

Az.: 2 A 576/24
11 K 375/21 VG Dresden



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

– Kläger –
– Antragsgegner –

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch das Bundesministerium der Verteidigung

Fontainengraben 150, 53123 Bonn

– Beklagte –
– Antragstellerin –

wegen

Unentschuldigtem Fernbleiben vom Dienst
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichtes Dr. Grünberg, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Henke und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Hoentzsch

am 19. Januar 2026

beschlossen:

Der Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 25. September 2024 - 11 K 375/21 - wird abgelehnt.

Die Beklagte trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 37.800 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Der zulässige und - entgegen der Annahme des Klägers - fristgerechte Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. Der geltend gemachte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung liegt nicht vor (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).
- 2 Der Kläger war Soldat auf Zeit und wurde zuletzt als (stellvertretender) Gruppenführer in S..... verwendet. Im Jahr 2017 war der Kläger durch den Truppenarzt D..... wiederholt krankgeschrieben worden; die letzte Krankschreibung erfolgte am 17. Oktober 2017. Aus den Akten ist insoweit eine E-Mail des Sanitätsversorgungszentrums D..... vom 17. Oktober 2017 (Genehmigender Oberstabsarzt K.....) an drei - nicht erkennbare - Empfänger ersichtlich, welche unter der Überschrift „Erkrankung eines Soldaten außerhalb des Standortes“ den Vermerk „EINLEITUNG DU VERFAHREN EMPFOHLEN“ und „BITTE UM VORLAGE 90/5 VERWENDUNGSFÄHIGKEIT/ DIENSTUNFÄHIGKEIT“ sowie die Aussage „KzH“ (krank zu Hause) bis einschließlich 9. November 2017 enthielt; ein Wiedervorstellungstermin war nicht vermerkt. Nachfolgend blieb der Kläger dem Dienst fern. Am 8. Januar 2019 wurde der Kläger an seinem Wohnort durch ein Abholkommando der Bundeswehr aufgegriffen und zu seinem Standort in S..... verbracht. Dort wurde ihm vorgeworfen, im Zeitraum vom 10. November 2017 bis zum 8. Januar 2019 eigenmächtig dem Dienst in seinem Bataillon ferngeblieben zu sein sowie während der Krankschreibung einer nicht genehmigten Nebentätigkeit (Vermittlung und Verkauf von Versicherungen) nachgegangen zu sein. Am 9. Januar 2019 wurde der Kläger dem Truppenarzt in S..... vorgestellt, welcher am 11. Januar 2019 vermerkte „Nicht wehrdienstfähig, Einleitung DU-Verfahren empf.“ Mit Verfügung vom 4. Januar 2019 wurde die Angelegenheit wegen Verstoßes gegen § 15 Wehrstrafgesetz (WStG, Eigenmächtige Abwesenheit) und § 16 WStG (Fahnenflucht) zur Staatsanwaltschaft abgegeben. Am 27. November 2019 erließ das Amtsgericht S..... einen Strafbefehl und setzte gegen den Kläger wegen eigenmächtiger Abwesenheit gemäß § 15 Abs. 1 WStG eine Geldstrafe i. H. v. 150 Tagessätzen zu

je 30 € fest. Dieser Strafbefehl wurde im Dezember 2019 rechtskräftig. Nachdem der Kläger am 30. Juni 2019 regulär aus dem Dienst bei der Beklagten ausgeschieden war, stellte die Beklagte mit Bescheid vom 2. September 2020 für den Zeitraum vom 10. November 2017 bis einschließlich 8. Januar 2019 den Verlust der Bezüge des Klägers gemäß § 9 Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) fest. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 25. Januar 2021 zurück.

- 3 Das Verwaltungsgericht hat der hiergegen gerichteten Klage des Klägers mit Urteil vom 25. September 2024 - 11 K 375/21 - stattgegeben und den Bescheid der Beklagten vom 2. September 2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. Januar 2021 aufgehoben. Ein unerlaubtes Fernbleiben vom Dienst des Klägers mit der Folge des Verlustes der Bezüge komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehe, dass der Kläger im maßgeblichen Zeitraum vom 10. November 2017 bis einschließlich 8. Januar 2019 dienstfähig gewesen sei. Solange ein Beamter dienstunfähig ist, sei er von der Dienstleistungspflicht befreit, weil er sie nicht erfüllen könne. Könnten die Dienstfähigkeit des Beamten und sein Verschulden im maßgeblichen Zeitraum nicht festgestellt werden, gehe dies zulasten des Dienstherrn, der sich hierauf berufe und hierfür in vollem Umfang beweispflichtig sei. Ihm obliege es, die Umstände darzutun, aus denen sich die Dienstfähigkeit des Beamten und sein Verschulden ergeben. Soweit die Beklagte vortrage, diese Rechtsprechung sei nicht auf Soldaten übertragbar, sei dem nicht zu folgen, denn es werde an § 9 BBesG angeknüpft. Der persönliche Anwendungsbereich dieser Vorschrift umfasse ausdrücklich Beamte, Richter und Soldaten und auch § 1 Abs. 1 Nr. 3 BBesG nehme ausdrücklich Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit in den Anwendungsbereich des Bundesbesoldungsgesetzes auf. Soweit die Beklagte im Hinblick auf den streitbefangenen Sachverhalt eine Bindungswirkung des Strafbefehls des Amtsgerichts S..... vom 27. November 2019 erkenne, sei bereits zweifelhaft, ob dieser eine Bindungswirkung im Sinne von § 121 VwGO entfalten könne; zudem sei keine Identität der Streitgegenstände gegeben. Im Strafbefehl sei die Strafbarkeit des Klägers als eigenmächtige Abwesenheit gemäß § 15 Abs. 1 WStG bejaht und keine Aussage zu einem im dienstrechtlichen Sinn unerlaubten bzw. schuldhaften Fernbleiben vom Dienst getroffen worden. Gleiches gelte für die Frage, ob der Kläger im Zeitraum vom 10. November 2017 bis zum 8. Januar 2019 dienstfähig gewesen sei. Auch die insoweit maßgeblichen Tatsachen, etwa der Arztbrief des Bundeswehrkrankenhauses B..... vom 10. Oktober 2017, seien nicht Gegenstand des Strafbefehls gewesen. Die Gefahr, dass eine dem Strafbefehl widersprechende Entscheidung ergehen könne, besteht daher nicht. Das Gericht sei nicht zur Überzeugung gelangt, dass der Kläger im streitbefangenen Zeitraum dienstfähig gewesen ist. Die Beklagte sei ihren Darlegungs- und Beweispflichten in keiner Weise nachgekommen. Es ergebe sich weder aus der vorgelegten Akte - bei der es sich offensichtlich nicht um die vollständige Personalakte, sondern um einen als Disziplinarvorgang angelegten Band handele - noch aus dem Vortrag

der Beklagten, dass der Kläger im Zeitraum vom 10. November 2017 bis 8. Januar 2019 tatsächlich dienstfähig gewesen sei. Ausweislich der vorgelegten Krankschreibungen vom 20. März 2017, 7. August 2017, 15. August 2017, 12. September 2017 und 17. Oktober 2017 sei er im Jahr 2017 mehrfach und zum Teil für längere Zeiträume krankgeschrieben gewesen. Im Rahmen der Vorstellung des Klägers beim Bundeswehrkrankenhaus B..... am 10. Oktober 2017 sei durch die behandelnde Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie festgestellt worden, dass bei dem Kläger aus wehrpsychiatrischer Sicht eine Anpassungsstörung mit depressiver und somatoformer Ausgestaltung festzustellen sei; langfristig sei die Bundeswehr als aufrechterhaltender Faktor der Symptomatik anzusehen. Dem Kläger sei eine Dienstunfähigkeit bescheinigt worden mit der Prognose, dass eine Wiederherstellung der Dienstfähigkeit in den nächsten zwei Jahren nicht zu erwarten sei und die Einleitung eines Dienstunfähigkeitsverfahrens empfohlen werde. Auch der behandelnde Oberstabsarzt sei im Rahmen der Vorstellung des Klägers am 17. Oktober 2017 davon ausgegangen, dass dieser dienstunfähig sei und habe die Einleitung eines Dienstunfähigkeitsverfahrens empfohlen. Zudem sei der Kläger auch nach seinem Aufgreifen am 9. Januar 2019 bis zu seinem regulären Ausscheiden aus dem Dienst am 30. Juni 2019 krankgeschrieben gewesen und im Anschluss an die ärztliche Vorstellung am 9. Januar 2019 habe der Oberstabsarzt vermerkt, dass der Kläger nicht wehrdienstfähig sei und die Einleitung eines Dienstunfähigkeitsverfahrens empfohlen werde; auch im Rahmen der Abschlussuntersuchung sei der Kläger nach ärztlichem Urteil als nicht verwendungsfähig eingestuft worden. Dies spreche sehr dafür, dass der Kläger auch im streitbefangenen Zeitraum dienstunfähig gewesen ist und davon scheine auch die Beklagte selbst ausgegangen zu sein. Sowohl der Vorgesetzte des Klägers als auch Oberstabsfeldwebel E..... seien davon ausgegangen, dass ein Dienstunfähigkeitsverfahren laufen würde. Auch der Kläger selbst sei nach seinem Vortrag davon ausgegangen, im streitgegenständlichen Zeitraum dienstunfähig gewesen zu sein. Darüber hinaus sei in einer Aktennotiz vom 4. Januar 2018 vermerkt worden, dass der Kläger Mitte 2017 fernmündlich gegenüber seinem Kompaniechef mitgeteilt habe, dass er psychische Probleme habe und daher seinen Dienst nicht mehr verrichten könne. Es solle ein Dienstunfähigkeitsverfahren eingeleitet werden, währenddessen der Kläger krankgeschrieben sei. Die Ausführungen des Klägers zu seinem psychischen Zustand würden durch die Anamnese der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie vom 10. Oktober 2017 gestützt. Sofern die Beklagte von einem Verstoß des Klägers gegen die Verfahrensvorschriften und daran anknüpfend von einem schuldhaften Fernbleiben vom Dienst des Klägers ausgehe, könne dies die Frage, ob der Kläger dienstfähig gewesen sei, nicht beantworten. Unabhängig davon habe der Kläger vorgetragen, die Krankschreibung vom 17. Oktober 2017 nie zu Gesicht bekommen zu haben und auch auf anderem Wege nicht von der Dauer der Krankschreibungen in Kenntnis gesetzt worden zu sein, was sich mit Blick auf die unvollständige Aktenführung der Beklagten nicht widerlegen lasse. Aus dieser sei nicht ersichtlich, ob die Krankschreibung des Truppenarztes vom 17. Oktober 2017 überhaupt an den

Vorgesetzten des Klägers weitergeleitet, geschweige denn, wie der Dienstvorgesetzte mit der vorgenannten Meldung verfahren sei. Der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe sich nach Ablauf der letzten Krankschreibung wieder zum Dienst melden oder im Falle seiner Dienstunfähigkeit beim Truppenarzt vorstellen müssen, trage zur Klärung der Frage, ob er im streitbefangenen Zeitraum dienstfähig gewesen sei, nichts bei. Weil die Beklagte in einem Zeitraum von über einem Jahr keine nachgewiesenen Kontaktaufnahmen zum Kläger veranlasst habe, scheine auch sie von einer Dienstunfähigkeit des Klägers ausgegangen zu sein; anders lasse sich eine derart lange Untätigkeit kaum begründen. Auch soweit die Beklagte anführe, dass der Kläger einer nicht genehmigten Nebentätigkeit als Versicherungsmakler nachgegangen sei, begründe dies keine andere Einschätzung. Der Kläger habe ausgeführt, dass er der Tätigkeit erst seit Ende 2018 nachgegangen sei. Zwar liege nahe, dass diese bereits im Jahr 2017 begonnen habe, indes sei über Inhalt und Umfang nichts Näheres bekannt. Unabhängig davon könne die Ausübung einer Nebentätigkeit nur bedingt eine Aussage über die Dienstfähigkeit des Klägers treffen, weil der Begriff der Dienstfähigkeit an die übertragenen dienstlichen Aufgaben anknüpfe.

- 4 Die Beklagte macht ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) geltend. Aufgrund der Bindungswirkung des Strafbefehls hätte die Klage abgewiesen müssen. Unzutreffend sei, dass ein Strafbefehl keine Bindungswirkung entfalten könne. Unzutreffend sei bereits, dass „nur“ ein Strafbefehl und kein Strafurteil ergangen sei. Dies könne zwar formal so sein, das Gericht verkenne aber, dass die Staatsanwaltschaft dem Kläger eine Anklageschrift zugestellt und das Amtsgericht S..... die Anklage zugelassen habe. Nur weil der Kläger trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne hinreichende Entschuldigung zum Hauptverhandlungstermin am 27. November 2019 nicht erschienen sei, sei am 27. November 2019 ein Strafbefehl erlassen worden und das Verwaltungsgericht habe es versäumt, dies zu würdigen. Insbesondere aber habe es verkannt, dass es auf die Problematik, ob nur der Tenor oder auch die Würdigung in Rechtskraft erwachse, nicht ankomme, weil der Tenor bereits feststelle, dass der Kläger eigenmächtig und vorsätzlich gehandelt habe. Die Auffassung des Gerichts, dass keine Identität der Streitgegenstände vorliege und die Strafbarkeit des Klägers nach § 15 Abs. 1 WStG keine Aussage zu einem im dienstrechtlichen Sinn unerlaubten bzw. schuldhaften Fernbleiben vom Dienst treffe, sei ohnehin nicht nachvollziehbar. Hätte der Kläger in dem Strafverfahren eine Dienstunfähigkeit nachgewiesen, wäre das Fernbleiben nicht schuldhaft und damit nicht rechtswidrig gewesen. Das Verwaltungsgericht habe den Sachverhalt auch fehlerhaft dargestellt, denn der Kläger sei in dem Zeitraum 25. bis 30. März 2017, 7. bis 23. April 2017, 3. bis 20. Juni 2017 und 15. Juli bis 6. August 2017 nicht krankgeschrieben gewesen. Entscheidend sei jedoch, dass das Verwaltungsgericht fehlerhaft angenommen habe, der Dienstherr sei hinsichtlich der Dienstfähigkeit des Klägers beweispflichtig. Soweit sich das Gericht auf die Rechtsprechung des Sächsischen Obergerichtspräsidenten (Beschl. v. 1. März

2021 - 2 B 4/21 -) beziehe, sei der Fall nicht vergleichbar ist, denn hier liege ab dem 11. November 2017 keine weitere Krankschreibung vor. Es sei auch nicht so, dass die Rechtsprechung für Beamte auf Soldaten Anwendung finde. Beamte könnten grundsätzlich bis zu drei Tage ohne Krankschreibung zuhause bleiben und benötigten danach eine ärztliche Krankschreibung. Soldaten seien verpflichtet nach einem vorgegebenen Verfahren zum Truppenarzt zu gehen, nach Ziffer 301 ZDv A-1451/3 bedürfe jedes Fernbleiben vom Dienst grundsätzlich der Genehmigung. Maßstab sei die truppenärztliche Dienstbefreiung im Rahmen der ärztlichen Versorgung der Soldaten im Krankheitsfall, geregelt in den Ziffern 175 ff. der ZDv A2-2630/0-0-2 zum „Leben in der militärischen Gemeinschaft“. Soldaten, die sich krank fühlen, hätten die zuständige Sanitätseinrichtung aufzusuchen und nach Beendigung der Untersuchung unverzüglich bei der Einheit zurückzumelden. Der Truppenarzt teile im Krankenmeldeschein mit, wenn der Soldat aus gesundheitlichen Gründen von einzelnen oder allen Dienstverrichtungen zu befreien sei und der Disziplinarvorgesetzte setze diese Empfehlung in konkrete Maßnahmen für den Soldaten um. Wolle der Disziplinarvorgesetzte die Befreiung nicht umsetzen, führe er ein Gespräch mit dem Truppenarzt. Schließlich sei geregelt, dass für aus gesundheitlichen Gründen von allen Dienstverrichtungen befreite Soldaten, die zum Wohnen in der Gemeinschaftsunterkunft verpflichtet sind, der Truppenarzt mit Zustimmung des erkrankten Soldaten die Empfehlung „kzH“ aussprechen könne, wenn dort die notwendige Betreuung gewährleistet sei. Der nächste Disziplinarvorgesetzte entscheide gemäß dieser Empfehlung über den Aufenthaltsort des Soldaten und dürfe ausnahmsweise von der Empfehlung abweichen, wenn ihm konkrete Erkenntnisse vorliegen, die unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge einen Aufenthalt zu Hause verbieten würden. Demnach sei das Entscheidungsverfahren zweistufig ausgestaltet: An die truppenärztliche Empfehlung schließe sich eine Entscheidung des militärischen Vorgesetzten an. Das Ergebnis der ärztlichen Untersuchung selbst führe nie zu einer Befreiung vom Dienst, das im Krankenmeldeschein festgehaltene Untersuchungsergebnis erweise sich somit zunächst als Empfehlung an die militärische Leitung. Komme diese der Empfehlung nicht nach, sei das Klärungsverfahren gemäß Ziffer 180 durchzuführen, wonach dem ärztlichen Urteil der Vorzug eingeräumt werde. Komme es nicht dazu, bleibe es bei der Grundregel, dass der Soldat nach der ärztlichen Begutachtung zu seiner Einheit zurückkehren müsse. Nur wenn der Soldat seinem Vorgesetzten den Krankenmeldeschein vorlege und ihm so die Entscheidung ermöglicht habe, könne der Disziplinarvorgesetzte zu einer Auffassung gelangen, die der des Truppenarztes widerspreche. Der Kläger habe seinem unmittelbaren Dienstvorgesetzten seit dem 10. November 2017 keine weitere Krankschreibung vorgelegt und ihn stattdessen in den Irrtum versetzt, es laufe ein DU-Verfahren bis zu dessen Abschluss er weiter krankgeschrieben sei; weitere Vorstellungen beim Truppenarzt sei nicht erfolgt. Der Akte sei zudem entnehmen, dass ein Termin bei einem zivilen Weiterbehandler nach dem 17. Oktober 2017 vom Soldaten abgesagt worden sei. Somit habe sich der Kläger von seiner Einheit entfernt, obwohl er nicht vom Dienst befreit gewesen sei; ob er während

seiner Abwesenheit erreichbar gewesen sei oder nicht, sei ohne Belang. Er habe auch schuldhaft, nämlich vorsätzlich, zumindest aber fahrlässig gehandelt, denn er hätte wissen müssen, dass an seinem Standort die ständige Übung bestehe, bei ärztlicher Empfehlung „kzH“ einen Antrag auf Gewährung von Sonderurlaub mit entsprechender Begründung zu stellen; er hätte wissen müssen, dass er Krankschreibungen verlängern lassen müsse. Seine Angaben in der mündlichen Verhandlung, dass er die Krankschreibung vom 17. Oktober 2017 nie zu Gesicht bekommen habe und er auch auf anderem Wege nicht von der Dauer der Krankschreibung in Kenntnis gesetzt worden seien, hätte vom Verwaltungsgericht hinterfragt werden müssen. Dies entspreche nicht den tatsächlichen Gegebenheiten und sei lebensfremd. Auch könne sich der Kläger nicht darauf berufen, dass die letzte Krankschreibung bis 9. November 2017 im Feld „Wiedervorstellung“ keinen Eintrag enthalten habe. Insoweit sei auch die Sachverhaltsfeststellung des Gerichts unvollständig. Der Standortarztbogen des Sanitätsversorgungszentrums D..... vom 17. Oktober 2017 enthalte unter Ziffer 19 „Empfehlung zur Befreiung von Dienstvorrichtungen und weiteren Behandlung“ den Eintrag: „KzH bis WV 09.11.2017“; der behandelnde Arzt habe somit vermerkt, dass der Kläger sich am 9. November 2017 wieder vorzustellen gehabt habe. Nicht gewürdigt habe das Verwaltungsgericht zudem, dass die Behauptung des Klägers, dass er davon ausgegangen sei, dass er wegen der Einleitung eines Dienstunfähigkeitsverfahrens vom Dienst entbunden gewesen sei daher „offensichtlich“ unglaubwürdig sei, weil er „wohl bereits“ im Mai davon hätte ausgehen müssen, dass er wegen Einleitung eines DU-Verfahrens vom Dienst entbunden sei; dennoch habe er die Krankschreibungen noch bis November 2017 verlängern lassen. Dem Kläger hätte darüber hinaus bewusst sein müssen, dass der Zustand der Dienstunfähigkeit in einem formalisierten Verfahren nach den Ziffern 501 ff. der ZDv A-1420/20 festzustellen sei. Zudem sei nicht berücksichtigt worden, dass der Kläger einer nicht genehmigten Nebentätigkeit als Versicherungsmakler nachgegangen sei. Das Gericht verkenne, dass die Ausübung einer Nebentätigkeit sehr wohl Rückschlüsse auf die Dienstfähigkeit haben könne, insbesondere dann, wenn die Nebentätigkeit vom Umfange her der einer Haupttätigkeit entspreche. Die Angaben des Klägers zeigten deutlich, dass er in der mündlichen Verhandlung nicht die Wahrheit gesagt habe; er habe bereits in der behördlichen Vernehmung gelogen. Dies lasse das Gericht ebenso unberücksichtigt, wie die Aussagen von Soldaten, dass der Kläger als „Spezialist für den öffentlichen Dienst“ Versicherungen an verschiedenen Standorten in Abendveranstaltungen Versicherungen verkauft habe oder die Aussagen des Disziplinarvorgesetzten. Daher verkenne es die Bedeutung und wäre verpflichtet gewesen, den Kläger zur Auskunft über Inhalt und Umfang dieser Nebentätigkeit aufzufordern.

- 5 Der Kläger ist dem Zulassungsantrag unter Berufung auf die angefochtene Entscheidung und unter Auseinandersetzung mit dem klägerischen Vorbringen entgegengetreten.

- 6 2. Die Berufung ist nicht wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zuzulassen.
- 7 Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel dient der Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit. Er soll eine berufungsgerichtliche Nachprüfung des Urteils des Verwaltungsgerichts ermöglichen, wenn sich aus der Begründung des Zulassungsantrags ergibt, dass hierzu wegen des vom Verwaltungsgericht gefundenen Ergebnisses Veranlassung besteht. Gemäß § 124a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 VwGO ist der Zulassungsgrund in der gebotenen Weise darzulegen. Ernstliche Zweifel in dem genannten Sinne sind deshalb anzunehmen, wenn der Antragsteller des Zulassungsverfahrens tragende Rechtssätze oder erhebliche Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichts mit schlüssigen Gegenargumenten so infrage stellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens zumindest als ungewiss erscheint (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 23. Juni 2000, NVwZ 2000, 1164; Kammerbeschl. v. 26. März 2007 - 1 BvR 2228/02 -, juris).
- 8 Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Das Verwaltungsgericht hat den Bescheid der Beklagten vom 2. September 2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. Januar 2021 zu Recht aufgehoben. Das Zulassungsvorbringen gibt keinen Anlass zu einer anderen Bewertung.
- 9 In Streit steht der Verlust der Bezüge des Klägers nach § 9 BBesG. Danach verliert der Beamte, Richter oder Soldat, wenn er ohne Genehmigung schuldhaft dem Dienst fernbleibt, für die Zeit des Fernbleibens seine Bezüge (§ 9 Satz 1 BBesG). Unabhängig davon, ob der Fernbleibende Beamte, Richter oder Soldat ist, setzt dies voraus, dass dieser im maßgeblichen Zeitraum dienstfähig war. Dabei handelt es sich um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Solange ein Beamter dienstunfähig ist, ist er von der Dienstleistungspflicht befreit, weil er sie nicht erfüllen kann (st. Rspr., vgl. nur BVerwG, Urt. v. 23. Juni 2016 - 2 C 24.14 -, juris Rn. 16). Es ist nicht ersichtlich, warum dies bei Soldaten anders sein sollte, wenn diese ihre Dienstleistungspflicht nicht erfüllen können. Die Frage des Nachweises bleibt hiervon grundsätzlich unberührt.
- 10 Gemäß § 96 Abs. 1 Satz 2 BBG ist Dienstunfähigkeit auf Verlangen nachzuweisen. Die Regelung ermächtigt den Dienstherrn, die Bedingungen näher festzulegen, unter denen der Beamte von der Dienstleistungspflicht infolge einer Erkrankung entbunden ist. Mit einer auf § 96 Abs. 1 Satz 2 BBG gestützten Anordnung, sei es - wie hier - abstrakt generell durch Verwaltungsvorschrift oder konkret individuell durch dienstlich-persönliche Weisung, konkretisiert der Dienstherr die Pflicht des Beamten, eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu belegen. Folgt der Beamte einer solchen wirksamen Anordnung zur Vorlage eines bestimmten ärztlichen Attests

nicht, kann er dem Dienstherrn Dienstunfähigkeit für den Zeitraum seines Fernbleibens vom Dienst nicht entgegenhalten. Das hat zur Folge, dass er für diesen Zeitraum seines Fernbleibens nicht einwenden kann, er sei dienstunfähig gewesen; er bleibt dem Dienst unerlaubt fern (vgl. BVerwG, Beschl. v. 8. Dezember 2022 - 2 B 19.22 -, juris Rn. 8 m. w. N. und Ur. v. 12. November 2020 - 2 C 6.19 -, juris Rn. 20).

- 11 Vorliegend wendet die Beklagte unter Verweis auf die Ziffern 175 ff. der ZDv A2-2630/0-0-2 zum „Leben in der militärischen Gemeinschaft“ ein, eine Anordnung getroffen zu haben, wonach der Truppenarzt im Krankenmeldeschein mitteile, wenn der Soldat aus gesundheitlichen Gründen von einzelnen oder allen Dienstverrichtungen zu befreien ist und der Disziplinarvorgesetzte diese Empfehlung in konkrete Maßnahmen für den Soldaten umsetze; an die truppenärztliche Empfehlung schließe sich eine Entscheidung des militärischen Vorgesetzten an. Daher handele es sich bei der truppenärztlichen Entscheidung ausdrücklich um eine Empfehlung an den Disziplinarvorgesetzten. Voraussetzung sei, dass der Soldat seinem Vorgesetzten den Krankenmeldeschein vorlege und ihm so die Entscheidung ermögliche, was nicht erfolgt sei.
- 12 Aus den vorliegenden Akten geht hervor, dass der Kläger entsprechend dieser Anordnung im Jahr 2017 mehrfach den Truppenarzt aufgesucht hat, der eine solche „Empfehlung“, zuletzt am 17. Oktober 2017 ausgesprochen und - im Gegensatz zu den vorherigen Mitteilungen - auch ausdrücklich vermerkt hat, dass die Einleitung eines Dienstunfähigkeitsverfahrens empfohlen und um „VORLAGE 90/5 VERWENDUNGSFÄHIGKEIT/ DIENSTUNFÄHIGKEIT“ gebeten wird. Wie der Disziplinarvorgesetzte diese Empfehlungen jeweils umgesetzt hat, ist nicht dokumentiert. Jedenfalls aber wurden nach Zuleitung der letzten Mitteilung vom 17. Oktober 2017 keine erkennbaren Maßnahmen seitens der Beklagten getroffen, den Kläger zu kontaktieren und ihm dienstliche Aufgaben zuzuweisen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass sowohl der Vorgesetzte als - nach seinem Vortrag - auch der Kläger irrtümlich davon ausgingen, dass der Truppenarzt das Dienstunfähigkeitsverfahren einleiten werde und der Kläger bis zu dessen Ende „krank“ und damit von den Dienstverrichtungen befreit sei, wie sich dies im Übrigen auch aus dem Arztbericht des Bundeswehrkrankenhauses B..... (Klinik VI Psychiatrie, Psychotherapie) ergibt, wo am 10. Oktober 2017 zum weiteren Procedere beim Kläger vermerkt ist: „Fortführung kzH bis DU-Entscheidung“. Unabhängig davon, ob der Kläger die ärztlichen Empfehlungen des Truppenarztes persönlich bekommen hat und seinem Vorgesetzten hätte vorlegen müssen, hätte sich der Vorgesetzte spätestens am 10. November 2017 um den Verbleib des Klägers kümmern und diesen zum Dienstantritt auffordern müssen. Im Zusammenhang mit der Empfehlung des Truppenarztes vom 17. Oktober 2017 und dem Arztbericht des Bundeswehrkrankenhauses 10. Oktober 2017 hätte die fehlende Aufforderung zum Dienstantritt aus Sicht eines Erkrankten mithin auch eine entsprechende Entscheidung des

Disziplinarvorgesetzten sein können, weshalb dem Kläger die Verwaltungsvorschrift der Beklagten vorliegend nicht entgegengehalten werden kann und ihm der Einwand, er sei dienstunfähig gewesen, nicht verschlossen ist. Dass das Verwaltungsgericht ausgehend von seinen weiteren Ermittlungen - insbesondere aufgrund des Arztberichtes des Bundeswehrkrankenhauses B..... vom 10. Oktober 2017, der Einschätzung des Oberstabsarztes vom 9. Januar 2019 und des Ergebnisses der Abschlussuntersuchung des Klägers vom 27. Juni 2019 - zur Überzeugung gelangt ist, dass dieser im streitgegenständlichen Zeitraum vom 10. November 2017 bis 8. Januar 2019 nicht dienstfähig gewesen sei, ist daher nicht zu beanstanden. Auf die Frage, ob dieses Verhalten schuldhaft i. S. d. § 9 BBesG erfolgt ist, kam es damit nicht an, weil das Verwaltungsgericht bereits davon ausging, dass der Kläger seine Dienstleistungspflicht im streitgegenständlichen Zeitraum nicht erfüllen konnte.

- 13 Der gegen den Kläger ergangene Strafbefehl des Amtsgerichts S..... hat auch keine Bindungswirkung für das vorliegende Verfahren. Das unerlaubte und schuldhafte Fernbleiben vom Dienst hat zwei Folgen: Zum einen verliert der Beamte für die Zeit des Fernbleibens den Anspruch auf Besoldung, zum anderen kann gegen ihn zusätzlich zum Verlust der Bezüge ein Disziplinarverfahren durchgeführt werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 12. November 2019 a. a. O. Rn. 19). Gemäß § 57 Abs. 1 BDG sind die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils im Straf- oder Bußgeldverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, durch das nach § 9 BBesG über den Verlust der Besoldung bei schuldhaftem Fernbleiben vom Dienst entschieden worden ist, im Disziplinarverfahren, das denselben Sachverhalt zum Gegenstand hat, für das Gericht bindend. Es hat jedoch die erneute Prüfung solcher Feststellungen zu beschließen, die offenkundig unrichtig sind. Vorliegend handelt es sich um einen Strafbefehl des Amtsgerichts S..... nach § 15 Abs. 1 WStG, welcher für das Verfahren, durch das nach § 9 BBesG über den Verlust der Besoldung bei schuldhaftem Fernbleiben vom Dienst entschieden wird, weder eine Bindungswirkung gemäß § 57 Abs. 1 BDG noch gemäß § 121 VwGO entfaltet. Unabhängig davon, dass § 57 Abs. 1 BDG für das Disziplinarverfahren Anwendung findet, kommt den Feststellungen in einem rechtskräftigen Strafbefehl dort ebenfalls keine Bindungswirkung zu, weil einem Strafbefehl lediglich eine in einem besonders geregelten summarischen Verfahren getroffene richterliche Entscheidung zugrunde liegt (vgl. BVerwG, Urt. v. 29. März 2012 - 2 A 11.10 -, juris Rn. 37). Daher sieht § 57 Abs. 2 BDG vor, dass in einem anderen gesetzlich geordneten Verfahren getroffene tatsächliche Feststellungen zwar der Entscheidung ohne erneute Prüfung zugrunde gelegt werden *können*, aber nicht bindend sind. Unabhängig davon, ob § 121 VwGO vorliegend anwendbar wäre, würde es für eine Bindungswirkung nach dieser Regelung bereits an einem identischen Streitgegenstand fehlen. Nach § 15 Abs. 1 WStG wird bestraft, wer eigenmächtig seine Truppe oder Dienststelle verlässt oder ihr fernbleibt und vorsätzlich oder fahrlässig länger als drei volle Kalendertage abwesend ist. Auch wenn sich der Regelungsgegenstand von § 15 Abs. 1 WStG und § 9

BBesG überschneiden, liegt keine Identität vor. Selbst wenn - wie die Beklagte vorträgt - das Fernbleiben nicht schuldhaft gewesen wäre, wenn der Kläger bereits im Strafverfahren die Dienstunfähigkeit nachgewiesen hätte, ist das Vorliegen von Dienstfähigkeit im Rahmen des § 9 BBesG grundsätzlich erforderlich, weil anderenfalls die Dienstleistungspflicht nicht erfüllt werden kann. Es ist auch nicht ersichtlich, dass im Strafbefehl des Amtsgerichts S..... entsprechende Feststellungen getroffen worden wären oder dem Strafbefehl deshalb die Wirkung eines Urteils zukäme, weil der Kläger nicht erschienen ist.

- 14 Es ist auch nicht dargelegt, dass das Verwaltungsgericht einen fehlerhaften Sachverhalt zugrunde gelegt hätte, weil es angenommen hat, dass der Kläger „zumindest seit dem 20. März 2017 beim Truppenarzt in D..... in ärztlicher Behandlung“ gewesen und „seitdem regelmäßig durch den Truppenarzt D..... krankgeschrieben“ worden sei, auch wenn der Beklagte ausführt, dass der Kläger jedenfalls in den Zeiträumen vom 25. bis 30. März 2017, 7. bis 23. April 2017, 3. bis 20. Juni 2017 und 15. Juli bis 6. August 2017 nicht krankgeschrieben gewesen sei. Auf die Frage, was der Kläger hätte wissen müssen und ob er schuldhaft gehandelt hat, kam es nach Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht an. Im Übrigen hätte die Beklagte selbst - wenn sie davon ausgeht, dass der Vortrag des Klägers „offensichtlich“ unglaubwürdig sei - in der mündlichen Verhandlung einen Beweisantrag stellen können. Auch der Vortrag der Beklagten, das Gericht habe nicht berücksichtigt, dass der Kläger einer nicht genehmigten Nebentätigkeit als Versicherungsmakler nachgegangen und verpflichtet gewesen sei, die Hinweise der Beklagten aufzugreifen und den Kläger zur Auskunft über Inhalt und Umfang dieser Nebentätigkeit aufzufordern, führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis. Aus dem ärztlichen Bericht des Bundeswehrkrankenhauses B..... vom 10. Oktober 2017 geht nicht nur hervor, dass beim Kläger aus wehrpsychiatrischer Sicht eine Anpassungsstörung mit depressiver und somatoformer Ausgestaltung festgestellt wurde; vielmehr wurde auch vermerkt: „Langfristig steht die Bundeswehr als aufrechterhaltender Faktor der Symptomatik“. Daher ist es nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht davon ausgegangen ist, dass die Ausübung einer Nebentätigkeit nur bedingt eine Aussage über die Dienstfähigkeit zulasse, weil die Dienstfähigkeit an die dem Kläger übertragenen dienstlichen Aufgaben anknüpfe. Ausweislich der ärztlichen Einschätzung des Bundeswehrkrankenhauses waren seine dienstlichen Aufgaben ursächlich, weshalb die Ausübung einer Nebentätigkeit als Versicherungsmakler vorliegend keinen Rückschluss im Hinblick auf seine Dienstfähigkeit als Soldat zulässt.
- 15 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 16 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 63 Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 1 GKG und folgt der Festsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die die Beteiligten keine Einwände erhoben haben.

- 17 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Grünberg

Dr. Henke

Dr. Hoentzsch