

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Wehrdisziplinarrecht

Rechtsquelle/n:

WDO §§ 121a, 124
GG Art. 103 Abs. 1

Stichworte:

Anhörungsrüge; rechtliches Gehör; Abwesenheit; Berufungshauptverhandlung; Verhinderung; Erkrankung; Verschulden; Reise- und Verhandlungsunfähigkeit; Abwesenheit in der Berufungshauptverhandlung; Terminsverlegungsantrag; Vertagung von Amts wegen; Glaubhaftmachung; Verhinderungsgrund; Zeugenvernehmung; Beweisantrag.

Leitsatz:

Der von Art. 103 Abs. 1 GG geschützte Anspruch auf Teilnahme an einer Berufungshauptverhandlung wird nicht verletzt, wenn von der naheliegenden Möglichkeit eines Terminsverlegungsantrages kein Gebrauch gemacht und der Verhinderungsgrund nicht substantiiert vorgetragen und glaubhaft gemacht wird.

Beschluss des 2. Wehrdienstsenats vom 22. Juni 2017 - BVerwG 2 WD 6.17





BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 2 WD 6.17 (2 WD 16.16)

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren

g e g e n

Herrn Obermaat ...,

- Verteidiger:

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Häußler,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Burmeister und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt

am 22. Juni 2017 beschlossen:

Die Anhörungsrüge des Soldaten gegen das Urteil des
Senats vom 23. März 2017 wird zurückgewiesen.

Der Soldat trägt die Kosten des Anhörungsrügeverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Anhörungsrüge wendet sich gegen das dem Soldaten am 4. Mai 2017 zugestellte Urteil vom 23. März 2017 (BVerwG 2 WD 16.16), mit dem dessen Berufung zurückgewiesen worden war. Zu der Berufungshauptverhandlung waren weder der Soldat noch sein Verteidiger erschienen. Der Soldat war am 2. Januar 2017 zu der Berufungshauptverhandlung vom 23. März 2017 geladen worden. In dieser Ladung wurde er auch darauf hingewiesen, dass in seiner Abwesenheit verhandelt werden kann.
- 2 Nach Zurückweisung mehrerer Befangenheitsanträge und eines Terminsverlegungsgesuches, wies das Gericht die beiden Verteidiger am 22. März 2017 nochmals darauf hin, dass die Berufungshauptverhandlung am 23. März 2017 stattfinden werde. Der Wahlverteidiger Dr. W. teilte in dem erneuten Ablehnungsgesuch mit, dass der Verteidiger S. erkrankt sei und zu der Berufungshauptverhandlung nicht erscheinen werde. Etwa eine halbe Stunde später zeigte Dr. W. die Niederlegung seines Mandats an.
- 3 Am 23. März 2017 informierte der Soldat um 7.11 Uhr die Geschäftsstelle des Senates telefonisch darüber, dass er sich seit gestern nicht wohl fühle und heute zum Arzt gehe. Er melde sich krank. Daraufhin wurde er gebeten, die ärztliche Bescheinigung und eine Reiseunfähigkeitsbescheinigung wenn möglich noch vor 9.00 Uhr an das Gericht zu faxen. Eine Stunde später wurde er telefonisch informiert, dass eine Reise- bzw. Verhandlungsunfähigkeit durch einen Amtsarzt bescheinigt werden müsse. Eine Bestätigung der Reiseunfähigkeit durch den Truppenarzt reiche nicht aus. Gegen 8.30 Uhr teilte der Truppenarzt Oberstabsarzt A. der Vorsitzenden fernmündlich mit, der Soldat habe sich um 7.22 Uhr bei ihm vorgestellt und angegeben, seit gestern an Übelkeit, Erbrechen und Durchfall zu leiden. Er könne diese Symptome nicht widerlegen, habe aber auch nichts Spezielles gefunden und werde den Soldaten "im Zweifel für den Patienten" für zwei Tage "KzH" schreiben. Es habe für ihn einen negativen Beigeschmack, dass sich der Soldat am Tage der Verhandlung so vorstelle. Er habe deshalb eine "fragliche Gastroenteritis" aufgeschrieben und den

Soldaten informiert, dass ein Krankenschein "kzH" nicht zur Vorlage bei Gericht geeignet sei. Ein mit der Reise- oder Verhandlungsunfähigkeit des Soldaten oder seines Verteidigers begründeter Verlegungs- oder Vertagungsantrag wurde nicht gestellt.

- 4 Eine Vertagung von Amts wegen wurde mit in der Berufungshauptverhandlung verkündetem Beschluss abgelehnt und im Berufungsurteil näher begründet.
- 5 Am Tag nach der Berufungshauptverhandlung ging eine truppenärztliche Bescheinigung zur Erkrankung des angeschuldigten Soldaten vom 23. März 2017 ein. Wegen des Inhalts wird auf den Beschluss im Verfahren BVerwG 2 WDB 2.17 verwiesen.
- 6 Am 4. Mai 2017 hat der Verteidiger Anhörungsrüge erhoben und beantragt, das Verfahren fortzuführen. Das Urteil beruhe auf Verletzungen des rechtlichen Gehörs. Dieses sei zum einen durch die Ablehnung des Beweisantrages auf Vernehmung der Ehefrau des deutschen Botschafters im B. als Zeugin verletzt. Der Senat habe ihre Ladung trotz ausdrücklichen Verlangens der Verteidigung verweigert. In der Hauptverhandlung hätte die Verteidigung mit der Zeugin herausarbeiten können, dass die Dinge im B. sich anders zugetragen hätten, als in der Vorinstanz angenommen. Der Senat stelle ohne Not auf Zeugen vom Hörensagen ab und habe eine Vernehmung der Zeugin per Videokonferenz nicht erwogen. Wäre sie geladen worden, wäre der Berufung möglicherweise zumindest teilweise stattgegeben worden. Zum anderen sei rechtliches Gehör durch die Durchführung der Berufungshauptverhandlung in Abwesenheit des Soldaten und seines Verteidigers verletzt worden. Der Soldat habe durch ein wehrmedizinisches Gutachten nachgewiesen, erkrankt und reiseunfähig gewesen zu sein. Auch der Verteidiger sei reise- und verhandlungsunfähig gewesen. Von einem erkrankten Verteidiger könne kein Verlegungs- und Verteidigungsantrag erwartet werden. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hätte auf Hinweis des Gerichts vorgelegt werden können. Der Verteidiger sei schwerbehindert und leide an orthopädischen Beschwerden. Mit dem Antrag ist eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für S. vom 22. März 2017 für den Zeitraum 22. März 2017 bis 31. März 2017 und ein Rezept vom 23. März 2017 durch einen Facharzt für

Orthopädie und Sportmedizin vorgelegt worden, in dem es heißt: "Der Pat. ist seit dem 22.3.17 bis zum 31.3.17 nicht reisefähig". Der Senat habe sein Vertauungsermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Der Soldat hat Oberstabsarzt A. als Zeugen dafür benannt, dass dieser sein Attest vorab per Fax übersandt und am 29. März 2017 als Einschreiben auf den Weg gebracht habe. Ihm sei die Teilnahme an der Berufungshauptverhandlung wichtig gewesen.

- 7 Der Bundeswehrdisziplinaranwalt tritt dem Antrag entgegen.

II

- 8 Die zulässige, insbesondere fristgerecht erhobene und nach § 121a WDO statt-haftte Anhörungs-rüge ist unbegründet. Das Berufungsverfahren ist nicht fortzu-setzen, weil das angegriffene Urteil nicht auf einer Verletzung des Grundrechtes auf Gewährung rechtlichen Gehörs beruht.
- 9 1. Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet, dass das entscheidungserhebliche Vor-bringen der Beteiligten vom Gericht zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen wird. Das Gericht wird dadurch jedoch nicht verpflichtet, dem Vorbrin-gen der Beteiligten zu folgen (stRspr, BVerwG, Beschluss vom 5. April 2017 - 8 B 6.17 - juris Rn. 2 und BVerfG, vgl. Beschluss vom 12. April 1983 - 2 BvR 678, 679, 680, 681, 683/81 - BVerfGE 64, 1 <12>). Art. 103 Abs. 1 GG gewährt keinen Schutz dagegen, dass das Vorbringen der Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt bleibt. Die Nichtberücksichtigung eines als sachdienlich und erheblich angesehenen Beweisangebotes verstößt nur dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze mehr findet (stRspr, vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 2002, 1 BvR 670/91, BVerfGE 105, 279 <311> m.w.N.). Ein Rechtssu-chender muss die nach der jeweiligen prozessualen Lage gegebenen und zu-mutbaren prozessualen Möglichkeiten ausschöpfen, um sich das rechtliche Ge-hör zu verschaffen, wenn er dessen Verletzung mit Erfolg rügen will (BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 1987 - 2 BvR 314/86 - BVerfGE 74, 220 <225>). Insbesondere muss er einen nach der konkreten Sachlage zumutbaren und

nicht von vornherein als aussichtslos einzustufenden erneuten Vertagungsantrag nutzen (BVerfG, Beschluss vom 15. April 2003 - 2 BvR 628/98 - juris Rn. 3). Rechtliches Gehör wird auch dann verletzt, wenn ein Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte (stRspr, vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. Mai 1992 - 1 BvR 986/91 - BVerfGE 86, 133 <144 f.>).

- 10 2. Nach diesen Maßstäben ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs weder ausreichend dargelegt noch liegt sie vor.
- 11 a) Dies gilt zunächst wegen der unterbliebenen Ladung von C. als Zeugin zum Termin der Berufungshauptverhandlung.
- 12 Der Senat hat den mit der Anhörungsrüge nur wiederholten Vortrag des Soldaten aus dem Berufungsverfahren ausdrücklich erwogen, von der Ladung der Zeugin aus den in den Randnummern 45 und 55 der Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils dargelegten Erwägungen aber abgesehen. Damit hat der Senat den Vortrag des Soldaten berücksichtigt, ist ihm jedoch aus Rechtsgründen nicht gefolgt. Die Anhörungsrüge legt nicht dar, warum die genannten Teile der Entscheidungsgründe im Prozessrecht keine Stütze finden sollten. Auch mit der Anhörungsrüge ist zudem keine konkrete Tatsachenbehauptung vorgebracht worden, die Gegenstand der Wahrnehmung der Zeugin und damit der Beweiserhebung sein könnte. Es fehlt des Weiteren an einer Darlegung der Erheblichkeit der von der Zeugin zu bekundenden Wahrnehmungen. Kommt es auf die Vernehmung der Zeugin nicht an, ist auch unerheblich, ob sie im Wege einer Videokonferenz hätte vernommen werden können. Die Anhörungsrüge genügt damit nicht den Anforderungen an die Darlegung einer Gehörsverletzung.

- 13 b) Eine Verletzung rechtlichen Gehörs kann der Soldat auch nicht wegen der Durchführung der Berufungshauptverhandlung in seiner und seines Verteidigers Abwesenheit mit Erfolg rügen.
- 14 Zwar schützt Art. 103 Abs. 1 GG das Recht auf Teilnahme an der Berufungshauptverhandlung und das Recht, sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidigers zu bedienen (§ 90 Abs. 1 Satz 1 WDO). Daher ist bei einer unverschuldeten Verhinderung eines Verfahrensbeteiligten, der alles Erforderliche und Zumutbare getan hat, um sich rechtliches Gehör auch im Verhandlungstermin zu verschaffen, eine Terminsverlegung oder Vertagung geboten (vgl. BVerwG, Urteil vom 29. September 1994 - 3 C 28.92 - BVerwGE 96, 368 <369 f.>). Jedoch kann sich ein Beteiligter, der von der Möglichkeit, sich im Rahmen des Zumutbaren selbst rechtliches Gehör zu verschaffen, nicht Gebrauch gemacht hat, später nicht darauf berufen, ihm sei das rechtliche Gehör versagt worden (BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2009 - 6 B 32.09 - juris Rn. 4 m.w.N.). Er muss daher, wenn - wie hier - eine Verhandlung auch ohne ihn und ohne seinen Verteidiger durchgeführt werden kann, schlüssig und substantiiert zu den Voraussetzungen einer Terminsverlegung vortragen, sodass das Gericht in die Lage versetzt wird, ggf. von Amts wegen über die Terminsverlegung zu entscheiden.
- 15 aa) Hiernach stand das Fernbleiben des Verteidigers von der Berufungshauptverhandlung deren Durchführung auch im Lichte des Art. 103 Abs. 1 GG nicht entgegen. Denn die Verteidigung hat es versäumt, einen mit ihrer Reise- oder Verhandlungsunfähigkeit begründeten Terminsverlegungsantrag zu stellen oder durch rechtzeitigen substantiierten Vortrag, der geeignet gewesen wäre, die unverschuldete Verhinderung und den Teilnahmewillen glaubhaft zu machen, eine Vertagung oder Terminsverlegung von Amts wegen zu erreichen.
- 16 Ein mit der Erkrankung des Verteidigers begründeter Verlegungsantrag ist nie gestellt worden, obwohl dem Verteidiger nach dem Beschluss der Vorsitzenden vom 21. März 2017 klar war, dass die Berufungshauptverhandlung stattfinden würde. Der Einwand, dies könne von einem erkrankten Verteidiger nicht erwar-

tet werden, greift nicht durch, weil die Erkrankung von Rechtsanwalt S. in einem von dem zweiten Wahlverteidiger Dr. W. gezeichnetem Schriftsatz behauptet worden ist. Dr. W. war nicht gehindert, einen mit einer Reise- oder Verhandlungsunfähigkeit von Rechtsanwalt S. begründeten Terminsverlegungsantrag zu stellen. Die Niederlegung seines Mandates hatte er mit einem späteren Schriftsatz angezeigt. Dass er durch die behaupteten, aber nie glaubhaft gemachten Grippesymptome an der Verfassung von Schriftsätzen gehindert gewesen wäre, ist nicht einmal behauptet worden. Es ist auch sonst kein Grund ersichtlich, der den Verteidiger Dr. W. - bei entsprechendem Teilnahmeinteresse des Soldaten oder des Verteidigers S. - an einem Terminsverlegungsantrag gehindert hätte.

- 17 In den Schriftsätzen vom 22. März 2017 war zudem zu einem Verlegungsgrund nicht schlüssig und substantiiert vorgetragen worden. Es fehlt bereits aus den in Randnummer 30 der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils dargelegten Gründen an hinreichenden Angaben zur Art und zur Schwere der Erkrankung von Rechtsanwalt S., die dem Senat eine kurzfristig eingetretene Reise- oder Verhandlungsunfähigkeit des Verteidigers hätten plausibel machen und zu einer Vertagung von Amts wegen hätten drängen müssen. Es ist auch kein Grund ersichtlich, der die Verteidigung gehindert hätte, vor dem Beginn der Berufungshauptverhandlung, den Vortrag zu der kurzfristigen Erkrankung von Rechtsanwalt S. zu ergänzen, hätte denn ein Wille zur Teilnahme an der Berufungshauptverhandlung bestanden. Die erst mit der Anhörungsrüge vorgelegte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für Rechtsanwalt S. ist am Vortrag der Berufungshauptverhandlung ausgestellt worden. Es wäre Rechtsanwalt Dr. W. auch in Vertretung des erkrankten Kollegen möglich und zumutbar gewesen, entsprechenden Vortrag auch vor Niederlegung des Mandates zu tätigen und glaubhaft zu machen.
- 18 Hierzu bedurfte es auch keines vorherigen Hinweises des Senates. Denn die Notwendigkeit, einen Verhinderungsgrund substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen, muss sich einem Rechtsanwalt aufdrängen, entspricht dies doch den Anforderungen der ständigen Rechtsprechung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2009 - 6 B 32.09 - juris Rn. 4 m.w.N., Nds OVG,

Beschluss vom 20. April 2011 - 11 LA 57/11 - juris Rn. 3, BayVGH, Beschluss vom 27. Juli 2016 - 11 ZB 16.30121 - juris Rn. 8, OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 31. Januar 2017- 2 L 34/16 - juris Rn. 4). Die Möglichkeit, einen Terminverlegungsantrag zu stellen, war der Verteidigung ausweislich des Antrages vom 14. März 2017 zudem sicher bekannt.

- 19 Da beide Verteidiger zuvor bereits einen Verlegungsantrag gestellt hatten, nach dessen Zurückweisung aber davon absahen, wegen neuer Gründe einen weiteren zu stellen und nur vage dazu vortrugen, warum Rechtsanwalt S. nicht erscheinen werde, war aus diesem Verhalten auch auf den fehlenden Willen, an der Berufungshauptverhandlung teilzunehmen, zu schließen. Diese Würdigung des Verhaltens der Verteidiger stützt sich zudem auf deren vorangegangenes prozessuales Verhalten in der Form mehrere Ablehnungsanträge und des Terminverlegungsantrages wegen der unterbliebenen Ladung einer Zeugin. Auch hieraus schließt der Senat, dass die Verteidiger die Teilnahme an der Berufungshauptverhandlung verweigern wollten, um das Verfahren zu verzögern.
- 20 bb) Die Durchführung der Berufungshauptverhandlung verletzte auch wegen der Abwesenheit des Soldaten nicht dessen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Denn auch er hat die Möglichkeit versäumt, sich durch die Anzeige der Absicht der Teilnahme an der Berufungshauptverhandlung und der Gründe für eine unverschuldete Verhinderung zumutbar selbst rechtliches Gehör zu verschaffen. Insoweit wird auf die Gründe des Beschlusses im Verfahren BVerwG 2 WDB 2.17 verwiesen.
- 21 cc) Der Senat hat den Vortrag der Erkrankung des Wahlverteidigers und des Soldaten auch nicht übergangen, ihn vielmehr zum Anlass genommen, in der Berufungshauptverhandlung eine Vertagung von Amts wegen zur Gewährleistung rechtlichen Gehörs zu prüfen. Die für den diese ablehnenden Beschluss maßgeblichen Erwägungen sind in den Randnummern 24 bis 30 der Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wiedergegeben. Die Anhörungsrüge setzt sich mit den dort angestellten Erwägungen nicht auseinander.

22 Die Kostenentscheidung beruht auf § 139 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 WDO.

Dr. Häußler

Prof. Dr. Burmeister

Dr. Eppelt