

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Übersetzung: nein

Berufungen nach der WDO

Rechtsquelle/n:

GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Art. 21 Abs. 2, Art. 101 Abs. 1 Satz 2
SG § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 6 Satz 1, § 8 Alt. 1 und 2, § 10 Abs. 1 und 6, § 17 Abs. 2
Satz 3, § 22 Satz 1, § 23 Abs. 1
StGB §§ 130, 185
StPO § 170 Abs. 2
VorgV § 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3
WBO § 17
WDO 2002 § 17 Abs. 2 und 5, §§ 22, 38 Abs. 1, § 58 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 und 7, § 77
Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c, § 82 Abs. 2 Satz 4, § 108 Abs. 3 Satz 1, § 121 Abs. 2, § 123 Abs. 1
Satz 3, § 126 Abs. 5 Satz 3, § 138 Abs. 3, § 139 Abs. 3, § 140 Abs. 1

Titelzeile:

Einstellung eines wegen Chatbeiträgen in WhatsApp-Gruppen von Soldaten geführten disziplinargerichtlichen Berufungsverfahrens

Leitsätze:

1. Die Mitwirkung eines Richters in einem gerichtlichen Antragsverfahren nach § 17 WBO begründet keinen Ausschlussgrund nach § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c WDO.
2. Beleidigende Äußerungen von Soldaten sind disziplinarisch nicht relevant, wenn sie den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation genießen.

Urteil des 2. Wehrdienstsenats vom 13. Januar 2022 - BVerwG 2 WD 4.21

- I. TDG Süd 5. Kammer vom 25. November 2020
Az: TDG S 5 VL 32/20



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

BVerwG 2 WD 4.21
TDG S 5 VL 32.20

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren

g e g e n

Herrn Leutnant ...,
geboren am ... in ...,
...,

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts in der
nichtöffentlichen Hauptverhandlung am 13. Januar 2022, an der teilgenommen
haben:

Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Häußler,
Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Burmeister,
Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Henke,
ehrenamtlicher Richter Oberstabsarzt Dr. Gorbaczewski und
ehrenamtlicher Richter Leutnant Vatter,

Leitender Regierungsdirektor ...
als Vertreter des Bundeswehrdisziplinaranwalts,

Rechtsanwalt ...,
als Verteidiger,



ECLI:DE:BVerwG:2022:130122U2WD4.21.0

Geschäftsstellenverwalterin ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Wehrdisziplinaranwaltschaft wird
das Urteil der 5. Kammer des Truppendienstgerichts Süd
vom 25. November 2020 aufgehoben.

Der Soldat hat ein Dienstvergehen begangen.

Das Verfahren wird eingestellt.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Der Bund trägt die Kosten des gesamten Verfahrens ein-
schließlich der dem Soldaten darin erwachsenen notwen-
digen Auslagen.

G r ü n d e :

I

- 1 Das disziplinargerichtliche Berufungsverfahren betrifft Chatbeiträge in privaten WhatsApp-Gruppen von Offizieranwärtern und Offizieren.
- 2 1. Der ... in ... geborene, überwiegend dort aufgewachsene, ledige und kinderlose Soldat trat nach einem mit einer deutschen fachgebundenen Hochschulreife vergleichbaren ... Schulabschluss 2013 als Anwärter für die Laufbahn der Offiziere des Truppendienstes in die Bundeswehr ein und wurde Zeitsoldat. Zuletzt wurde er im Juli 2017 zum Leutnant befördert. Seine Dienstzeit endet planmäßig mit Ablauf Juni 2026.
- 3 Den Offizieranwärterlehrgang und den Offizierlehrgang Teil 1 schloss der Soldat jeweils mit "befriedigend" ab. In einem Beurteilungsvermerk zum Offizierlehrgang Teil 1 wurde seine Aufgabenerfüllung mit "6,00" bewertet.

- 4 Von dem sodann an der Universität der Bundeswehr in ... aufgenommenen Studiengang "Betriebswirtschaftslehre" wurde der Soldat Anfang 2016 auf eigenen Antrag abgelöst und zunächst zum ... und kurz darauf zum ... versetzt.
- 5 Im letzten Quartal 2016 nahm er am Offizierlehrgang Teil 2 neu teil. Im diesbezüglichen Beurteilungsvermerk wurde seine Mitarbeit als "durchwachsen" und "tagesformabhängig" beschrieben; von einem künftigen Offizier sei weitaus mehr zu erwarten.
- 6 Von Ende Februar 2017 bis Ende Februar 2018 besuchte der Soldat den Offizierlehrgang Teil 3. Im darauf bezogenen Beurteilungsvermerk heißt es, er habe solide Leistungen gezeigt und einen ausgeprägten Führungsanspruch. Psychisch sei er voll belastbar. Seine körperliche Leistungsfähigkeit entspreche noch nicht den Anforderungen an einen Offizier. Seine Leistungen lägen im mittleren Drittel des Hörsaals. Der nächsthöhere Disziplinarvorgesetzte ergänzte, der Soldat gehöre dem hinteren Mittelfeld an. Eine Eignung zum Berufssoldaten und Kompaniechef müsse er deutlicher beweisen.
- 7 Zu April 2018 wurde der Soldat als ... zum ... in ... versetzt. Im Juli 2018 wurde er nach ... kommandiert. Die Kommandierung wurde Ende September 2018 wegen der disziplinarischen Ermittlungen aufgehoben. Der Soldat wurde repatriert. Ihm wurde bis auf Weiteres die Dienstausbübung verboten. Im Dezember 2018 schloss sich eine vorläufige Dienstenthebung an, die vom Truppendienstgericht mit Beschluss vom 27. Juni 2019 aufgehoben wurde; die hiergegen gerichtete Beschwerde der Wehrdisziplinaranwaltschaft hat der Senat mit Beschluss vom 10. Oktober 2019 (2 WDB 2.19) zurückgewiesen. Bereits mit Bescheid vom 12. Juli 2019 war dem Soldaten erneut die Dienstausbübung verboten worden, wogegen er Beschwerde und weitere Beschwerde erhoben hatte. Das Verbot wurde zum 17. Oktober 2019 aufgehoben und der Soldat trat wieder seinen Dienst beim ... an. Mit rechtskräftigem Beschluss vom 17. Juni 2020 stellte das Truppendienstgericht fest, dass das Dienstausbübungsverbot vom 12. Juli 2019 rechtswidrig war.

- 8 2020 erhielt der Soldat eine Leistungsprämie für außerordentliche Leistungen als ... in allen Belangen der Stabsarbeit. Er habe durch überdurchschnittlichen Einsatzwillen, hohe Flexibilität, rigorose Zurückstellung privater Belange und Opferbereitschaft überzeugt. Herausfordernde Zusatzaufträge habe er äußerst professionell gemeistert, "wo andere schon längst das Handtuch geworfen hätten". Bei ihm seien Haltung, Pflichterfüllung und Einsatzbereitschaft auf einem wohltuend hohen Niveau. 2021 erhielt der Soldat zudem eine "Seuchenprämie Corona".
- 9 Oberstleutnant B, der bis Mitte Oktober 2020 der nächste Disziplinarvorgesetzte des Soldaten war, hat erstinstanzlich ausgesagt, der Soldat habe in ... hochrangige Besucher wie Generäle und Parlamentarier betreut. Er sei vor und nach der vorläufigen Dienstenthebung bezüglich der Projektbearbeitung ein brillanter Offizier gewesen. Als er nach seiner vorläufigen Dienstenthebung die Uniform wieder habe tragen dürfen, habe er Dienst geleistet, "als ob es um alles gehe". Er habe seine Arbeit hervorragend gemacht und die geistigen Kompetenzen für eine Tätigkeit als Berufssoldat. Seine dienstlichen Leistungen hätten sich 2020 gesteigert. Fachlich, zwischenmenschlich und kameradschaftlich liege auf jeden Fall eine Nachbewährung vor. Seine Leistungsfähigkeit sei in der Vergleichsgruppe an der Spitze des mittleren Drittels zu verorten.
- 10 Oberstleutnant A, der seit Mitte Oktober 2020 der nächste Disziplinarvorgesetzte des Soldaten ist, hat ausgeführt, der Soldat sei ihm von seinem Vorgänger als "wichtiger Arbeitsmuskel" der ...-Abteilung übergeben worden. Er könne dies mehr als bestätigen. Der Soldat bringe sich jederzeit mit Wissen, Leistungswillen und überdurchschnittlicher Einsatzbereitschaft ein. Seine psychischen Grenzen schienen in weiter Ferne. Es gelinge ihm stets, im Sinne der Führung zu handeln, Aufträge strukturiert abzuarbeiten und Lösungsvorschläge zu erarbeiten.
- 11 In der Sonderbeurteilung vom 24. Februar 2021 bewertete Oberstleutnant A die Aufgabenerfüllung des Soldaten mit dem Durchschnittswert "7,375". Der nächsthöhere Vorgesetzte schloss sich an und gab als Entwicklungsprognose "bis zur allgemeinen Laufbahnperspektive" an.

- 12 In der Berufungshauptverhandlung hat Oberstleutnant A ausgesagt, der Soldat habe seit der Sonderbeurteilung nochmal einen "Sprung nach vorn" gemacht. Er sei ein sehr guter Stabsarbeiter, der sich stets für Sonderaufträge anbiete und im Kameradenkreis angesehen sei. Nach dem neuen Beurteilungssystem wäre er auf der Skala von A bis F mit "D+" zu beurteilen, wobei "E" normal und "A bis C" absolute Spitzenwerte seien.
- 13 2. Das gegen den strafrechtlich und disziplinarisch nicht vorbelasteten Soldaten zu den Anschuldigungspunkten 1 bis 3 und weiteren, nicht mehr verfahrensgegenständlichen Vorwürfen geführte, sachgleiche staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren wurde im Februar 2019 gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.
- 14 3. In dem am 22. Dezember 2018 eingeleiteten gerichtlichen Disziplinarverfahren wurde der Soldat am 7. Mai 2020 wie folgt angeschuldigt:

"1. Der Soldat postete am 10. März 2017 um 21:45 Uhr von einem nicht mehr näher feststellbaren Ort außer Dienst in der WhatsApp-Gruppe 'X' ein Bild mit einer Schildkröte. Dabei stand in englischer Sprache geschrieben: 'My name is lonesome George. I was born in 1912 and I am the last of my kind. It is up to me to preserve the values and morals of my time. HEIL FUCKING HITLER' (zu Deutsch: 'Ich heiße Lonesome [einsamer] George. Ich wurde 1912 geboren und bin der Letzte meiner Art. Ich trage die Verantwortung, die Werte und Sitten meiner Zeit zu bewahren. Heil, *fucking* Hitler!'). Dabei wusste der Soldat bzw. hätte zumindest erkennen können und müssen, dass er damit die Wertvorstellungen des NS-Unrechtsregimes verharmloste beziehungsweise zumindest den Anschein erweckte, dies zu tun und sich gegen die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stellte.

2. Der Soldat postete am 26. März 2017 (Sonntag) um 13:55 Uhr von einem nicht mehr näher feststellbaren Ort außer Dienst in der WhatsApp-Gruppe 'X', der er und andere Angehörige des Offizierslehrgangs Teil 3 ... angehörten, das Foto des Schreibens eines Fußballfanclubs mit folgendem Inhalt, bezogen auf ein Fußballspiel: 'Für den Sturm zwei Juden, denn diese dürfen im Spiel 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.' Dabei wusste der Soldat bzw. hätte zumindest erkennen können und müssen, dass er damit Menschen jüdischer Reli-

gion, anderer Hautfarbe und anderer sexueller Orientierung herabwürdigt oder zumindest den Anschein erweckt, dies zu tun und sich gegen die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stellte.

3. Der Soldat fertigte zusammen mit dem disziplinar gesondert verfolgten Oberleutnant C, Leutnant D und Oberleutnant E zu einem nicht mehr näher bestimmbar Zeitpunkt des 20. April 2017 im Offizierslager im ..., ein Schild mit der Aufschrift '*FDGO-Würdenträger*' an, welches diejenige Person der Gruppe tragen sollte, welche sich in ihrer Aussage zuvor am stärksten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes gestellt hatte, wodurch er, was er wusste, zumindest hätte erkennen können und müssen, sich selbst gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes gestellt hat, mindestens jedoch einen solchen Anschein erweckte und damit einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zumindest als harmlos darstellte.

4. Der Soldat postete am 6. April 2018 (Freitag) um 13:27 Uhr von einem nicht mehr näher feststellbaren Ort außer Dienst in der WhatsApp-Gruppe 'Y', der außer dem Soldaten drei weitere im Ermittlungsergebnis benannte Kameraden angehörten, über den damaligen Hörsaalleiter der ...: 'Vermutlich J. So'n Typ der eher aussieht wie ein HFw. Wenn ja dann isses n spast' [sic]. Dabei wusste der Soldat, zumindest hätte er wissen können und müssen, dass er damit seinen Hörsaalleiter in dessen Würde und Ehre herabsetzte.

5. Der Soldat postete am 1. Mai 2018 um 10:26 Uhr von einem nicht mehr näher feststellbaren Ort außer Dienst in der WhatsApp-Gruppe 'Y' als Antwort auf die Textnachricht des Oberleutnants C 'Wir haben gestern Feuer gemacht' den Spruch: 'Ausnahmsweise mal ohne Bücherverbrennung?'. Damit spielte der Soldat bewusst auf die Bücherverbrennung vom 10. Mai 1933 durch die Nationalsozialisten an, wobei er wusste, zumindest hätte wissen können und müssen, dass er damit das NS-Unrechtsregime verharmloste beziehungsweise zumindest den Anschein erweckte, dies zu tun und sich gegen die Werte der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stellte.

6. Der Soldat postete am 3. Mai 2018 um 18:09 Uhr von einem nicht mehr näher feststellbaren Ort in derselben WhatsApp-Gruppe die Worte: 'Weil es doch nicht sein kann das nur ich einen so behinderten Kdr habe' [sic], bezogen darauf, dass der Kommandeur anderer Chatteilnehmer diese einen nichtbestanden Einzelkämpferlehrgang hatte wiederholen lassen. Dabei wusste der Soldat, zumindest hätte er wissen können und müssen, dass er

damit seinen ...kommandeur in dessen Würde und Ehre herabsetzte."

- 15 4. Das Truppendienstgericht hat den Soldaten mit Urteil vom 25. November 2020 freigesprochen. Die Anschuldigungspunkte 1, 2 und 5 seien erwiesen. Vom Anschuldigungspunkt 3 sei der Soldat freizustellen. Die Anschuldigungspunkte 4 und 6 seien nicht bewiesen, weil die Kommunikation in der WhatsApp-Gruppe "Y" als insoweit einziges Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliege. Es handele sich um einen Zufallsfund im Rahmen der wegen anderer Chatbeiträge angeordneten Durchsuchung, der nicht wirksam beschlagnahmt worden sei. Zum Anschuldigungspunkt 6 liege zwar zudem eine Aussage des Zeugen Oberstleutnant B vor, wonach sich der Soldat bei ihm entschuldigt habe. Jedoch erstrecke sich das Beweisverwertungsverbot auf diese Aussage, weil diese nur dadurch möglich geworden sei, dass der Zeuge Einsicht in den Chatverlauf genommen habe. Die damit allein erwiesenen Anschuldigungspunkte 1, 2 und 5 begründeten kein Dienstvergehen. Die betreffenden Chatbeiträge seien disziplinarisch nicht relevant.
- 16 5. Mit ihrer zu Lasten des Soldaten uneingeschränkt eingelegten Berufung macht die Wehrdisziplinaranwaltschaft einen schweren Verfahrensmangel geltend. Der Vorsitzende der Truppendienstkammer sei gemäß § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c WDO von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen gewesen, weil er an dem im gerichtlichen Antragsverfahren nach § 17 WBO ergangenen Beschluss vom 12. Juli 2019 zum Dienstausübungsverbot mitgewirkt habe. Abgesehen vom Anschuldigungspunkt 3 seien alle Anschuldigungen erwiesen. Die in den Anschuldigungspunkten 4 und 6 wiedergegebenen Chatbeiträge unterlägen keinem Beweisverwertungsverbot. Der Durchsuchungsbeschluss decke die Beschlagnahme aller Daten auf dem Mobiltelefon des Soldaten. Auch die zusätzliche Aussage des Zeugen Oberstleutnant B zum Anschuldigungspunkt 6 sei verwertbar. Er habe schon dadurch von dem Chatbeitrag Kenntnis erlangt, dass er bei der Durchsuchung anwesend gewesen sei und der Soldat sich bei ihm entschuldigt habe. Im Übrigen gelte im deutschen Recht nicht die sogenannte "fruit of the poisonous tree"-Doktrin. Mit seinen in den Anschuldigungspunkten 1, 2 und 5 zitierten Chatbeiträgen habe der Soldat bei objektiver Auslegung unter Berücksichtigung des Kontextes zumindest den Anschein erweckt, eine rechts-

extremistische Gesinnung zu haben und sich gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu betätigen. Sein Verhalten sei geeignet gewesen, das nationalsozialistische Unrechtsregime zu verharmlosen. Er habe durch seine Chatbeiträge die weiteren Mitglieder beider WhatsApp-Gruppen darin bestärkt, das Einstellen von grenzüberschreitenden, teils offen rassistischen Sprüchen, Witzen und nationalsozialistischen Propagandaplakaten in den Chats fortzusetzen.

- 17 Der Bundeswehrdisziplinaranwalt macht ergänzend geltend, hinsichtlich der Kommunikation in der WhatsApp-Gruppe "Y" bestehe kein Beweisverwertungsverbot, weil jedenfalls nicht willkürlich gegen Beweiserhebungsvorschriften verstoßen worden sei. Die Erklärungen des Soldaten für seine Chatbeiträge seien Schutzbehauptungen. Er habe den Eindruck erweckt, eine verfassungsfeindliche Gesinnung zu teilen. Unter Berücksichtigung der Verfahrensdauer sei ein 15-monatiges Beförderungsverbot tat- und schuldangemessen.
- 18 6. Der Soldat hält dem im Wesentlichen entgegen, keine verfassungsfeindliche Gesinnung zu haben und mit seinen Chatbeiträgen auch keinen dahingehenden Eindruck erweckt zu haben. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass er seit 2020 die Förderreife zum Oberleutnant besitze, ohne befördert worden zu sein.
- 19 7. Hinsichtlich der Einzelheiten zur Person des Soldaten, zur Anschuldigung und zur Begründung des erstinstanzlichen Urteils wird auf dieses verwiesen. Zu den im Berufungsverfahren eingeführten Unterlagen wird auf das Protokoll der Berufungshauptverhandlung Bezug genommen.

II

- 20 Die Berufung der Wehrdisziplinaranwaltschaft hat in geringem Umfang Erfolg. Das Truppendienstgericht hat den Soldaten zu Unrecht freigesprochen. Der Soldat hat ein Dienstvergehen begangen, das an sich mit einer einfachen Disziplinarmaßnahme zu ahnden wäre. Da diese nach § 17 Abs. 2 WDO nicht mehr verhängt werden kann, ist das Verfahren gemäß § 123 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 108 Abs. 3 Satz 1 WDO unter Feststellung eines Dienstvergehens einzustellen.

- 21 1. Einer Sachentscheidung steht § 121 Abs. 2 WDO nicht entgegen. Weder sind weitere Aufklärungen durch das Truppendienstgericht erforderlich noch liegt ein schwerer Mangel des Verfahrens vor. Insbesondere war der Vorsitzende der Truppendienstkammer nicht deshalb von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, weil er mit Beschluss vom 17. Juni 2020 im gerichtlichen Antragsverfahren nach § 17 WBO über das gegen den Soldaten nach § 22 Satz 1 SG verhängte soldatenrechtliche Dienstausübungsverbot vom 12. Juli 2019 entschieden hatte.
- 22 Die Ausschlussgründe sind in § 77 WDO erschöpfend aufgeführt (vgl. BVerwG, Urteile vom 20. November 1973 - 2 WD 39.73 - BVerwGE 46, 196 <198> und vom 12. Dezember 1980 - 2 WD 64.78 - NZWehrr 1981, 192 Rn. 33, jeweils zu § 71 WDO a.F.). Nach der hier allein in Betracht kommenden Regelung des § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c WDO ist ein Richter oder ein ehrenamtlicher Richter u.a. dann von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn er in einem früheren, dieselbe Sache betreffenden Beschwerdeverfahren mitgewirkt hat.
- 23 Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Beschluss vom 17. Juni 2020 ist nicht in einem Beschwerdeverfahren, sondern in einem gerichtlichen Antragsverfahren nach § 17 WBO ergangen. Nach dieser Regelung kann ein Beschwerdeführer die Entscheidung des Truppendienstgerichts beantragen, wenn er zunächst beim nächsten Disziplinarvorgesetzten eine Beschwerde erhoben hat, welche eine Verletzung seiner Rechte oder der Pflichten eines Vorgesetzten ihm gegenüber zum Gegenstand hat, die in bestimmten Vorschriften geregelt sind, und seine weitere Beschwerde beim nächsthöheren Disziplinarvorgesetzten erfolglos geblieben oder darüber nicht innerhalb eines Monats entschieden worden ist. Das Verfahren nach § 17 WBO ist nicht Teil des Beschwerde- oder des weiteren Beschwerdeverfahrens, sondern ein eigenständiges, sich daran anschließendes gerichtliches Antragsverfahren. Dementsprechend hat auch das Bundesverfassungsgericht zwischen den in § 17 WBO erwähnten Verfahren der Beschwerde und weiteren Beschwerde einerseits und dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung andererseits unterschieden und klargestellt, dass ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gerade kein "Beschwerdeverfahren" im Sinne des § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c WDO ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 21. Juni 2005

- 2 BvR 957/04 - juris Rn. 2). Von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen sein sollen nach § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c WDO vielmehr Richter, die zuvor als nächste oder nächsthöhere Disziplinarvorgesetzte in einem Beschwerde- oder in einem weiteren Beschwerdeverfahren mitgewirkt haben.

- 24 Für eine über den Wortlaut der Norm hinausgehende Anwendung auf gerichtliche Antragsverfahren nach § 17 WBO ist kein Raum. Denn § 77 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c WDO ist eine eng auszulegende Ausnahmegesetzvorschrift, die einer analogen Anwendung auf andere Verfahrensarten nicht zugänglich ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 21. Juni 2005 - 2 BvR 957/04 - juris Rn. 3; BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 1980 - 2 WD 64.78 - NZWehrr 1981, 192 Rn. 33; Dau/Schütz, WDO, 8. Aufl. 2022, § 77 Rn. 25). Dies gilt auch, wenn die dem Urteil vorausgehende gerichtliche Entscheidung eine summarische Prüfung des zu erwartenden Verfahrensergebnisses verlangt (vgl. BVerwG, Urteile vom 20. November 1973 - 2 WD 39.73 - BVerwGE 46, 196 <197 f.> und vom 12. Dezember 1980 - 2 WD 64.78 - NZWehrr 1981, 192). Eine analoge Auslegung ist nicht erforderlich, um dem Gebot der Unparteilichkeit des Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gerecht zu werden. Dass ein Richter in verschiedenen Verfahren Feststellungen über denselben Lebenssachverhalt zu treffen und dieselben Beweismittel zu beurteilen hat, kommt häufig vor. Die Annahme, dass allein dieser Sachverhalt geeignet sei, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen, ist dem Gesetz fremd (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 21. Juni 2005 - 2 BvR 957/04 - juris Rn. 3).
- 25 2. Da die Berufung in vollem Umfang eingelegt worden ist, hatte der Senat im Rahmen der Anschuldigung eigene Tat- und Schuldfeststellungen zu treffen und auf dieser Grundlage eigenständig über eine Disziplinarmaßnahme zu befinden.
- 26 a) Die Anschuldigungspunkte 1 und 2 sind in tatsächlicher Hinsicht erwiesen und begründen nach § 23 Abs. 1 SG ein Dienstvergehen, weil der Soldat damit schuldhaft seine Dienstpflichten verletzt hat.
- 27 aa) Aufgrund der geständigen Einlassung des Soldaten, der Stellungnahme des Zeugen Oberleutnant S vom 31. Juli 2018 mit den betreffenden Screenshots und dessen erstinstanzlicher Zeugenaussage steht objektiv fest, dass der Soldat das

im Anschuldigungspunkt 1 beschriebene "Meme" und das Foto eines Schreibens mit dem im Anschuldigungspunkt 2 wiedergegebenen "Fußball-Witz" an den betreffenden Tagen in die WhatsApp-Gruppe "X" einstellte. Dabei versah er das eingestellte Foto des "Fußball-Witzes" mit der Bemerkung "Was man so alles auf dem Dachboden findet" und drei gleich aussehenden Emojis (lachende Köpfe mit dunkler Hautfarbe).

- 28 Die WhatsApp-Gruppe "X" bestand nach den Angaben des Soldaten, der seinerzeit den Dienstgrad eines Oberfähnrichs hatte, aus 10 bis 20 Soldaten der insgesamt 24 Teilnehmer des Offizierlehrgangs Teil 3, wobei die WhatsApp-Gruppenmitglieder zwar alle gut bekannt, aber nicht alle miteinander befreundet waren. Wie der Zeuge Oberleutnant C erstinstanzlich bestätigt hat, handelte es sich um das ausschließlich dem privaten Austausch dienende "Gegenstück" zur dienstlichen WhatsApp-Gruppe "Z".
- 29 Mangels gegenteiliger Erkenntnisse ist zu Gunsten des Soldaten davon auszugehen, dass er beide Chatbeiträge außerhalb des Dienstes und außerhalb dienstlicher Anlagen in den Chat einstellte.
- 30 Zwar weicht bei dem "Meme" die im Screenshot ausgewiesene Uhrzeit des Postings (22 Uhr 07) geringfügig von der im Anschuldigungspunkt 1 genannten Uhrzeit (21 Uhr 45) ab. Dies führt aber nicht zu einer Freistellung vom Anschuldigungspunkt 1, weil die Anschuldigungsschrift ungeachtet dessen ihrer Umgrenzungs- und Informationsfunktion (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Februar 2009 - 2 WD 4.08 - BVerwGE 133, 129 Rn. 12) gerecht wird; die angeschuldigte Pflichtverletzung ist daraus zweifelsfrei ersichtlich.
- 31 In subjektiver Hinsicht steht fest, dass der Soldat beide Chatbeiträge wissentlich und willentlich und damit vorsätzlich in die WhatsApp-Gruppe einstellte.
- 32 bb) Der Soldat hat damit nach § 23 Abs. 1 SG ein Dienstvergehen begangen.
- 33 (1) Er hat mit beiden Chatbeiträgen jeweils vorsätzlich gegen die nach § 10 Abs. 6 SG bestehende Verpflichtung verstoßen, innerhalb und außerhalb des Dienstes bei seinen Äußerungen die Zurückhaltung zu wahren, die erforderlich

ist, um das Vertrauen als Vorgesetzter zu erhalten. Die nach § 10 Abs. 6 SG jedem Offizier und Unteroffizier - so auch dem Soldaten als damaligem Oberfähnrich - bei dienstlichen und außerdienstlichen Äußerungen auferlegten Beschränkungen (Achtung der Rechte anderer, Besonnenheit, Toleranz und Sachlichkeit) sind für einen Vorgesetzten unerlässlich, um seine dienstlichen Aufgaben erfüllen und seinen Untergebenen in Haltung und Pflichterfüllung Vorbild sein zu können (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. März 2017 - 2 WD 16.16 - juris Rn. 79).

34 § 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 vom objektiven 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 Äußerungen fielen, zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2008 - 2 WD 1.08 - BVerwGE 132, 179 Rn. 34). Maßgeblich für die Deutung ist nicht die subjektive Absicht des sich Äußernden, sondern der Sinn, den die Äußerung nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Durchschnittspublikums hat (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 11. November 2021 - 1 BvR 11/20 - juris Rn. 17 m.w.N.). Bei mehrdeutigen Äußerungen müssen andere mögliche Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen werden, bevor eine zur Verurteilung führende Bedeutung zugrunde gelegt wird (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 24. Januar 2018 - 1 BvR 2465/13 - NJW 2018, 770 Rn. 19 m.w.N.).

35 Das im Anschuldigungspunkt 1 beschriebene "Meme" 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 "Meme" hergestellte Zusammenhang zwischen dieser Schildkröte, der ihr in den Mund gelegten Aussage, es liege an ihr, die Werte und Moralvorstellungen ihrer Zeit zu bewahren, und dem Zusatz "HEIL FUCKING HITLER" lässt zwar nicht hinreichend klar erkennen, was damit zum Ausdruck gebracht werden soll. Das zwischen die Worte "Heil" und "Hitler" eingeschobene Wort "fucking" kann sowohl in einem den National-

sozialismus befürwortenden als auch in einem ihn ablehnenden Sinne verstanden werden. Denn das Wort "fucking" wird im allgemeinen Sprachgebrauch teilweise in einem verstärkenden Sinne (z. B. "fucking good", umgangssprachlich "verdammt gut") und teilweise in einem distanzierenden Sinne (z.B. "fucking fool", umgangssprachlich "Vollidiot") verwendet. Der Soldat hat selbst eingeräumt, dass es in der Logik des Gedankengangs der sprechenden Schildkröte läge, die Formulierung als positive Konnotation zu verstehen. Sie kann aber vom Verfasser des "Meme" auch bewusst im negativen Sinne eingesetzt worden sein, um die nationalsozialistische Grußformel durch Einschub eines vulgären englischen Begriffs zu verfremden und sich auf diese Weise davon zu distanzieren. Der Ausruf "Heil fucking Hitler" ist jedenfalls keine feststehende, in bestimmten Situationen oder von bestimmten Gruppierungen typischerweise verwendete Parole, die auf ein eindeutiges Wortverständnis schließen lassen könnte. Der genaue Kontext des "Meme" ist nicht mehr aufklärbar. Denn der Chatverlauf der WhatsApp-Gruppe "X" liegt weder ganz noch in zusammenhängenden Auszügen vor. Vorhanden sind lediglich die vom Zeugen Oberleutnant S gefertigten Screenshots einzelner, aus dem jeweiligen Kontext gerissener Postings. Mithin kann eine den Nationalsozialismus ablehnende Auslegung des Postings nicht mit schlüssigen Argumenten ausgeschlossen werden.

- 36 Ungeachtet dessen wahrt aber die Formulierung "Heil fucking Hitler" als solche nicht mehr die von einem Vorgesetzten zu erwartende Zurückhaltung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2.19 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 9 Rn. 20). Denn die zweideutige Verwendung nationalsozialistischer Parolen ist geeignet, das Vertrauen von Untergebenen und der Öffentlichkeit in die Verfassungstreue eines Offiziers zu untergraben.
- 37 Die im Anschuldigungspunkt 2 wiedergegebene Äußerung in dem geposteten Schreiben ist nach dem objektiven Erklärungsgehalt 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 (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2.19 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 9 Rn. 19). Aus Sicht eines objektiven Empfängers hat sich der Soldat den Spruch mit seinem Chatbeitrag zu Eigen gemacht. Denn er hat ihn mit drei dunkelhäutigen, lachenden Emojis versehen. Hieraus ergibt sich, dass er mit seinem Chatbeitrag einen Witz machen und nicht - wie behauptet - nur Verwunderung darüber zum Ausdruck bringen wollte, dass man früher mit einem solchen Spruch habe Werbung machen dürfen. Andernfalls hätte es nahegelegen, das Posting mit Emojis zu versehen, welche Verwunderung ausdrücken. Ein derartiger rassistischer und diskriminierender vermeintlicher Witz ist ebenfalls geeignet, das Vertrauen in Vorgesetzte zu erschüttern (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2.19 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 9 Rn. 19).

- 38 Beide Chatbeiträge sind auch Äußerungen, die Untergebenen "zu Gehör kommen" oder "in die Öffentlichkeit dringen" konnten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2.19 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 9 Rn. 22). Denn die WhatsApp-Gruppe "X" bestand nach den Angaben des Soldaten aus 10 bis 20 Offizieranwärtern, die zwar miteinander verbunden, aber nicht alle miteinander befreundet waren, so dass die Gefahr bestand, dass die Chatbeiträge von den gruppenangehörigen Kameraden mit einem niedrigeren Dienstgrad oder Außenstehenden gezeigt oder weitergeleitet werden konnten, was auch durch den Zeugen Oberleutnant S geschah.
- 39 (2) Damit einher geht jeweils ein vorsätzlicher Verstoß gegen die außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 3 SG. Denn das Einstellen der betreffenden Postings war ihrem Inhalt nach geeignet, das dienstliche Ansehen des Soldaten bei Untergebenen, Gleichgestellten und Vorgesetzten ernsthaft zu beeinträchtigen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2.19 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 9 Rn. 23).
- 40 Zwar hat sich der Soldat mit den Chatbeiträgen nicht strafbar gemacht, so dass die disziplinarische Relevanz nicht bereits aus dem Strafraum einer zugleich begangenen Straftat abgeleitet werden kann (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 24. August 2018 - 2 WD 3.18 - BVerwGE 163, 16 Rn. 53). Insbesondere hat der

Soldat weder den Straftatbestand der Volksverhetzung (§ 130 StGB) noch der Beleidigung (§ 185 StGB) verwirklicht, weshalb das sachgleiche Strafverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden ist. Auch straflose außerdienstliche Verhaltensweisen können aber der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht widersprechen. Denn ein Soldat muss sich insbesondere dann in seinem privaten Verhalten mäßigen, wenn dabei ein besonderer Bezug zur Dienstausbübung, d.h. zu seinem militärischen Auftrag, zu seinen Kameraden oder zur Bundeswehr besteht (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2020 - 2 WD 17.19 - BVerwGE 168, 323 Rn. 23 m.w.N.). Ein solch besonderer Bezug zum Dienstgeschehen besteht hier darin, dass der Soldat die Postings in eine ausschließlich aus 10 bis 20 Offizieranwärtern seines Hörsaals bestehende WhatsApp-Gruppe eingebracht und damit auch auf die weltanschauliche Willensbildung seiner Kameraden Einfluss genommen hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2020 - 2 WD 17.19 - BVerwGE 168, 323 Rn. 23).

41 (3) Nicht hingegen hat der Soldat gegen die politische Treuepflicht nach § 8 SG verstoßen. Danach muss ein Soldat die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes anerkennen (Alt. 1) und durch sein gesamtes Verhalten für ihre Erhaltung eintreten (Alt. 2).

42 Der Begriff "freiheitliche demokratische Grundordnung" in § 8 SG ist identisch mit dem gleichlautenden Begriff, wie er bezogen auf Art. 21 Abs. 2 GG konturiert worden ist. Daraus folgt eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind (vgl. BVerfG, Urteil vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 - BVerfGE 144, 20 Rn. 535). Ausgangspunkt für die Bestimmung des Begriffsinhalts ist danach die Würde des Menschen und das Demokratieprinzip, für das die Möglichkeit gleichberechtigter Teilnahme aller am politischen Willensbildungsprozess sowie die Rückbindung der Ausübung von Staatsgewalt an das Volk maßgeblich ist. Schließlich erfasst der Begriff den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2020 - 2 WD 17.19 - BVerwGE 168, 323 Rn. 37).

43 (a) Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Soldat die genannten zentralen Verfassungsprinzipien nicht im Sinne des § 8 Alt. 1 SG anerkennt. Er

hat eine verfassungsfeindliche Gesinnung in Abrede gestellt. Seine Postings lassen als solche keine ausreichenden Rückschlüsse auf eine fehlende Verfassungstreue zu. Sie 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 Gehalt seiner Postings nicht ernst gemeint hat und er sich durch das Bedürfnis nach Anerkennung durch seine Kameraden zu besonders schlechten vermeintlichen Witzen hinreißen ließ (vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 2019 - 2 WDB 2.19 - Buchholz 450.2 § 126 WDO 2002 Nr. 9 Rn. 27). Auch aus den Stellungnahmen des Vaters des Soldaten und der Vertrauensperson sowie der Beschreibung des Soldaten durch die Leumundszeugen Oberstleutnant B und Oberstleutnant A ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine fehlende Verfassungstreue. Entsprechendes gilt für die in den Akten enthaltenen Mitteilungen des Bundesamtes für den Militärischen Abschirmdienst.

- 44 (b) Der Soldat hat auch nicht gegen § 8 Alt. 2 SG verstoßen. Die Verpflichtung zum Eintreten für die freiheitliche demokratische Grundordnung nach § 8 Alt. 2 SG geht zwar weiter als die Pflicht zu ihrer Anerkennung gemäß § 8 Alt. 1 SG. Sie wird bereits verletzt, wenn ein Soldat sich nicht eindeutig von Bestrebungen distanziert, die diesen Staat und die geltende Verfassungsordnung angreifen, bekämpfen und diffamieren (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Januar 2021 - 2 WD 7.20 - Buchholz 450.2 § 38 WDO 2002 Nr. 89 Rn. 28). Ein Soldat darf daher auch nicht entgegen seiner inneren verfassungstreuen Gesinnung aus Solidarität zu Freunden, aus Übermut, aus Provokationsabsicht oder aus anderen Gründen nach außen hin verfassungsfeindliche Bestrebungen unterstützen und sich objektiv betrachtet illoyal verhalten (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2020 - 2 WD 17.19 - BVerwGE 168, 323 Rn. 39). Dies hat der Soldat mit den beiden Chatbeiträgen nicht getan. Das "Schildkröten-Meme" hat wegen seiner Mehrdeutigkeit bereits keinen klar erkennbaren, die Wertvorstellungen des NS-Unrechtsregimes verharmlosenden oder sonst den Werten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entgegenstehenden Gehalt. Der vermeintliche

"Fußball-Witz" bewegt sich wegen der spielerisch-scherzhaften Einkleidung unterhalb der Schwelle eines tatsächlich illoyalen Verhaltens oder Unterstützens verfassungsfeindlicher Bestrebungen.

- 45 b) Alle weiteren Anschuldigungspunkte sind nicht erwiesen oder disziplinarisch nicht relevant.
- 46 aa) Der Anschuldigungspunkt 3 ist nicht erwiesen. Aus den Zeugenaussagen ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Soldat, der die Tat bestritten hat, an der Anfertigung des betreffenden Schildes beteiligt war. Der Bundeswehrdisziplinaranwalt hat daran in der Berufungshauptverhandlung - wie schon die Wehrdisziplinaranwaltschaft in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung - nicht mehr festgehalten.
- 47 bb) Hinsichtlich der Anschuldigungspunkte 4 und 6 kann dahinstehen, ob sie in tatsächlicher Hinsicht erwiesen sind oder ob der Verwertung des insoweit einzigen Beweismittels - der Kommunikation in der WhatsApp-Gruppe "Y" - ein Beweisverwertungsverbot entgegensteht. Denn die beiden angeschuldigten abfälligen Bemerkungen des Soldaten über seinen Hörsaalleiter und seinen Kommandeur in der lediglich aus ihm als damaligem Leutnant und drei weiteren Offizieren bestehenden privaten WhatsApp-Gruppe "Y" sind disziplinarisch nicht relevant.
- 48 Darin liegt keine Verletzung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 3 SG. Gegen diese Pflicht kann zwar auch durch nach § 185 StGB strafbare Beleidigungen von Vorgesetzten verstoßen werden. Solche außerdienstlichen Äußerungen erlangen ungeachtet des niedrigen Strafrahmens (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) disziplinarische Relevanz, weil qualifizierende Umstände - wiederholtes Handeln und Amtsträgerschaft der Beteiligten - hinzutreten (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. August 2018 - 2 WD 3.18 - BVerwGE 163, 16 Rn. 55). Das öffentliche Interesse an Strafverfolgung und disziplinarer Ahndung von Vorgesetztenbeleidigungen muss jedoch ausnahmsweise zurücktreten, wenn die ehrverletzenden Äußerungen ohne echten Kundgabewillen nur im engsten Familien- oder Freundeskreis gefallen sind und wenn der Betroffene aufgrund der besonderen Vertrautheit der Beteiligten und

der Vertraulichkeit der Gesamtumstände nicht mit einem Bekanntwerden seiner Äußerung rechnen muss. Denn in diesen Fällen fordern die auch dem Soldaten nach § 6 Satz 1 SG zustehenden Grundrechte auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) dass die Vertraulichkeit der Kommunikation respektiert wird und eine staatliche Sanktion unterbleibt.

- 49 Zum einen gibt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten. Grundrechtlich geschützt sind damit insbesondere Werturteile, also Äußerungen, die durch ein Element der Stellungnahme gekennzeichnet sind. Dies gilt ungeachtet des womöglich ehrschmälernden Gehalts einer Äußerung. Dass eine Aussage polemisch oder verletzend formuliert ist, entzieht sie grundsätzlich nicht dem Schutzbereich des Grundrechts (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - juris Rn. 30 m.w.N.). Zum anderen gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Zu den Bedingungen der Persönlichkeitsentfaltung gehört es, dass der Einzelne einen Raum besitzt, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann. Aus der Bedeutung einer solchen Rückzugsmöglichkeit für die Persönlichkeitsentfaltung folgt, dass der Schutz des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auch die Privatsphäre umfasst.
- 50 Am Schutz der Privatsphäre nimmt auch die vertrauliche Kommunikation teil. Gerade bei Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen steht häufig weniger der Aspekt der Meinungskundgabe und die damit angestrebte Einwirkung auf die Meinungsbildung Dritter als der Aspekt der Selbstentfaltung im Vordergrund. Nur unter den Bedingungen besonderer Vertraulichkeit ist dem Einzelnen ein rückhaltloser Ausdruck seiner Emotionen, die Offenbarung geheimer Wünsche oder Ängste, die freimütige Kundgabe des eigenen Urteils über Verhältnisse und Personen oder eine entlastende Selbstdarstellung möglich. Unter solchen Umständen kann es auch zu Äußerungsinhalten oder -formen kommen, die sich der Einzelne gegenüber Außenstehenden oder in der Öffentlichkeit nicht gestatten würde. Gleichwohl verdienen sie als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung den Schutz des

- 51 Daraus folgt, dass bei ehrverletzenden Äußerungen über nicht anwesende Dritte in besonders engen Lebenskreisen eine beleidigungsfreie Sphäre besteht, wenn die Äußerung Ausdruck des besonderen Vertrauens ist und wenn keine begründete Möglichkeit ihrer Weitergabe besteht. Der Schutz der Vertrauenssphäre geht in einem solchen Fall auch dann nicht verloren, wenn sich der Staat - wie etwa bei einer Briefkontrolle bei Strafgefangenen - Kenntnis von vertraulich gemachten Äußerungen verschafft (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. April 1994 - 1 BvR 1689/88 - BVerfGE 90, 255 <261>; Kammerbeschluss vom 23. November 2006 - 1 BvR 285/06 - BVerfGK 9, 442 <444 f.>). Entsprechendes gilt, wenn er - wie hier - im Wege einer Durchsuchung eines Mobilfunkgerätes Kenntnis von vertraulichen Äußerungen erhält.
- 52 Der Kreis möglicher Vertrauenspersonen ist dabei nicht auf Eheleute oder Eltern beschränkt, sondern erstreckt sich auf ähnlich enge - auch rein freundschaftliche - Vertrauensverhältnisse. Entscheidend für den grundrechtlichen Schutz der Vertrauensbeziehung ist, dass ein Verhältnis besteht, welches für den Betroffenen in seiner Funktion, ihm einen Raum zu bieten, in dem er ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann, dem Verhältnis vergleichbar ist, wie es in der Regel zu Eheleuten, Eltern oder auch anderen Familienangehörigen besteht (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 17. März 2021 - 2 BvR 194/20 - NStZ 2021, 439 Rn. 34). Ein solches besonderes Näheverhältnis kann auch zwischen Menschen bestehen, die als Mitglieder einer Gruppe Gleichgesinnter mit gemeinsamen Freizeitgewohnheiten ("Clique") befreundet sind. Für junge Menschen sind in der Funktion als Ort entlasteter und entlastender vertrauensvoller Kommunikation häufig gerade Freundschaften dieser Art besonders wichtig (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27. Juli 2009 - 2 BvR 2186/07 - juris Rn. 18 m.w.N.). Zur Beurteilung, ob im Einzelfall zwischen den an einer Kommunikation Beteiligten ein derartiges Vertrauensverhältnis besteht, sind neben dem Charakter der Vertrauensbeziehung die Art und der Kontext der ehrverletzenden Äußerung zu berücksichtigen (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 23. November 2006 - 1 BvR 285/06 - juris Rn. 13 ff.).

- 53 Danach bestand zwischen den vier Mitgliedern der WhatsApp-Gruppe "Y" ein solches Vertrauensverhältnis. Während die WhatsApp-Gruppe "Z" zu beruflichen Zwecken genutzt wurde und aus allen Angehörigen des betreffenden Hörsaals einschließlich des Hörsaalleiters bestand und sich in der WhatsApp-Gruppe "X" 10 bis 20 dieser Hörsaalangehörigen, die nicht alle miteinander befreundet waren, zu privaten Zwecken zusammengeschlossen hatten, gehörten der ebenfalls nur privaten Zwecken dienenden WhatsApp-Gruppe "Y" nur der Soldat und drei weiteren Offiziere desselben Offizierlehrgangs an. Diese waren eng miteinander befreundet und verbrachten gemeinsam ihre Urlaube. Zu diesem Zweck war diese WhatsApp-Gruppe auch gegründet worden. Sie tauschten sich innerhalb dieser Gruppe regelmäßig vertrauensvoll über ihre Empfindungen aus.
- 54 Da beide abfälligen Bemerkungen des Soldaten damit dem Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation unterlagen, können sie weder strafrechtlich noch disziplinarisch geahndet werden.
- 55 cc) Der Anschuldigungspunkt 5 ist zwar unabhängig von der Frage eines Beweisverwertungsverbots hinsichtlich der Kommunikation in der WhatsApp-Gruppe "Y" erwiesen. Denn der Soldat hat den betreffenden Vorwurf eingeräumt. Allerdings stellt die von ihm nach Erhalt eines Lagerfeuerfotos gestellte Frage - "Diesmal ohne Bücherverbrennung?" - objektiv betrachtet keine Billigung oder Verharmlosung des Nationalsozialismus dar. Zwar wird damit auf die nationalsozialistische Bücherverbrennung angespielt. Der Soldat bringt mit der Frage auch zum Ausdruck, dass er seinem Gegenüber ein derartiges Verhalten zutraut. In der eher scherzhaft gestellten Frage liegt aber noch keine Aufforderung und keine Billigung eines entsprechenden Nachahmungsverhaltens. Daher ist die Schwelle zu einer Verletzung der Pflicht aus § 8 SG nicht überschritten.
- 56 Wäre die verfängliche Frage öffentlich gestellt worden, könnte man im Hinblick auf die erwartbare Antwort eine Verletzung des Zurückhaltungsgebots des § 10 Abs. 6 SG annehmen. Im vorliegenden Fall ist jedoch die Vertraulichkeit der Kommunikation zu beachten. Es bestand - anders als bei den von den Anschuldigungspunkten 1 und 2 erfassten Chatbeiträgen in der WhatsApp-Gruppe "X" -

wegen des kleinen und eingeschworenen Mitgliedskreises der WhatsApp-Gruppe "Y" nicht die Gefahr, dass die Äußerungen Untergebenen zu Gehör kommen oder in die Öffentlichkeit dringen konnten.

- 57 3. Bei Art und Maß der für das Dienstvergehen zu verhängenden Disziplinarmaßnahme sind nach § 58 Abs. 7 i.V.m. § 38 Abs. 1 WDO Eigenart und Schwere des Dienstvergehens und seine Auswirkungen, das Maß der Schuld, die Persönlichkeit, die bisherige Führung und die Beweggründe des Soldaten zu berücksichtigen. Insoweit legt der Senat ein zweistufiges Prüfungsschema zugrunde:
- 58 a) Auf der ersten Stufe bestimmt er zwecks Gleichbehandlung vergleichbarer Fälle und im Interesse der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit der Disziplinarmaßnahme eine Regelmaßnahme für die betreffende Fallgruppe als Ausgangspunkt der Zumessungserwägungen. Hier ist von einer Kürzung der Dienstbezüge auszugehen. Bei ausländer- und jüdenfeindlichen Äußerungen, die nicht mit einem Verstoß gegen die politische Treuepflicht verbunden sind, aber die Pflichten zur Zurückhaltung und zum Wohlverhalten verletzen, ist je nach Art und Schwere der Dienstpflichtverletzungen allenfalls ein Beförderungsverbot angezeigt (vgl. BVerwG, Urteile vom 20. Februar 2001 - 1 D 55.99 - Buchholz 232 § 52 BBG Nr. 12, S. 20 ff. zu einem Beamten; vom 28. August 2001 - 2 WD 27.01 - Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 47, S. 32 und vom 22. Oktober 2008 - 2 WD 1.08 - BVerwGE 132, 179 Rn. 102 und 123).
- 59 Hinsichtlich der in dem unüberlegten "Fußball-Witz" des Soldaten enthaltenen diskriminierenden Äußerungen und hinsichtlich der Versendung des mehrdeutigen "Schildkröten-Meme" ist jedoch wegen der scherzhaften Einkleidung nach Art und Schwere des Dienstvergehens allenfalls eine Kürzung der Dienstbezüge angemessen. Dabei ist schon erschwerend berücksichtigt, dass diese Beiträge in einem Chatverlauf eingestellt worden sind, in dem sich diskriminierende und rechtsextremistische Äußerungen häuften. Die Beiträge des Soldaten waren in diesem Zusammenhang objektiv geeignet, die problematische Tendenz des Chatverlaufs zu verstärken.

- 60 b) Auf der zweiten Stufe ist zu prüfen, ob im Einzelfall im Hinblick auf die Bemessungskriterien des § 38 Abs. 1 WDO Umstände vorliegen, die eine Milderung oder Verschärfung gegenüber der auf der ersten Stufe angesetzten Regelinmaßnahme gebieten. Danach wäre an sich die Verhängung einer einfachen Disziplinarmaßnahme angemessen.
- 61 aa) Zwar spricht gegen den Soldaten, dass er zu den Tatzeitpunkten aufgrund seines Dienstgrades als Oberfähnrich eine Vorgesetztenstellung (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 1 und 2 SG i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 VorgV), was hinsichtlich der Verletzung der außerdienstlichen Wohlverhaltenspflicht erschwerend wirkt.
- 62 Zudem hatte das Dienstvergehen nachteilige Auswirkungen für den Dienstherrn, weil die Aufklärung einen Feldjägereinsatz in Litauen erforderte, der Soldat repatriert und angeordnet wurde, dass er bis zum Abschluss des gerichtlichen Disziplinarverfahrens nicht als Führer, Erzieher und Ausbilder eingesetzt werden darf. Auch stand seine Arbeitskraft seinem Dienstherrn vom 28. September bis zum 22. Dezember 2018 infolge des ersten gegen ihn verhängten Dienstausübungsverbots, das keinen offensichtlichen Rechtmäßigkeitsbedenken unterlag, nicht zur Verfügung.
- 63 bb) Nicht hingegen fällt zu Lasten des Soldaten ins Gewicht, dass er nachfolgend etwa zehneinhalb Monate lang vorläufig des Dienstes enthoben war und am 12. Juli 2019 gegen ihn ein erneutes Verbot der Dienstaübung nach § 22 Satz 1 SG erging. Denn die vorläufige Dienstenthebung wurde vom Senat und das erneute Dienstausübungsverbot vom Truppendienstgericht jeweils rechtskräftig für rechtswidrig erklärt.
- 64 Ebenso wenig kann dem Soldaten vorgehalten werden, dass das Dienstvergehen in den Medien thematisiert worden sei, was in der Öffentlichkeit ein schlechtes Licht auf die Bundeswehr und ihre Angehörigen geworfen habe. Denn dies betraf nicht konkret die beiden hier in Rede stehenden Postings, sondern wesentlich gravierendere Chatbeiträge anderer Soldaten.
- 65 cc) Demgegenüber sprechen folgende gewichtige Umstände für den Soldaten:

- 66 Er hat sich nachbewährt. Eine Nachbewährung setzt in fachlicher Hinsicht eine deutliche Leistungssteigerung oder die Beibehaltung eines hohen Leistungsniveaus voraus (vgl. BVerwG, Urteile vom 14. Februar 2019 - 2 WD 18.18 - Buchholz 450.2 § 63 WDO 2002 Nr. 3 Rn. 31 m.w.N. und vom 14. Januar 2021 - 2 WD 7.20 - NVwZ-RR 2021, 770 Rn. 37). Zudem muss sich der Soldat während des Verfahrens in jeder Hinsicht ohne Anlass zu Beanstandungen durch seine Vorgesetzten führen (BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 - 2 WD 10.12 - juris Rn. 48). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Soldat hat nach dem Abbruch seines Studiums durchweg gute dienstliche Leistungen erbracht und diese kontinuierlich über mehrere Jahre hinweg gesteigert. Dies kommt im Beurteilungsvermerk vom 25. Januar 2018, der Bescheinigung des Zeugen Oberstleutnant B im Rahmen der 2020 verliehenen Leistungsprämie, dessen erstinstanzlicher Aussage, der Personenbeschreibung durch den Zeugen Oberstleutnant A vom 19. Februar 2021, dessen Sonderbeurteilung vom 24. Februar 2021 und dessen Aussage in der Berufungshauptverhandlung sowie der 2021 gewährten "Seuchenprämie Corona" zum Ausdruck. Des Weiteren sprechen Einsicht und Reue für den Soldaten. Insbesondere kommt dem Geständnis zum Anschuldigungspunkt 2 ein erhebliches Gewicht zu, weil es keinen lesbaren Screenshot von dem betreffenden Chatbeitrag gibt. Ferner hat er sich bei seinem Kommandeur, dem Zeugen Oberstleutnant B, allgemein für seine Chatbeiträge entschuldigt. Offen bleiben kann, ob darüber hinaus mildernd zu berücksichtigen ist, dass der Soldat zu Unrecht vorläufig des Dienstes enthoben wurde und zu Unrecht einem soldatenrechtlichen Dienstausübungsverbot unterlag. Ebenso kann dahinstehen, ob sich die seit 2020 bestehende Förderreife zum Oberleutnant zu seinen Gunsten auswirkt. Denn die Nachbewährung als klassischer Milderungsgrund rechtfertigt bereits den Übergang von der Kürzung der Dienstbezüge (§ 58 Abs. 1 Nr. 1 WDO) zu einer einfachen Disziplinarmaßnahme nach § 22 WDO, die gemäß § 58 Abs. 6 WDO auch von den Wehrdienstgerichten verhängt werden darf.
- 67 4. Eine einfache Disziplinarmaßnahme darf jedoch nach § 17 Abs. 2 WDO nicht verhängt werden, wenn seit einem Dienstvergehen sechs Monate verstrichen sind. Das einheitliche Dienstvergehen endete am 26. März 2017, die Sechsmonatsfrist mit Ablauf des 26. September 2017. Die Frist war nicht nach § 17

Abs. 5 WDO gehemmt, weil vor ihrem Ablauf weder das gerichtliche Disziplinarverfahren noch das sachgleiche Strafverfahren eingeleitet worden waren. Ersteres wurde am 22. Dezember 2018 eingeleitet, Letzteres erst nach dem am 11. Oktober 2018 vermerkten Eingang der Abgabeverfügung an die Staatsanwaltschaft.

- 68 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 138 Abs. 3, § 139 Abs. 3 und § 140 Abs. 1 WDO.

Dr. Häußler

Prof. Dr. Burmeister

Dr. Henke