



Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 WDB 2.19
TDG S 5 GL 04/19

In der Disziplinarsache

des Herrn Leutnant ...,

...,

...,

- Verteidiger:
Rechtsanwälte ...,
... -

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Häußler,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Burmeister und
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Henke

am 10. Oktober 2019 beschlossen:

Die Beschwerde der Wehrdisziplinaranwaltschaft gegen
den Beschluss der 5. Kammer des Truppendienstgerichts
Süd vom 27. Juni 2019 wird zurückgewiesen.



G r ü n d e :

I

- 1 Die Beschwerde betrifft ein hauptsächlich auf die vorläufige Dienstenthebung gerichtetes Verfahren wegen Verletzung der politischen Treuepflicht.
- 2 1. Der Kommandeur der ... leitete mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 gegen den ... geborenen Soldaten ein gerichtliches Disziplinarverfahren ein und ordnete dessen vorläufige Dienstenthebung, ein Uniformtrageverbot sowie die Einbehaltung von Dienstbezügen an. Folgende Tatvorwürfe wurden als Grund für die Einleitung des Disziplinarverfahrens angegeben:
 1. "Sie posteten am ... um ... Uhr in der WhatsApp-Gruppe ... ein Bild mit folgendem Inhalt: 'Für den Sturm zwei Juden, denn diese dürfen nicht verfolgt werden. Für das Mittelfeld einen Neger und einen Chinesen, damit das Spiel farbiger wird. Für die Abwehr drei Schwule, damit mehr Druck von hinten kommt'.
 2. Sie posteten am ... um ... Uhr in der WhatsApp-Gruppe ... ein Bild mit einer Schildkröte. Daneben stand geschrieben: 'My name is lonesome George, I was born in 1912 and am the last of my kind. It is up to me to preserve the values and morals of my time. HEIL FUCKING HITLER'.
 3. Sie fertigten am ... gemeinsam mit den Kameraden ..., ... und ... ein Schild mit der Aufschrift 'FDGO Würdenträger' an, welches von demjenigen getragen werden sollte, welcher in seinen Aussagen besonders gravierend gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verstoßen hatte."
- 3 Nachdem der Kommandeur der ... den Antrag des Soldaten auf Aufhebung der vorläufigen Anordnungen mit Bescheid vom 18. Februar 2019 abgelehnt hatte, wandte sich der Soldat an das Truppendienstgericht. Mit Beschluss vom 27. Juni 2019 hob es die Anordnungen auf. Die Einleitungsverfügung sei aus im Einzelnen erläuterten Gründen unwirksam. Unter anderem verstoße sie hinsichtlich des Vorwurfs Nr. 2 dagegen, dass die Gerichtssprache deutsch sei. Die behördlichen Entscheidungen enthielten keine Auslegung und rechtliche Würdigung der vorgeworfenen Äußerungen, die der Bedeutung der Meinungsfreiheit gerecht werde und eine gerichtliche Überprüfung ermögliche. Es sei regelmäßig

nicht Aufgabe des Gerichts, im Verfahren nach § 126 Abs. 5 Satz 3 WDO erstmals eine entsprechende Bewertung vorzunehmen. Da es um Meinungskundgaben gehe, bei denen auch rechtlich unbedenkliche Deutungsmöglichkeiten denkbar seien, hätte die Einleitungsbehörde ihre Subsumtion darlegen müssen. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sei damit nicht Rechnung getragen worden. Die allein zu berücksichtigenden Vorwürfe Nr. 1 und 3 rechtfertigten die vorläufigen Anordnungen nicht. Die Anordnungen seien ferner ermessensfehlerhaft, weil die Einleitungsbehörde nicht substantiiert dargelegt habe, dass ohne die vorläufige Dienstenthebung des Soldaten der Dienstbetrieb empfindlich gestört oder besonders gefährdet werde. Alternative Verwendungsmöglichkeiten seien nicht erwogen worden.

- 4 2. Ihre dagegen eingelegte Beschwerde begründet die Wehrdisziplinaranwaltschaft im Wesentlichen damit, ihr sei vom Truppendienstgericht unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG keine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt worden; anderenfalls hätte sie noch Erläuterungen geben und etwa eine deutsche Übersetzung liefern können. Die Anordnungen seien ermessensfehlerfrei. Insbesondere seien Verwendungsalternativen nicht gleichermaßen geeignet gewesen, die militärische Ordnung sowie die Disziplin der Truppe aufrecht zu erhalten. Die Äußerungen des Soldaten verstießen gegen die politische Treuepflicht nach § 8 SG, sodass regelmäßig die Höchstmaßnahme verwirkt sei. Das Truppendienstgericht verkenne zudem, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit Formalbeleidigungen und Schmähkritik nicht erfasse. Soweit - wie durch die Vorwürfe Nr. 1 und 2 - die Menschenwürde verletzt sei, verbiete sich ein Rückgriff auf die Meinungsfreiheit. Rechtsfehlerhaft habe das Truppendienstgericht ebenso den behördlichen Beurteilungsspielraum verkannt. Er bestehe bei der Prognose, ob ein Soldat das Dienstvergehen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit begangen habe und es zur Höchstmaßnahme führe.
- 5 Der Bundeswehrdisziplinaranwalt führt ergänzend aus, das Truppendienstgericht stelle an die Einleitungsverfügung zu Unrecht dieselben Anforderungen wie an die Anschuldigungsschrift. Auch sei die Einleitungsverfügung nicht in einer Fremdsprache abgefasst, sondern es seien lediglich die vom Soldaten auf Englisch getätigten Äußerungen zitiert worden. Der Soldat wisse zudem, was ihm sachlich vorgeworfen werde. Das Truppendienstgericht habe in dem nur

summarischen Verfahren überzogene Ermittlungen zur Gesinnung des Soldaten vorgenommen, auf die es seine Entscheidung nicht hätte stützen dürfen. Die Verletzung der Kernpflicht nach § 8 SG lasse den Soldaten für jedwede Verwendung ungeeignet werden. Insofern liege eine Ermessensreduktion auf Null vor, auch wenn die Begründung dafür etwas kurz erscheine. Ungeachtet dessen sei die Ermessensausübung im Bescheid vom 18. Februar 2019 detailliert dargelegt worden.

- 6 3. Ferner hat das Truppendienstgericht einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung seines Beschlusses im August 2019 abgelehnt.

II

- 7 Die Beschwerde der Wehrdisziplinaranwaltschaft ist zwar nach § 114 WDO zulässig (dazu BVerwG, Beschluss vom 9. Oktober 2019 - 2 WDB 3.19 – Rn. 9). Sie erweist sich aber bei der im vorläufigen Verfahren gemäß § 126 Abs. 5 Satz 3 i.V.m. § 114 Abs. 3 Satz 2 WDO nur möglichen summarischen Prüfung der Sachlage als unbegründet. Das Truppendienstgericht hat die gegen den Soldaten angeordnete vorläufige Dienstenthebung, das Uniformtrageverbot und die Einbehaltensanordnung im Ergebnis zu Recht aufgehoben.

- 8 1. Nach § 126 Abs. 1 WDO kann die Einleitungsbehörde einen Soldaten vorläufig des Dienstes entheben, wenn das gerichtliche Disziplinarverfahren gegen ihn eingeleitet wird oder eingeleitet worden ist. Mit der vorläufigen Dienstenthebung, die von dem unter dem 28. September 2018 ausgesprochenen Verbot der Dienstausbübung nach § 22 SG zu unterscheiden ist, kann das Verbot verbunden werden, Uniform zu tragen. Unter den Voraussetzungen des § 126 Abs. 2 WDO kann sie schließlich eine Kürzung der Dienstbezüge anordnen.

- 9 Diese vorläufigen Anordnungen setzen in formeller Hinsicht insbesondere eine hinreichende Begründung voraus (§ 39 VwVfG), wobei diesbezügliche Mängel gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG heilbar sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. Oktober 2019 - 2 WDB 3.19 – Rn. 12). In materieller Hinsicht setzen sie eine rechtswirksame Einleitungsverfügung und einen besonderen, sie rechtfertigen-

den Grund voraus. Liegen diese Voraussetzungen vor, muss das behördliche Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt worden sein (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. März 2005 - 2 WDB 1.05 - Buchholz 235.01 § 126 WDO 2002 Nr. 2 S. 5).

- 10 2. Im vorliegenden Fall fehlt es jedenfalls an einem besonderen, die vorläufigen Anordnungen rechtfertigenden Grund:
- 11 a) Das Erfordernis eines besonderen rechtfertigenden Grundes beruht auf dem Umstand, dass das Gesetz nicht stets bei der Einleitung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens die in § 126 Abs. 1 WDO vorgesehenen Maßnahmen anordnet, sondern dafür zusätzlich eine behördliche Einzelfallprüfung vorsieht. Des Weiteren folgt im Gegenschluss aus § 126 Abs. 2 WDO, demzufolge eine Einbehaltensanordnung nur bei einer voraussichtlich zu verhängenden Höchstmaßnahme ergehen darf, dass für den Erlass der sonstigen Anordnungen die Höchstmaßnahme nicht zwingend zu erwarten sein muss (BVerwG, Beschluss vom 19. Januar 2006 - 2 WDB 6.05 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 3 Rn. 27). Ein besonderer Grund kommt bei Anordnungen nach § 126 Abs. 1 WDO folglich regelmäßig vor allem dann in Betracht, wenn nach der vom Senat entwickelten Zweistufentheorie (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. März 2017 - 2 WD 16.16 - juris Rn. 91 m.w.N.) auf der ersten Stufe eine Dienstgradherabsetzung - als gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 4, § 62 WDO zweitschwerste Disziplinarmaßnahme - im Raum steht und der Dienstbetrieb bei einem Verbleib des Soldaten im Dienst empfindlich gestört oder in besonderem Maße gefährdet würde.
- 12 b) Ein derartiger besonderer rechtfertigender Grund liegt hier für die Anordnungen nach § 126 Abs. 1 und 2 WDO nicht vor.
- 13 aa) Bei summarischer Prüfung ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass der Soldat die ihm in Nr. 1 und 2 der Einleitungsverfügung vorgeworfenen Handlungen begangen hat. Denn der Soldat hat diese Vorwürfe, die auch durch Screenshots belegt sind, eingeräumt. Unerheblich ist in diesem Verfahrensstadium, dass nach der den Vorwürfen zugrunde liegenden Stellungnahme von Oberleutnant ... das im Vorwurf Nr. 2 bezeichnete Posting nicht vom 10. April 2017, sondern vom 10. März 2017 datiert.

- 14 Hingegen hat der Soldat bestritten, auch die ihm in Nr. 3 der Einleitungsverfügung vorgeworfene Handlung begangen zu haben. Zwar ergibt sich insoweit ein Anfangsverdacht aus der Stellungnahme des ebenfalls beschuldigten Oberleutnant ... Damit ist aber noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Tatnachweis erbracht. Selbst wenn sich aber auch dieser Vorwurf im Zuge weiterer Ermittlungsmaßnahmen als zutreffend erweisen sollte, wäre aus den nachfolgenden Erwägungen kein besonderer, die vorläufigen Anordnungen rechtfertigender Grund gegeben.
- 15 bb) Das dem Soldaten vorgeworfene Verhalten begründet zwar mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Dienstvergehen nach § 23 Abs. 1 SG.
- 16 (1) Der Soldat dürfte schuldhaft gegen die nach § 10 Abs. 6 SG bestehende Verpflichtung verstoßen haben, innerhalb und außerhalb des Dienstes bei seinen Äußerungen die Zurückhaltung zu wahren, die erforderlich ist, um das Vertrauen als Vorgesetzter zu erhalten.
- 17 Die nach dieser Norm jedem Offizier - so auch dem Soldaten als Leutnant - bei dienstlichen und außerdienstlichen Äußerungen auferlegten Beschränkungen (Achtung der Rechte anderer, Besonnenheit, Toleranz und Sachlichkeit) sind für einen Vorgesetzten nach der gesetzlichen Entscheidung unerlässlich, um seine dienstlichen Aufgaben erfüllen und seinen Untergebenen in Haltung und Pflichterfüllung Vorbild sein zu können (BVerwG, Urteil vom 23. März 2017 - 2 WD 16.16 – juris Rn. 79).
- 18 § 10 Abs. 6 SG erfasst alle "Äußerungen", die geeignet sind, das Vertrauen in Vorgesetzte zu erschüttern. Bei der Auslegung der in Rede stehenden Äußerungen ist von deren objektivem Erklärungsgehalt auszugehen, wie ihn ein unbefangener Dritter verstehen musste. Dabei sind alle Begleitumstände einschließlich des Kontextes und der sprachlichen und gesellschaftlichen Ebene, auf der die Äußerung fiel, zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2008 - 2 WD 1.08 - BVerwGE 132, 179 Rn. 34).
- 19 Bei dem im Vorwurf Nr. 1 genannten Posting handelt es sich nach dem objektiven Erklärungsgehalt um eine äußerst geschmacklose, auf einen "Lacheffekt"

angelegte Äußerung, mit der die Judenverfolgung verharmlosend in den Kontext eines Fußballspiels gesetzt wird, die Hautfarbe von Chinesen und dunkelhäutigen Personen unter Verwendung des rassistischen und abwertenden Begriffs "Neger" thematisiert wird und sich in diskriminierender und sexuell negativer Weise über "Schwule" lustig gemacht wird. Weder der Umstand, dass das Posting in einen WhatsApp-Chat eingestellt wurde, noch die "Unterhaltungskomponente" ändern etwas an diesem objektiven Erklärungsgehalt. Eine solche Äußerung ist geeignet, das Vertrauen in Vorgesetzte zu erschüttern.

- 20 Das im Vorwurf Nr. 2 bezeichnete Posting im selben Chat bezieht sich auf die "Lonesome George" genannte Riesenschildkröte, die 1971 auf den Galápagos-Inseln entdeckt wurde und 2012 im Alter von etwa 100 Jahren als vermutlich letztes Individuum ihrer Unterart starb. Der in dem Posting hergestellte Zusammenhang zwischen dieser Schildkröte, der ihr in den Mund gelegten Aussage, es liege an ihr, die Werte und Moralvorstellungen ihrer Zeit - die von ca. 1912 bis 2012 reichte - zu bewahren, und dem Zusatz "HEIL FUCKING HITLER" lässt zwar nicht hinreichend klar erkennen, was damit zum Ausdruck gebracht werden soll. Die Formulierung "Heil fucking Hitler" wahrt aber als solche nicht mehr die von einem Vorgesetzten zu erwartende Zurückhaltung.
- 21 Entsprechendes gilt für das dem Soldaten in Nr. 3 der Einleitungsverfügung vorgeworfene Mitanfertigen des "FDGO-Würdenträger-Schildes" zu dem dort bezeichneten Zweck. Auch wenn nach der Stellungnahme von Oberleutnant ... vor der Anfertigung des Schildes "reichlich Alkohol" konsumiert worden sein soll, würde die Mitwirkung bei einem die demokratische Grundordnung lächerlich machenden Spiel das Mäßigungsgebot verletzen und das Vertrauen von Untergebenen in den Soldaten als Vorgesetzten untergraben.
- 22 Beide Postings sind auch Äußerungen, die Untergebenen "zu Gehör kommen" oder "in die Öffentlichkeit dringen" konnten (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2008 - 2 WD 1.08 - BVerwGE 132, 179 Rn. 34). Denn sie wurden ebenso wie die Bilder des FDGO-Schildes in eine aus Teilnehmern eines Offizierlehrgangs bestehende WhatsApp-Gruppe eingestellt.

- 23 (2) Einher damit geht voraussichtlich ein schuldhafter Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht nach § 17 SG, wobei noch aufzuklären sein wird, ob ein inner- oder außerdienstlicher Verstoß vorliegt. Denn das in den Vorwürfen Nr. 1 bis 3 bezeichnete Verhalten ist geeignet, das dienstliche Ansehen des Soldaten bei Untergebenen, Gleichgestellten und Vorgesetzten ernsthaft zu beeinträchtigen.
- 24 (3) Demgegenüber erscheint ein Verstoß des Soldaten gegen die politische Treuepflicht nach § 8 SG bislang nicht hinreichend wahrscheinlich.
- 25 Ein Soldat verletzt die politische Treuepflicht, wenn er sich für Ziele einsetzt, die geeignet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung auszuhöhlen, oder wenn er sich nicht eindeutig von Bestrebungen distanziert, die diesen Staat und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. März 2017 - 2 WD 16.16 - juris Rn. 67 m.w.N.).
- 26 Zwar braucht ein solcher Verstoß im Verfahren nach § 126 Abs. 5 Satz 3 WDO noch nicht festzustehen; erforderlich ist jedoch ein hinreichender Grad an Wahrscheinlichkeit (BVerwG, Beschluss vom 17. März 2005 - 2 WDB 1.05 - Buchholz 235.01 § 126 WDO 2002 Nr. 2 S. 6).
- 27 Ein dahingehender, hinreichend begründeter Verdacht ergibt sich aus den Vorwürfen Nr. 1 bis 3 noch nicht. Beide Postings und das eventuelle Mitanfertigen des "FDGO-Würdenträger-Schildes" unter reichlich Alkoholeinfluss lassen noch keine ausreichenden Rückschlüsse auf eine der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegenstehende Gesinnung des Soldaten zu. Die Ermittlungen haben noch kein klares Bild über die Persönlichkeit des Soldaten und den Charakter der Chatgruppe, in die er die Postings eingestellt hat, ergeben. Die Postings des Soldaten haben schon objektiv keinen klar erkennbaren verfassungsfeindlichen Gehalt und sind angesichts der spielerisch-scherzhaften Einkleidung der Kommunikation insoweit jedenfalls nicht selbsterklärend. Da in dem Chat ein auf kurzfristige "Lacher" angelegter Überbietungswettbewerb an geschmacklosen und menschenverachtenden Bemerkungen stattfand, ist der Rückschluss auf eine ernsthaft verfassungsfeindliche Gesinnung nicht zwingend. Es ist nicht auszuschließen, dass der Soldat den diskriminierenden Gehalt seiner Postings nicht ernst gemeint hat und dass er sich durch das Bedürfnis nach Anerkennung

in der Offiziersgruppe zu einem besonders schlechten Fußball-Witz und dem Posting mit dem Satz "Heil fucking Hitler" hinreißen ließ. Auch das etwaige Mitanfertigen des "FDGO-Würdenträger-Schildes" unter enthemmendem Alkoholeinfluss ist noch kein ausreichendes Indiz für eine ernsthaft verfassungsfeindliche Gesinnung des Soldaten. Die vorliegenden und damit auch berücksichtigungsfähigen Stellungnahmen des Vaters des Soldaten und der angehörten Vertrauensperson sowie die Personenbeschreibung des Soldaten durch Major ... legen eine solche Gesinnung ebenfalls nicht nahe. Das Bundesamt für den Militärischen Abschirmdienst hat der Wehrdisziplinaranwaltschaft mitgeteilt, dass Ermittlungen keine Erkenntnisse ergeben hätten, die den Verdacht des Rechtsextremismus erhärten. Da der Soldat eine verfassungsfeindliche Gesinnung zudem ausdrücklich in Abrede gestellt hat, bedarf es insoweit weiterer Ermittlungen von Seiten der Wehrdisziplinaranwaltschaft.

- 28 cc) Ausgehend davon ist selbst bei einer Unterstellung aller drei Vorwürfe als wahr in Ansehung der nach § 38 WDO maßgeblichen Bemessungskriterien nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass der Soldat im Hauptsacheverfahren aus dem Dienst entfernt wird. Denn von einem schuldhaften Verstoß gegen § 8 SG, der regelmäßig die Höchstmaßnahme nach sich zieht (vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 17. März 2005 - 2 WDB 1.05 - Buchholz 235.01 § 126 WDO 2002 Nr. 2 S. 7), ist nach dem bisherigen Ermittlungsstand - wie ausgeführt - nicht auszugehen.
- 29 Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen wird auch voraussichtlich nicht eine Dienstgradherabsetzung sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2008 - 2 WD 1.08 - BVerwGE 132, 179 Rn. 102 ff.). Der Einleitungsverfügung vom 21. Dezember 2018 und dem Bescheid vom 18. Februar 2019 sind ferner keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass bei einem Verbleiben des Soldaten im Dienst ein schwerer, nicht wiedergutzumachender Schaden eintreten könnte. Denn die Bescheide wurden in erster Linie auf eine vermeintliche Verletzung der politischen Treupflicht gestützt, für die bislang nicht Überwiegendes spricht. Anhaltspunkte für eine drohende Wiederholung von Handlungen der vorgeworfenen Art durch den Soldaten bestehen nicht. Der Soldat ist strafrechtlich und disziplinarisch nicht vorbelastet. Die Vertrauensperson hat ihn als dienstbeflissen, fleißig, intelligent und allseits anerkannten Offizier be-

schrieben und ausgeführt, die Vorwürfe passten in keinster Weise zu seinem bisherigen Auftreten und sie halte eine Wiederholung eines solchen Fehlers durch den Soldaten für ausgeschlossen. Auch die Stellungnahmen des Vaters des Soldaten und von Major ... deuten nicht auf eine Wiederholungsgefahr hin.

30 dd) Etwaige Verletzungen des Anspruchs der Wehrdisziplinaranwaltschaft auf rechtliches Gehör sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt worden.

31 3. Mit der Entscheidung über die Beschwerde wird der ohnedies nicht weiter verfolgte Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit des truppendienstgerichtlichen Beschlusses jedenfalls gegenstandslos.

32 4. Einer Entscheidung über die Kosten des Verfahrens bedurfte es nicht. Diese werden von der zur Hauptsache ergehenden Kostenentscheidung des gerichtlichen Disziplinarverfahrens mit erfasst (BVerwG, Beschluss vom 4. Dezember 2009 - 2 WDB 4.09 - jurion Rn. 17).

Dr. Häußler

Prof. Dr. Burmeister

Dr. Henke