 1965, 42; *Schöttler*, RiA 1963, 70; *Claussen*, ZBR 1983, 281 (285).

3 *BVerwG*, NVwZ 2009, 399.

4 S. nur *Claussen*, ZBR 1983, 281 (284).

2. Vermutungen als Grundlage für Verwaltungsermittlungen

Verwaltungsermittlungen sind nach Auffassung des *BVerwG* Untersuchungen des Dienstvorgesetzten, wenn konkrete Tatsachen für den Verdacht eines Dienstvergehens noch nicht vorliegen und ein vager Verdacht personell und sachlich noch nicht hinreichend konkretisiert worden ist⁵. Auch wenn in diesen Fällen geprüft werden darf, ob sich ein solcher Tatverdacht zur Schwelle des § 17 I BDG verdichten lässt, warnt das Gericht davor, durch Vorermittlungen die Rechte des verdächtigten Beamten zu verkürzen und von Befugnissen Gebrauch zu machen, die dem Dienstherrn nur nach Eröffnung bzw. im Rahmen des Disziplinarverfahrens zustehen⁶.

Insofern begegnet die bisher nur vom *VG Hannover* vertretene (pauschale) Ansicht, eine Anordnung der Beweiserhebung im Rahmen der Verwaltungsermittlungen sei noch der allgemeinen Dienstaufsicht zuzurechnen, an die keine hohen Anforderungen zu stellen sei⁷, dann rechtsstaatlichen Bedenken, wenn durch die Untersuchungen konkret in grundrechtlich geschützte Positionen des betroffenen Beamten eingegriffen wird. Zulässig und der Dienstaufsicht zuzurechnen sind ohnehin nur solche Untersuchungen, über deren Anlass der Beamte vor Durchführung in Kenntnis gesetzt wird; Ermittlungen, in die der Betroffene (schriftlich) einwilligt, haben auch keinen grundrechtseingreifenden Charakter. Sofern jedoch das Gericht annimmt, Verwaltungsermittlungen seien noch zulässig, wenn „konkrete Vermutungen vorliegen, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen“⁸, wird verkannt, dass durch die Konkretisierung von Vermutungen bereits die Schwelle der Einleitungspflicht des § 17 I 1 BDG („zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“) überschritten ist.

Über diese Weichenstellung hinaus haben es die Verwaltungsgerichte allerdings versäumt, den Dienstvorgesetzten die zwingenden Vorgaben des gesetzlichen Verfolgungsgebots aufzuzeigen. Insbesondere die Disziplinargerichte haben sich die gerichtliche Überprüfung mit der Überlegung abgeschnitten, dass rechtswidrig durchgeführte Verwaltungsermittlungen für die disziplinarische Verfolgung des betroffenen Beamten folgenlos wären. Verstöße gegen den Verfolgungszwang sollen dem Disziplinarverfahren danach nicht als Mangel anhaften: Sie wären ihm ja zeitlich vorgelagert⁹.

II. Grundrechtsrelevanz von Verwaltungsermittlungen

1. Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Grundrechte

Auch im Beamtenverhältnis bedürfen Eingriffe in verfassungsmäßige Rechtspositionen einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage¹⁰, die das eingeschränkte Grundrecht ausdrücklich bezeichnen muss (Art. 19 I 2 GG). Verwaltungsermittlungen berühren in erster Linie das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* gewährleistet Art. 2 I GG i. V. mit Art. 1 I GG dem Einzelnen einen räumlich und thematisch bestimmten Bereich, der grundsätzlich frei von unerwünschter staatlicher Einsichtnahme bleiben soll¹¹. Das hieraus abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung gibt dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen¹². Der Schutzzumfang dieses Grundrechts beschränkt sich nicht auf Informationen, die bereits ihrer Art nach sensibel sind und schon deshalb grundrechtlich geschützt werden. Auch der Umgang mit personenbezogenen Daten, die für sich genommen nur geringen Informationsgehalt haben, kann – je nach Ziel des Zugriffs und

der bestehenden Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten – Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben¹³.

2. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Der Dienstvorgesetzte hat den Grundrechten bei der Untersuchung von dienstlichen Unregelmäßigkeiten auch durch die Ausgestaltung des Verfahrens Rechnung zu tragen¹⁴. Deshalb ist die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach rechtsfehlerhaft geführte oder ausgedehnte Verwaltungsermittlungen und die verspätete Einleitung des Disziplinarverfahrens keinen Mangel desselben darstellten¹⁵, mit Art. 19 IV GG nicht vereinbar. Wenn die Rechte des Beamten auf grundsätzlich sofortige Äußerung zum Vorwurf (§ 20 I 3 BDG) und Teilhabe an Beweiserhebungen (§ 24 IV BDG) verletzt werden, heben der Verstoß gegen § 17 I 1 BDG und die verspätete Einleitung des Disziplinarverfahrens, die selbst eine Dienstpflichtverletzung des Dienstvorgesetzten darstellt, diese Mängel nicht wieder auf. Zudem unterstellt Art. 19 IV GG jeden Akt der Exekutive, der in Grundrechte eingreift, vollständig der richterlichen Prüfung. Die Vorschrift schließt irreversible Entscheidungen der Verwaltung grundsätzlich aus¹⁶, denn die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des Hoheitsakts oder der Verweis auf einen Schadensausgleich in Geld genügen nicht dem Rechtsschutzanspruch des Betroffenen. Die Gerichte müssen demnach das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung trägt¹⁷. Art. 19 IV GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame Kontrolle¹⁸. Bei Grundrechtseingriffen durch rechtswidrige, z. B. in Unkenntnis des konkret verdächtigten Beamten durchgeführten Verwaltungsermittlungen, müssen die Gerichte demnach einen Mangel des Disziplinarverfahrens unterstellen, der zur Einstellung des Disziplinarverfahrens führt, wenn der Verfahrensfehler wesentlich ist und nicht mehr geheilt werden kann¹⁹. Dies ergibt sich aus der Verbürgung der Grundrechte durch das Rechtsstaatsprinzip und aus dem Verbot des Art. 1 I GG, den Einzelnen nicht zum Objekt staatlichen Handelns zu machen. Deshalb müssen Verfahren über staatliche Sanktionen einen Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen des Betroffenen (Beschuldigten bzw. Angeklagten) vorsehen²⁰.

5 *BVerwGE* 36, 134 (139).

6 *BVerwG*, NVwZ 2010, 254 f.

7 *VG Hannover*, Urt. v. 19. 7. 2007 – 18 A 2484/06, BeckRS 2007, 26336.

8 S. o. Fußn. 7.

9 *BVerwG*, NVwZ 2009, 399.

10 *BVerfG* 33, 1 (11) = NJW 1972, 811; *BVerfGE* 41, 251 (263) = NJW 1976, 1309 (zum Schulverhältnis); s. auch *Frentz*, DöD 1993, 73 (74); *Röder*, RiA 2001, 131 (132) m. w. Nachw.

11 *BVerfGE* 27, 344 (350 ff.) = NJW 1970, 555; *BVerfGE* 44, 353 (372 f.) = NJW 1977, 1489, m. Anm. *Knapp*, NJW 1977, 2119; *BVerfGE* 90, 255 (260) = NJW 1995, 1015; *BVerfGE* 101, 361 (382 f.) = NJW 2000, 1021.

12 *BVerfGE* 65, 1 (43) = NJW 1984, 419 = NVwZ 1984, 167 L; *BVerfGE* 84, 192 (194) = NJW 1991, 2411.

13 *BVerfGE* 118, 168 (184 f.) = NJW 2007, 2464 = NVwZ 2008, 547 L; *BVerfGE* 120, 274 (312) = NJW 2008, 822 = MMR 2008, 315; *BVerwG*, NVwZ-RR 2011, 698.

14 Ausf. *Grimm*, NVwZ 1985, 865.

15 S. o. Fußn. 9.

16 *BVerfG*, NJW 1984, 2028 = NVwZ 1984, 642; *BVerfG*, NVwZ 1985, 409; *BVerfG*, NJW 1990, 501 = NVwZ 1990, 255.

17 *BVerfG*, NVwZ 2003, 200 (201) = NJW 2003, 1111 L.

18 St. Rspr., vgl. statt aller nur *BVerfGE* 103, 142 (156) = NJW 2001, 1121 = NVwZ 2002, 852 L.

19 Vgl. *Köhler*, in: *Hummel/Köhler/Mayer*, BDG und materielles DisziplinarR, 4. Aufl. (2009), Abschn. A V 8 Rdnr. 143.

20 Vgl. *BVerfGK* 4, 243 (253) = NJW 2005, 1344 = NVwZ 2005, 1057 L; *BVerfG*, Beschl. v. 14. 1. 2008 – 2 BvR 1103/07, juris.

Allein im Disziplinarverfahren wird eine wirksame Beteiligung des verdächtigten Beamten gewährleistet und damit die freiheitssichernde Funktion der Grundrechte verwirklicht.

Zudem besteht danach eine Offenbarungspflicht des Dienstherrn gegenüber dem Beamten, wenn sich der Verdacht eines Dienstvergehens nicht erhärten lässt. Durch Mitteilung der eingeholten Informationen und erhobenen personenbezogenen Daten wird dem Beamten eine gerichtliche Überprüfung überhaupt erst ermöglicht, ob die Verwaltungsermittlungen seine Grundrechte unverletzt gelassen haben.

3. Fürsorge- und Schutzpflichten

a) *Offenheitsgrundsatz.* Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht verlangt von dem Dienstvorgesetzten ein vertrauensvolles, von Gerechtigkeit und Wohlwollen getragenes Auftreten gegenüber den Beamten²¹. Sie ist unmittelbare und selbstständige Rechtsgrundlage für den Anspruch des Beamten auf Schutz und Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte²². Das Beamtenverhältnis als gegenseitiges Treueverhältnis ist zudem von dem Grundsatz geprägt, dass zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn Offenheit und Vertrauen herrschen muss²³. Daraus leitet sich auch die Forderung aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 21 Reichsdienststrafordnung ab, wonach sich formlose Vorermittlungen nicht hinter dem Rücken des Beamten abspielen dürfen²⁴.

Der Offenheitsgrundsatz verbietet es dem Dienstvorgesetzten auch, aus einem aufklärungsbedürftigen Sachverhalt eine für den Beamten ungünstige Schlussfolgerung zu ziehen, bevor er diesem Gelegenheit gegeben hat, hierzu Stellung zu nehmen bzw. Erklärungen abzugeben²⁵. Jeder Beamte kann erwarten, dass sein Dienstvorgesetzter, der sich zu einem für ihn nachteiligem Handeln entschließt, sogar die subjektive Seite seines Verhaltens mit Sorgfalt prüft. Der Offenheitsgrundsatz verwirklicht damit nicht nur den rechtsstaatlichen Anspruch auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör vor belastenden Verwaltungsentscheidungen, sondern zählt zum Inhalt des auf ein gegenseitiges Treueverhältnis gegründeten Beamtenverhältnisses selbst²⁶.

b) *Objektivität.* Nach § 21 I 2 BDG sind die belastenden, die entlastenden und die für die Bemessung der Disziplinarmaßnahme bedeutsamen Umstände zu ermitteln. Für die vorbereitenden, im Vorfeld des § 17 BDG liegenden Untersuchungen kann nichts Anderes gelten als die Pflicht zur objektiven und unvoreingenommenen Ermittlung. Die Sicherung der Objektivität von Bediensteten, die im Auftrag des Dienstvorgesetzten Verwaltungsermittlungen durchführen, obliegt allerdings dessen Selbsteinschätzung²⁷ und damit keiner effektiven Kontrolle. Jedenfalls sollen Beamte von der Erfüllung dieser Aufgaben ausgeschlossen sein, wenn sie selbst – z. B. wegen möglicher Vernachlässigung ihrer Aufsichtspflichten als Vorgesetzte – in den Verdacht eines Dienstvergehens geraten können²⁸. Es sollten ausschließlich dienstferne und routinierte Beamte die Ermittlungen führen, die im Dienstgrad höher, wenigstens aber mit den betroffenen Beamten gleichrangig sind. Dies dürfte eine realitätsbezogenere Sichtweise auf die aufzuklärenden Sachverhalte gewährleisten und verhindern, dass unerfahrene Ermittlungsführer zu „engagiert“ vorgehen, sich in Details verzetteln und einzelnen, eher unbedeutenden Fragen ein ihnen praktisch nicht zukommendes Gewicht beimessen. Zudem muss der Dienstvorgesetzte selbst und unmittelbar die Verwaltungsermittlungen verfolgen, um bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für den Verdacht von Dienstvergehen gegen einzelne Beamte Disziplinarverfahren einleiten zu können.

c) *Verhältnismäßigkeit.* Die Fürsorge- und Schutzpflichten des Dienstherrn beschränken die Ermittlungen, d. h. jede Beeinträchtigung und Beschränkung des betroffenen Bediensteten muss vermieden werden, die nicht durch den Zweck der Untersuchung erfordert wird. Insbesondere ist jedes Verhalten zu unterlassen, das dessen Persönlichkeitsrechte verletzt. Die Verwaltungsermittlungen müssen diskret und unauffällig durchgeführt werden, um das Entstehen eines rufschädigenden Eindrucks, der Betroffene habe die Dienstpflichtverletzung begangen („er sei quasi überführt“), zu verhindern²⁹. Dabei ist auch die Suggestivwirkung bestimmter Vorgehensweisen zu berücksichtigen, weshalb z. B. ein ambivalentes Verhalten des Dienstvorgesetzten unzulässig ist, der bei Anhörungen von Mitarbeitern zwar behauptet, zunächst würden „nur“ Verwaltungsermittlungen durchgeführt, andere dienstliche Maßnahmen (Zwangsbeurlaubung oder Umsetzung) aber mit einem festgestellten Sachverhalt begründet.

d) *Unschuldsvermutung.* Bei Verwaltungsermittlungen hat der Dienstvorgesetzte im Hinblick auf jeden betroffenen Bediensteten die aus den Freiheitsgrundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Unschuldsvermutung zu berücksichtigen. Das grundsätzlich auch im Disziplinarrecht geltende Verbot von Schuldvermutungen³⁰ erfordert die Beibringung objektiver Tatsachen, d. h. der Verdacht eines Dienstvergehens darf nicht auf disziplinarrechtlich neutrale Fakten gestützt werden und muss tatsächliche Anknüpfungspunkte benennen, die außerhalb der bloßen Verdächtigung liegen³¹.

e) *Dokumentationspflicht trotz Nichtförmlichkeit.* Die beamtenrechtliche Gehorsams- und Unterstützungspflicht (§ 62 I 1 BBG, § 35 S. 1 BeamStG) bewirkt hinsichtlich der Anhörung von Bediensteten zwar eine Einschränkung der Grundrechte der Befragten. Es fehlt aber an einer einfachgesetzlichen Rechtsgrundlage für die Fixierung der Aussagen als Zeugenvernehmung, die gegenüber dem verdächtigten Beamten zum Nachweis einer angeschuldigten Tat herangezogen und damit zur Beschränkung seiner persönlichen und allgemeinen Handlungsfreiheit durch die vernehmende oder entscheidende Stelle verwertet werden können³². Gleiches gilt für heimlich-

21 RGZ 141, 391; RGZ 145, 182; RGZ 146, 369.

22 BVerwGE 118, 10 (13) = NJW 2003, 3217 = NVwZ 2004, 246 L.

23 BVerwGE 49, 89 = NJW 1976, 204.

24 Vgl. Brand, Reichsdienststrafordnung, 3. Aufl. (1941), S. 186.

25 Nach Sellmann, ZBR 1965, 37 (41), gilt dies auch für Umstände, die nicht in der Personalakte dokumentiert werden.

26 BGHZ 22, 258 (266) = NJW 1957, 298; BGH, NVwZ 2000, 1451 (1452).

27 Nach Lindgen, RiA 1969, 67 (69 f. m. w. Nachw.), sollen Bedienstete, die von Verwaltungsermittlungen betroffen sind, den Dienstvorgesetzten oder seine Beauftragten aber nicht wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen können. Sie seien auf die Dienstaufsichtsbeschwerde oder die Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen sich selbst verwiesen; so Frenz, DöD 1993, 73 (78 m. w. Nachw.). S. auch zur objektiv zu bewertenden Voreingenommenheit des Vorgesetzten im Zusammenhang mit dienstlichen Beurteilungen: BVerwGE 106, 318 (319) = NVwZ 1998, 1302 m. w. Nachw.

28 Lindgen, RiA 1969, 67 (68), verlangt hier eine Benachrichtigung des nächsthöheren Dienstvorgesetzten, der dann die Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen alle Verdächtigen zu prüfen habe.

29 Vgl. Sellmann, ZBR 1965, 37 (40 f.), der sogar davon abrät, sensible oder cholerische Personen überhaupt im Rahmen der Verwaltungsermittlungen anzuhören (S. 41).

30 Für viele, s. Claussen/Benneke/Schwandt, Das Disziplinarverfahren, 6. Aufl. (2010), Rdnr. 807.

31 So bereits Wilhelm, ZBR 1964, 209 (212).

32 Der Dienstvorgesetzte eines Bundesbeamten kann sich für das Zusammentragen bekannter Tatsachen und Aussagen allerdings auf § 196 IV BBG berufen; die Vorschrift ermächtigt zur Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten zur Vorbereitung personeller Maßnahmen.

che Maßnahmen, die in die Privatsphäre des Beamten eingreifen³³.

Da erst im Disziplinarverfahren ein Akteneinsichtsrecht des verdächtigten Beamten besteht (§ 3 BDG, § 29 VwVfG), könnte die mangelnde Anordnung bestimmter Form- und Dokumentationspflichten dahingehend missverstanden werden, dass Verwaltungsermittlungen stets „formlos“ betrieben werden könnten. Das ist ein Irrtum. Die tatsächlich vorhandenen Aktenvorgänge zu Verwaltungsermittlungen beziehen sich auf den durch das Beamtenverhältnis begründeten Rechte- und Pflichtenkreis und zählen damit zu den Personalakten. Das betrifft jedenfalls die Unterlagen, die sich auf das Aufkommen und den Wahrheitsgehalt von Behauptungen erstrecken, die das Ansehen und den Ruf eines bestimmten, namentlich bezeichneten Beamten gefährden und damit zugleich das in ihn gesetzte Vertrauen seines Dienstherrn beeinträchtigen könnten³⁴. Das Personalaktenrecht beantwortet allerdings nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen schriftliche Vorgänge, die den Beamten betreffen, erstellt werden dürfen oder müssen, etwa wann ein für das Beamtenverhältnis erheblicher Umstand durch einen Vermerk oder einen Bericht schriftlich festgehalten wird³⁵.

Dass Verwaltungshandeln nachvollziehbar und transparent sein muss, ergibt sich aus der aus dem Gebot des fairen Verfahrens abgeleiteten Verpflichtung, be- und entlastende Umstände gleichermaßen zu ermitteln (für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren vgl. § 160 II StPO). Dies wird auch durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung insoweit gestützt, als die unmittelbare Verwertung von Ergebnissen der behördlichen Verwaltungsermittlungen für die gleichzeitig mit Einleitung des Disziplinarverfahrens ausgesprochene vorläufige Dienstenthebung zulässig sei. Es müsse nicht erst eine Zeugenvernehmung im Disziplinarverfahren abgewartet werden³⁶. Die Dokumentation ist ferner ratsam, weil ein Beamter die Preisgabe des Namens jedes Denunzianten verlangen kann, der ihn wegen der Verletzung einer Dienstpflichtwidrigkeit angezeigt und seine Angaben leichtfertig oder wider besseres Wissen gemacht hat. In diesem Fall steht das Interesse des Dienstvorgesetzten an der Geheimhaltung der Identität des Informanten hinter dem Interesse des betroffenen Beamten zurück, den Sachverhalt vollständig aufzuklären und aufzudecken, dass die Vorwürfe gegen ihn haltlos sind³⁷.

Die Dokumentation von z. B. Anhörungen einzelner Bediensteter im Rahmen der Verwaltungsermittlungen hat jedenfalls eine für die Schuldfrage wesentliche Bedeutung. Beim Nachweis eines Dienstvergehens im behördlichen oder gerichtlichen Disziplinarverfahren können sich der Dienstvorgesetzte und das VG nur auf Erkenntnisse stützen, die aktenkundig sind. Verzichtet der Dienstvorgesetzte darauf, den Verlauf und die Ergebnisse von Vorermittlungen zu dokumentieren, ist es ihm verwehrt, z. B. das Aussageverhalten eines Zeugen in einer bestimmten Richtung mit der Begründung zu bewerten, dieser habe in allen Anhörungen einen Sachverhalt gleich geschildert. Wird diese Behauptung bestritten, kann sie nur mit bestätigten Protokollen früherer Aussagen bewiesen werden. Dazu sind z. B. in den Verwaltungsermittlungen vollständige Dokumentationen von Anhörungen oder jedenfalls Protokolle mit Klarstellungen anzufertigen, zu welchen Sachverhalten die angehörten Bediensteten eigene Wahrnehmungen berichtet haben. Diese Selbstverständlichkeiten werden in der Praxis mitunter missachtet und Disziplinarvorwürfe in eine „vorbestimmte“ Richtung gelenkt.

f) *Fairnessgebot und Objekt-Formel*. Der Dienstvorgesetzte ist bei Verwaltungsermittlungen insbesondere zur Achtung der Menschenwürde (Art. 1 I GG) verpflichtet. Die Würde des Menschen muss als oberstes Grundrecht in jedem Stand dienstlicher und disziplinarer Ermittlungen gewahrt werden und kann etwa die Auswahl des Dienstvorgesetzten im Hinblick auf die für Ermittlungen in Betracht zu ziehenden Bediensteten beschränken³⁸.

Aus dem Fairnessgebot leitet sich zudem das Recht jedes Betroffenen ab, sich bei der Anhörung durch den Dienstvorgesetzten mit Hilfe eines anwaltlichen Beistandes zu beraten und zu vergewissern, dass keine selbstbelastenden Angaben gemacht werden. Konfrontiert der Dienstvorgesetzte den Beamten mit einem konkreten Vorwurf, gegen den er sich mit anwaltlicher Unterstützung verteidigen können soll, ist jedenfalls der schmale Grad formloser Verwaltungsermittlungen ohnehin überschritten³⁹. In diesem Fall liegt eine formfehlerhafte Unterrichtung bzw. Einleitung eines Disziplinarverfahrens vor⁴⁰.

III. Konsequenzen für die Praxis

1. Zugriff auf dienstliche Akten und Verzeichnisse

Dienstvorgesetzte können auf Grund ihrer Dienstaufsichtsbefugnisse jederzeit auf die im Dienstbetrieb allgemein zugänglichen Vorgänge zugreifen (z. B. Durchsicht eines Referatskalenders auf dienstliche Anwesenheitszeiten eines Beamten oder Einsichtnahme in einen Ablageordner zur Feststellung, ob ein bestimmter Vorgang bearbeitet wurde).

Die Anforderung der Personalakte oder anderer Behördenunterlagen oder das Ersuchen um Auskunftserteilung zur Konkretisierung der vagen Vermutung, ein bestimmter Beamter habe eine Dienstpflichtverletzung begangen, ist im Rahmen von Verwaltungsermittlungen nicht zulässig. Derartige Erhebungen können nicht auf §§ 4, 5 VwVfG gestützt werden, weil kein Verwaltungsverfahren i. S. von § 9 VwVfG vorliegt. Auch wenn sich die Pflicht zur Amtshilfe bereits aus Art. 35 GG ergibt⁴¹, sind wie bei § 5 II VwVfG spezialgesetzliche Regelungen, die der Aktenübermittlung entgegenstehen, zu beachten. Dazu zählen etwa das Steuergeheimnis (§ 30 AO), das Postgeheimnis (§ 39 PostG) sowie die Vertraulichkeit der Personalakten (z. B. § 106 I 2 BBG). Im Disziplinarverfahren bestimmt sich die Vorlage von Personalakten und anderen Behördenunterlagen mit personenbezogenen Daten sowie die Erteilung von Auskünften aus diesen Akten und Unterlagen an die mit Disziplinarvorgängen befassten Stellen und deren Verarbeitung oder Nutzung der so erhobenen personenbezogenen Daten nach § 29 BDG. Da sich die Vorschrift auf ein laufendes Disziplinarverfahren bezieht, findet sie auf Verwaltungsermittlungen keine Anwendung.

33 BVerwG, NVwZ-RR 2011, 698.

34 BVerwGE 36, 134 (138); BVerwGE 59, 355 (359) = NJW 1980, 1245; BVerwGE 81, 298 = NVwZ 1989, 874; VG Ansbach, Urt. v. 12. 1. 2011 – AN 11 K 10.02 244, juris Rdnr. 22; Frenzt, DöD 1993, 73 (78).

35 BVerwGE 81, 365 = NJW 1990, 335 = NVwZ 1990, 161 L.

36 OVG Saarlouis, NVwZ-RR 2008, 340.

37 BVerwGE 118, 10 = NJW 2003, 3217 = NVwZ 2004, 246 L.

38 Vgl. Lindgen, RiA 1969, 67 (70 m. w. Nachw.), für Vorermittlungen.

39 So Frenzt, DöD 1993, 73 (80).

40 Jedenfalls bei disziplinarischen Vorermittlungen i. S. von § 21 BDO a. F. bzw. § 26 BDO n. F. hatte der Beamte nach Schötter, NJW 1961, 1344, das Recht, sich durch einen Rechtsanwalt vertreten und beraten zu lassen.

41 S. Frenzt, DöD 1993, 73 (80 m. w. Nachw.).

Der Dienstvorgesetzte kann im Rahmen der allgemeinen Dienstaufsicht jederzeit die Vorlage und Herausgabe dienstlicher Vorgänge von seinen Beamten verlangen, d. h. von Schriftstücken, bildlichen Darstellungen und Aufzeichnungen mit dienstlichem Bezug. Bei Verwaltungsermittlungen ist der Betroffene über den Zweck zu informieren und gegebenenfalls über die verfassungsrechtlich verankerte Selbstbelastungsfreiheit zu belehren⁴². Ergibt sich aus der Weigerung oder auf Grund weiterer Erkenntnisse ein konkreter Verdacht auf eine Dienstpflichtverletzung, ist gegen den Beamten ein Disziplinarverfahren einzuleiten. Dann ist der Betroffene gem. § 26 S. 1 BDG zur Herausgabe dieser Unterlagen verpflichtet, die gerichtlich angeordnet oder durch die Festsetzung von Zwangsgeld erzwungen werden kann (§ 26 S. 2, Halbs. 1 BDG).

2. Zugriff auf Dateien

Von der Dienstaufsicht umfasst ist der Zugriff auf dienstlich genutzte IT-Systeme wie betriebsinterne Datenverlaufsprotokolle (Log Files), dienstinterner Mailverkehr und Internetverlaufsprotokolle. Während diese Überprüfungen auch bei Verwaltungsermittlungen zulässig sind, darf der Dienstvorgesetzte nicht ohne Einwilligung des betroffenen Beamten gezielt auf Verzeichnisse auf Arbeitsplatzrechnern und Servern zugreifen, die ihm zur personenbezogenen Datenablage zugewiesen sind. Der Dienstvorgesetzte muss für jede Identifikation von Dateien und deren Einsichtnahme das Einverständnis des Betroffenen einholen, die durch ein persönliches Kennwort oder die Ablage in einem nur ihm zugänglichen Ordner in einem Speichermedium gegen unberechtigten Zugriff gesichert sind⁴³.

3. Betreten von Diensträumen zur Inaugenscheinnahme dienstlicher Gegenstände und Unterlagen

Die allgemeine Dienstaufsicht befugt den Dienstvorgesetzten jederzeit zum Betreten von Diensträumen und der Inaugenscheinnahme dienstlicher Verwahrgehalte (z. B. Schränke, Aktenböcke) und Unterlagen (Schriftstücke, Aufzeichnungen pp.). Deren Durchsicht setzt, sofern sie dem Betroffenen zur persönlichen Nutzung zur Verfügung stehen, dessen ausdrücklich erklärtes Einverständnis gegenüber dem Dienstvorgesetzten voraus. Verwaltungsermittlungen berechtigen den Dienstherrn nicht dazu, gegen den Willen des Betroffenen dessen dienstlich genutzte persönliche Gegenstände zu durchsuchen. Selbst ein eingeleitetes Disziplinarverfahren erlaubt dem Dienstherrn nur, den Betroffenen zur Herausgabe der Unterlagen usw. aufzufordern (§ 26 BDG), eine Durchsichtung oder eine Beschlagnahme setzen jeweils eine Anordnung des zuständigen Disziplinargerichts voraus⁴⁴.

4. Verdeckte Ermittlungen

Im Rahmen der Verwaltungsermittlungen ist der Dienstvorgesetzte nicht zu heimlichen Maßnahmen berechtigt, die sich auf die Aufklärung des dienstlichen oder außerdienstlichen Verhaltens eines konkreten Beamten richten.

Diese Klarstellung erscheint angebracht angesichts einzelner Fehlentscheidungen, die das oben erläuterte Einleitungsgebot missachten und dem Dienstvorgesetzten in Verwaltungsermittlungen Befugnisse zu Grundrechtseingriffen unterstellen, die er nicht einmal im Disziplinarverfahren hat. Fehlerhaft wurden Verwaltungsermittlungen zur heimlichen Observation eines Beamten und Überwachung eines Betriebsgeländes durch Videoaufnahmen über mehrere Tage sowie zu verdeckten Ermittlungen gegen einen Beamten als rechtmäßig

angesehen, z. B. zur Aufklärung einer nicht genehmigten Neben Tätigkeit⁴⁵. Auch die heimliche Überprüfung des Datenbestandes einer dienstlichen Telekommunikationsanlage daraufhin, ob ein Polizeibeamter weisungswidrig dienstlichen Umgang mit einer Kontaktperson der Polizei über sein Diensthandy und auch über die dienstliche Telefonanlage geführt habe, wurde unzutreffend als rechtmäßig beurteilt und auf eine den Betroffenen belastende Zeugenaussage zurückgeführt⁴⁶. Diese disziplinarischen Ermittlungen, die intensiv in die Grundrechte des Beamten eingreifen, verfolgten jeweils einen hinreichend konkreten Anfangsverdacht für ein Dienstvergehen und verstießen damit gegen das Einleitungsgebot (§ 17 I 1 BDG). Darüber hinaus fehlt es für verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie die Observation, den Einsatz nicht offen ermittelnder Polizeibeamter oder die Überwachung von Telefongesprächen auch im Disziplinarrecht an der notwendigen ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage, die gegebenenfalls schwerwiegende Grundrechtseingriffe an das Vorliegen zusätzlicher Anforderungen anknüpfen müsste, z. B. eine richterliche Anordnung und die nachträgliche Kenntnisverschaffung des Betroffenen.

5. Befragung von Bediensteten

Zur Klärung der Disziplinarwürdigkeit eines Sachverhalts ist der Dienstvorgesetzte auf informelle Befragungen beschränkt, denn Zeugenvernehmungen sind bei Verwaltungsermittlungen unzulässig. Für die Erhebung und Verwertung eines gesetzlichen Beweismittels gegen den Ermittlungsbetroffenen fehlt es insoweit an einer gesetzlichen (mit § 244 StPO bzw. § 24 BDG vergleichbaren) Rechtsgrundlage⁴⁷. Da Beamte nicht verpflichtet sind, bei diesen Befragungen selbstbelastende Angaben zu machen⁴⁸, sind sie auch bei Verwaltungsermittlungen hierüber schriftlich zu belehren. Das Ausüben von Druck unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht oder mögliche beamtenrechtliche Folgen ist ebenso unzulässig⁴⁹ wie das Aufzeichnen der Gespräche auf Tonträger ohne ausdrücklich erklärtes Einverständnis des Befragten.

IV. Schlussbemerkung

Die gesetzlich nicht geregelten Verwaltungsermittlungen bergen die Gefahr einer Rufschädigung für den betroffenen Beamten und sind deshalb grundrechtsschonend durchzuführen. Ihre Ergebnisse sind für das behördliche und gerichtliche Verfahren in doppelter Hinsicht von Bedeutung: Der auf sie gestützte Verdacht bildet die Grundlage der nachfolgenden Untersuchungen des Tatvorwurfs und für die Bemessung einer Disziplinarmaßnahme. Wegen der Formenstrenge der Disziplinarermittlungen begrenzen die Ergebnisse der Verwaltungsermittlungen die gesetzlich zulässigen Beweiserhebungen. ■

42 Zur Beschränkung der Offenbarungspflicht bei Gefahr disziplinarer Verfolgung, vgl. Köhler, in: *Hummel/Köhler/Mayer* (o. Fußn. 19), Abschn. B II 8 Rdnr. 6 m. w. Nachw.

43 S. Herrmann/Soigné, NJW 2011, 2922 (2927 m. w. Nachw.).

44 VGH Mannheim, Beschl. v. 16. 3. 2009 – 16 S 57/09, BeckRS 2009, 32780; VG Trier, Urt. v. 10. 11. 2011 – 3 K 361/09, BeckRS 2010, 45206.

45 BDiszG, Urt. v. 30. 10. 2002 – VII VL 8/00, juris Rdnrn. 29 f.; ähnlich VG Trier, Urt. v. 10. 11. 2011 – 3 K 361/09, BeckRS 2010, 45206 (Einsatz von zwei nicht offen ermittelnden Polizeibeamten als Scheinkunden für einen Pferdekauf).

46 VG Hannover, Urt. v. 19. 7. 2007 – 18 A 2484/06, BeckRS 2007, 26336.

47 S. Frentz, DöD 1993, 73 (80 m. w. Nachw.).

48 Vgl. schon Köhler/Ratz, BDG, 3. Aufl. (2002), B II 8 Rdnr. 9; zweifelnd, Schwandt (o. Fußn. 30), Rdnr. 351.

49 So Anonymus, ZBR 1955, 1; Steiner, RiA 2007, 258.