

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Berufungen nach der WDO

Sachgebietsergänzung:

Wehrdisziplinarrecht

Rechtsquelle/n:

WDO § 91 Abs. 1 Satz 1

StPO § 24, § 244 Abs. 5

Stichworte:

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit; Berufungshauptverhandlung; Ladung von Zeugen; Ladung im Ausland; Beweisantizipation.

Leitsatz:

Zur Ablehnung von Richtern, wenn die Besorgnis ihrer Befangenheit aus der Mitwirkung an einer Verfügung hergeleitet wird, mit der die Ladung einer Zeugin zur Berufungshauptverhandlung abgelehnt wurde.

Beschluss des 2. Wehrdienstsenats vom 20. März 2017 - BVerwG 2 WD 16.16

- I. TDG Nord 4. Kammer vom 26. Juli 2016  
Az: TDG N 4 VL 44/14







# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 2 WD 16.16  
TDG N 4 VL 44/14

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren

g e g e n

Herrn Obermaat ...,

- Verteidiger:  
Rechtsanwälte ...,

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frenz als Vorsitzende,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden

am 20. März 2017 beschlossen:

Das gegen die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Burmeister und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt gerichtete Ablehnungsgesuch wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Gegen den Soldaten wurden mit Urteil des Truppendienstgerichts Nord - N 4 VL 44/14 - vom 26. Juli 2016 wegen eines Dienstvergehens ein Beförderungsverbot für die Dauer von 48 Monaten verhängt und seine Dienstbezüge für die Dauer von 30 Monaten um ein Zehntel gekürzt. Hiergegen hat der Soldat mit Schriftsatz seiner Verteidiger vom 26. September 2016 Berufung eingelegt.
- 2 Mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 hat die Vorsitzende des 2. Wehrdienstsenats Termin zur Berufungshauptverhandlung auf den 23. März 2017 anberaumt und hierzu die Ladung mehrerer Zeugen, darunter des Obermaats K., angeordnet.
- 3 Mit Schriftsatz seiner Verteidiger vom 22. Dezember 2016 beantragte der Soldat, zu seiner Entlastung auch die bisher nicht geladene Ehefrau des deutschen Botschafters im X. als Zeugin zu laden, weil diese ausweislich von Blatt 54 der Akten den der Anschuldigung zugrundeliegenden Vorfall beobachtet habe.
- 4 Mit Schreiben vom 9. Januar 2017 teilte der Erste Offizier der Fregatte ... dem Gericht mit, dass sich die Fregatte ..., auf der der Zeuge Obermaat K. Dienst leiste, seit 12. Dezember 2016 bis voraussichtlich 13. April 2017 im Rahmen einer NATO-Operation in See befinde, weshalb ein Erscheinen des Zeugen zur Berufungshauptverhandlung nur sehr aufwändig realisierbar und mit operativen Einschränkungen für das Schiff verbunden sei. Es werde daher gebeten, auf das Erscheinen des Zeugen zum Termin zu verzichten.
- 5 Mit Verfügung und gleichlautenden Schreiben vom 10. Januar 2017 an den Bundeswehrdisziplinaranwalt und die Verteidiger des Soldaten teilte die Berichterstatterin daraufhin (u.a.) Folgendes mit:

"Der Senat hält eine persönliche Anhörung des Zeugen K. für geboten und beabsichtigt, dem Ersten Offizier daher mitzuteilen, dass trotz des hohen Aufwandes und der ggf.

dadurch entstehenden Prozesskosten ein Erscheinen des Zeugen zum Termin zu gewährleisten ist. Sie haben **bis zum 18. Januar 2017** Gelegenheit, Einwände hiergegen vorzubringen.

Zugleich weise ich darauf hin, dass nach § 91 Abs. 1 Satz 1 WDO, § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO eine Ladung der Ehefrau des - soweit hier bekannt auch aktuell - amtierenden deutschen Botschafters im X., I. R., zum Termin zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sein dürfte. Bei der Entscheidung über einen Beweisantrag, mit dem die Vernehmung eines im Ausland zu ladenden Zeugen beantragt wird, ist das Gericht vom Verbot der Beweisantizipation befreit (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93, BGHSt 40, 60 ff.).

Bei den Akten befindet sich eine von R. verfasste und dem Kommandanten der Fregatte ... am 20. Mai 2013 per e-mail übersandte Wiedergabe der Beobachtungen seiner Ehefrau. Hiernach hat R. weder bekundet, das Zeigen des 'Hitlergrußes' gesehen, noch die dem Soldaten unter Punkt 2 b der Anschuldigungsschrift vorgeworfene Äußerung gehört zu haben. Allerdings war sie ausweislich dieser Stellungnahme auch zeitweise beim Schwimmen und im Hotelrestaurant, also nicht den gesamten von der Anschuldigungsschrift erfassten Zeitraum in der Nähe des Soldaten. Daher dürften ihre zu erwartenden Bekundungen weder die Vorwürfe bestätigen, noch einen Beweiswert haben, der die Glaubhaftigkeit der Bekundungen von Zeugen erschüttern könnte, die ggf. die Vorwürfe aus eigener Wahrnehmung in der Berufungshauptverhandlung glaubhaft bestätigen werden.

Auch hierzu erhalten Sie **binnen der genannten Frist** Gelegenheit zur Stellungnahme."

- 6 Mit Schriftsatz vom 16. Januar 2017 erklärten die Verteidiger des Soldaten, sie bestünden darauf, dass die Ehefrau des deutschen Botschafters als Zeugin zum Termin geladen werde. Es sei nicht nachvollziehbar, dass deren Ladung entbehrlich sei, gleichzeitig aber der ebenfalls ortsabwesende Zeuge Obermaat K. mit einem weit höheren Kostenaufwand zurück ins Bundesgebiet verbracht werde. Die Aussagen der Ehefrau des deutschen Botschafters seien, auch wenn sie zeitweise abwesend gewesen sein sollte, wozu sie persönlich noch keine Ausführungen gemacht habe, unerlässlich, um den Beweiswert der Aussagen des bisherigen Hauptbelastungszeugen zu erschüttern oder zu widerlegen. Der Senat werde gebeten, bis zum 25. Januar 2017 zu bestätigen, dass die Ehefrau des deutschen Botschafters zum Termin geladen werde.

- 7 Mit Verfügung vom 3. Februar 2017 ordnete die Berichterstatterin des 2. Wehrdienstsenats die Übersendung eines Schreibens des Bundeswehrdisziplinaranwalts vom 1. Februar 2017 an die Verteidiger des Soldaten mit dem Zusatz an, dass, wenn Einsicht in das (in dem Schreiben des Bundeswehrdisziplinaranwalts erwähnte) Heft 4 der Marinedienstvorschrift 160/1 gewünscht werde, um Mitteilung bis zum 10. Februar 2016 (richtig: 2017) gebeten werde.
- 8 Mit Schriftsatz seiner Verteidiger vom 15. Februar 2017 lehnte der Soldat den Senat als befangen ab. Zur Begründung führte er aus, dass der Senat keine Kosten scheue, den Obermaat K. von der im Rahmen einer NATO-Operation in See befindlichen Fregatte ... aus einfliegen zu lassen, das Einfliegen der Ehefrau des deutschen Botschafters im X. jedoch ablehne. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Senat meine, sich unter Abstützung auf den Bundesgerichtshof vom Verbot der Beweisantizipation befreien zu können, und es gleichzeitig für unerlässlich halte, einen ebenfalls im Ausland stehenden Soldaten mit weitaus höherem Kostenaufwand nach Deutschland heimfliegen zu lassen. Hierdurch werde eindeutig und unwiderlegbar der Eindruck der Befangenheit erweckt. Er, der Berufungsführer, befürchte, dass ihn nur noch ein Verfahren erwarte, dessen Ergebnis bereits feststehe. Der Eindruck der Befangenheit werde auch durch die kurzen Fristen für die Rückäußerungen der Verteidigung erweckt. Es sei nicht nachzuvollziehen, warum der Senat mit Verfügung vom 3. Februar 2017, zugegangen am 6. Februar 2017, eine Frist zum 10. Februar 2017 setze und warum die Verteidiger binnen vier Arbeitstagen dem Senat eine Rückantwort zu erteilen hätten. Die Fristsetzung erscheine willkürlich und nur zur Demonstration der Macht des Senats angeordnet. Alle genannten Ereignisse erzeugten den Eindruck der vollständigen Befangenheit insbesondere der Berichterstatterin. Diese werde wie der gesamte Senat abgelehnt, da eine Trennung zwischen den Verfügungen der Berichterstatterin und dem Rest des Senats aus Sicht der Verteidigung nicht mehr möglich sei.

- 9 Die drei berufsrichterlichen Mitglieder des 2. Wehrdienstsenats haben unter dem 28. Februar, 1. März und 2. März 2017 dienstliche Äußerungen zu dem Befangenheitsantrag abgegeben. Die Verteidiger des Soldaten haben sich hierzu mit Schriftsatz vom 14. März 2017, per Fax eingegangen bei Gericht am 17. März 2017, geäußert. Der Bundeswehrdisziplinaranwalt hat von der Gelegenheit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht.
- 10 Wegen aller Einzelheiten wird auf die Akten verwiesen. Dem Senat haben bei der Beratung die Gerichtsakten beider Instanzen samt Beiakten vorgelegen.

## II

- 11 Über das Ablehnungsgesuch entscheidet der Senat in der sich aus der Vertretungsregelung des Geschäftsverteilungsplans des Bundesverwaltungsgerichts für das Geschäftsjahr 2017, Abschnitt C II. Satz 2 (Vertretung der Vorsitzenden) und Abschnitt C III. Nr. 1 und 4 (Vertretung der Beisitzenden) ergebenden Besetzung (§ 91 Abs. 1 Satz 1 WDO i.V.m. § 27 Abs. 1 und 2 StPO).
- 12 Die Ablehnung der drei regelmäßigen berufsrichterlichen Mitglieder des 2. Wehrdienstsenats wegen Besorgnis der Befangenheit ist unbegründet, weil kein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen deren Unparteilichkeit zu rechtfertigen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 WDO i.V.m. § 24 Abs. 1 und 2 StPO).
- 13 1. Das Ablehnungsgesuch vom 15. Februar 2017 ist unter Berücksichtigung seiner Begründung zulässig.
- 14 Ungenügend ist allerdings die einleitende Antragstellung, wonach "der Senat" als befangen abgelehnt wird. Denn abgelehnt werden können nur einzelne Richter oder einzelne Mitglieder eines Gerichts, nicht ein Kollegialgericht als Ganzes (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 24 Rn. 3 m.w.N.). Als einzelne Richterin bezeichnet hat der Soldat in der Begründung des Gesuchs nur die für das Verfahren zuständige Berichterstatterin Dr. Eppelt. Zulässig ist es jedoch, alle Richter abzulehnen, die an einer bestimmten Entschei-

dung mitgewirkt haben (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1969 - 5 StR 468/69 - BGHSt 23, 200 <202> und Beschluss vom 10. Juli 2014 - 3 StR 262/14 - NStZ 2014, 725); Entsprechendes gilt bei der Mitwirkung an prozessleitenden Verfügungen, wie hier der Ladung von Zeugen zur Hauptverhandlung.

- 15 Der Soldat beanstandet vor allem die Verfügung vom 10. Januar 2017, die nach ihrem Wortlaut ("Der Senat hält ...") und der dienstlichen Äußerung der Berichterstatterin auf einer Zwischenberatung der Berufsrichter beruht. Insofern kann zugunsten des Soldaten die in der Begründung des Gesuchs enthaltene Formulierung, dass "eine Trennung zwischen den Verfügungen der Berichterstatterin und dem Rest des Senates aus Sicht der Verteidigung nicht mehr möglich" sei, als hinreichend individualisierter Ablehnungsantrag auch gegen die Senatsvorsitzende Dr. von Heimburg und den Mitberichterstatter Prof. Dr. Burmeister verstanden werden.
- 16 Das Ablehnungsgesuch erstreckt sich dagegen ersichtlich nicht auf ehrenamtliche Richter, die nur innerhalb der Hauptverhandlung mitwirken (§ 80 Abs. 3 Satz 1 WDO) und an den hier inmitten stehenden Verfügungen und deren Vorbereitung nicht beteiligt waren.
- 17 2. Das Ablehnungsgesuch ist jedoch unbegründet.
- 18 Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (vgl. Scheuten, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 24 Rn. 3a mit Nachweisen zur stRspr). Eine den Verfahrensgegenstand berührende Vortätigkeit des Richters ist dabei, soweit sie der Gesetzgeber nicht zum Ausschließungsgrund erhoben hat, regelmäßig kein Ablehnungsgrund, soweit nicht besondere Umstände hinzukommen, die die Besorgnis der Befangenheit begründen (vgl. Scheuten, a.a.O., § 24 Rn. 8 mit Nachweisen zur stRspr). Insbesondere rechtfertigen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Mitwirkung des Richters an Zwischenentscheidungen in dem anhängigen Verfahren und die dabei geäußerten Rechtsmeinungen in der Regel nicht die Annahme der Befangenheit (vgl. auch zum Folgenden, BGH,



Beschluss vom 10. September 2002 - 1 StR 169/02 - BGHSt 48, 4 <8>). Selbst Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen oder sogar unhaltbaren Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass sachliche und rechtliche Fehler für sich nicht geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit eines Richters zu begründen. Allerdings gilt dieser Maßstab dann nicht, wenn dessen Entscheidungen abwegig sind oder sogar den Anschein der Willkür erwecken.

- 19 Nach diesen Maßstäben ergibt sich aus der Ladung von Obermaat K. als Zeugen einerseits und der Nichtladung der Ehefrau des deutschen Botschafters im X. als Zeugin andererseits keine Besorgnis der Befangenheit der beteiligten Richter.
- 20 Aus der Ladung von Obermaat K. (als solcher) folgt schon deshalb kein Ablehnungsgrund, weil die Verteidigung selbst nicht geltend gemacht hat, dass dessen persönliche Anhörung in der Hauptverhandlung entbehrlich sei. Sie hat vielmehr dessen Ladung in dem Ablehnungsgesuch allein zu dem Zweck aufgegriffen, um die Kosten, die mit der Anreise dieses geladenen Zeugen von der (sich im Rahmen einer NATO-Operation in der ... befindenden) Fregatte ... anfallen, den Kosten, die mit einer Anreise der nicht geladenen Ehefrau des deutschen Botschafters im X. verbunden wären, gegenüberzustellen und (unter anderem) hieraus den Eindruck der Befangenheit herzuleiten.
- 21 Was die Ehefrau des deutschen Botschafters im X. betrifft, so wurde diese jedoch nicht wegen der möglichen Kosten ihrer Anreise, sondern - wie sich eindeutig aus der Verfügung vom 10. Januar 2017 ergibt - auf der Grundlage von § 91 Abs. 1 Satz 1 WDO i.V.m. § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO nicht als Zeugin geladen. Nach dieser Vorschrift kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, abgelehnt werden, wenn die Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Die Verfügung vom 10. Januar 2017 legt demgemäß - unter Bezugnahme auf das in dem Ladungsantrag vom 22. Dezember 2016 angeführte Schreiben des deutschen Botschafters im X. (Bl. 54 der Gerichtsakte) und die dort wiedergegebenen Beobachtungen und

Aussagen seiner Ehefrau - die Gründe dar, aus denen der Senat die Vernehmung der Ehefrau des deutschen Botschafters im Sinne des § 244 Abs. 5 StPO für nicht erforderlich zur Erforschung der Wahrheit hält. Zusammenfassend heißt es dazu, dass "ihre zu erwartenden Bekundungen weder die Vorwürfe bestätigen, noch einen Beweiswert haben, der die Glaubhaftigkeit der Bekundungen von Zeugen erschüttern könnte, die ggf. die Vorwürfe aus eigener Wahrnehmung in der Berufungshauptverhandlung glaubhaft bestätigen werden".

- 22 Der Antrag vom 22. Dezember 2016, die Ehefrau des deutschen Botschafters im X. als Zeugin zur Hauptverhandlung zu laden, wurde damit nach den Vorschriften des maßgeblichen Prozessrechts in einer Weise behandelt, die - im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - nicht abwegig ist oder den Anschein der Willkür erweckt. Ein berechtigter Anlass, an der Unvoreingenommenheit der beteiligten Richter zu zweifeln, könnte deshalb nur dann bestehen, wenn besondere Umstände hinzukämen, die die Besorgnis der Befangeneheit begründeten.
- 23 Solche besonderen Umstände liegen jedoch nicht vor. Sie ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass sich die von dem Soldaten abgelehnten Richter mit der Darlegung der Gründe für die Nichtladung der Ehefrau des deutschen Botschafters für die Hauptverhandlung festgelegt hätten und den Berufungsführer, wie er geltend macht, nur noch ein Verfahren erwarte, dessen Ergebnis bereits feststehe.
- 24 Zum einen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, auf die in der Verfügung vom 10. Januar 2017 hingewiesen wurde, das Gericht bei der Entscheidung über einen Beweisantrag gemäß § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO, anders als bei der Bescheidung sonstiger Beweisanträge gemäß § 244 Abs. 3 StPO, vom Verbot der Beweisantizipation befreit; es darf also seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären (vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1994 - 1 StR 745/93 - BGHSt 40, 60 <62>). Gehört die Bewertung der bisherigen Beweislage und die Würdigung der zu erwartenden

den Ergebnisse einer weiteren Beweisaufnahme aber zum gesetzlichen Tatbestand, so kann die richterliche Anwendung dieses Tatbestands nicht die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit begründen (ebenso Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 24 Rn. 14; Temming, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2012, § 24 Rn. 18).

- 25 Zum anderen stellen die in der Verfügung vom 10. Januar 2017 mitgeteilten rechtlichen Erwägungen, wie sich aus deren konjunktivischer oder hypothetischer Formulierung ergibt, ersichtlich eine vorläufige Einschätzung dar, die die Vorgehensweise des Gerichts bei der Vorbereitung der Berufungshauptverhandlung erläutert. Welche Ergebnisse die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung tatsächlich hervorbringen wird und wie diese dann zu würdigen sein werden, ist damit nicht vorgezeichnet. Ebensowenig ist vorbestimmt, wie im Lichte der Ergebnisse dieser Beweisaufnahme über einen ggf. in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag, die Ehefrau des deutschen Botschafters im X. als Zeugin zu vernehmen, zu entscheiden sein wird, was im Falle der Ablehnung dann eines Gerichtsbeschlusses bedarf (§ 244 Abs. 6 StPO).
- 26 Ein Grund, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Eppelt zu rechtfertigen, folgt schließlich nicht aus deren Verfügung vom 3. Februar 2017, mit der sie die Verteidiger des Soldaten um Mitteilung bis zum 10. Februar 2016 (richtig und von der Verteidigung auch so verstanden: 2017) bat, wenn Einsicht in das von der Bundeswehrdisziplinaranwaltschaft vorgelegte Heft 4 der Marinedienstvorschrift 160/1 gewünscht werde. Auch wenn diese Verfügung erst am 6. Februar 2017 (vormittags) zugegangen ist, ist nicht erkennbar, warum - wie die Verteidiger geltend machen - es willkürlich sei und eine unzulässige Ausübung von Druck darstelle, wenn im Zuge der Vorbereitung einer in rund eineinhalb Monaten anstehenden Berufungshauptverhandlung innerhalb von fünf Werktagen eine Antwort auf eine einfache Frage erbeten wird, zumal bejahendenfalls mit einer weiteren Frist Einsicht in die Marinedienstvorschrift zu gewähren wäre. Sofern der Beantwortung der Frage für das Gericht nicht erkennbare Hindernisse entgegenstanden haben sollten, hätten diese, was im vorliegenden Fall jedoch nicht

geschehen ist, ohne Weiteres mit einem Antrag auf Fristverlängerung vorgebracht werden können.

- 27 3. Der in dem Schriftsatz der Verteidiger des Soldaten vom 14. März 2017 gestellte weitere Antrag, den für den 23. März 2017 angesetzten Termin der Berufungshauptverhandlung zu verlegen und die Entscheidung dem 1. Wehrdienstsenat zu übertragen, ist nicht Gegenstand dieses Beschlusses.

Dr. Frentz

Dr. Langer

Dr. von der Weiden