



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 B 26.10  
VG 2 A 93/08 MD

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 12. Oktober 2010  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Graulich und Dr. Möller

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung  
der Revision in dem Urteil des Verwaltungsgerichts Mag-  
deburg vom 23. Februar 2010 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwer-  
deverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

- 1 Die auf die Verfahrensrüge (1.) und die Divergenzrüge (2.) gestützte Be-  
schwerde hat keinen Erfolg.
- 2 1. Die Revision ist nicht deshalb zuzulassen, weil gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 3  
VwGO - hier in Verbindung mit § 34 Satz 1 und 2 WPflG, § 135 Satz 3 VwGO -  
ein Verfahrensfehler geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die angefoch-  
tene Entscheidung beruhen kann. Das Verwaltungsgericht hat nicht, wie die  
Beschwerde geltend macht, seine gerichtliche Aufklärungspflicht nach § 86  
Abs. 1 VwGO dadurch verletzt, dass es den Hilfsbeweisansträgen des Klägers  
auf Vernehmung des von dem Kläger mit seinen Kniebeschwerden befassten  
Facharztes für Orthopädie Dr. med. B. als sachverständigen Zeugen (a)) und  
des Klägers als Partei (b)) nicht entsprochen hat.
- 3 a) Der Kläger trägt vor, dem Verwaltungsgericht habe sich aufdrängen müssen,  
dass es zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts der Einholung eines  
weiteren Sachverständigengutachtens bedurft habe. Aus den Begutachtungen  
des gerichtlich bestellten Sachverständigen Privatdozent (PD) Dr. med. M.,  
Oberarzt in der orthopädischen Universitätsklinik des Universitätsklinikums M.,

ergebe sich nicht, ob er, der Kläger, in der Lage sei, die Anforderungen des sog. Tätigkeitskatalogs des Bundesministeriums der Verteidigung zu erfüllen. Dass er das Merkmal „Marsch zu Fuß mit Gepäck zehn Kilometer, bis zu vier Stunden“ ohne eine Verstärkung der Beschwerden erfüllen könne, habe der Sachverständige erst auf Nachfrage des Gerichts bejaht. Ob dies auch für das weiter gehende Leistungsmerkmal des „Marsch(es) mit Gepäck zwanzig Kilometer, bis zu sechs Stunden“ gelte, könne den Begutachtungen des Sachverständigen nicht entnommen werden. Hätte das Gericht hierzu, wie hilfsweise beantragt, den Orthopäden Dr. med. B. vernommen, wäre es zu dem Ergebnis gelangt, dass ihm, dem Kläger, die Verrichtung zumindest dieser Tätigkeit nicht zuzumuten sei. Die Einvernahme des sachverständigen Zeugen hätte darüber hinaus ergeben, dass Gleiches für weitere, im Einzelnen bezeichnete Leistungsmerkmale gelte.

- 4 Diese Begründung der Verfahrensrüge und der zuvor in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht gestellte Hilfsbeweis Antrag tragen, wie sich bereits aus der nicht einheitlichen Bezeichnung der begehrten Beweiserhebung ergibt, dem Unterschied zwischen dem Beweis durch einen sachverständigen Zeugen gemäß § 98 VwGO i.V.m. § 414 ZPO und dem Sachverständigenbeweis nach § 98 VwGO i.V.m. 402 ff. ZPO nicht hinreichend Rechnung (vgl. zum Folgenden: Urteil vom 6. Februar 1985 - BVerwG 8 C 15.84 - BVerwGE 71, 38 <40 ff.> = Buchholz 303 § 414 ZPO Nr. 1 S. 2 ff., Beschlüsse vom 4. Oktober 2001 - BVerwG 6 B 39.01 - Buchholz 448.0 § 23 WPflG Nr. 11 S. 2 ff. und vom 7. März 2003 - BVerwG 6 B 16.03 - Buchholz 310 § 86 Abs. 2 VwGO Nr. 55).
- 5 Der sachverständige Zeuge bekundet sein Wissen von bestimmten vergangenen Tatsachen oder Zuständen, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war und die er nur kraft dieser besonderen Sachkunde ohne Zusammenhang mit einem gerichtlichen Gutachtenauftrag wahrgenommen hat. Er ist insoweit nicht ersetzbar. Die beantragte Vernehmung eines sachverständigen Zeugen darf nur dann abgelehnt werden, wenn sie als Beweismittel schlechterdings untauglich ist oder wenn es auf die Beweistatsache nicht ankommt bzw. diese als wahr unterstellt wird. Demgegenüber begutachtet

der Sachverständige aufgrund seiner besonderen Sachkunde auf einem Fachgebiet als Gehilfe des Gerichts einen von diesem festzustellenden Sachverhalt. Aufgabe des Sachverständigen ist es, dem Gericht besondere Erfahrungssätze oder Kenntnisse des jeweiligen Fachgebietes zu vermitteln oder aufgrund von besonderen Erfahrungssätzen oder Fachkenntnissen Schlussfolgerungen aus einem feststehenden Sachverhalt zu ziehen. Er ist in dieser Funktion grundsätzlich austauschbar. Gemäß § 98 VwGO i.V.m. § 404 Abs. 1 Satz 1 und 2 ZPO erfolgt die Auswahl der zuzuziehenden gerichtlichen Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl durch das Prozessgericht, das sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken kann. Die Entscheidung darüber, ob ein - weiteres - Gutachten eingeholt werden soll, steht im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 108 Abs. 1 VwGO im pflichtgemäßen Ermessen des Tatsachengerichts. Dieses Ermessen wird nur dann verfahrensfehlerhaft ausgeübt, wenn das Gericht von der Einholung eines - weiteren - Gutachtens oder eines Obergutachtens absieht, obwohl sich ihm die Notwendigkeit dieser weiteren Beweiserhebung hätte aufdrängen müssen. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das bereits vorliegende Gutachten auch für den nicht Sachkundigen erkennbare Mängel enthält, insbesondere von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht oder unlösbare Widersprüche aufweist, wenn Anlass zu Zweifeln an der Sachkunde oder Unparteilichkeit des Sachverständigen besteht, wenn ein anderer Sachverständiger über bessere Forschungsmittel verfügt oder wenn es sich um besonders schwierige Fachfragen handelt, die umstritten sind oder zu denen einander widersprechende Gutachten vorliegen (vgl. zu diesen Kriterien auch: Geiger, in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 86 Rn. 44; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 108 Rn. 10).

- 6 Dieser Abgrenzung entsprechend ist ein Arzt sachverständiger Zeuge, wenn er über einen bestimmten, von ihm selbst ohne einen Zusammenhang mit einem gerichtlichen Gutachtenauftrag festgestellten Krankheitszustand (Befund) eines von ihm ärztlich untersuchten Patienten aussagen soll. Der Arzt ist hingegen Sachverständiger, wenn er die Auswirkungen der Krankheit aufgrund seiner besonderen ärztlichen Sachkunde zu beurteilen hat. Die Erfüllbarkeit von Leistungsmerkmalen nach dem sog. Tätigkeitskatalog des Bundesministeriums der

Verteidigung, wozu nach der Beschwerdebegründung Dr. med. B. hätte vernommen werden müssen, ist keine Tatsache und kein Zustand der Vergangenheit und damit einem Zeugenbeweis nicht zugänglich. Es handelt sich vielmehr um eine wehrmedizinische Bewertung, für die es der Fachkenntnisse eines entsprechend qualifizierten Sachverständigen bedarf.

- 7 Nach den dargestellten Maßstäben für die Erhebung des Sachverständigenbeweises war das Verwaltungsgericht nicht gehalten, Dr. med. B. mit der von der Beschwerde aufgeworfenen Frage zu befassen. Zum Einen geht der Vorwurf des Klägers fehl, das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen PD Dr. med. M. vom 26. Februar 2009 mit den Ergänzungen vom 28. Juli 2009 und vom 19. Oktober 2009 setze sich nicht hinreichend mit der Frage auseinander, ob er in zumutbarer Weise die Leistungsmerkmale nach dem sog. Tätigkeitskatalog des Bundesministeriums der Verteidigung erfüllen könne, und sei deshalb mangelhaft. Vielmehr hat das Verwaltungsgericht unter anderem gerade diese Frage zum Inhalt seines Beschlusses vom 17. Juni 2009 gemacht, mit dem es eine ergänzende Begutachtung durch den Sachverständigen anordnete. Dieser hat die Frage in seinem ergänzenden Gutachten vom 28. Juli 2009 uneingeschränkt für alle Leistungsmerkmale bejaht. Sofern sich das ergänzende Gutachten vom 19. Oktober 2009 ausdrücklich zu dem Leistungsmerkmal „Marsch zu Fuß mit Gepäck zehn Kilometer, bis zu vier Stunden“ verhält, geschieht dies in Reaktion auf die von dem Kläger vorgelegte Stellungnahme des Dr. med. B. vom 15. Mai 2009, in der dieses Merkmal hervorgehoben wird, und - wie sich durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ ergibt - lediglich beispielhaft. Dass nur dieses Leistungsmerkmal Gegenstand der gutachterlichen Würdigung war, ergibt sich aus seiner ausdrücklichen Erwähnung mithin gerade nicht.
- 8 Zum Anderen beurteilen zwar der gerichtliche Sachverständige PD Dr. med. M. - insbesondere in seinem ergänzenden Gutachten vom 19. Oktober 2009 - und der von dem Kläger befasste Dr. med. B. - in seinen Stellungnahmen vom 27. August 2008 und vom 15. Mai 2009 - die Frage, ob bei dem Kläger eine präarthrotische Deformität des rechten Kniegelenks zu diagnostizieren ist, und die hieraus abzuleitenden Konsequenzen für die Wehrdienstfähigkeit in unterschiedlicher Weise. Dieser Umstand musste das Verwaltungsgericht aber je-

denfalls deshalb nicht zur Einholung eines weiteren Gutachtens veranlassen, weil schon das Sachverständigengutachten des PD Dr. med. M. die Funktion eines „Obergutachtens“ erfüllte. Denn das Verwaltungsgericht hatte dessen Einholung vor dem Hintergrund beschlossen, dass die Wehrdienstfähigkeit des Klägers einerseits in der im Musterungsverfahren abgegebenen Einschätzung der Facharztstation für Orthopädie im Kreiswehersatzamt Berlin vom 9. November 2007 und in der im Gerichtsverfahren vorgelegten Stellungnahme des ärztlichen Dienstes der Wehrbereichsverwaltung Ost vom 2. Oktober 2008 sowie andererseits in der Stellungnahme des Dr. med. B. vom 27. August 2008 abweichend beurteilt worden war.

- 9 b) Entgegen der Ansicht des Klägers hat das Verwaltungsgericht seine Aufklärungspflicht aus § 86 Abs. 1 VwGO auch nicht dadurch verletzt, dass es ihn nicht als Partei zu den von seinem Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Funktionseinschränkungen seines rechten Kniegelenks vernommen hat. Denn der Kläger trägt in seiner Beschwerdebeurteilung selbst vor, dass es sich insoweit um kein neues Vorbringen, sondern um die zentrale Frage des gesamten bisherigen Verfahrens gehandelt habe. Hiernach war eine Grundlage für eine förmliche Parteivernehmung bereits im Ansatz nicht gegeben.
- 10 2. Die Merkmale einer die Revision gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO - wiederum in Verbindung mit § 34 Satz 1 und 2 WPfIG, § 135 Satz 3 VwGO - eröffnenden Divergenz lassen sich der Beschwerde ebenfalls nicht entnehmen. Eine solche Abweichung liegt vor, wenn die angefochtene Entscheidung einen inhaltlich bestimmten, sie tragenden abstrakten Rechtssatz enthält, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts oder eines anderen in der Vorschrift genannten Gerichts aufgestellten ebensolchen Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat; sie ist in der Beschwerdebeurteilung darzulegen (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO). Das Aufzeigen einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von höchstichterlich aufgestellten Rechtssätzen genügt den Zulässigkeitsanforderungen einer Divergenzrüge nicht (vgl. Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 VwGO <n.F.> Nr. 26 S. 14 und aus der Recht-

sprechung des Senats zuletzt: Beschluss vom 2. September 2010 - BVerwG 6 B 23.10 - BA S. 2). Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt hiernach nicht die Revisionszulassung.

- 11 Der Kläger macht geltend, das verwaltungsgerichtliche Urteil weiche von dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Mai 1992 - BVerwG 8 C 54.90 - (juris; vgl. ebenso etwa: Urteil vom 9. Dezember 1998 - BVerwG 6 C 5.98 - BVerwGE 108, 122 <125> = Buchholz 448.11 § 11 ZDG Nr. 31 S. 5) ab. Nach den dort umschriebenen Grundsätzen ist wehrdienstfähig im Sinne des § 8a WPfIG derjenige Wehrpflichtige, der unter Berücksichtigung einer etwa erforderlich werdenden Einschränkung nach Maßgabe des § 8a Abs. 2 Satz 1 WPfIG für den Grundwehrdienst körperlich und geistig geeignet ist. Nicht wehrdienstfähig ist dagegen ein Wehrpflichtiger, wenn es ihm auch unter Berücksichtigung der weitergehenden, nach § 8a Abs. 2 WPfIG in Betracht kommenden Einschränkung wegen körperlicher oder geistiger Mängel schlechthin nicht zuzumuten ist, Grundwehrdienst zu leisten. Das ist der Fall, wenn die Wehrdienstleistung wahrscheinlich zu ernsthaften gesundheitlichen Schäden führen oder ein bestehendes Leiden verschlimmern wird bzw. mit dem Auftreten von andauernden erheblichen Schmerzen verbunden ist, mit denen andere Wehrpflichtige nicht rechnen müssen. Besteht die Gefahr einer schweren körperlichen oder gesundheitlichen Schädigung, ist der Schadenseintritt schon dann in dem gekennzeichneten Sinne wahrscheinlich, wenn eine qualifizierte, das heißt nach Lage der Dinge ernsthaft in Betracht zu ziehende Möglichkeit einer wehrdienstbedingten Schädigung besteht, deren Hinnahme im Hinblick auf die Schwere des zu befürchtenden Schadens nicht vertretbar ist.
  
- 12 Der Kläger trägt vor, das Verwaltungsgericht habe diese Grundsätze, obgleich es sie zitiere, nicht angewandt. Anstatt zu prüfen, ob die Wehrdienstleistung bei ihm, dem Kläger, wahrscheinlich zu ernsthaften gesundheitlichen Schäden führen oder ein bestehendes Leiden verschlimmern bzw. mit dem Auftreten von andauernden erheblichen Schmerzen verbunden sein werde, habe das Gericht maßgebend darauf abgestellt, ob durch die Teilnahme an Tätigkeiten, die nach dem sog. Tätigkeitskatalog des Bundesministeriums der Verteidigung unverzichtbar seien, mit großer Wahrscheinlichkeit eine schwere körperliche Schädigung

gung oder eine erhebliche gesundheitliche Gefährdung entstehe. Hierauf könne aus der Wiedergabe der Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen PD Dr. med. M. in den Gründen des angefochtenen Urteils geschlossen werden. Wenn jedoch die Gefahr einer schweren körperlichen oder gesundheitlichen Schädigung gegeben sei, sei nach der genannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine Wehruntauglichkeit bereits dann anzunehmen, wenn die ernsthafte Möglichkeit einer wehrdienstbedingten Schädigung bestehe, deren Hinnahme im Hinblick auf die Schwere des zu befürchtenden Schadens nicht vertretbar sei. Zu der Frage, ob diese weiten Voraussetzungen bei ihm, dem Kläger, vorlägen, enthalte das angefochtene Urteil keine Ausführungen. Ebenso wenig erörtere das Urteil, ob sich bei ihm bestehende Leiden durch den Wehrdienst verschlimmern könnten und ob die Wehrdienstleistung für ihn mit andauernden erheblichen Schmerzen verbunden sei, mit denen andere Wehrpflichtige nicht rechnen müssten.

- 13 Aus diesem Vortrag ergibt sich nicht, dass das Verwaltungsgericht zur Begründung seiner Entscheidung einen abstrakten Rechtssatz aufgestellt hätte, der von der in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannten Definition der Wehrdienstfähigkeit im Sinne des § 8a WPfIG abweiche. Vielmehr konzidiert der Kläger ausdrücklich, dass das Verwaltungsgericht seinen Erwägungen die entsprechenden Maßstäbe vorangestellt hat. Der Kläger legt deshalb keine die Revision eröffnende Divergenz dar, sondern wendet sich der Sache nach im Stil eines bereits zugelassenen Rechtsmittels gegen die seiner Ansicht nach unzutreffende Tatsachenwürdigung und Rechtsanwendung, die die Vorinstanz in dem entschiedenen Einzelfall vorgenommen hat.
- 14 Unabhängig hiervon ist das Verwaltungsgericht, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, auch inhaltlich nicht von den dargestellten Maßstäben abgewichen. Denn nach den von dem Gericht in Bezug genommenen Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen PD Dr. med. M., die es vor dem Hintergrund bestehender unterschiedlicher Beurteilungen eingeholt hat, lässt sich eine relevante Erkrankung des rechten Kniegelenks des Klägers objektiv ebenso wenig belegen, wie sich Hinweise für ein Funktionsdefizit im Bereich dieses



Gelenks ergeben haben (zusammenfassend: ergänzendes Gutachten vom 19. Oktober 2009 S. 3).

- 15 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 2 GKG.

Neumann

Dr. Graulich

Dr. Möller

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Wehrpflichtrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

WPfIG § 8a

VwGO § 86 Abs. 1

Stichworte:

Wehrdienstfähigkeit; sachverständiger Zeuge; Sachverständiger; zur Abgrenzung der Beweismittel des sachverständigen Zeugen und des Sachverständigen.

Leitsätze:

1. Der sachverständige Zeuge bekundet sein Wissen von bestimmten vergangenen Tatsachen oder Zuständen, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war und die er nur kraft dieser besonderen Sachkunde ohne Zusammenhang mit einem gerichtlichen Gutachtenauftrag wahrgenommen hat. Er ist insoweit nicht ersetzbar.

2. Der Sachverständige begutachtet aufgrund seiner besonderen Sachkunde auf einem Fachgebiet als Gehilfe des Gerichts einen von diesem festzustellenden Sachverhalt. Er ist in dieser Funktion grundsätzlich austauschbar.

Beschluss des 6. Senats vom 12. Oktober 2010 - BVerwG 6 B 26.10

VG Magdeburg vom 23.02.2010 - Az.: VG 2 A 93/08 MD -