



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## BESCHLUSS

BVerwG 2 WDB 3.05  
TDG N 2 GL 16/05

In der Disziplinarsache

des Oberst i.G. ...,

...,

...,

- Bevollmächtigter:  
Rechtsanwalt ...,  
... -

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Pietzner,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

am 12. April 2006 beschlossen:

Die in der Einstellungsverfügung des Stellvertreters des Generalinspektors der Bundeswehr und Inspektors der Streitkräftebasis vom 11. Mai 2005 getroffene Feststellung eines Dienstvergehens wird aufgehoben.

Im Übrigen wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden dem Bund auferlegt, der auch die dem Soldaten darin erwachsenen notwendigen Auslagen zu tragen hat.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Der 59 Jahre alte Soldat ist Berufssoldat im Dienstgrad eines Oberst i.G. Seine Dienstzeit endet mit Ablauf des 31. Januar 2007. Seit 1. Oktober 2003 wird er als Einsatz-Generalstabsoffizier im L...amt in K. verwendet. Zuvor wurde er als Verteidigungsattaché beim Militärattachéstab an der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in B. eingesetzt.
- 2 Der Stellvertreter des Generalinspektors der Bundeswehr und Inspekteur der Streitkräftebasis hatte gegen den Soldaten mit Verfügung vom 31. Juli 2003, ihm ausgehändigt am 1. August 2003, ein gerichtliches Disziplinarverfahren gemäß § 93 Abs. 1, § 94 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WDO eingeleitet. Ihm war vorgeworfen worden, seine Dienstpflichten schuldhaft verletzt zu haben, indem er während seiner Zeit als Verteidigungsattaché in 13 Fällen bei der Abrechnung von Reisekosten unrichtige Angaben gemacht und in zwei Fällen Geldbeträge von Repräsentanten deutscher Rüstungsunternehmen zur finanziellen Unterstützung eines Besuchs des Inspektors der Luftwaffe ohne vorherige Genehmigung des Dienstherrn entgegengenommen habe.
- 3 Durch Verfügung vom 11. Mai 2005, die dem Soldaten am 31. Mai 2005 ausgehändigt wurde, stellte der Stellvertreter des Generalinspektors der Bundeswehr und Inspekteur der Streitkräftebasis das gerichtliche Disziplinarverfahren gemäß § 98 Abs. 2 WDO ein. Hinsichtlich des Vorwurfs der Entgegennahme von Geldbeträgen ohne vorherige Genehmigung des Dienstherrn stellte er ein Dienstvergehen fest und missbilligte das Verhalten des Soldaten ausdrücklich. In der Begründung wird ausgeführt:

„I. Der im Zeitpunkt der Einleitungsverfügung vom 31. Juli 2003 im Raume stehende weitergehende Verdacht der mehrfachen, fehlerhaften, eigennützigen Abrechnung von Reisekosten hat sich nicht bestätigt. Insofern stelle ich Sie von diesen Beschuldigungen frei.

II. Der verbleibende Vorwurf der mindestens fahrlässigen Verletzung Ihrer Dienstpflichten durch die Entgegennahme der Geldbeträge ist durch Ihre eigene Einlassung bewiesen. Gemäß Ihrer Angaben in der Vernehmung durch die Wehrdisziplinaranwaltschaft vom 23. November 2004 haben Sie die genannten Beträge von den Repräsentanten der Firma D. sowie der Firma E. zur Finanzierung des Empfangs am 13. Februar 2001 anlässlich des Besuchs des Inspektors der Luftwaffe entgegengenommen.

Gemäß § 19 SG darf ein Soldat keine Geschenke in Bezug auf seine dienstliche Tätigkeit annehmen. Ausnahmen hiervon bedürfen der Zustimmung des Bundesministeriums der Verteidigung, wobei die Möglichkeit besteht, die Befugnis zur Zustimmung auf andere Stellen zu übertragen. Einzelheiten hat das Bundesministerium der Verteidigung mit dem Erlass über die ‚Annahme von Belohnungen oder Geschenken‘ - Ausführungsbestimmungen - und - Anordnung zur Übertragung der Zustimmungsbefugnis - in der damals gültigen Fassung vom 10. Juni 1991 geregelt.

Aber auch nach Ziffer 5.1 der damals einschlägigen Ausführungsbestimmungen durften Geldzuwendungen an Dienststellen oder Truppenteile, die der Aufgabenerfüllung des Bundes dienten, grundsätzlich nicht angenommen werden. Die Entscheidung darüber, ob ein Ausnahmefall, in dem ein erhebliches dienstliches Interesse an der Annahme der Zuwendungen bestand, vorlag, verblieb beim Bundesminister der Verteidigung, dem unter Darlegung der die Ausnahme begründenden Umstände zu berichten war.

Diese Regelung folgt dem Grundsatz, dass öffentliche Aufgaben durch Haushaltsmittel zu finanzieren sind und die finanzielle Unterstützung durch Private in Form von Spenden oder Sponsoring ausschließlich ergänzend in Betracht kommt. Ihr Ziel ist, bereits den Anschein fremder Einflussnahme auf die öffentliche Verwaltung zu vermeiden, um die Integrität und Neutralität des Staates zu wahren. Darüber hinaus soll auch jeder Eindruck der Empfänglichkeit des Einzelnen für persönliche Vorteile und damit der Zweifel an der Objektivität und Integrität von Angehörigen der Bundeswehr ferngehalten werden.

Aus diesem Grund kann die Zustimmung zur Annahme einer Zuwendung auch nur dann erteilt werden, wenn auf-

grund des Wertes oder der Beschaffenheit der Zuwendung oder sonstiger besonderer Umstände des Einzelfalles der Anschein der Beeinflussung auszuschließen ist.

Ihre Einlassung, Sie seien davon ausgegangen, aufgrund einer Weisung des Deutschen Botschafters ermächtigt gewesen zu sein, Sponsoren für den Empfang zu suchen, ist nicht geeignet, Sie zu entlasten. In Ihrer Vernehmung haben Sie angegeben, der Botschafter habe die Übernahme der Kosten für den von ...ischer Seite ausdrücklich gewünschten Empfang mit der Begründung abgelehnt, dass es sich um eine Veranstaltung handle, die das Militär angehe und die das Bundesministerium der Verteidigung bezahlen solle. Des Weiteren habe er Sie aufgefordert, sich Sponsoren zu suchen, da dies auch zu anderen Gelegenheiten so gehandhabt werde.

Selbst wenn man in der Aufforderung des Botschafters, Sponsoren zu suchen, eine dienstliche Weisung sehen wollte, wäre eine solche nicht geeignet gewesen, Sie als Oberst i.G. in Ihrer Funktion als Militärattaché davon zu befreien, zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die Annahme von Zahlungen seitens solcher Sponsoren zur Durchführung einer dienstlichen Veranstaltung zulässig gewesen wäre.

Auch ohne konkrete Kenntnis der einschlägigen Vorschriften hätten Sie erkennen können und müssen, dass die Entscheidung über die Annahme von Spenden seitens zweier Industrieunternehmen aus dem Bereich der Luftfahrt zur Finanzierung einer Veranstaltung im Rahmen des Besuchs des Inspektors der Luftwaffe nicht allein aufgrund Ihrer Entscheidung erfolgen konnte, sondern einer zusätzlichen Genehmigung bedurfte.

Auch die zum damaligen Zeitpunkt und bis heute geltenden Vorschriften des Auswärtigen Amtes schreiben vor, dass die Annahme von Spenden zur Durchführung gesellschaftlicher Veranstaltungen der Auslandsvertretungen vor der Annahme derselbigen durch das Auswärtige Amt zu genehmigen ist.

Indem Sie die genannten Beträge entgegennahmen, ohne sich zuvor die hierfür notwendige Genehmigung des Bundesministers der Verteidigung einzuholen, haben Sie gegen Ihre Pflichten aus § 19 SG verstoßen, keine Geschenke in Bezug auf Ihre dienstliche Tätigkeit anzunehmen. Gleichzeitig haben Sie Ihre Pflicht zum Gehorsam verletzt, da Sie durch die Entgegennahme auch gegen die Regelungen der Ziffer 5.1 des Erlasses „Annahme von Belohnungen und

Geschenken' - Ausführungsbestimmungen - in der damals gültigen Fassung verstießen, der eine Ausgestaltung des Verbots des § 19 SG darstellt.

Insgesamt haben Sie es versäumt, durch Ihr Verhalten dem Ansehen der Bundeswehr sowie der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die Ihr Dienst als Soldat erfordert, wobei Sie als Vorgesetzter in Haltung und Pflichterfüllung ein gutes Beispiel zu geben haben.

Das gezeigte Fehlverhalten wiegt allerdings nicht so schwer, dass nur die Fortsetzung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens einen erzieherischen Erfolg verspricht, so dass dieses gemäß § 98 Abs. 2 WDO einzustellen ist. Dies gilt umso mehr, als Sie durch das auch mit weiteren Vorwürfen geführte Ermittlungsverfahren, welches sich durch den fernöstlichen Auslandsbezug langwierig gestaltet hat, ohnehin bereits nachhaltig betroffen und ausreichend ermahnt sind.

Ich missbillige jedoch Ihr Verhalten ausdrücklich und weise Sie darauf hin, dass bei der Verletzung weiterer Dienstpflichten die Einleitung und Durchführung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens unumgänglich sein wird.“

- 4 Der Bevollmächtigte des Soldaten beantragte mit Schreiben vom 10. Juni 2005, das am selben Tag per Fax beim Senat einging, gegen die Feststellung eines Dienstvergehens sowie die missbilligende Äußerung die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts - Wehrdienstsenate -.
- 5 Er begründete seinen Antrag im Wesentlichen wie folgt:  
Es liege ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor, der die Schuld des Soldaten ausschließe. Der deutsche Botschafter in B. habe kurz vor Ankunft des Inspektors der Luftwaffe, für den er einen Empfang ausgerichtet, sinngemäß zum Soldaten gesagt: „Soll ich das aus der Aufwandsentschädigung zahlen? Dies ist eine Angelegenheit, die das Militär angeht. Dann soll das BMVg bezahlen. Suchen Sie sich Sponsoren. Das wird auch zu anderen Gelegenheiten so gehandhabt.“ Aufgrund dessen habe der Soldat darauf vertraut, dass das Bemühen um Sponsorengelder und deren Entgegennahme jedenfalls in diesem und vergleichbaren Fällen einer zwischen dem Auswärtigen Amt und dem Bundesministerium (der Verteidigung) abgestimmten legitimen Handhabung entsprach.

Dem Soldaten sei es jedenfalls nicht in den Sinn gekommen, dass der Botschafter ihn zu einem der Vorschriftenlage widersprechenden Verhalten auffordern könnte, so dass er sich unter diesen Umständen auf die Rechtmäßigkeit der Weisung habe verlassen dürfen.

- 6 Mit Bescheid vom 6. Juli 2005 hob der Stellvertreter des Generalinspektors der Bundeswehr und Inspekteur der Streitkräftebasis die vorgenannte Einstellungsverfügung im Hinblick auf die ausgesprochene ausdrückliche Missbilligung wegen - nachträglich angenommener - Verfolgungsverjährung auf.
  
- 7 Der Bundeswehrrdisziplinaranwalt schloss sich der Stellungnahme des Rechtsberaters des Stellvertreters des Generalinspektors und Inspektors der Streitkräftebasis vom 7. Juli 2005 an. Darin hatte der Rechtsberater ausgeführt, dass sich der Antrag, soweit er sich gegen die ausgesprochene Missbilligung richte, durch den Bescheid vom 6. Juli 2005 zwischenzeitlich erledigt habe. Hinsichtlich der Feststellung des Dienstvergehens sei der Antrag zulässig, aber unbegründet. Der geltend gemachte unvermeidbare Verbotsirrtum liege nicht vor. Denn die Äußerung des Botschafters gegenüber dem Soldaten sei - unterstellt, dass sie wirklich so gefallen sei - nicht geeignet, ihn vollständig zu entlasten. Selbst bei der rechtlichen Einordnung als dienstliche Weisung sei der Soldat in seiner Funktion als Militärattaché nicht von der Prüfung der Zulässigkeit des Sponsorings einer dienstlichen Veranstaltung befreit gewesen. Wegen des Unterlassens dieser Prüfung sei der - zu Gunsten des Soldaten unterstellte - Irrtum nicht unvermeidbar gewesen. Auch ohne konkrete Kenntnis der in einem solchen Fall einschlägigen Vorschriften hätte ihm als erfahrenen Soldaten im Range eines Oberst i.G. bewusst gewesen sein müssen, dass die Annahme nicht unerheblicher Geldbeträge von zwei Industrieunternehmen aus dem Bereich der Luftfahrt zur Finanzierung einer Veranstaltung im Zusammenhang mit dem Besuch des Inspektors der Luftwaffe nicht lediglich aufgrund seiner persönlichen Entscheidung habe erfolgen können, sondern zumindest einer förmlichen Überprüfung und ggf. Genehmigung bedurft hätte. Zumindest hätten bei ihm Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit seines Handelns aufkommen müssen, die eine Erkundigungspflicht ausgelöst hätten.

- 8 Im Rahmen der vom Senat am 8. März 2006 erbetenen Stellungnahme zur Frage, ob nach der Vernehmung des Soldaten am 23. November 2004 und den sich daran anschließenden Ermittlungshandlungen eine nochmalige Vernehmung erfolgt sei, hat sich der Bevollmächtigte des Soldaten im Schreiben vom 10. März 2006 dahin gehend geäußert, dass ein „nochmaliges Schlussgehör“ im Anschluss an die ergänzenden Ermittlungen nicht mehr stattgefunden habe. Die Verfügung des Bundesministers der Verteidigung vom 11. Mai 2005 sei deshalb wegen eines nicht zu heilenden Formfehlers aufzuheben (§ 46 Abs. 2 Nr. 7 WDO).
- 9 Der Bundeswehrdisziplinaranwalt hat sich in seiner Stellungnahme vom 14. März 2006 die Stellungnahme des Rechtsberaters des Stellvertreters des Generalinspektors der Bundeswehr und Inspektors der Streitkräftebasis vom 9. März 2006 zu Eigen gemacht. Darin wird bestätigt, dass der Soldat nach den auf die Vernehmung vom 23. November 2004 folgenden Ermittlungen nicht noch einmal vernommen wurde. Des Weiteren wird im Wesentlichen vorgetragen, dass zwingende Formvorschriften nicht verletzt worden seien. Weder eine Vernehmung noch eine Anhörung sei (im Falle einer Einstellung) vorgeschrieben. Bei Entscheidungsreife der Einstellung würden diese das Verfahren nur zu Lasten des Soldaten verzögern und damit sogar dem Beschleunigungsgebot der Wehrdisziplinarordnung zuwiderlaufen. Es gebe keine generelle rechtliche Verpflichtung zu einer formalisierten Anhörung; insofern dürften keine Unterschiede zu normalem staatlichen Verwaltungshandeln bestehen, bei dem erst bei Gericht das echte „rechtliche Gehör“ erfolge. Art. 103 Abs. 1 GG sei hier als mögliche rechtliche Grundlage schon deshalb nicht einschlägig, weil es sich bei der angefochtenen Entscheidung nicht um eine Entscheidung „vor Gericht“ handele. Die Anhörungspflicht nach § 97 Abs. 3 WDO greife deshalb nicht ein, weil dort (nur) die Anhörung in dem zu einer Anschuldigung führenden Verfahren geregelt werde, was sich aus § 99 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 WDO ergebe; bei einer Einstellung werde das gerichtliche Disziplinarverfahren gerade nicht weitergeführt. Selbst wenn man § 97 Abs. 3 WDO als einschlägige zusätzliche Verfahrensvorschrift ansehe, schreibe diese nur die Mitteilung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen vor. Die Verbindung der Feststellung eines

Dienstvergehens mit der Verfahrenseinstellung ändere nichts am Charakter dieser Feststellung als schlichte Maßnahme eines Vorgesetzten, die auch ohne vorangegangene förmliche Ermittlungen außerhalb eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens hätte getroffen werden können. An besondere rechtsstaatliche Bedingungen sei dieser „pauschalierte zusätzliche Zwischenschritt“ keineswegs geknüpft, denn er sei z.B. dem einschneidendere Strafvorwürfe anschuldigenden Staatsanwalt - ohne rechtsstaatliche Zweifel - „gänzlich fremd“. An dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen habe sich nach der Vernehmung des Soldaten vom 23. November 2004 nichts mehr verändert, jedenfalls soweit das festgestellte Dienstvergehen betroffen sei. Soweit z.B. die Einlassung des Soldaten zu Kernvorwürfen durch die Angaben des Generalleutnants B. in der Sache später bestätigt worden sei, sei dies zwar Gegenstand des Einstellungsbescheides, jedoch in dem den Soldaten begünstigenden Teil. Selbst der Erlass „Erzieherische Maßnahmen“ sehe keine förmlichen Anhörungen oder Vernehmungen vor. Dabei seien die Voraussetzungen für eine erzieherische Maßnahme oder ihr ähnliche Maßnahmen deutlich höher und von der bloßen Feststellung eines Dienstvergehens zu unterscheiden.

## II

- 10 Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist statthaft (§ 98 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 i.V.m. § 92 Abs. 4 Satz 1 und 2 i.w.V.m. § 42 Nr. 3 Satz 2, Nr. 11 WDO).
- 11 Er ist teils unzulässig; soweit er zulässig ist, ist er begründet.
- 12 Hinsichtlich der angegriffenen missbilligenden Äußerung in der Einstellungsverfügung vom 11. Mai 2005 ist der Antrag unzulässig, da der Soldat im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung nach der zwischenzeitlich durch den Bescheid vom 6. Juli 2005 erfolgten Aufhebung dieser Maßnahme offensichtlich keine Verletzung seiner Rechte mehr geltend machen kann. Denn diese missbilligende Äußerung ist nicht mehr „in der Welt“ und dadurch ohne jede Rechtswirkung.
- 13 Der zulässige Teil des Antrags ist begründet.



- 14 Die in der Einstellungsverfügung vom 11. Mai 2005 getroffene Feststellung eines Dienstvergehens (§ 98 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 WDO) ist aufzuheben. Denn sie ist wegen eines unheilbaren Verfahrensfehlers im gerichtlichen Disziplinarverfahren rechtswidrig.
- 15 Ein Verfahrensfehler liegt vor, weil dem Soldaten vor Ergehen dieser Einstellungsverfügung keine ordnungsgemäße (erneute) Schlussanhörung i.S.d. § 97 Abs. 3 Satz 1 WDO gewährt wurde.
- 16 Zwar war dem Soldaten durch Schreiben des Wehrdisziplinaranwalts vom 11. Februar 2004 die „Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme“ eingeräumt worden. Da aber auf die Äußerung des Soldaten hin noch weitere, über ein Jahr dauernde Ermittlungen folgten, kann diesbezüglich nicht von einer abschließenden Anhörung ausgegangen werden. Eine solche war aber vor Ergehen der mit der Einstellungsverfügung verbundenen Feststellung eines Dienstvergehens erforderlich.
- 17 Nimmt nämlich der Wehrdisziplinaranwalt nach einer als Schlussanhörung i.S.d. § 97 Abs. 3 Satz 1 WDO vorgesehenen Vernehmung erneut Ermittlungen auf, hat er den Soldaten nach dem (endgültigen) Abschluss der Ermittlungen erneut - nunmehr abschließend - zu hören (ebenso Dau, WDO, 4. Aufl. 2002, § 97 Rn. 15). Das ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, der in § 97 Abs. 3 Satz 1 WDO die Pflicht zur Schlussanhörung zeitlich an den Abschluss der Ermittlungen knüpft. Nur dann ist sichergestellt, dass der Soldat vor der abschließenden Entscheidung der Einleitungsbehörde auch zu allen vorherigen (wesentlichen) Ermittlungshandlungen Stellung nehmen und sein Recht nach § 97 Abs. 3 Satz 2 WDO, weitere Ermittlungen zu beantragen, effektiv ausüben kann. Durch § 97 Abs. 3 WDO soll sichergestellt werden, dass der Soldat unmittelbar vor der abschließenden Ermessensentscheidung der Einleitungsbehörde, die entweder zur Verfahrenseinstellung (§ 98 Abs. 2 WDO) oder zur Anschuldigung (§ 99 Abs. 1 Satz 1 WDO) führt, zu dem ihm bekannt zu gebenden wesentlichen Ermittlungsergebnis abschließend Stellung nehmen und dabei auch alles das vorbringen kann, wozu er bisher wegen der andauernden Ermitt-

lungen noch nichts sagen konnte oder aus taktischen Erwägungen nichts sagen wollte. Damit und mit dem daran anknüpfenden Recht, weitere Ermittlungen beantragen zu dürfen (§ 97 Abs. 3 Satz 2 WDO), soll der Soldat auf die nachfolgende Entscheidung der Einleitungsbehörde effektiv Einfluss nehmen können. Das stellt eine Ausprägung des Grundsatzes dar, dass der Soldat nicht zum bloßen Objekt des gerichtlichen Disziplinarverfahrens gemacht werden darf. Die Möglichkeit der Einflussnahme würde ihm genommen, wenn der Wehrdisziplinaranwalt in bestimmten Fällen von einer Schlussanhörung ohne dessen Mitwirkung absehen könnte.

- 18 Die am 23. November 2004 erfolgte Vernehmung des Soldaten durch den Wehrdisziplinaranwalt genügte nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 97 Abs. 3 Satz 1 WDO. Denn im Anschluss daran fanden weitere Ermittlungshandlungen statt, nämlich jedenfalls am 24. November 2004 die schriftliche Auskunftseinholung bei Oberst i.G. I., am 20. Dezember 2004 die mündliche Auskunftseinholung bei Generalleutnant B. und am 1. bzw. 8. April 2005 die schriftliche Vernehmung des Zeugen Oberstabsfeldwebel C. Insoweit hatte der Soldat keine Möglichkeit der Stellungnahme im Rahmen des Schlussgehörs.
- 19 Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Vernehmung am 23. November 2004 als abschließende Anhörung i.S.d. § 97 Abs. 3 Satz 1 WDO gedacht war, wofür die gewählten Bezeichnungen „Abschließende Vernehmung gem. § 97 Abs. 3 WDO“ in der Ladung des Soldaten vom 9. November 2004 und „Gelegenheit zum Schlussgehör gemäß § 97 Abs. 3 WDO“ im Telefax an den Bevollmächtigten vom 8. November 2004 sprechen, oder ob sie lediglich eine Vernehmung i.S.d. § 97 Abs. 2 WDO darstellte, worauf die sich an § 97 Abs. 2 Satz 5 WDO orientierende Belehrung in der vorgenannten Ladung sowie die Bezeichnung „Der Soldat wurde gem. § 32 Abs. 5/§ 97 Abs. 2 WDO befragt ...“ in der Vernehmungsniederschrift hindeuten.

- 20 Am 23. November 2004 waren die Ermittlungen jedenfalls nicht i.S.d. § 97 Abs. 3 Satz 1 WDO abgeschlossen, was auch der Bundeswehrdisziplinaranwalt bestätigt hat. Nach Eingang der schriftlichen Zeugenaussage des Oberstabsfeldwebels Copp am 13. April 2005 hätte deshalb eine (nochmalige) abschließende Anhörung des Soldaten erfolgen müssen. Dies ist aber nicht geschehen.
- 21 Eine solche Schlussanhörung durfte - entgegen der Ansicht des Bundeswehrdisziplinaranwalts - nicht deshalb unterbleiben, weil das Verfahren - verbunden mit der Feststellung eines Dienstvergehens - eingestellt wurde. Der Rechtsauffassung, wonach § 97 Abs. 3 WDO nur in dem zu einer späteren Anschuldigung führenden Verfahren Anwendung finde, folgt der Senat nicht.
- 22 Dagegen spricht bereits der Wortlaut der Norm. Die im Gesetz statuierte Pflicht zur Bekanntgabe des Ermittlungsergebnisses, mit welcher die Pflicht zur abschließenden Anhörung - im Gesetzestext voneinander nur durch ein Semikolon abgetrennt - verbunden ist, knüpft ausschließlich an das zeitliche Moment des Abschlusses der Ermittlungen an. Die in der Formulierung „Nach Abschluss der Ermittlungen“ erfolgte Verwendung des bestimmten Artikels „der“ kann nur so verstanden werden, dass nach der Durchführung sämtlicher Ermittlungen des Wehrdisziplinaranwalts die vorgenannten Pflichten ausgelöst werden. Es wird gerade nicht nach der Art der nachfolgenden Entscheidung der Einleitungsbehörde differenziert.
- 23 Für dieses Auslegungsergebnis sprechen auch der Regelungszusammenhang und der daraus ableitbare Zweck der Regelung. Innerhalb des § 97 Abs. 3 WDO wird an den Regelungsgehalt des Satzes 1, der in seinem Halbsatz 2 die Pflicht zur Schlussanhörung normiert, in den weiteren Sätzen angeknüpft. Bei der abschließenden Anhörung kann der Soldat weitere Ermittlungen beantragen (Satz 2), und erst ab diesem Zeitpunkt hat der Verteidiger ein Anwesenheitsrecht (Satz 4). Würde die Schlussanhörung als Anknüpfungspunkt dieser Rechte auf den Fall einer späteren Anschuldigung beschränkt werden, würde ihre Inanspruchnahme im Falle einer Verfahrenseinstellung unmöglich gemacht. Dem möglichen Einwand, dass es auf die Wahrnehmung dieser Rechte bei

einer Verfahrenseinstellung nicht ankomme, weil diese den Soldaten nicht belaste, steht entgegen, dass eine Verfahrenseinstellung selbst ohne damit verbundene weitere Entscheidungen i.S.d. § 98 Abs. 3 Satz 2 WDO für den Betroffenen keine dauerhaft ausschließlich vorteilhafte Wirkung herbeiführt. Denn wegen der fehlenden Rechtskraft einer Einstellung nach § 98 Abs. 2 WDO kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einleitungsbehörde später - grundsätzlich zulässigerweise, soweit dies nicht ermessensmissbräuchlich ist - ein neues gerichtliches Disziplinarverfahren mit denselben Vorwürfen einleitet (dazu Beschlüsse vom 17. August 1959 - BDH WDB 16.59 - und vom 16. September 1996 - BVerwG 2 WD 30.96 - BVerwGE 103, 386 <387 f.> = Buchholz 235.0 § 115 WDO Nr. 1 = NZWehrr 1997, 115 <116>). Angesichts dessen ist es für den Soldaten nicht unwichtig, in der Schlussanhörung all das vortragen zu können, was eine neuerliche Einleitung verhindern hilft. Da die Rechte nach § 97 Abs. 3 Satz 2 und 4 WDO dem Soldaten bzw. dem Verteidiger ausdrücklich im Gesetz garantiert sind, darf deren Ausübung nicht von der Entschließung des Wehrdisziplinaranwalts über die Art des weiteren Verfahrensablaufes abhängig gemacht werden. Vielmehr muss es diesen beiden überlassen bleiben, ob und gegebenenfalls in welcher Weise sie von ihren Rechten Gebrauch machen wollen oder nicht.

- 24 Das Auslegungsergebnis entspricht der Gesetzeslage bei der ebenfalls ausdrücklich geregelten „ersten“ Vernehmung gemäß § 97 Abs. 2 WDO. Auch dort sind keine Ausnahmen davon vorgesehen. Der Ansicht des Bundeswehrdisziplinaranwalts, wonach auch § 97 Abs. 2 WDO nur die Anhörung in dem zu einer Anschuldigung führenden Verfahren regelt, steht schon entgegen, dass es sich bei der mit den wichtigen Belehrungspflichten verbundenen Erstvernehmung um einen notwendigen Bestandteil der Ermittlungen handelt (ebenso Dau, WDO, a.a.O., § 97 Rn. 5).
- 25 Auch die systematische Stellung des § 97 WDO innerhalb des Dritten Abschnitts „Das gerichtliche Disziplinarverfahren“ spricht für diese Auslegung. Diese Norm findet sich als einzige Vorschrift des Kapitels „6. Ermittlungen des Wehrdisziplinaranwalts“ zwischen den Regelungen des Kapitels „5. Einleitung

des Verfahrens“ (§§ 92 - 96 WDO) und denjenigen des Kapitels „7. Verfahren bis zur Hauptverhandlung“ (§§ 98 - 103 WDO). Diese Stellung macht deutlich, dass die Ermittlungen des Wehrdisziplinaranwalts, der nach § 97 Abs. 1 WDO - für die Einleitungsbehörde, aber eigenständig - die Ermittlungen führt, einerseits von der Entscheidung der Einleitungsbehörde über die Einleitung des Verfahrens (§ 93 Abs. 1 Satz 1 WDO) und andererseits von deren auf den Abschluss der Ermittlungen folgenden Entscheidung über die Einstellung (§ 98 WDO) oder Anschuldigung (§ 99 WDO) zu trennen sind. Die eigenständige Regelung der Ermittlungen in einem eigenen Kapitel legt die Schlussfolgerung nahe, dass die spätere Entscheidung der Einleitungsbehörde auf die - zeitlich früher relevant werdende - Frage des Umfangs der (abschließenden) Ermittlungen durch den Wehrdisziplinaranwalt keinen Einfluss haben soll. Vielmehr soll nach der Konzeption der Wehrdisziplinarordnung die Einleitungsbehörde durch den Wehrdisziplinaranwalt nach Abschluss seiner Ermittlungen über das Ermittlungsergebnis sowie die dazu erfolgte abschließende Stellungnahme des Soldaten - in der Praxis in der Regel verbunden mit einem Entscheidungsvorschlag - vollumfänglich unterrichtet werden. Erst auf dieser umfassenden Entscheidungsgrundlage soll sie sodann darüber befinden, ob das Verfahren - gegebenenfalls verbunden mit der Feststellung eines Dienstvergehens - eingestellt oder ob das Verfahren mit dem Ziel einer Anschuldigung fortgesetzt werden soll.

- 26 Auch aus § 99 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 3 WDO ergibt sich nichts anderes. In dieser Vorschrift ist lediglich normiert, dass in einer Anschuldigungsschrift nur Tatsachen i.S.d. Abs. 1 Satz 2 zu Ungunsten des Soldaten verwertet werden dürfen, zu denen sich der Soldat vorher äußern konnte, und welche Folgen es hat, wenn dies nicht beachtet wurde oder andere Verfahrensmängel vorliegen. Daraus lässt sich aber kein Schluss auf die thematisch anders gelagerte Frage der Entbehrlichkeit einer Schlussanhörung ziehen. Ein „Umkehrschluss“ aus § 99 Abs. 1 Satz 3 WDO, der lediglich an bestimmte Tatsachen, nämlich die im Sinne des Abs. 1 Satz 2, anknüpft, vermag zur Auslegungsfrage ebenfalls nichts beizutragen. § 99 Abs. 3 Satz 1 WDO ist lediglich für den Fall einer späteren Anschuldigung zu entnehmen, dass über die Verwertung der in Abs. 1

Satz 3 genannten Tatsachen (i.S.d. Abs. 1 Satz 2) hinaus die Verwertung sämtlicher Tatsachen ohne vorherige Äußerungsmöglichkeit des Soldaten als Verfahrensmangel betrachtet wird.

27 Auch der vom Bundeswehrrdisziplinaranwalt herangezogene Vergleich mit dem Erlass „Erzieherische Maßnahmen“ des Bundesministers der Verteidigung (ZDv 14/3 B 151), wonach selbst dort keine förmlichen Anhörungen und Vernehmungen vorgesehen seien, obwohl die Voraussetzungen für eine erzieherische Maßnahme deutlich höher lägen als die für eine bloße Feststellung eines Dienstvergehens, vermag nicht zu einem anderen Auslegungsergebnis zu führen. Denn die im vorliegenden Verfahren erfolgte Feststellung eines Dienstvergehens ist innerhalb eines förmlichen gerichtlichen Disziplinarverfahrens ergangen und muss als „bloße Annexentscheidung“ den Förmlichkeiten der „Hauptsacheentscheidung“ genügen.

28 Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift stützt das Auslegungsergebnis. § 93 Abs. 3 WDO geht nämlich - über die inhaltsgleiche Vorgängervorschrift des § 90 Abs. 3 WDO - auf § 26 Abs. 4 BDO (in der Fassung vom 20. Juli 1967 <BGBl I S. 750>) zurück (BTDrucks VI/1834 S. 57 zu Nr. 77). Darin heißt es:

„Das wesentliche Ergebnis der Vorermittlungen ist dem Beamten und dem Bundesdisziplinaranwalt bekanntzugeben. Der Beamte kann weitere Ermittlungen beantragen. Der Dienstvorgesetzte entscheidet, ob dem Antrag stattzugeben ist. Der Beamte ist abschließend zu hören; Absatz 2 Satz 4 findet Anwendung. Vom Beginn der abschließenden Anhörung an ist dem Bundesdisziplinaranwalt und dem Verteidiger bei jeder Anhörung des Beamten die Anwesenheit zu gestatten.“

29 Auch in dieser Norm fand sich keine Beschränkung der Schlussanhörung auf den Fall einer beabsichtigten Erhebung einer Anschuldigung. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber dies in der Folgezeit ändern wollte.

30 Der Einwand des Bundeswehrrdisziplinaranwalts, dass aus den auf die letzte Vernehmung folgenden Ermittlungen keine neuen belastenden Umstände in die

- mit der Feststellung eines Dienstvergehens verbundene - Einstellungsverfügung eingegangen seien, vermag daran nichts zu ändern. Denn es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass der Soldat durch Wahrnehmung seiner abschließenden Äußerungsmöglichkeit gerade zu dem weiterhin gegen ihn erhobenen Vorwurf eines Dienstvergehens Entlastendes vorgetragen hätte.

- 31 Der Verfahrensfehler ist nicht geheilt worden. Er kann auch im weiteren Verfahren nicht mehr geheilt werden (vgl. zum spätesten Zeitpunkt der Heilung bei unterbliebener Anhörung vor Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens: Urteil vom 16. März 2004 - BVerwG 2 WD 3.04 - BVerwGE 120, 193 <200> = Buchholz 235.01 § 93 WDO 2002 Nr. 1 = NZWehrr 2004, 213 <215 f.>). Denn das gerichtliche Disziplinarverfahren wurde durch die Einstellungsverfügung vom 11. Mai 2005, zugestellt am 31. Mai 2005, bereits förmlich beendet.
- 32 Eine Heilungsmöglichkeit im Wege eines Wiedereintritts in das gerichtliche Disziplinarverfahren mit anschließender Nachholung der unterbliebenen Schlussanhörung scheidet ebenfalls aus. Zwar erwächst nach der Rechtsprechung des Senats (Beschlüsse vom 17. August 1959 a.a.O. und vom 16. September 1996 a.a.O.) die in Ausübung des Ermessens durch die Einleitungsbehörde erfolgte Einstellung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens nicht in Rechtskraft. Ein formell durch Einstellungsverfügung eingestelltes gerichtliches Disziplinarverfahren kann jedoch durch nachträgliche ausdrückliche Aufhebung der Einstellungsverfügung nicht wieder in Gang gebracht werden; dazu bedarf es vielmehr der Einleitung eines neuen gerichtlichen Disziplinarverfahrens (im Ergebnis ebenso Urteil vom 11. August 1953 - BDH 1 D 22.53 - BDHE 1, 147 <149>). Denn durch die Einstellungsverfügung - als „gegensätzliche Handlung“ zur Einleitungsverfügung - wird diese und damit die zentrale Grundlage für das eingeleitete gerichtliche Disziplinarverfahren „beseitigt“ (Urteil vom 11. August 1953 a.a.O.).

- 33 Wegen des vorliegenden unheilbaren Verfahrensfehlers ist die in der Einstellungsverfügung vom 11. Mai 2005 getroffene Feststellung eines Dienstvergehens rechtswidrig. Sie ist deshalb aufzuheben.
- 34 Die Einstellungsverfügung selbst, die für den Soldaten keinen belastenden Charakter hat und von ihm auch nicht angegriffen worden ist, kann trotz der Verbindung mit der rechtswidrigen Maßnahme bestehen bleiben. Denn eine Einstellungsverfügung kann, wie § 98 Abs. 2 und 3 Satz 2 WDO zeigt, auch unabhängig von der Feststellung eines Dienstvergehens erlassen werden, so dass sie bei Wegfall der letztgenannten Maßnahme weiterhin Bestand haben kann (vgl. Beschluss vom 12. Mai 2005 - BVerwG 2 WDB 5.04 - NZWehrr 2005, 172 = DÖV 2005, 878). Einen so schweren Mangel, der gleichzeitig zur Unwirksamkeit der Einstellungsverfügung führen würde, stellt ein Verfahrensfehler - wie hier - grundsätzlich nicht dar (vgl. dazu Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. 2005, Einl. Rn. 104 ff.). Besondere Umstände, die ein Abweichen von dieser Regel begründen würden, sind nicht ersichtlich.
- 35 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 139 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 WDO. Hinsichtlich des als unzulässig zurückgewiesenen Teils des Antrags ist zu Gunsten des Soldaten zu berücksichtigen, dass der Umstand, der zur Unzulässigkeit führte, erst nach Antragstellung auftrat, weshalb insoweit eine Belastung des Soldaten mit Kosten unbillig wäre. Dies gilt auch für die Entscheidung über die dem Soldaten entstandenen notwendigen Auslagen (§ 140 Abs. 1 i.V.m. Abs. 9 WDO).