

kenntnis durch die allgemeine Einschätzung ersetzt werden, ein Beamter „melde sich oft krank“ und begehe dadurch ein Dienstvergehen (ebenso *RP OVG* 5.3.2003 – 3 B 10208/03.OVG).

Ob ein Beamter, der behauptet, dienstunfähig erkrankt zu sein, tatsächlich dienstunfähig ist, muss vom Dienstherrn bewertet werden und ist im Rahmen des behördlichen Disziplinarverfahrens gerichtlich voll überprüfbar. Dabei kommt den **amtsärztlichen Gutachten** nach der Rechtsprechung des *BVerwG* (15.2.2010, 2 B 126/09) kein absoluter, sondern lediglich ein eingeschränkter Vorrang zu (vgl. § 60 Rn 14a – 14d); bei betriebsärztlichen Gutachten ist eine differenzierte Betrachtung geboten (Vgl. § 60 Rn 14e). 21

Eine krankheitsbedingte Dienstunfähigkeit ist im Falle einer **stationären Krankenhausbehandlung** im Regelfall unbedenklich anzunehmen. Bei ambulanten Arztbesuchen dürfte in vielen Fällen eine Wahrnehmung außerhalb der Dienstzeit möglich und zumutbar sein. Hierzu kann es im Einzelfall Regelungen innerhalb der Behörde geben, die in Anwendung des Gehorsamsgebots des § 62 Abs. 1 Satz 2 BBG zu beachten sind. 22

Steht die **psychische Erkrankung** eines Beamten im Raum, kann eine Dienst- und/oder Schuldunfähigkeit oder keines von beidem vorliegen. Alleine die als krankhaft dargestellte Abneigung gegen den Dienstvorgesetzten, die Mitarbeiter oder die Dienstleitung begründet noch nicht die Vermutung, der Beamte sei dienstunfähig. Deshalb befreit nicht jede krankhafte psychische Beeinträchtigung von vornherein von den Verpflichtungen zur Dienstleistung (ebenso *BVerwG* 25.11.1998 – 1 D 19.97). Nur dann, wenn sich eine derartige Neurose zu einer zwanghaften Haltung (Psychose) verhärtet, die dem Beamten keine Wahlfreiheit mehr lässt, ist eine die **Dienstunfähigkeit** begründende Krankheit anzunehmen. Ob dies der Fall ist, kann ebenso wie die Frage der Schuldfähigkeit (vgl. dazu § 2 Rn 53) im Regelfall nur auf der Grundlage eines entsprechenden Sachverständigengutachtens entschieden werden. 23

7.3 Unabwendbare Hindernisse

Ein schuldhaftes Fernbleiben vom Dienst liegt ebenfalls nicht vor, wenn dem Erscheinen zum Dienst andere plötzlich auftretende **unabwendbare Hinderungsgründe** entgegenstehen, wie etwa ei- 24

ne nicht vorhersehbare Verkehrsstörung oder unüberwindbare Probleme im privaten Bereich, die keinen Aufschub dulden (z. B. Überschwemmung oder Brand im Haus). Anderes gilt für Hindernisse, die durch eine zeitlich noch mögliche Bewilligung von Urlaub überwindbar sind.

7.4 Verbüßen einer Freiheitsstrafe

- 25 Muss ein Beamter eine **Freiheitsstrafe** verbüßen, ist eine differenzierte Betrachtung geboten. Im Regelfall ist der Tatbestand des unerlaubten Fernbleibens vom Dienst nicht zu bejahen, wenn aus – an sich von dem Beamten zu vertretenden Gründen – eine Freiheitsstrafe vollstreckt wird. Dies folgt aus dem Umstand, dass die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe und ihre Vollstreckung ein die Dienstverrichtung diensthinderndes Ereignis darstellen, welches auf einem von dem Willen des Beamten unabhängigen staatlichen Eingriff beruht und der Erfüllung seiner Dienstpflichten entgegensteht (ebenso *BVerwG* 7.6.1994, E 103, 128 [130]). Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei der staatlichen Sanktion um eine Grund- oder Ersatzfreiheitsstrafe handelt. Eine andere rechtliche Bewertung ist jedoch dann angezeigt, wenn der Beamte den Grund der Verbüßung der Freiheitsstrafe und damit den Grund des Fernbleibens vom Dienst selbst zurechenbar herbeigeführt hat. Das ist vor allem anzunehmen, wenn ihm zumutbare Möglichkeiten offen standen, den Vollzug der Strafverbüßung zu vermeiden, er diese Möglichkeiten jedoch zumindest bedingt vorsätzlich nicht wahrgenommen und dadurch die Strafverbüßung herbeigeführt hat. Letzteres muss vor allem bejaht werden, wenn ein Beamter, dessen Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt ist, durch einen Verstoß gegen ihm während der Bewährungszeit gemachte Auflagen den Widerruf der Bewährung verursacht.

8. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Ein Verstoß gegen das Verbot des schuldhaften Fernbleibens vom Dienst kann **vorsätzlich** oder **fahrlässig** begangen werden. Vorsätzlich handelt derjenige, der weiß, dass ein beabsichtigtes Fernbleiben vom Dienst nicht gerechtfertigt ist. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Beamte sein Fernbleiben rechtsirrig für gerechtfertigt oder genehmigt hält, dieser Irrtum jedoch vermeidbar war. 26

Die Frage, ob ein Beamter im Falle des Fernbleibens vom Dienst vorsätzlich gehandelt hat, stellt sich in der Praxis vor allem, wenn er behauptet, er habe sich (subjektiv) für dienstunfähig gehalten. Hier muss zwischen einem den Vorsatz ausschließenden **Tatbestandsirrtum** und einem **Verbotsirrtum** unterschieden werden. Hält sich ein objektiv dienstfähiger Beamter irrtümlich für dienstunfähig, erstreckt sich sein Irrtum auf das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Dienstfähigkeit. In diesem Fall fehlt an dem Vorsatz mit der Folge, dass ein Dienstvergehen nur dann vorliegen kann, wenn dem Beamten insoweit Fahrlässigkeit zur Last zu legen ist. (vgl. *BVerwG* 9.2.2002, 1 D 17.01, Buchholz 232 § 73 BBG Nr. 25; 11.10.2006, 1 D 10.05, Buchholz 232 § 73 BBG Nr. 30, 21.02.2008, 2 B 1/08). Kennt der Beamte hingegen seine – ggf. auch eingeschränkte – Dienstfähigkeit oder hält er sie nicht für ausgeschlossen, ist er gleichwohl aber aus Rechtsgründen der Auffassung, zur Dienstleistung nicht verpflichtet zu sein, handelt er hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Dienstfähigkeit mit bedingtem Vorsatz (vgl. *BVerwG* 12.10.2006, 1 D 2.05; 21.02.2008 a.a.O.). In solch einem Fall liegt ein Dienstvergehen vor, wobei ein gegebener Rechtsirrtum im Rahmen der Zumessung der Disziplinarmaßnahme zu berücksichtigen ist. 27

9. Disziplinarrechtliche Reaktion

Ein schuldhaftes Fernbleiben vom Dienst stellt – von den Bagatelldfällen abgesehen – ein Dienstvergehen dar, welches einer disziplinarrechtlichen Reaktion bedarf. Ohne die pflichtgemäße Dienstleistung ihrer Mitarbeiter wäre die Verwaltung nicht imstande, die ihr der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Deshalb beeinträchtigt ein 28

Beamter, der ohne triftigen Grund zum vorgeschriebenen Dienst nicht erscheint, das **Vertrauen**, welches für eine gedeihliche Zusammenarbeit unerlässlich ist (*BVerwG* 5.3.1995, Dok.Ber. B 1998, 189 [192]; 5.8.1986, E 83, 221 [226])

- 29 Verweigert ein Beamter den Dienst für einen längeren Zeitraum oder wiederholt, ist im Regelfall seine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis unerlässlich (vgl. *BVerwG* 31.8.1999, E 111,1. Das gilt selbst dann, wenn das Dienstvergehen im Zustand verminderter Schuldfähigkeit begangen worden ist (vgl. *BVerwG* 23.11.1977, E 53, 344).. Nach der Rechtsprechung des *BVerwG* (06.05.2003, 1 D 26/02; 10.06.1998, 1 D 39.96) ist die **Entfernung aus dem Beamtenverhältnis** i. d. R. in Fällen auszusprechen, in denen ein Beamter vier Monate oder länger ununterbrochen dem Dienst fernbleibt. Bei einem schuldhaften unerlaubten Fernbleiben vom Dienst von ca. sieben Wochen bewegt sich die Disziplinarmaßnahme, je nach den Umständen des Einzelfalls, im Grenzbereich zwischen der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis und der Zurückstufung (*BVerwG* 22.4.1991, E 93, 78 [82]). Im Übrigen kommt es bei der disziplinarrechtlichen Bewertung des unerlaubten Fernbleibens vom Dienst stets auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles an.
- 30 Diese Grundsätze gelten aber nicht ausnahmslos. Vielmehr ist in jedem Einzelfall eine Zumessung nach den Maßstäben des § 13 vorzunehmen. Insbesondere im Hinblick auf das Persönlichkeitsbild des Beamten können sich Gründe ergeben, die ein Absehen von der disziplinarrechtlichen Höchstmaßnahme rechtfertigen. Solche Gründe sind vor allem dann denkbar, wenn das Fernbleiben vom Dienst durch **persönlichkeitsfremde Umstände** verursacht worden ist, die auf bestimmten äußeren Ereignissen oder Einwirkungen beruhen, und wenn außerdem eine berechtigte Erwartung auf ein künftiges pflichtgemäßes Verhalten besteht (vgl. *BVerwG* 12.12.1979, E 63, 315 [318 f.]).
- 31 Ebenso kann – umgekehrt – auch bei kürzerem Fernbleiben vom Dienst aufgrund besonderer erschwerender Umstände des Einzelfalles eine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis angezeigt sein. So kann auch durch ein häufiges kurzzeitiges Fernbleiben vom Dienst, vor allem wenn dieses trotz mehrfacher Ermahnung

erfolgt – das **Vertrauensverhältnis** zum Dienstherrn irreparabel zerstört und deshalb eine Entfernung aus dem Beamtenverhältnis geboten sein (BVerwG 12.1.1988, DVBl. 1988, 1058 [1059]). Im Einzelfall kann selbst ein wiederholtes tageweises Fernbleiben zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis führen (ebenso *Zängl* MatR/II Rn 221). Erschwerende Umstände können beispielsweise vorliegen, wenn der Tatbestand des schuldhaften Fernbleibens vom Dienst von weiteren negativen Verhaltensweisen des Beamten, wie z. B. einer Täuschung des Dienstherrn über die Umstände des Fernbleibens, begleitet ist.

Da der Tatbestand der **Verletzung der Reaktivierungspflicht** ist 32 dem unerlaubten Fernbleiben vom Dienst disziplinarrechtlich gleichzustellen ist (vgl. Rn 11 f.); gelten die in Rn 28–31 aufgezeigten Grundsätze hier entsprechend.

Im Falle der Verletzung von Vorschriften über die **Arbeitszeit**, 33 insbesondere im Zusammenhang mit der Zeiterfassung, bestimmt sich die Disziplinarmaßnahme ebenfalls nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles. Erschwerend können sich vor allem gezielte Manipulationen des Zeiterfassungsgerätes oder bewusst falsche Angaben in Täuschungsabsicht auswirken. Eine besonders schwache Kontrolle kann sich zwar im Einzelfall mildernd auswirken; zwingend ist das jedoch nicht

10. Gerichtliche Entscheidungen (QLink „Q51253“)

Nr. 1 Achtmaliger verspäteter Dienstantritt für jeweils eine Stunde

BVerwG 6.3.1991, 1 D 65.90

Sachverhalt:

Ein Beamter kommt im Zeitraum von fünf Monaten in acht Fällen durchschnittlich eine Stunde verspätet zum Dienst. Das verspätete Erscheinen hat erhebliche Konsequenzen für den Dienstbetrieb; u. a. müssen Kollegen den abwesenden Beamten vertreten und dessen Arbeit miterledigen.

Rechtliche Würdigung:

- unerlaubtes Fernbleiben vom Dienst (§ 96 BBG bzw. entsprechende Bestimmung des LBG).

Rechtsfolge:

Kürzung der Dienstbezüge für zwei Jahre.

Nr. 2 Fernbleiben vom Dienst eines Polizeibeamten, der zugleich ohne Genehmigung des Dienstherrn bei einem privaten Wach- und Sicherungsdienst arbeitet OVG Niedersachsen 12.5.2005, 1 NDH L 9/03

Sachverhalt:

Der Dienstherr hat einem Polizeibeamten, der behauptet, dauerhaft polizeidienstunfähig zu sein, durch vollziehbare Anordnung aufgegeben, sich jede Arbeitsunfähigkeit durch den Polizeiarzt bestätigen zu lassen. Ein amtsärztliches Gutachten bescheinigt dem Beamten, dass keine Polizeidienstunfähigkeit vorliegt. Der Beamte bleibt insgesamt ein halbes Jahr dem Dienst fern und behauptet gleichwohl, nicht polizeidienstfähig gewesen zu sein. Geforderte amtsärztliche Bescheinigungen werden gar nicht, privatärztliche Bescheinigungen gelegentlich vorgelegt. Zugleich arbeitet der Beamte ohne Genehmigung des Dienstherrn bei einem privaten Wach- und Sicherungsdienst.

Rechtliche Würdigung:

- unerlaubtes Fernbleiben vom Dienst (§ 96 BBG bzw. entsprechende Bestimmung des LBG).
- durch die Nichtvorlage der geforderten amtsärztlichen Bescheinigungen hat der Beamte seine Mitwirkungspflicht verletzt. Die Nichterweislichkeit der Dienstunfähigkeit geht zu seinen Lasten, weil er die Aufklärung des Sachverhalts erschwert bzw. vereitelt hat.
- ungenehmigte Ausübung einer Nebentätigkeit (§ 99 BBG bzw. § 40 BeamStG i. V. m. Nebentätigkeitsrecht des LBG).

Rechtsfolge:

Entfernung aus dem Beamtenverhältnis.