



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 2 WD 4.11  
TDG S 4 VL 3/10

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren

g e g e n

Herrn Hauptmann a.D.

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

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

am 31. Januar 2012 beschlossen:

Auf die Berufung des früheren Soldaten und der Wehrdisziplinaranwaltschaft wird das Urteil der 4. Kammer des Truppendienstgerichts Süd vom 14. Oktober 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an das Truppendienstgericht Nord zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens und die Erstattung der dem Soldaten darin entstandenen notwendigen Auslagen bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Der 44 Jahre alte frühere Soldat wurde im September 1990 in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit berufen. Im Mai 1998 wurde ihm die Eigenschaft eines Berufssoldaten verliehen. Er wurde regelmäßig befördert, zuletzt im Januar 2002 zum Hauptmann. Wegen Erreichens der besonderen Altersgrenze wurde er mit Ablauf des ... 2009 in den Ruhestand versetzt.

#### II

- 2 Mit Einleitungsverfügung vom 29. September 2005, dem Soldaten ausgehändigt am 30. September 2005, wurde ein gerichtliches Disziplinarverfahren wegen der Nichtbefolgung eines Befehls, sich einer Untersuchung der Dienst- und Verwendungsfähigkeit zu unterziehen, sowie wegen Betäubungsmittelkonsums in den Jahren 2003 bis 2005 eingeleitet, zugleich aber bis zum rechtskräftigen Abschluss des sachgleichen Strafverfahrens ausgesetzt.
- 3 In seiner Vernehmung vom 5. August 2005 hatte der frühere Soldat zu der im Formular vorformulierten Erklärung „Ich widerspreche der Anhörung meiner Vertrauensperson“ „nein“ angekreuzt. In einem auf den 26. September 2005 datierten „Anhörungsvermerk gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 WDO“, in dem es u.a. heißt:

„Das Ergebnis der Anhörung der Vertrauensperson gemäß § 27 Abs. 2 SBG i.V.m. § 4 WDO wurde mir vor der Anhörung bekannt gegeben“,

ist handschriftlich Folgendes vermerkt:

„Ich möchte mich zum Tatvorwurf und zur Einbeziehung der Vertrauensperson erst äußern, nachdem ich Rechtsbeistand in Anspruch genommen habe.“

- 4 Eine Anhörung der Vertrauensperson ist nicht erfolgt. Ein Protokoll nach § 27 Abs. 4 SBG befindet sich nicht bei den Akten.
- 5 Im Juni 2007 bzw. Ende Oktober 2007 waren jeweils teilweise sachgleiche Strafverfahren wegen Gehorsamsverweigerung und Betäubungsmittelkonsum durch rechtskräftiges Urteil bzw. durch Einstellungsbeschluss nach § 153a StPO abgeschlossen worden. Nach Konkretisierung der Vorwürfe bezüglich des Betäubungsmittelkonsums und der Gewährung von Schlussgehör wurde dem früheren Soldaten am 13. Juni 2008 die Anschuldigungsschrift vom 21. Mai 2008 zugestellt. Durch Urteil der 5. Kammer des Truppendienstgerichts Süd vom 12. März 2009 wurde dem früheren Soldaten das Ruhegehalt aberkannt. Auf seine Berufung wurde dieses Urteil mit Beschluss des Senats vom 5. Januar 2010 - BVerwG 2 WD 26.09 - aufgehoben und das Verfahren wegen einer unrichtigen Besetzung der Truppendienstkammer in der Hauptverhandlung und einer unzureichenden Vertretung der Wehrdisziplinaranwaltschaft an einem Verhandlungstag an eine andere Kammer des Truppendienstgerichts Süd zurückverwiesen.
- 6 In der Folge hat die 4. Kammer des Truppendienstgerichts Süd mit Urteil vom 14. Oktober 2010 den früheren Soldaten wegen eines Dienstvergehens in den Dienstgrad eines Leutnants a.D. herabgesetzt. Hiergegen wenden sich die unbeschränkte Berufung des früheren Soldaten und die maßnahmebeschränkte Berufung der Wehrdisziplinaranwaltschaft.
- 7 Den Beteiligten ist durch gerichtliche Verfügungen vom 1. April 2011 und vom 19. Dezember 2011 gemäß § 120 Abs. 2 WDO Gelegenheit gegeben worden, zu einer Aufhebung des Urteils und der Zurückverweisung des Verfahrens an ein anderes Truppendienstgericht wegen unzureichender Beteiligung der Vertrauensperson Stellung zu nehmen. Der Bundeswehrdisziplinaranwalt tritt dem entgegen. Mit der Anhörung wäre nur einer Formalität genügt worden, ohne

dass sie einen nutzbringenden Erkenntnisgewinn habe erwarten lassen. Er meint zudem, dass die unterbliebene Anhörung der Vertrauensperson wegen des Verhaltens und der Erklärung des früheren Soldaten den gesetzlichen Vorgaben entsprochen habe. Jedenfalls sei mit dem Eintritt des früheren Soldaten in den Ruhestand eine Aufhebung und Zurückverweisung nicht mehr möglich und geboten, da die Anhörung zwar mangels Zuständigkeit einer Vertrauensperson für Reservisten nicht mehr nachholbar, ein sich daraus an sich ergebendes Verfahrenshindernis aber wieder entfallen sei. Der Verfahrensfehler wirke sich nicht mehr zum Nachteil des früheren Soldaten aus. Der frühere Soldat wünscht dagegen ausdrücklich die Nachholung der unterbliebenen Beteiligung der Vertrauensperson.

### III

- 8 Die vom früheren Soldaten und von der Wehrdisziplinaranwaltschaft eingelegte, zulässige Berufung (§ 115 Abs. 1 Satz 1, § 116 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 WDO) führt zur Zurückverweisung der Sache an ein anderes Truppendienstgericht zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung, weil ein schwerer Mangel des Verfahrens vorliegt (§ 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO). Die Entscheidung ergeht durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung (§ 120 Abs. 1 WDO) in der Besetzung mit drei Richtern (§ 80 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 WDO).
- 9 Ein schwerer Mangel des Verfahrens im Sinne des § 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO liegt vor, wenn gegen eine Verfahrensvorschrift verstoßen worden ist, deren Verletzung schwerwiegend und für den Ausgang des Verfahrens (noch) von Bedeutung ist. Ein schwerwiegender Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift ist regelmäßig dann gegeben, wenn die Rechte eines Verfahrensbeteiligten wesentlich beeinträchtigt worden sind oder wenn der Verfahrensverstoß den Zweck einer Formvorschrift wesentlich vereitelt. Für den Ausgang des Berufungsverfahrens sind Verfahrensmängel dann von Bedeutung, wenn die Entscheidung über das Rechtsmittel im Falle einer Behebung des Verfahrensfehlers anders ausfallen kann als im Falle seiner Nichtbehebung (stRspr, vgl. u.a. Beschluss vom 5. Januar 2010 - BVerwG 2 WD 26.09, 2 WDB 3.09 - Buchholz 450.2 § 120 WDO 2002 Nr. 4 Rn. 11).

- 10 Aber auch unabhängig von der Auswirkung des Fehlers auf den Ausgang des Berufungsverfahrens ist ein schwerer Mangel des Verfahrens im Sinne des § 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO dann gegeben, wenn eine vom Gesetzgeber als zwingend ausgestaltete Verfahrensvorschrift, d.h. nicht nur eine reine Ordnungsvorschrift, nicht beachtet wurde (vgl. zur Abgrenzung „wesentlicher Mängel“ des behördlichen Disziplinarverfahrens nach dem Bundesdisziplinargesetz von der Verletzung „bloßer Ordnungsbestimmungen“ Urteil vom 24. Juni 2010 - BVerwG 2 C 15.09 - BVerwGE 137, 192 = Buchholz 235.1 § 55 BDG Nr. 6 <jeweils Rn. 19>). Das Gericht darf eine solche zwingende Vorschrift nicht dadurch „leerlaufen“ lassen, dass es ihre Nichtbeachtung als für das Ergebnis des gerichtlichen Disziplinarverfahrens unerheblich einstuft. Vielmehr ist es Aufgabe des Gerichts, die Nachholung einer unterbliebenen Verfahrenshandlung, soweit es das Verfahrensrecht zulässt, herbeizuführen (vgl. Urteil vom 8. Dezember 2010 - BVerwG 2 WD 24.09 - BVerwGE 138, 263 = Buchholz 449.7 § 27 SBG Nr. 4 <jeweils Rn. 11>).
- 11 1. Das Unterbleiben der gemäß § 27 Abs. 2 SBG grundsätzlich vorgeschriebenen Anhörung der Vertrauensperson vor Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens stellt nicht nur eine Verletzung einer Ordnungsbestimmung, sondern einen Verstoß gegen eine gesetzlich zwingend vorgesehene Verfahrensvorschrift dar (Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 15 ff.>). Die fehlende Anhörung der Vertrauensperson begründet einen vorgerichtlichen Verfahrensmangel, der den Vorsitzenden der Truppendienstkammer hätte veranlassen müssen, den Wehrdisziplinaranwalt zur Beseitigung des Mangels aufzufordern, § 99 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 WDO. Dass es nicht zu einer entsprechenden Aufforderung gekommen ist, begründet wiederum einen schweren Mangel des gerichtlichen Verfahrens, der in Ermangelung einer Aufforderungsmöglichkeit durch den Senat hier gemäß § 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO zwingend zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache führt (Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 20>).

- 12 2. Die für den früheren Soldaten im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zuständige Vertrauensperson ist vor der Einleitung des Verfahrens nicht angehört worden. Dies war mangels Widerspruchs des früheren Soldaten rechtswidrig (dazu unten a). Der Verfahrensfehler ist nicht durch den Eintritt des Soldaten in den Ruhestand geheilt oder bedeutungslos geworden; vielmehr ist die Anhörung der im Zeitpunkt der Einleitung zuständigen Vertrauensperson nachzuholen (dazu unten b).
- 13 a) aa) § 4 WDO i.V.m. § 27 Abs. 2 SBG sehen die Anhörung der Vertrauensperson zur Person des Soldaten und zum Sachverhalt vor, sofern der Soldat nicht widerspricht. Hiernach stellt das Unterbleiben der gesetzlich vorgesehenen Anhörung nicht nur die Verletzung einer Ordnungsbestimmung, sondern einen Verstoß gegen eine als zwingend vorgesehene Verfahrensvorschrift dar (vgl. Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 15 bis 17>).
- 14 Die Anhörung nach § 27 Abs. 2 SBG dient der Vorbereitung der Ermessensentscheidung der Einleitungsbehörde nach § 15 Abs. 2 WDO, ob die Einleitung eines disziplinargerichtlichen Verfahrens gegen den betroffenen Soldaten opportun ist. Die Vertrauensperson kann sich deshalb z.B. auch dazu äußern, ob sie die Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens für geboten hält oder eine anderweitige Ahndung, insbesondere den Ausspruch einer einfachen Disziplinarmaßnahme - dann vorherige Anhörung der Vertrauensperson gemäß § 27 Abs. 1 SBG - oder einer Erzieherischen Maßnahme, für ausreichend erachtet. Die Anhörung zur Person, die eine Äußerung über die charakterlichen Vorzüge und Mängel, das kameradschaftliche Verhalten des Soldaten und dessen Ansehen im Kameradenkreis sowie über seine persönlichen und außerdienstlichen Verhältnisse bezweckt, soll der Einleitungsbehörde helfen, die Persönlichkeit, die bisherige Führung des Soldaten und die Beweggründe seines Handelns richtig zu beurteilen. In der Anhörung zum Sachverhalt kann die Vertrauensperson der Einleitungsbehörde aus ihrer und der Kameraden Sicht die dienstlichen Umstände und die Motivation des Verhaltens sowie die Auswirkungen darlegen, die das Handeln oder Unterlassen des Soldaten im Kameradenkreis oder bei Außenstehenden gehabt hat.

- 15 bb) Da der frühere Soldat der Anhörung der Vertrauensperson nicht eindeutig widersprochen hat, verletzt das Unterbleiben dieses Verfahrensschrittes die genannten Vorschriften.
- 16 aaa) Zwar ist im Protokoll der Anhörung des früheren Soldaten vom 26. September 2005 die formularmäßig vorformulierte Erklärung enthalten, das Ergebnis der Anhörung der Vertrauensperson gemäß § 27 Abs. 2 SBG i.V.m. § 4 WDO sei vor der Anhörung bekannt gegeben worden. Dass dies nicht den Tatsachen entsprach und nur irrtümlich nicht gestrichen wurde, ergibt sich aber bereits aus dem handschriftlichen Zusatz auf der Niederschrift. Es würde keinen Sinn machen, noch Rechtsrat über eine Erklärung einholen zu wollen, deren Sinn es wäre, eine bereits erfolgte Beteiligung der Vertrauensperson zu verhindern. Hinzu kommt noch, dass eine nach § 27 Abs. 4 SBG obligatorische Niederschrift nicht in den Akten vorhanden ist und weder der frühere Soldat noch der Bundeswehrdisziplinaranwalt geltend gemacht haben, die Frage der Nachholung der Anhörung der Vertrauensperson stelle sich nicht, weil sie bereits erfolgt sei.
- 17 bbb) Ein Widerspruch ist in der Vernehmung vom 5. August 2005 - durch Verwendung einer formularmäßigen Erklärung - nicht erklärt worden. Ein Widerspruch ist entgegen der Einschätzung des Bundeswehrdisziplinaranwaltes auch nicht in der in der Niederschrift der Vernehmung vom 26. September 2005 protokollierten Erklärung des früheren Soldaten enthalten. Die Erklärung, sich zur Einbeziehung der Vertrauensperson erst nach Einholung von Rechtsrat äußern zu wollen, hält die Möglichkeit eines Widerspruches gerade offen und gibt ausdrücklich gar keine Willensäußerung zur Anhörung ab.
- 18 Eine Nichtäußerung ist zwar keine Zustimmung (vgl. Urteil vom 24. Juni 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 14>), sie ist aber auch kein Widerspruch. Das Gesetz sieht die Beteiligung der Vertrauensperson als Regelfall vor. Es verlangt dem Soldaten eine eindeutige Kundgabe der Ablehnung dieses Verfahrensschrittes ab, wenn er die Beteiligung der Vertrauensperson verhindern will, und verpflichtet die Einleitungsbehörde zur Anhörung der Vertrauensperson, wenn eine eindeutige Ablehnung des Soldaten trotz einer Erklärungsmöglichkeit nicht erklärt wird.

Eine ablehnende Erklärung liegt nicht in der ausweichenden Antwort, erst mit dem Anwalt sprechen zu wollen. Wer die Frage nach der Beteiligung der Vertrauensperson offen lässt, tritt ihr (noch) nicht entgegen. Ist schon der Verzicht auf eine Beteiligung kein Widerspruch gegen diese (Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 14>), so ist es das ausdrückliche Offenlassen der Frage erst recht nicht.

- 19 Dass die Einleitungsverfügung unter dem 29. September 2005 gezeichnet und einen Tag später ausgehändigt wurde, war vor diesem Hintergrund rechtsfehlerhaft. Die Einleitungsbehörde hätte mangels Vorliegens eines eindeutigen Widerspruchs zuvor die Vertrauensperson anhören, hierüber eine Niederschrift nach § 27 Abs. 4 SBG erstellen und das Ergebnis dem früheren Soldaten nach § 4 Satz 2 WDO bekannt geben müssen. Im Hinblick auf seinen Verweis auf die Einholung von Rechtsrat vom 26. September 2005 hätte sie ihm - mit einem die Konsultation des Rechtsanwaltes ermöglichenden zeitlichen Vorlauf - den Termin der Anhörung der Vertrauensperson mitteilen können, um ihm so die Möglichkeit zu geben, die Frage nach dem Widerspruch kurzfristig mit dem schon im August 2005 mandatierten Verteidiger zu besprechen und gegebenenfalls noch rechtzeitig zu widersprechen. In diesem Fall hätte der Soldat auch unter Berücksichtigung seines Rechts auf Verteidigerkonsultation zumutbar die Möglichkeit gehabt, sich rechtzeitig ablehnend zu erklären, so wie es das Gesetz vorsieht.
- 20 ccc) Die Anhörung der Vertrauensperson durfte zum Zeitpunkt der Einleitung und darf auch im jetzigen Verfahrensstadium nicht deshalb unterbleiben, weil sie mangels persönlicher Kenntnis der Vertrauensperson von der Person und der Dienstleistung des Soldaten eine bloße Formalität wäre.
- 21 Da es sich bei § 27 Abs. 2 SBG um eine zwingende Verfahrensvorschrift handelt, hat weder die Einleitungsbehörde noch das Gericht im Rahmen der Prüfung der Notwendigkeit einer Nachholung Ermessen dahingehend, eine Anhörung nur dann vorzunehmen, wenn sie voraussichtlich für die Entscheidung über die Einleitung brauchbare Erkenntnisse liefern kann. Hinzu kommt noch, dass der Vertrauensperson der Sachverhalt bekanntzugeben ist und sie mit



Einwilligung des Betroffenen auch Akteneinsicht bekommt (§ 27 Abs. 3 SBG). Auf dieser Grundlage könnte sie selbst dann zu den Fragen, die wie oben ausgeführt Gegenstand ihrer Anhörung sind, eine Stellungnahme abgeben, wenn sie den Betroffenen nicht persönlich kennt. Es spricht insbesondere nichts dagegen, dass die Vertrauensperson etwa dienstliche Umstände des in Rede stehenden Vorwurfs aus Kameradensicht oder Auswirkungen auf den Kameradenkreis bzw. ein (fehlendes) Bekanntwerden in diesem erläutert.

- 22 Vor diesem Hintergrund greift auch das Argument des Bundeswehrrisziplinaranwaltes nicht durch, die zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens für den früheren Soldaten zuständige Vertrauensperson kenne diesen wegen einer erst kurz vor der Einleitung erfolgten Versetzung in ihren Zuständigkeitsbereich und einer kurz darauf erfolgten Wegkommandierung praktisch nicht und könne daher keine nutzbringenden Erkenntnisse beitragen. Dass im Rahmen einer Nachholung die dann zuständige Vertrauensperson den im Ruhestand befindlichen Soldaten unter Umständen ebenfalls nicht persönlich kennt, ist für die Frage nach der rechtlichen Notwendigkeit einer Anhörung aus demselben Grund ohne entscheidende Bedeutung.
- 23 b) aa) Die Nachholung der unterbliebenen Anhörung ist entgegen der Rechtsauffassung des Bundeswehrrisziplinaranwaltes auch nicht dadurch unmöglich geworden, dass der Soldat zwischenzeitlich in den Ruhestand getreten ist und es seit diesem Zeitpunkt keine für ihn zuständige Vertrauensperson mehr gibt.
- 24 Anzuhören ist die Vertrauensperson, die dafür im Zeitpunkt der Entscheidung über die Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens zuständig ist, und zwar unabhängig davon, wer Vertrauensperson war, als das Dienstvergehen begangen wurde (Urteil vom 4. September 2009 - BVerwG 2 WD 17.08 - BVerwGE 134, 379 = Buchholz 450.2 § 13 WDO 2002 Nr. 1 <jeweils Rn. 24>). Zuständig ist die Vertrauensperson des zu maßregelnden Soldaten, die nach den Vorschriften des SBG (§ 2) gewählt worden ist, oder der nach § 13 SBG eingetretene Stellvertreter (vgl. Dau, WDO, 5. Aufl. 2009, § 4 Rn. 11). Hieraus folgt, dass für einen Soldaten grundsätzlich die Vertrauensperson zuständig ist,

die von der Wählergruppe gewählt wurde, der er im maßgeblichen Zeitpunkt - hier der Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens - angehört.

- 25 Zwar trifft es zu, dass vom Dienstzeitende an keine Vertrauensperson mehr für Reservisten zuständig ist, da Reservisten keine Vertrauenspersonen wählen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der zuständigen Vertrauensperson ist aber auch für die Nachholung der Anhörung der Vertrauensperson die Einleitung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens. Im Rahmen einer Nachholung der Anhörung ist mithin die Vertrauensperson anzuhören, in deren Zuständigkeitsbereich dies bei einer rechtmäßigen Anwendung von § 27 Abs. 2 SBG gefallen wäre.
- 26 Hierfür sprechen die Wirksamkeit der Einleitungsverfügung trotz des Fehlers und das Wesen der Mängelbeseitigung nach § 99 Abs. 3 WDO:
- 27 Unterbleibt die gesetzlich vorgesehene Anhörung der Vertrauensperson, hat dies (noch) nicht die Unwirksamkeit der Einleitungsverfügung zur Folge und stellt auch (noch) kein Verfahrenshindernis dar (Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 19 m.w.N.>). Weil die Einleitungsverfügung wirksam ist, bestimmt sie auch den maßgeblichen Zeitpunkt für die Zuständigkeit der Vertrauensperson.
- 28 Die Mängelbeseitigung nach § 99 Abs. 3 WDO soll der Wieder- bzw. Nachholung der fehlerhaften Verfahrensschritte dienen. Dies erfordert aber nicht, dass eine völlig neue Einleitungsverfügung erstellt wird. Die Anhörung nach § 27 Abs. 2 SBG dient - sowohl im Interesse des Soldaten als auch zur Objektivierung des Verfahrens (vgl. ZDv 10/2 Nr. 236) - der Vorbereitung der Ermessensentscheidung der Einleitungsbehörde nach § 15 Abs. 2 WDO, ob die Einleitung eines disziplinargerichtlichen Verfahrens gegen den betroffenen Soldaten opportun ist (Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 16>). An einer die Sicht der Vertrauensperson einbeziehenden und damit pflichtgemäßen Ermessensentscheidung fehlt es zwar, wenn ihre Anhörung rechtswidrig unterblieb. Geheilt wird der Fehler im Rahmen des § 99 Abs. 3 WDO aber dadurch, dass die Einleitungsbehörde nach der Nachholung der Anhörung prüft, ob sie an ih-

rer Entscheidung auch unter Beachtung des Vortrages der Vertrauensperson unverändert festhält, und diese Prüfung dokumentiert (Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 22>). Geht es mithin aber um eine „Nachbesserung“ der fehlerhaften Verfahrensschritte durch Nachholung des Unterlassenen, dann sind auch die Funktionsträger zu beteiligen, deren ordnungsgemäße Beteiligung unterlassen wurde.

- 29 Der in § 82 Abs. 1 WDO zum Ausdruck kommende Gedanke der Verfahrenskontinuität bei Versetzung in den Ruhestand während eines schwebenden gerichtlichen Disziplinarverfahrens spricht ebenfalls dafür, dass dieses Ereignis nicht zu einer Änderung der Zuständigkeit der Vertrauensperson führt.
- 30 Für die Nachholung der Anhörung weist der Senat klarstellend auf folgende Aspekte hin:
- 31 Die nachträgliche Anhörung der im Zeitpunkt der Entscheidung über die Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens zuständigen Vertrauensperson verlangt nicht zwingend, dass die konkrete Person anzuhören wäre, die damals diese Funktion inne hatte. Entscheidend ist vielmehr, welche konkrete Person zum Zeitpunkt der Nachholung das in Rede stehende Amt der im Zeitpunkt der Einleitungsentscheidung für den Soldaten zuständigen Vertrauensperson inne hat. Ist zwischenzeitlich eine andere Person in dieses Amt gewählt worden, so ist dem Rechnung zu tragen. Ein Soldat, der nicht mehr die Rechte und Pflichten einer Vertrauensperson hat, kann nicht mehr aufgefordert werden, die Aufgaben der Vertrauensperson zu erfüllen.
- 32 Für die Bestimmung der zuständigen Vertrauensperson hat eine Kommandierung des Soldaten zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Einleitung dann Bedeutung, wenn die Kommandierung seine Wahlberechtigung ändert. Ob der Soldat die konkrete Vertrauensperson tatsächlich mitgewählt hat, ist dagegen unerheblich. Die Zuständigkeit der Vertrauensperson bestimmt sich nach der Zugehörigkeit zu einer Wählergruppe zum maßgeblichen Zeitpunkt.

- 33 bb) Da wie ausgeführt der schwere Verfahrensmangel einer unterbliebenen Beteiligung der Vertrauensperson heilbar ist, scheidet eine Zurückverweisung zur nochmaligen Verhandlung nicht deshalb aus, weil sich der Verfahrensmangel nicht mehr zum Nachteil des früheren Soldaten auswirken kann und ein Verfahrenshindernis damit entfallen ist.
- 34 Der Bundeswehrrdisziplinaranwalt verweist darauf, dass nach einer Verfahrenseinstellung nach § 108 Abs. 4 WDO wegen eines nicht behebbaren Anhörungsmangels die fortbestehende Verdachtslage die zuständige Einleitungsbehörde zu einer erneuten Verfahrenseinleitung veranlassen müsste, ohne dass in diesem neuen Verfahren wegen der Ruhestandsversetzung des früheren Soldaten eine Vertrauensperson anzuhören wäre.
- 35 Ist der schwere Verfahrensmangel aber dadurch heilbar, dass das Gericht im Rahmen einer Entscheidung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 WDO die Verfahrensherrschaft wieder an die Einleitungsbehörde zurückgibt und ihr eine Änderung ihrer Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung des Vortrags der Vertrauensperson ermöglicht, so liegt kein Verfahrenshindernis vor (vgl. Beschluss vom 22. Juli 2004 - BVerwG 2 WDB 4.03 - Buchholz 235.01 § 93 WDO 2002 Nr. 3). Damit geht dieser Ansatz ins Leere. Hier ist nicht ein neues Verfahren durchzuführen, sondern ein Verfahrensfehler in einem bereits anhängigen Verfahren zu heilen. Im Übrigen ist wegen des Zeitablaufs auch nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass ein neu eingeleitetes Verfahren mit dem Erfordernis, alle Verfahrensschritte einschließlich etwa notwendiger Zeugenvernehmung zu wiederholen, nicht einen für den früheren Soldaten günstigeren Ausgang nehmen könnte.
- 36 In dem fortbestehenden Erfordernis einer Nachholung liegt auch keine Art. 3 Abs. 1 GG verletzende Ungleichbehandlung im Vergleich mit anderen früheren Soldaten. Die zum Vergleich gestellten Personengruppen sind nicht im Wesentlichen gleich: Wird ein Verfahren vor dem Eintritt in den Ruhestand eingeleitet, so ist die Beteiligung einer Vertrauensperson von § 27 Abs. 2 SBG gefordert und ihr Unterbleiben trotz fehlenden Widerspruchs verfahrensfehlerhaft. Wird ein Verfahren nach dem Eintritt in den Ruhestand eingeleitet, so fordern die

gesetzlichen Regelungen keine Beteiligung einer Vertrauensperson und das Unterbleiben ist grundsätzlich ordnungsgemäß. Ob es im vorgerichtlichen Verfahren zu einem der Einleitungsbehörde zuzurechnenden Verfahrensfehler gekommen ist, ist ein wesentlicher Unterschied, der eine unterschiedliche Entscheidung über das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses für ein konkretes Verfahren rechtfertigt.

- 37 3. Nach alledem macht der Senat von dem ihm durch § 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO eingeräumten Ermessen Gebrauch, die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Truppendienstgericht zurückzuverweisen.
- 38 Zwar steht die Entscheidung darüber, ob der Senat bei Vorliegen eines schweren Verfahrensmangels ungeachtet dessen in der Sache selbst entscheidet oder ob er das Urteil der Truppendienstkammer aufhebt und die Sache an eine andere Kammer desselben Truppendienstgerichts oder eines anderen Truppendienstgerichts zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung zurückverweist, nach § 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO in seinem Ermessen. Bei der pflichtgemäßen Ausübung des Ermessens kommt dem Normzweck regelmäßig eine entscheidende Bedeutung zu.
- 39 Das Beschleunigungsgebot (§ 17 Abs. 1 WDO) steht einer Zurückverweisung hier schon deshalb nicht entgegen, weil diese zur Sicherstellung des Anspruchs auf ein faires rechtsstaatliches Disziplinarverfahren (speziell zum gerichtlichen Wehrdisziplinarverfahren BVerfG, Kammerbeschluss vom 14. Juni 2000 - 2 BvR 993/94 - ZBR 2001, 208) unvermeidbar ist und der Senat selbst keine Möglichkeit hat, auf die Nachholung der unterbliebenen Beteiligung der Vertrauensperson hinzuwirken. Da eine Mängelbeseitigung von Gesetzes wegen nur im ersten Rechtszug vorgesehen ist, ist die Sache zurückzuverweisen, damit der Vorsitzende der nun zuständigen Truppendienstkammer gemäß § 99 Abs. 3 WDO verfährt (vgl. Urteil vom 8. Dezember 2010 a.a.O. <jeweils Rn. 22>). Dass auch der Senat den Verfahrensfehler der unterbliebenen Anhörung der Vertrauensperson bei seiner Entscheidung von 5. Januar 2010 nicht berücksichtigt hatte, steht der Aufhebung und Zurückverweisung nicht ent-

gegen, weil der Senat auch in diesem Fall keine Möglichkeit hat, den Mangel selbst zu beheben.

- 40 Die Zurückverweisung an eine andere Kammer des Truppendienstgerichts Süd scheidet hier deshalb aus, weil nach dem Geschäftsverteilungsplan des Truppendienstgerichts Süd für das Geschäftsjahr 2012 vom 30. November 2011 die 5. Kammer zuständig wird, wenn das Bundesverwaltungsgericht auf der Grundlage des § 120 Abs. 1 Nr. 2 WDO eine Entscheidung der 4. Kammer aufhebt. Die 5. Kammer des Truppendienstgerichts Süd war aber bereits mit dem Verfahren befasst.
- 41 Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens und die Erstattung der dem Soldaten darin erwachsenen notwendigen Auslagen bleibt der endgültigen Entscheidung in dieser Sache vorbehalten (§ 141 Abs. 1 und 2 WDO).

Golze

Dr. Burmeister

Dr. Eppelt

Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Wehrdisziplinarverfahrensrecht	Fachpresse:	ja

Rechtsquellen:

WDO	§§ 4, 99 Abs. 3 Satz 1, § 120 Abs. 1 Nr. 2
SBG	§ 27 Abs. 2

Stichworte:

Aufhebung; Zurückverweisung; Vertrauensperson; Anhörung; Nachholung; Mängelbeseitigung; Ruhestandsversetzung; Reservist; Verfahrensmangel; Verfahrenshindernis; Widerspruch.

Leitsätze:

1. Die Erklärung, sich noch nicht zur Anhörung der Vertrauensperson äußern zu wollen, stellt keinen Widerspruch im Sinne von § 27 Abs. 2 SBG dar.
2. Die Nachholung einer unterbliebenen Anhörung der Vertrauensperson wird nicht dadurch unmöglich, dass der Soldat nach der Einleitung des Verfahrens in den Ruhestand tritt.
3. Zur Mängelbeseitigung nach § 99 Abs. 3 WDO ist die Vertrauensperson anzuhören, die von der Wählergruppe (§ 2 WDO) gewählt wird, der der Soldat im Zeitpunkt der Entscheidung über die Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens angehört hatte.

Beschluss des 2. Wehrdienstsenats vom 31. Januar 2012 - BVerwG 2 WD 4.11

I. TDG Süd vom 14.10.2010 - Az.: TDG S 4 VL 3/10 -