

Urteil des 2. Wehrdienstsenats vom 21. Juni 2005 BVerwG 2 WD 12.04

Rechtsquellen:

GG Art. 1 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 und 3, Art. 12a, 17a, 25, 26 Abs. 1 Satz 1, Art. 65a, 73 Nr. 1, Art. 87a, 115a ff.

UN-Charta Art. 2 Nr. 4, Art. 39, 42, 51, 103

V. Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907

NATO-Vertrag

NATO-Truppenstatut

Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut

Aufenthaltsvertrag

Völkergewohnheitsrecht

SG §§ 7, 10 Abs. 2 und 5, § 11 Abs. 1 und 2, § 17 Abs. 2 Satz 1

WDO §§ 99, 107

Stichworte:

Befehl; Gehorsam; Unverbindlichkeit von Befehlen; Gewissensfreiheit; Gewissensentscheidung; Kriegsdienstverweigerungsrecht; völkerrechtliches Gewaltverbot; Selbstverteidigungsrecht; Funktionsfähigkeit der Bundeswehr; praktische Konkordanz; Irak-Krieg; IT-Projekt SASPF; NATO; Unterstützungsleistungen; AWACS; Überflugrechte; Bewachung von US-Einrichtungen; Zwischenlandrechte; Aggressionsdefinition; Staatenverantwortlichkeit; Neutralitätsrecht; Anschuldigungsschrift; ZDv 15/2; Rechtsberater.

Leitsätze

1. Eine Anschuldigungsschrift ist nur dann hinreichend bestimmt, wenn sie erkennen lässt, welche Pflichtverletzungen dem angeschuldigten Soldaten zur Last gelegt werden. Dies erfordert, dass ein konkreter und nachvollziehbar auf das Verhalten des Soldaten bezogener Geschehensablauf dargelegt und zu dem daraus abgeleiteten Vorwurf in Beziehung gesetzt wird. Der in der Anschuldigungsschrift erhobene Vorwurf muss in der exakten Verknüpfung zwischen der Darlegung des zur Last gelegten Verhaltens und den daraus vom Wehrdisziplinaranwalt gezogenen Schlussfolgerungen deutlich werden.
2. Die durch § 11 Abs.1 S. 1 und 2 SG begründete zentrale Verpflichtung jedes Bundeswehrsoldaten, erteilte Befehle „gewissenhaft“ (nach besten Kräften vollständig und unverzüglich) auszuführen, fordert keinen bedingungslosen, sondern einen mitdenkenden und insbesondere die Folgen der Befehlsausführung - gerade im Hinblick auf die Schranken des geltenden Rechts und die ethischen „Grenzmarken“ des eigenen Gewissens - bedenkenden Gehorsam.
3. Aus dem Grundgesetz und dem Soldatengesetz ergeben sich rechtliche Grenzen des Gehorsams, die sich in sieben Untergruppen zusammenfassen lassen. Ein Soldat braucht einen ihm erteilten Befehl jedenfalls dann als unzumutbar nicht zu befolgen, wenn er sich insoweit auf den Schutz des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann. Die Schutzwirkungen des Art. 4 Abs. 1 GG werden nicht durch das Grundrecht auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer (Art. 4 Abs. 3 GG) verdrängt.
4. Eine Gewissensentscheidung ist jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt innerlich verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.
5. Der Gewissensappell „als innere Stimme“ des Soldaten kann nur mittelbar aus entsprechenden Indizien und Signalen, die auf eine Gewissensentscheidung und Gewissensnot

hinweisen, und zwar vornehmlich über das Medium der Sprache erschlossen werden. Erforderlich ist die positive Feststellung einer nach außen tretenden, rational mitteilbaren und nach dem Kontext intersubjektiv nachvollziehbaren Darlegung der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit (im Sinne einer absoluten Verbindlichkeit) der Gewissensentscheidung. Dabei bezieht sich die rationale Nachvollziehbarkeit der Darlegung allein auf das „Ob“, also auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins des Gewissensgebots und seiner Verhaltensursächlichkeit, nicht aber darauf, ob die Gewissensentscheidung selbst als „irrig“, „falsch“ oder „richtig“ gewertet werden kann.

6. Gegen den am 20. März 2003 von den USA und vom Vereinigten Königreich (UK) begonnenen Krieg gegen den Irak bestanden und bestehen gravierende rechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gewaltverbot der UN-Charta und das sonstige geltende Völkerrecht. Für den Krieg konnten sich die Regierungen der USA und des UK weder auf sie ermächtigende Beschlüsse des UN-Sicherheitsrates noch auf das in Art. 51 UN-Charta gewährleistete Selbstverteidigungsrecht stützen.

7. Weder der NATO-Vertrag, das NATO-Truppenstatut, das Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut noch der Aufenthaltsvertrag sehen eine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland vor, entgegen der UN-Charta und dem geltenden Völkerrecht völkerrechtswidrige Handlungen von NATO-Partnern zu unterstützen.

8. Hat ein Soldat eine von dem Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) geschützte Gewissensentscheidung getroffen, hat er Anspruch darauf, von der öffentlichen Gewalt nicht daran gehindert zu werden, sich gemäß den ihn bindenden und unbedingt verpflichtenden Geboten seines Gewissens zu verhalten.

a) Diesem Anspruch ist dadurch Rechnung zu tragen, dass ihm eine gewissenschonende diskriminierungsfreie Handlungsalternative bereitgestellt wird, um einen ihn in seiner geistig-sittlichen Existenz als autonome Persönlichkeit treffenden Konflikt zwischen hoheitlichem Gebot und Gewissensgebot zu lösen.

b) Müssen einem Soldaten nach Art. 4 Abs. 1 GG wegen einer von ihm getroffenen höchstpersönlichen Gewissensentscheidung im konkreten Einzelfall gewissenschonende Handlungsalternativen angeboten werden, bedeutet dies nicht die Aufhebung der generellen Geltung der für ihn und andere Soldaten aus § 11 Abs. 1 S. 1 und 2 SG folgenden allgemeinen Pflicht zum Gehorsam.

c) Art. 4 Abs. 1 GG begründet kein Recht eines Vorgesetzten darauf, ein nach den Maßgaben seines Gewissens bestimmtes Verhalten von Untergebenen mittels eines Befehls verlangen zu können.

9. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt. Es steht auch unter keinem numerischen Vorbehalt; seine Inanspruchnahme ist jedem Grundrechtsträger unabhängig davon gewährleistet, ob und ggf. in welchem Umfang auch andere von ihm Gebrauch machen.

10. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit wird auch bei Soldaten nicht durch die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften des Grundgesetzes verdrängt.

a) Die Inanspruchnahme des Grundrechts durch einen Soldaten beeinträchtigt nicht die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung über „die Verteidigung“ (Art. 73 Nr. 1 GG). Dadurch, dass der Gesetzgeber durch eine Verfassungsvorschrift wie Art. 73 Nr. 1 GG zu einem bestimmten legislativen Tun ermächtigt wird, erhält das „legislatorische Produkt“ noch keinen Verfassungsrang.

b) Aus der in Art. 87a Abs. 1 GG normierten verfassungsrechtlichen Entscheidung zur Aufstellung von - einem weiten Gesetzesvorbehalt unterliegenden - Streitkräften „zur Verteidigung“ folgt nicht, dass Grundrechte von Soldaten immer dann zurücktreten müssten, wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr „störend“ oder für den Dienstbetrieb „belastend“ darstellt. Zur Gewährleistung der „Funktionsfähigkeit einer wirksamen Landesverteidigung“ nach dem Grundgesetz gehört, stets sicherzustellen, dass der von der Verfassung zwingend vorgegebene Schutz u.a. des Grundrechts der Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt wird.

c) Die in Art. 65a GG gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt“ des Bundesministers der Verteidigung sowie die davon abgeleitete Befehlsbefugnis militärischer Vorgesetzter unterliegen einem verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 3 GG besonders geschützten Grundrechts- und damit Ausübungsvorbehalt.

d) Den sich bei Inanspruchnahme der Gewissensfreiheit durch Soldaten für den militärischen Dienstbetrieb ergebenden Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten ist durch Herstellung „praktischer Konkordanz“ Rechnung zu tragen.

Urteil des 2. Wehrdienstsenats vom 21. Juni 2005 BVerwG 2 WD 12.04

Truppendienstgericht Nord vom 9. Februar 2004 Az.: N 1 VL 24/03

Zusammenfassung - Summary

1. Eine Anschuldigungsschrift ist nur dann hinreichend bestimmt, wenn sie erkennen lässt, welche Pflichtverletzungen dem angeschuldigten Soldaten zur Last gelegt werden. Dies erfordert, dass ein konkreter und nachvollziehbar auf das Verhalten des Soldaten bezogener Geschehensablauf dargelegt und zu dem daraus abgeleiteten Vorwurf in Beziehung gesetzt wird. Der in der Anschuldigungsschrift erhobene Vorwurf muss in der exakten Verknüpfung zwischen der Darlegung des zur Last gelegten Verhaltens und den daraus vom Wehrdisziplinaranwalt gezogenen Schlussfolgerungen deutlich werden (dazu 3.1).

2. Die durch § 11 Abs.1 Satz 1 und 2 Soldatengesetz (SG) begründete zentrale Verpflichtung jedes Bundeswehrsoldaten, erteilte Befehle „gewissenhaft“ (nach besten Kräften vollständig und unverzüglich) auszuführen, fordert keinen bedingungslosen, sondern einen mitdenkenden und insbesondere die Folgen der Befehlsausführung bedenkenden Gehorsam - gerade im Hinblick auf die Schranken des geltenden Rechts und die ethischen „Grenzmarken“ des eigenen Gewissens (dazu 4.1.2 und 4.1.3).

3. Aus dem Grundgesetz und dem Soldatengesetz ergeben sich rechtliche Grenzen des Gehorsams, die sich in sieben Untergruppen zusammenfassen lassen.

a) Ein Soldat ist gem. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 1 SG nicht ungehorsam, wenn er einen ihm erteilten Befehl nicht befolgt, dessen Ausführung seine Menschenwürde oder die eines davon betroffenen Dritten verletzen würde (dazu 4.1.2.1).

b) Die Nichtbefolgung eines Befehls stellt nach § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 2 SG ferner dann keinen Ungehorsam dar, wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken, d.h. nicht zur Erfüllung der durch das Grundgesetz (abschließend) festgelegten Aufgaben der Bundeswehr erteilt worden ist (dazu 4.1.2.2).

c) Ein Befehl darf gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 SG des Weiteren nicht befolgt werden, wenn durch seine Befolgung nach innerstaatlichem Recht oder nach dem Völkerstrafrecht eine Straftat begangen würde (dazu 4.1.2.3).

d) Die in § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternativen 1 und 2 sowie Abs. 2 SG aufgeführten Regelungen zählen, wie sich aus § 22 Abs. 1 Wehrstrafgesetz (WStG) ergibt und in der Rechtsprechung sowie im Fachschrifttum allgemein anerkannt ist, die Gründe nicht abschließend auf, deretwegen ein Befehl unverbindlich ist und nicht befolgt zu werden braucht. So sind Befehle auch unverbindlich, deren Ausführung objektiv unmöglich ist, die sich inhaltlich widersprechen oder die durch eine grundlegende Veränderung der Sachlage sinnlos geworden sind. (dazu 4.1.2.4)

e) Rechtlich unverbindlich ist darüber hinaus gem. Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG ein Befehl, dessen Erteilung oder Ausführung als Handlung zu qualifizieren ist, die geeignet ist und in der Absicht vorgenommen wird, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten. Vorbereitung in diesem Sinne ist jede zeitlich vor einem Angriffskrieg liegende Tätigkeit, die seine Herbeiführung oder gar seine Auslösung fördert; dies gilt unabhängig davon, mit welcher subjektiven Zielsetzung der Angriffskrieg geführt wird und ob die von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG erfasste Handlung eine Straftat darstellt (dazu 4.1.2.5).

f) Ein erteilter Befehl ist des Weiteren dann unverbindlich, wenn seine Erteilung oder Ausführung gegen die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ im Sinne des Art. 25 GG verstößt, zu denen u.a. das völkerrechtliche Gewaltverbot und die grundlegenden Regeln des humanitären Kriegsvölkerrechts gehören; diese gehen im Geltungsbereich des Grundgesetzes den

innerstaatlichen Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes und damit auch für alle Soldaten (dazu 4.1.2.6).

g) Unverbindlich ist ein militärischer Befehl für einen Untergebenen ferner, wenn diesem die Ausführung nach Abwägung aller maßgeblichen Umstände nicht zugemutet werden kann. Ein Soldat braucht einen ihm erteilten Befehl jedenfalls dann als unzumutbar nicht zu befolgen, wenn er sich insoweit auf den Schutz des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann (dazu 4.1.2.7 und 4.1.3). Die Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG wird nicht durch das Grundrecht auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer (Art. 4 Abs. 3 GG) verdrängt (dazu 4.1.3.1 und 4.1.3.2).

4. Da eine Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG Tatbestandsvoraussetzung dafür ist, dass die vom Grundrecht vorgesehenen und vom Soldaten geltend gemachten Rechtsfolgen eintreten, müssen die rechtlichen Voraussetzungen dafür im Einzelnen erfüllt sein und festgestellt werden.

a) Eine Gewissensentscheidung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG, der der Senat folgt, jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt innerlich verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte.

b) Für die grundrechtliche Anerkennung einer Gewissensentscheidung, deren Zustandekommen kognitive, affektive und sozio-psychische Komponenten beinhaltet, kommt es nicht darauf an, ob die Normbildung auf überwiegend rationalen oder eher gefühlsmäßigen Gründen beruht. Die „Erkenntnisse“ über die in Rede stehenden ethischen Gebote können aus allen Gebieten des Lebens herrühren und so z.B. der christlichen oder einer anderen Religion, dem Humanismus oder anderen Weltanschauungen, aber auch dem geltenden Recht, in dem ethische Entscheidungen ihren Niederschlag gefunden haben, entnommen sein.

c) Der Gewissensappell „als innere Stimme“ des Soldaten kann nur mittelbar aus entsprechenden Indizien und Signalen, die auf eine Gewissensentscheidung und Gewissensnot hinweisen, und zwar vornehmlich über das Medium der Sprache erschlossen werden. Erforderlich ist die positive Feststellung einer nach außen tretenden, rational mitteilbaren und nach dem Kontext intersubjektiv nachvollziehbaren Darlegung der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit (im Sinne einer absoluten Verbindlichkeit) der Gewissensentscheidung. Dabei bezieht sich die rationale Nachvollziehbarkeit der Darlegung allein auf das „Ob“, also auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins des Gewissensgebots und seiner Verhaltensursächlichkeit, nicht aber darauf, ob die Gewissensentscheidung selbst als „irrig“, „falsch“ oder „richtig“ gewertet werden kann.

5. Im vorliegenden Fall fand die vom angeschuldigten Soldaten getroffene Gewissensentscheidung in einem Kontext statt, der von auch für einen - zum Waffeneinsatz in einem Krieg grundsätzlich nach wie vor bereiten - Berufssoldaten besonderen Umständen bestimmt und geprägt war. Diese Situation hat der Soldat weder vordergründig und leichtfertig angenommen noch bewusst herbeigeführt (dazu 4.1.4.1).

a) Gegen den am 20. März 2003 von den USA und vom Vereinigten Königreich (UK) begonnenen Krieg gegen den Irak bestanden und bestehen gravierende rechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gewaltverbot der UN-Charta und das sonstige geltende Völkerrecht (dazu 4.1.4.1.1). Für den Krieg konnten sich die Regierungen der USA und des UK weder auf sie ermächtigende Beschlüsse des UN-Sicherheitsrates (dazu 4.1.4.1.1a) noch auf das in Art. 51 UN-Charta gewährleistete Selbstverteidigungsrecht stützen (dazu 4.1.4.1.1b).

b) Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland hat nach den vom Senat getroffenen Feststellungen im Zusammenhang mit dem Krieg gegen den Irak den Regierungen der

USA und des UK die Zusagen gemacht und erfüllt, für den Luftraum über dem deutschen Hoheitsgebiet „Überflugrechte“ zu gewähren, ihre in Deutschland gelegenen „Einrichtungen“ zu nutzen und für den „Schutz dieser Einrichtungen“ in einem näher festgelegten Umfang zu sorgen; außerdem hat sie dem Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen zur „Überwachung des türkischen Luftraums“ zugestimmt.

c) Gegen diese Unterstützungsleistungen bestanden/bestehen gravierende völkerrechtliche Bedenken, die der Sache nach für den Soldaten Veranlassung waren, die Ausführung der ihm erteilten beiden Befehle zu verweigern, weil er sonst eine eigene Verstrickung in den Krieg befürchtete. Anhaltspunkte und Maßstab für die Beurteilung der Völkerrechtmäßigkeit der Unterstützung eines völkerrechtswidrigen Krieges ergeben sich aus der von der UN-Generalversammlung im Konsens beschlossenen „Aggressionsdefinition“ (Art. 3 Buchst. f) vom 14. Dezember 1974, den Arbeiten der „International Law Commission“ sowie aus dem völkerrechtlichen Neutralitätsrecht, das vor allem in dem V. Haager Abkommen vom 18. Oktober 1907 normiert ist, das in Deutschland seit dem 25. Oktober 1910 in Kraft ist und dessen Regelungen auch in die vom Bundesminister der Verteidigung erlassene Zentrale Dienstvorschrift (ZDv) 15/2 vom August 1992 aufgenommen worden sind (dazu 4.1.4.1.2 und 4.1.4.1.4))

d) Von den sich daraus ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen wurde die Bundesrepublik Deutschland im Irak-Krieg nicht dadurch freigestellt, dass sie Mitglied der NATO war und ist, der auch die Krieg führenden Staaten (USA, UK sowie weitere Mitglieder der Koalition) angehören (dazu 4.1.4.1.3). Weder der NATO-Vertrag (dazu 4.1.4.1.3a), das NATO-Truppenstatut, das Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut (dazu 4.1.4.1.3b) noch der Aufenthaltsvertrag (dazu 4.1.4.1.3c) sehen eine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland vor, entgegen der UN-Charta und dem geltenden Völkerrecht völkerrechtswidrige Handlungen von NATO-Partnern zu unterstützen.

e) Im vorliegenden Verfahren bedurfte es keiner abschließenden Prüfung und Entscheidung der Frage, ob der angeschuldigte Soldat durch die von ihm durch seine Vorgesetzten geforderte, jedoch von ihm verweigerte weitere Mitwirkung am IT-Projekt SASPF tatsächlich und kausal wirksam die von der Bundesrepublik Deutschland erbrachten Unterstützungsleistungen für den von den USA und ihren Verbündeten geführten Irak-Krieg gefördert oder zumindest einen relevanten Beitrag dazu geleistet hätte. Denn er hatte nach den vom Senat getroffenen Feststellungen jedenfalls einen für die von ihm geltende gemachte Gewissensentscheidung nachvollziehbaren Anlass, dies zu befürchten (dazu 4.1.4.1.5).

6. Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen war die vom angeschuldigten Soldaten getroffene Gewissensentscheidung an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientiert (dazu 4.1.4.2.1) und von der erforderlichen Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit des für ihn ethisch Gebotenen geprägt, so dass er dagegen nicht ohne ernste Gewissensnot handeln konnte (dazu 4.1.4.2.2).

7. Hat ein Soldat eine von dem Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) geschützte Gewissensentscheidung getroffen, hat er Anspruch darauf, von der öffentlichen Gewalt nicht gehindert zu werden, sich gemäß den ihn bindenden und unbedingt verpflichtenden Geboten seines Gewissens zu verhalten (dazu 4.1.3.1.3).

a) Diesem Anspruch wird dadurch Rechnung getragen, dass ihm eine gewissenschonende diskriminierungsfreie Handlungsalternative bereitgestellt wird, um einen ihn in seiner geistig-sittlichen Existenz als autonome Persönlichkeit treffenden Konflikt zwischen hoheitlichem Gebot und Gewissensgebot zu lösen.

b) Müssen einem Soldaten nach Art. 4 Abs. 1 GG wegen einer von ihm getroffenen höchstpersönlichen Gewissensentscheidung im konkreten Einzelfall gewissenschonende Handlungsalternativen angeboten werden, bedeutet dies nicht die Aufhebung der generellen Gel-

tung der für ihn und andere Soldaten aus § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 SG folgenden allgemeinen Pflicht zum Gehorsam.

c) Art. 4 Abs. 1 GG begründet kein Recht darauf, als Vorgesetzter mittels eines Befehls ein nach den Maßgaben seines Gewissens bestimmtes Verhalten von anderen Soldaten verlangen zu können.

8. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt (dazu 4.1.5.1). Es steht auch unter keinem numerischen Vorbehalt; seine Inanspruchnahme ist jedem Grundrechtsträger unabhängig davon gewährleistet, ob und ggf. in welchem Umfang auch andere von ihm Gebrauch machen (dazu 4.1.5.2).

9. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit wird auch bei Soldaten nicht durch die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften der Art. 12a, 65a, 73 Nr. 1, Art. 87a und 115a ff. GG verdrängt (dazu 4.1.5.3).

a) Die Inanspruchnahme des Grundrechts durch einen Soldaten beeinträchtigt nicht die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung über „die Verteidigung“ (Art. 73 Nr. 1 GG). Dadurch, dass der Gesetzgeber durch eine Verfassungsvorschrift wie Art. 73 Nr. 1 GG zu einem bestimmten legislativen Tun ermächtigt wird, erhält das „legislatorische Produkt“ noch keinen Verfassungsrang (dazu 4.1.5.3.2b).

b) Aus der in Art. 87a Abs. 1 GG normierten verfassungsrechtlichen Entscheidung zur Aufstellung von - einem weiten Gesetzesvorbehalt unterliegenden - Streitkräften „zur Verteidigung“ folgt nicht, dass Grundrechte von Soldaten immer dann zurücktreten müssten, wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr „störend“ oder für den Dienstbetrieb „belastend“ darstellt. Zur Gewährleistung der „Funktionsfähigkeit einer wirksamen Landesverteidigung“ nach dem Grundgesetz gehört sicherzustellen, dass der von der Verfassung zwingend vorgegebene Schutz u.a. des Grundrechts der Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt wird (dazu 4.1.5.3.2d).

c) Die in Art. 65a GG gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt“ des Bundesministers der Verteidigung sowie die davon abgeleitete Befehlsbefugnis militärischer Vorgesetzter unterliegen einem verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 3 GG besonders geschützten Grundrechts- und damit Ausübungsvorbehalt (dazu 4.1.5.3.2e).

d) Den sich bei Inanspruchnahme der Gewissensfreiheit durch Soldaten für den militärischen Dienstbetrieb ergebenden Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten ist durch Herstellung „praktischer Konkordanz“ Rechnung zu tragen. Dabei muss angestrebt werden, den aufgetretenen Gewissenskonflikt unter Wahrung konkret feststellbarer berechtigter Belange der Bundeswehr in einer Art und Weise zu mildern und zu lösen, dass die verfassungsrechtlich zwingend normierte „Unverletzlichkeit“ der Gewissensfreiheit nicht in Frage gestellt, sondern gewährleistet und gesichert wird. Dies erfordert ein konstruktives Mit- und Zusammenwirken „beider Seiten“ (dazu 4.1.5.3.2e).

aa) Vom jeweiligen Soldaten kann erwartet werden, dass er seine Gewissensnöte seinen zuständigen Vorgesetzten möglichst umgehend und nicht „zur Unzeit“ darlegt sowie auf eine baldmöglichste faire Klärung der zugrunde liegenden Probleme dringt.

bb) Auf der anderen Seite sind seine Vorgesetzten gehalten, sich der von dem Soldaten geltend gemachten Gewissensentscheidung zu stellen. Sie dürfen diese - schon im Hinblick auf ihre Fürsorgepflicht - weder negieren noch lächerlich machen oder gar unterdrücken.

cc) Werden die Gewissensnöte eines Soldaten gegenüber einem ihm erteilten Befehl (unter anderem) aus völker- oder verfassungsrechtlichen Normen hergeleitet oder darauf gestützt, ist eine baldmöglichste offene Aussprache über die konflikt-relevanten Tatsachen, vor allem

die vom Soldaten befürchteten tatsächlichen Auswirkungen der befohlenen Dienstleistung sowie die Konsequenzen einer Nichtausführung des Befehls für die Streitkräfte oder sonstige Schutzgüter erforderlich. Dazu gehört eine möglichst objektive Unterrichtung aller Beteiligten über die maßgebliche Rechtslage, die sich daran zu orientieren hat, wie ein gegebenenfalls mit der Frage befasstes rechtsstaatliches Gericht die Sache voraussichtlich beurteilen würde.

dd) Hält der betroffene Soldat ungeachtet dessen daran fest, dass sein Gewissen ihm die Ausführung des Befehls verbietet und ist dies im dargelegten Sinn nachvollziehbar, muss ein für beide Seiten schonender Ausgleich angestrebt werden (anderweitige Verwendung, Wegkommandierung, Versetzung o.ä.).

Inhaltsverzeichnis zum Urteil
2 WD 12.04
(anonymisierte Fassung)

	Seite
I Zur Person des Soldaten	2
II Verfahrenseinleitung, erstinstanzliches gerichtliches Disziplinarverfahren und Berufung	4
III Entscheidungsgründe	9
1. Zulässigkeit der Berufung	9
2. Umfang der Berufung	10
3. Begründetheit der Berufung	11
3.1 Freistellung von Anschuldigungspunkt 1	11
3.2 Ausreichende Bestimmtheit des Anschuldigungspunktes 2	15
3.3 Feststellung des Sachverhalts	15
4. Rechtliche Würdigung	25
4.1 Kein Verstoß gegen die Gehorsamspflicht (§ 11 Abs. 1 Satz1 und 2 SG)	25
4.1.1 Befehl	26
4.1.2 Rechtliche Grenzen des Gehorsams	28
4.1.2.1 Verletzung des Grundrechts der Menschenwürde	28
4.1.2.2 Erteilung zu nichtdienstlichen Zwecken	29
4.1.2.3 Strafbarkeit	31
4.1.2.4 Andere Unverbindlichkeitsgründe	32
4.1.2.5 Störung des friedlichen Zusammenlebens der Völker (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG)	32
4.1.2.6 Verstoß gegen die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG)	34
4.1.2.7 Unzumutbarkeit des Befehls	36
4.1.2.7.1 Fachschrifttum	37
4.1.2.7.2 Wehrdienstsenate des (früheren) Bundesdisziplinarhofs	37
4.1.2.7.3 Wehrdienstsenate des Bundesverwaltungsgerichts	38
4.1.3 Befehl und Gewissensfreiheit	46
4.1.3.1 Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG	47
4.1.3.1.1 Inkorporierung in § 11 Abs. 1 SG	47
4.1.3.1.2 Entstehungsgeschichte und Regelungszusammenhang	47
4.1.3.1.3 Inhalt der Gewissensfreiheit	51
4.1.3.1.4 Feststellung einer Gewissensentscheidung	56
4.1.3.2 Keine Verdrängung durch Art. 4 Abs. 3 GG (KDV-Recht)	57
4.1.4 Gerichtliche Feststellung der Gewissensentscheidung des Soldaten im vorliegenden Verfahren	70

4.1.4.1	Kontext der Gewissensentscheidung	71
4.1.4.1.1	Völkerrechtliche Beurteilung des Irak-Kriegs	72
4.1.4.1.2	Feststellung kriegsrelevanter Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik Deutschland	80
4.1.4.1.3	Keine Freistellung vom geltenden Völkerrecht durch NATO-Vertrag, NATO-Truppenstatut, Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut und Aufenthaltsvertrag	85
4.1.4.1.4	Völkerrechtliche Beurteilung der Unterstützungsleistungen	95
4.1.4.1.5	IT-Projekt SASPF und Unterstützungsleistungen	96
4.1.4.2	Subjektive Gewissensentscheidung des Soldaten	99
4.1.4.2.1	Orientierung an den Kriterien von „Gut“ und „Böse“	99
4.1.4.2.2	Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensentscheidung	100
4.1.5	Schranken der Gewissensfreiheit	105
4.1.5.1	Kein Gesetzesvorbehalt	106
4.1.5.2	Kein numerischer Vorbehalt	107
4.1.5.3	Keine Verdrängung durch andere Verfassungsvorschriften	107
4.1.5.3.1	Keine einschlägigen ausdrücklichen Schranken	109
4.1.5.3.2	Keine Kollision mit Wehrverfassungsnormen	109
4.1.6	Entscheidungsunerheblichkeit der tatsächlichen konkreten Auswirkungen des IT-Projekts SASPF auf die Unterstützungsleistungen	123
4.2	Kein Verstoß gegen die Pflicht zum treuen Dienen (§ 7 SG)	123
4.3	Kein Verstoß gegen die Pflicht zur Dienstaufsicht (§ 10 Abs. 2 SG)	124
4.4	Kein Verstoß gegen die Pflicht zur Durchsetzung eigener Befehle (§ 10 Abs. 5 Satz 2 SG)	125
4.5	Kein Verstoß gegen die Pflicht zur Achtungs- und Vertrauenswahrung (§17 Abs. 2 Satz 1 SG)	125
5.	Kostenentscheidung	126

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes Urteil

BVerwG 2 WD 12.04
TDG N 1 VL 24/03

In dem gerichtlichen Disziplinarverfahren gegen

den ...

...,

...,

hat der 2. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts in der nichtöffentlichen Hauptverhandlung am 21. Juni 2005, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Widmaier als Vorsitzender,
Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Frentz,
Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth

sowie

Oberfeldarzt Marchler,
Oberstleutnant Börold
als ehrenamtliche Richter,

Leitender Regierungsdirektor ...
als Vertreter des Bundeswehrdisziplinaranwalts,

Rechtsanwalt ..., ...,
als Verteidiger,

Justizangestellte ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufung des Wehrdisziplinaranwalts wird auf die Berufung des Soldaten das Urteil der 1. Kammer des Truppendienstgerichts Nord vom 9. Februar 2004 aufgehoben.

Der Soldat wird freigesprochen.

Die Kosten des Verfahrens und die dem Soldaten darin erwachsenen notwendigen Auslagen werden dem Bund auferlegt.

G r ü n d e :

I

Der heute 48-jährige Soldat schloss seine Schulausbildung im Juni 1976 mit der allgemeinen Hochschulreife ab und wurde zum 1. Juli 1976 zur Ableistung des Grundwehrdienstes zur 3./Jägerbataillon 501 nach Böblingen einberufen. Aufgrund seiner Einverständniserklärung vom 20. August 1976 wurde er mit Wirkung vom 1. Januar 1977 unter Berufung in das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit zum Gefreiten OA ernannt. Seine Dienstzeit wurde nach zwischenzeitlichen Festsetzungen auf drei und sieben Jahre am 16. Februar 1982 auf 13 Jahre festgesetzt. Am 14. April 1983 wurde ihm die Eigenschaft eines Berufssoldaten verliehen; seine Dienstzeit wird voraussichtlich am 31. Mai 2013 enden. Die Beförderung zum Major erfolgte am 1. März 2000.

Nach der allgemeinen Grundausbildung wurde der Soldat unter Wechsel der Waffengattung zum 1. Oktober 1976 zur 1./F.bataillon (F.Btl) ... nach M. versetzt. Nach verschiedenen Ausbildungsverwendungen in der H.staffel 203, im .Btl ... wurde er zum 1. Oktober 1977 zur 3./F.Btl ... nach R. versetzt. Den vom 10. Januar bis 29. September 1978 besuchten Offizieranwärterlehrgang an der H.schule (H.S) in R. bestand der Soldat mit der Note „befriedigend“.

Zum 2. Oktober 1978 wurde er zur Aufnahme des Studiums der Pädagogik an die Hochschule der Bundeswehr ... versetzt. Nach Zwischenkommandierungen zum Fallschirmspringerlehrgang an die L.schule in A., den der Soldat unfallbedingt vorzeitig beenden musste, zum Lehrgangsbesuch der Schule F. in K. sowie zum Fallschirmsprungdienst in A. beendete er das Studium am 11. Dezember 1981 mit der ... Diplomhauptprüfung und wurde zum 4. Januar 1982 als Flugabwehrraketen- und Zugführeroffizier zur 6./F.regiment (F.Rgt) ... nach M. versetzt.

Den sich anschließenden, vom 20. April bis 1. Oktober 1982 absolvierten Offizierlehrgang - Teil A - an der O.schule in H. bestand der Soldat ... Nach anschließender Ausbildung zum Kommandant Flugabwehrraketenpanzer „Roland“, Teilnahme am Offizierlehrgang - Teil B - unter zwischenzeitlicher Versetzung zur 5./F.Rgt ... schloss

der Soldat im Dezember 1983 den S 2-Lehrgang an der Schule N., E., mit „gut“ ab. Nach Versetzung zum 1. Juli 1984 zur 1./F.Rgt 200 in M. als Flugabwehrraketenoﬃzler und S 2-Offizier durchlief er im Sommer 1984 die Ausbildung zum Jugendoffizier, der sich entsprechende Weiterbildungen in den Folgejahren anschlossen. Der Soldat wurde zum 1. April 1987 unter vorangehender Kommandierung zur H.S nach R. als Flugabwehroﬃzler und Hörsaalleiter versetzt.

Nach Bestehen des Grundlehrgangs Fortbildungsstufe C an der Führungsakademie der Bundeswehr wurde er zum 1. Juli 1989 zur 2./G.regiment ... nach T. als Flugabwehroﬃzler und Batteriechef versetzt. Zum 1. April 1991 erfolgte die Versetzung als S 2-Offizier in den Stab der H.brigade ... in D. Von dort wurde er zum 1. Januar 1993 zum Spezialstab ATV der H.S nach R. versetzt; zeitgleich bewarb er sich erfolglos um Übernahme in den Polizeivollzugsdienst des Landes Bayern. Zum 1. Januar 1995 wurde er innerhalb der H.S zur Gruppe Weiterentwicklung versetzt und anschließend, nach Besuch verschiedener Lehrgänge an der F.schule in F. sowie des Stabsdienstlehrgangs an der Führungsakademie der Bundeswehr vom 6. August bis 2. Oktober 1996, zum Datenverarbeitungs-Organisations-Stabsoﬃzler ausgebildet.

Zum 1. Oktober 1997 wurde er zum H.kommando nach Mö. und in Folge der Verlegung der Dienststelle ab 25. Januar 2000 zum Dienstort K. versetzt, wo er in der Abteilung I Logistik als S 3- und Datenverarbeitungs-Organisations-Stabsoﬃzler im Bereich der Informationsverarbeitung verwendet wurde.

Seine Versetzung zum S. erfolgte zum 1. Oktober 2002. Dort war der Soldat in der G 6-Abteilung in der Gruppe „DV-Vorhaben Org-Grundlagen Bw“ mit Aufgaben im Rahmen des IT-Projekts SASPF („Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familien“) betraut, bis er am 7./8. April 2003 aufgrund der Vorfälle, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, aus dem Dezernat herausgelöst und mit einer Sonderaufgabe in dem IT-Sektor betraut wurde. Unter vorangehender Kommandierung wurde er zum 1. Oktober 2004 als Datenverarbeitungs-Organisations-, Organisations- und Planungsstabsoﬃzler zum S.amt in M. versetzt.

In der letzten planmäßigen Beurteilung vom 5. September 2001 wurde er ... beurteilt. ... Unter „herausragende charakterliche Merkmale, Kameradschaft, berufliches Selbstverständnis, Bewährung im Einsatz und ergänzende Aussagen“ heißt es:

„D ...“

Der Soldat ist berechtigt, sowohl das A. ... als auch die S. ... zu tragen.

Disziplinar ist er nicht vorbelastet; er erhielt am 19. Dezember 1986 eine förmliche Anerkennung wegen vorbildlicher Pflichterfüllung, weil er mit privatem finanziellen und zeitlichem Aufwand ein die Effizienz und Sicherheit erhöhendes Funksystem für die Kasernenwache entwickelt hatte.

Darüber hinaus hat er im Jahr 1991 eine, im Jahr 2001 drei Anerkennungsurkunden für seine Beteiligung am Vorschlagswesen der Bundeswehr erhalten, seine Verbesserungsvorschläge im Bereich der Datenverarbeitung sind dabei mit jeweils 200 DM, zuletzt 300 DM, prämiert worden.

Der Auszug aus dem Bundeszentralregister weist keine Eintragung auf.

Der Soldat ist ledig. Er erhält ausweislich der vorliegenden Mitteilung der Wehrbereichsverwaltung Süd Dienstbezüge der Besoldungsgruppe A 13, 10. Dienstaltersstufe, in Höhe von 3.743,17 € brutto und 2.767,63 € netto.

II

Durch Abgabe nach § 33 Abs. 3 WDO an die Staatsanwaltschaft B. wurde im April 2003 gegen den Soldaten ein Ermittlungsverfahren eingeleitet (sachgleich zu Anschuldigungspunkt 2). Die Staatsanwaltschaft beabsichtigte, das Ermittlungsverfahren durch Verfügung vom 18. Mai 2003 nach § 170 Abs. 2 StPO einzustellen, da dem Soldaten eine strafbare Gehorsamsverweigerung nach § 20 WStG nicht mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen werden könne. Der Wehrdisziplinaranwalt, Leitender Regierungsdirektor S., teilte daraufhin der Staatsanwaltschaft unter dem 18. Juni 2003 mit, dass er deren rechtliche Bewertung nicht zu teilen vermöge; für die Annahme eines unvermeidbaren Irrtums des Soldaten i.S.d. § 22 Abs. 2 WStG

sehe er keinen Raum. Mit Schreiben vom 20. November 2003 und 11. Juni 2004 teilte die Staatsanwaltschaft dem Wehrdisziplinaranwalt mit, dass die Ermittlungen andauern. Dies ist immer noch der Fall, wie eine Anfrage des Senats vom 18. Mai 2005 bei der Staatsanwaltschaft ergeben hat.

In dem mit Verfügung des Amtschefs S. vom 22. April 2003, zugestellt am 23. April 2003, ordnungsgemäß eingeleiteten gerichtlichen Disziplinarverfahren legte der Wehrdisziplinaranwalt dem Soldaten in seiner Anschuldigungsschrift vom 10. Dezember 2003 folgendes Verhalten als schuldhafte Verletzung seiner Dienstpflichten zur Last:

„1. Der Soldat teilte am Vormittag des 27. März 2003 im Besprechungsraum der Liegenschaft R. (Raum 243) den dort zusammengerufenen Angehörigen des vertretungsweise von ihm geführten Dezernats ‚Prozessmanagement HP Organisation‘ mit, dass er sich gezwungen sehe, den Dezernatsangehörigen die Teilnahme an Sportausbildungen sowie an Schul- und Gefechtsschießen einschließlich der Tätigkeit als Funktionspersonal zu untersagen, da die Durchführung dieser Befehle geeignet sei, die seiner Ansicht nach rechtswidrige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an dem rechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak zu unterstützen.

2. Der Soldat verweigerte am 7. April 2003 zwischen 15.00 und 16.00 Uhr im Dienstzimmer des Chefs des Stabes S. in dessen Anwesenheit die durch seinen Vorgesetzten, Oberst i.G. M., Abteilungsleiter G 6, mündlich erteilten und ihm anschließend schriftlich überreichten Befehle, nämlich den mit seinem Dienstposten verbundenen Aufgaben im Projekt ‚SASPF‘ (Standard-Anwendungs-Software-Produkt-Familien) nachzukommen sowie als Vorgesetzter seine Untergebenen zur Erfüllung dieses Auftrags anzuhalten und die Erfüllung dienstaufsichtlich zu überwachen, mündlich mit dem Bemerkten, er könne und dürfe diese Befehle nicht ausführen, da er nicht ausschließen könne, damit die rechtswidrige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an einem rechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak zu unterstützen.“

Die 1. Kammer des Truppendienstgerichts Nord hat den Soldaten am 9. Februar 2004 eines Dienstvergehens für schuldig befunden und ihn in den Dienstgrad eines Hauptmanns (Besoldungsgruppe A 11) herabgesetzt.

Sie hat den in der Anschuldigungsschrift vorgeworfenen Sachverhalt aufgrund der von ihr getroffenen tatsächlichen Feststellungen im Wesentlichen als erwiesen angesehen, wobei sie den Soldaten zu Anschuldigungspunkt 1 allerdings von dem Vor-

wurf freigestellt hat, dem Oberleutnant B. - einem der ihm am 27. März 2003 vertretungsweise unterstellten Soldaten - verboten zu haben, ein dienstliches Schießen vorzubereiten. Die Kammer hat das Verhalten des Soldaten als vorsätzlichen Verstoß gegen die Pflichten zum treuen Dienen nach § 7 SG (Anschuldigungspunkte 1, 2), zur Dienstaufsicht nach § 10 Abs. 2 SG (Anschuldigungspunkte 1, 2), zum Gehorsam nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SG (Anschuldigungspunkt 2) sowie zur Achtungs- und Vertrauenswahrung nach § 17 Abs. 2 Satz 1 (Anschuldigungspunkte 1, 2) gewürdigt und hat insgesamt ein Dienstvergehen gemäß § 23 Abs. 1 SG, § 18 Abs. 2 WDO als gegeben angesehen.

Dabei hat die Kammer ausgeführt, dass an der Rechtmäßigkeit der in der G 6-Abteilung, speziell auch der Gruppe „DV-Verfahren Org-Grundlagen Bw“, zu leistenden Dienste keine Zweifel bestünden und zwar unabhängig davon, ob der militärische Einsatz der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) im Irak als Angriffskrieg zu werten sei und ob die Bundesrepublik Deutschland dazu Beihilfe geleistet habe. Denn die von dem Soldaten und von allen Dezernatsangehörigen zur Tatzeit im Dezernat zu leistende Arbeit habe weder unmittelbar noch mittelbar eine Unterstützung des bewaffneten Eingreifens der USA im Irak dargestellt. Demzufolge sei auch der dem Soldaten am 7. April 2003 erteilte Befehl rechtmäßig gewesen. Der Soldat habe sich auch nicht in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden, denn es liege für jedermann auf der Hand, dass zwischen den von ihm geforderten dienstlichen Verrichtungen und denen seiner damaligen Untergebenen im Dezernat keinerlei Kausalzusammenhang mit dem Irak-Konflikt bestünde. Dies habe der Soldat als langjähriger Berufssoldat und als Stabsoffizier unschwer erkennen können und müssen.

Bezüglich der Ausführungen der Kammer zur Maßnahmebemessung wird auf die Seiten 7 und 8 des angefochtenen Urteils verwiesen.

Gegen dieses, dem Soldaten am 18. Februar 2004 zugestellte, Urteil hat der Soldat mit anwaltlichem Schriftsatz vom 15. März 2004, beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen am selben Tag, Berufung in vollem Umfang eingelegt und beantragt, das Urteil des Truppendienstgerichts Nord aufzuheben und den Soldaten freizusprechen.

Zur Begründung hat der Verteidiger des Soldaten zu Anschuldigungspunkt 1 im Wesentlichen ausgeführt, dass der Soldat am 27. März 2003 tatsächlich nichts untersagt habe, sondern lediglich vor Angehörigen des vertretungsweise von ihm geführten Dezernats mitgeteilt habe, dass er sich gezwungen sehe, den Dezernatsangehörigen die Teilnahme an der Sportausbildung sowie an Schul- und Gefechtsschießen einschließlich der Tätigkeit als Funktionspersonal zu untersagen.

Das Truppendienstgericht habe es versäumt, sich mit den Beweggründen des Soldaten auseinanderzusetzen. Der Soldat habe die rechtswidrige Verpflichtung, sich nicht um gesetzliche Vorgaben zu kümmern, nicht akzeptieren können. Er habe das militärische Vorgehen der USA gegen den Irak zutreffend als rechtswidrigen Angriffskrieg und die Förderung des Krieges durch z.B. AWACS-Einsatz und die Wachstellung durch die Bundeswehr für amerikanische Kasernen an Stelle der für den Krieg benötigten amerikanischen Soldaten als Beteiligung an einem Angriffskrieg angesehen. Nur weil er das mit der Rechtslage und seinem Gewissen nicht habe verantworten können, habe er folgerichtig und folgenlos erklärt, er sehe sich gezwungen, den Soldaten entsprechende Tätigkeiten zu untersagen. Diese Meinungsäußerung habe er durch Art. 26 GG, § 80 StGB, § 5 WStG und § 11 Abs. 2 SG gedeckt gesehen, aus denen er die Pflicht zum Nachdenken, Prüfen und zur Bekanntgabe seiner Meinung gefolgert habe.

Bezüglich des Anschuldigungspunktes 2 habe der Soldat am 7. April 2003 keinen Befehl verweigert. Es habe zwei Befehlsgruppen gegeben. Die erste sei abgewandelt, während die zweite in die Anschuldigungsschrift aufgenommen worden sei. Der Soldat habe bekundet, dass er diesen Befehlen nachkommen könne. Es sei also kein Befehl verweigert worden, sondern nur darauf hingewiesen worden, dass ein „derart interpretierter Befehl, an der Parallelwertung in der Laiensphäre gemessen“, an den vorgenannten Bestimmungen scheitern würde. Denn der Soldat sei als Dezernatsleiter zur Mitarbeit an der Entwicklung des IT-Projekts SASPF eingesetzt gewesen, einer Software, die der Optimierung von Instandhaltung, Instandsetzung, Versorgung, Transport, Datenverarbeitung, Information, Führung, Lagefeststellung und Rechnungswesen dienen solle. Die mit Hilfe dieses Programms von dem Soldaten zu erbringenden Dienstleistungen hätten in vielfacher Weise der Unterstützung der Führung des Angriffskrieges der USA dienen können, z.B. auch bei der Entwicklung von DV-Gerät, mit dem die Abrechnung von Dienstreisen im Rahmen der Unter-

stützungsleistungen durchgeführt würde. Auch seine Vorgesetzten hätten den Soldaten in dieser Haltung bestärkt. So habe ihm z.B. Oberst i.G. M. versichert, dass das IT-Projekt SASPF auch im Falle des Scheiterns der Anwendungssoftware SAP zur Optimierung der oben genannten Prozesse fortgeführt werde; damit werde er sich in jedem Falle am Irak-Krieg indirekt beteiligen.

Der Wehrdisziplinaranwalt bei dem Truppendienstgericht Nord für den Bereich des S. hat mit Schriftsatz vom 17. März 2004, eingegangen beim Truppendienstgericht Nord am 18. März 2004, gegen das ihm am 19. Februar 2004 zugestellte Urteil Berufung zuungunsten des Soldaten eingelegt, diese auf die Bemessung der Disziplinarmaßnahme beschränkt und beantragt, den Soldaten aus dem Dienstverhältnis zu entfernen.

Zur Begründung hat der Wehrdisziplinaranwalt im Wesentlichen ausgeführt, dass der Soldat - wie die Kammer zutreffend festgestellt habe - gegen soldatische Kernpflichten verstoßen habe, was grundsätzlich mit der Entfernung aus dem Dienstverhältnis angemessen zu ahnden sei.

Dem Soldaten könne entgegen der Auffassung der Truppendienstkammer nicht zugute gehalten werden, dass er sich ernsthaft mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob er sich durch seine dienstliche Tätigkeit strafbar mache und gegebenenfalls Untergebene dazu verleite. Denn dies sei eine Pflicht, die ohnehin jedem Befehlsempfänger in der Bundeswehr obliege. Für die Maßnahmebemessung sei vielmehr wesentlich, dass der Soldat an seiner verfehlten Auffassung festgehalten habe, obwohl ihm auf seine zahlreichen schriftlich gegenüber seinen Vorgesetzten vorgetragenen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Befehle die Rechtslage eingehend erläutert worden sei, zuletzt in der mehrstündigen Hauptverhandlung vor dem Truppendienstgericht, in der der Soldat auf ausdrückliche Nachfrage des Wehrdisziplinaranwalts seine „abwegige Rechtsauffassung bekräftigt“ habe. Die völlige Uneinsichtigkeit des Soldaten verbiete auch die vom Gericht vorgenommene günstige Zukunftsprognose der Erwartung der Einsicht des Soldaten in sein Fehlverhalten.

Es seien keine in der Person des Soldaten liegende Milderungsgründe vorhanden, die ein Absehen von der gebotenen Höchstmaßnahme rechtfertigten.

Mit Schreiben vom 17. Mai 2004, dem Senat vorgelegt durch den Bundeswehrdisziplinaranwalt am 25. Mai 2004, hat der Wehrdisziplinaranwalt drei nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 9. Februar 2004 entstandene Beschwerdeverfahren vorgelegt, die nach seiner Auffassung geeignet seien, seinen Vortrag über die Uneinsichtigkeit des Soldaten zu stützen. Im Kern geht es bei zweien dieser - in der Sache auch vom Soldaten nicht in Zweifel gezogenen - Beschwerdeverfahren um sein „Tatnachverhalten“. Der dritte Vorgang bezieht sich auf eine dienstliche Informationsveranstaltung mit dem Generalinspekteur der Bundeswehr (GenInsp) am 25. März 2004 im S. in B., in der der Soldat in der anschließenden Diskussion u.a. den Irakkrieg thematisierte. Seine Beschwerde gegen einzelne Äußerungen des GenInsp blieb ohne Erfolg (Beschluss vom 6. April 2005 - BVerwG 1 WB 67.04 -).

In einem am 3. Juni 2004 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangenen Schreiben führt der Verteidiger des Soldaten ergänzend aus, dass weder die Berufungsbegründung des Wehrdisziplinaranwalts noch dessen Schreiben vom 17. Mai 2004 den Voraussetzungen des § 116 WDO und der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 19. Januar 1972 - BVerwG 2 WD 59.71 -) genügten; die Berufungsbegründung nebst Ergänzung befasse sich nicht mit dem wesentlichen Inhalt des Urteils und beziehe sich überwiegend auf außerhalb des Urteils liegende Umstände; die Berufung des Wehrdisziplinaranwalts sei daher gemäß § 120 Abs. 1 Nr. 1 WDO als unzulässig zu verwerfen.

III

1. Die Berufungen sind zulässig. Sie sind statthaft, ihre Förmlichkeiten sind gewahrt (§ 115 Abs. 1 Satz 1, § 116 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 WDO).

Entgegen der Auffassung des Verteidigers ist die Berufung des Wehrdisziplinaranwalts hinreichend begründet. Es liegt kein Verstoß gegen die Begründungsanforderungen des § 116 Abs. 2 WDO vor.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats muss die Berufung mit substantiierten Ausführungen begründet werden, insbesondere muss im Einzelnen dargelegt werden, weshalb die tragenden Erwägungen der Begründung des angefochtenen Urteils

als unzutreffend oder angreifbar angesehen werden (vgl. u.a. Beschlüsse vom 18. Januar 1972 - BVerwG 2 WD 59.71 - und vom 19. April 1999 - BVerwG 2 WD 12.99 - <BVerwGE 113, 329 = Buchholz 235.0 § 111 WDO Nr. 2 = NZWehrr 1999, 168>). Dies gilt auch für eine maßnahmebeschränkte Berufung, deren Begründung deutlich machen muss, weshalb die von der Kammer verhängte Disziplinarmaßnahme nach Auffassung des Berufungsführers als unangemessen angesehen wird. Ausreichend ist aber, wenn die Berufungsschrift in zumindest pauschaler Form erkennen lässt, ob und inwieweit die von der Kammer verhängte Disziplinarmaßnahme als verfehlt, unverhältnismäßig oder jedenfalls angreifbar angesehen wird, welchem der genannten persönlichen Milderungsgründe des Soldaten ein falsches Gewicht beigegeben worden sein soll und inwieweit daraus Folgerungen für die begehrte Änderung der Maßnahmebemessung gezogen werden, insbesondere weshalb die angestrebte Maßnahme im Verhältnis zu Eigenart und Schwere des Dienstvergehens als unangemessen gesehen wird (vgl. Beschluss vom 19. April 1999 - BVerwG 2 WD 12.99 - <a.a.O.>; Urteil vom 3. Juli 2001 - BVerwG 2 WD 24.01 -).

Diesen Anforderungen wird die Berufung des Wehrdisziplinaranwalts gerecht. Er hat sich in seiner Berufungsschrift vom 17. März 2004 mit den Urteilsgründen bezüglich der Maßnahmebemessung im Einzelnen auseinander gesetzt und begründet, warum er der Wertung der Kammer in diesem Punkt nicht folgen könne (z.B. Gewichtung der Frage der ernsthaften Auseinandersetzung mit dem Thema; günstige Zukunftsprognose). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Urteilsgründe selbst, gerade an dieser Stelle, sehr knapp gehalten sind und sich lediglich mit einer Spiegelstrichaufzählung begnügen, ohne die dort genannten und vom Wehrdisziplinaranwalt angegriffenen Gesichtspunkte näher zu begründen.

2. Das zuungunsten des Soldaten eingelegte Rechtsmittel des Wehrdisziplinaranwalts ist ausdrücklich und nach dem maßgeblichen Inhalt seiner Begründung auf die Bemessung der Disziplinarmaßnahme beschränkt worden, während die Berufung des Soldaten, die auf einen Freispruch gerichtet ist, in vollem Umfang eingelegt worden ist. Als das weitergehende Rechtsmittel bestimmt mithin die Berufung des Soldaten den Umfang der Nachprüfung der angegriffenen Entscheidung. Der Senat hat daher im Rahmen der erfolgten Anschuldigung (§ 123 Satz 3 i.V.m. § 107 Abs. 1 WDO) eigene Tat- und Schuldfeststellungen zu treffen, sie rechtlich zu würdigen und

gegebenenfalls die angemessene Disziplinarmaßnahme zu finden. Da auch der Wehrdisziplinaranwalt Berufung eingelegt hat, ist der Senat an das Verschlechterungsverbot (§ 91 Abs. 1 Satz 1 WDO i.V.m. § 331 Abs. 1 StPO) nicht gebunden.

3. Die Berufung des Soldaten hat Erfolg; das Rechtsmittel des Wehrdisziplinaranwalts ist dagegen unbegründet und deshalb zurückzuweisen. Der Soldat ist gemäß § 108 Abs. 1 und 2 WDO freizusprechen, da er kein Dienstvergehen (§ 23 Abs. 1 SG) begangen hat. Hinsichtlich des Anschuldigungspunktes 1 ist der Tatvorwurf nicht bestimmt genug (dazu 3.1); bezüglich des - hinreichend bestimmten (dazu 3.2) - Anschuldigungspunktes 2 liegen keine Dienstpflichtverletzungen vor (dazu 3.3).

3.1 Im Hinblick auf den Anschuldigungspunkt 1 genügt die Anschuldigungsschrift des Wehrdisziplinaranwalts nicht dem Bestimmtheitsgebot, sodass es insoweit an einer hinreichenden Anschuldigung im Sinne des § 99 Abs. 1 WDO fehlt und der Soldat deshalb von diesem Tatvorwurf freizustellen ist. Denn zum Gegenstand der Urteilsfindung dürfen gemäß § 123 Satz 3 i.V.m. § 107 Abs. 1 WDO nur diejenigen Pflichtverletzungen gemacht werden, die in der Anschuldigungsschrift (und gegebenenfalls ihren Nachträgen) dem Soldaten als Dienstvergehen zur Last gelegt werden. Die Anschuldigungsschrift muss dabei gemäß § 99 Abs. 1 Satz 2 WDO die Tatsachen, in denen ein schuldhaftes Dienstvergehen erblickt wird, und die Beweismittel geordnet darstellen. Zu diesen Tatsachen gehören auch die Umstände, die die subjektiven Tatbestandsmerkmale einer Dienstpflichtverletzung erfüllen (Urteil vom 29. Juni 1978 - BVerwG 2 WD 18.78 -). Der dem Soldaten gegenüber erhobene Vorwurf muss in der Anschuldigungsschrift so deutlich und klar sein, dass sich der Soldat in seiner Verteidigung darauf einstellen kann (stRspr.: vgl. u.a. Urteile vom 14. April 1977 - BVerwG 2 WD 1.77 - <NZWehrr 1978, 61>, vom 19. Juli 1995 - BVerwG 2 WD 9.95 - <BVerwGE 103, 265 = Buchholz 236.1 § 7 SG Nr. 4 = NZWehrr 1996, 164 = NVwZ-RR 1996, 213 = ZBR 1996, 58, insoweit nicht veröffentlicht>, vom 6. Mai 2003 - BVerwG 2 WD 29.02 - <Buchholz 235.01 § 107 WDO 2002 Nr. 1 = NZWehrr 2004, 31 = NVwZ-RR 2004, 46 = DokBer 2004, 1> , vom 18. September 2003 - BVerwG 2 WD 3.03 - <BVerwGE 119, 76 = Buchholz 235.01 § 38 WDO 2002 Nr. 11 = NZWehrr 2005, 122 = NVwZ-RR 2004, 426 = DokBer 2004, 141> und vom 16. März 2004 - BVerwG 2 WD 3.04 - <BVerwGE 120, 193 = Buchholz 235.01 § 93 WDO 2002 Nr. 1 = NZWehrr 2004, 213 = HFR 2005, 363 = DokBer 2004, 294>). Dazu ge-

nügt es nicht, einen historischen Geschehensablauf zu schildern, ohne hinreichend präzise erkennen zu lassen, welche „Pflichtverletzungen ... dem Soldaten als Dienstvergehen zur Last gelegt werden“ (vgl. § 107 Abs. 1 WDO). Die Darlegung eines konkreten und nachvollziehbaren Geschehensablaufs hinsichtlich des dem Soldaten zur Last gelegten Verhaltens muss zu dem daraus abgeleiteten Vorwurf einer oder mehrerer Dienstpflichtverletzung(en) in Beziehung gesetzt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob die dabei in der Anschuldigungsschrift zugrunde gelegte Rechtsauffassung vom Gericht in seiner späteren Entscheidung geteilt wird oder nicht. Entscheidend ist allein, dass in der konkreten Verknüpfung zwischen der Darlegung des historischen Geschehensablaufs und den daraus vom Wehrdisziplinaranwalt gezogenen Schlussfolgerungen der von diesem erhobene Vorwurf deutlich wird. Die gesetzliche Vorgabe ist trotz der als Sollvorschrift gestalteten Fassung des § 99 Abs. 1 Satz 2 WDO zwingend, soweit sie sich auf diesen notwendigen Inhalt der Anschuldigungsschrift bezieht (vgl. Dau, WDO, 4. Aufl. 2002, § 99 RNr. 5 m.w.N.). Dies folgt insbesondere aus dem Regelungszweck und aus rechtsstaatlichen Gründen (Art. 20 Abs. 1 GG). Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. dazu etwa Urteile vom 18. Mai 2001 - BVerwG 2 WD 42.00, 43.00 - <BVerwGE 114, 258 = Buchholz 236.1 § 8 SG Nr. 3 = NJW 2002, 980 = DVBI 2002, 122 = ZBR 2002, 316> und vom 28. April 2005 - BVerwG 2 WD 25.04 -) hat die Anschuldigungsschrift einerseits die Aufgabe, dem Betroffenen die Vorbereitung seiner Verteidigung zu ermöglichen. Außerdem bildet der darin niedergelegte Sachverhalt zugleich auch die unabänderliche Grundlage für die Verhandlung und Entscheidung des zuständigen Wehrdienstgerichts und bindet insoweit den Wehrdisziplinaranwalt. Die Wehrdienstgerichte können und dürfen den vom Wehrdisziplinaranwalt angeschuldigten Sachverhalt weder erweitern noch einengen. Deshalb darf auch z.B. nicht offen bleiben, welche Bekundungen von Zeugen als zutreffend angesehen oder welche Tatsachen aufgrund von Zeugenaussagen und sonstigen Beweismitteln als erwiesen betrachtet werden und aus der Sicht des Wehrdisziplinaranwalts einen Schuldvorwurf gegen den Betroffenen rechtfertigen (Urteil vom 18. Mai 2001 - BVerwG 2 WD 42.00, 43.00 - <a.a.O.>). Aus dieser - rechtsstaatlich unverzichtbaren - doppelten Aufgabe der Anschuldigungsschrift folgt mithin, dass ein Anschuldigungssatz nur dann hinreichend bestimmter Inhalt der Anschuldigungsschrift ist, wenn der in ihm erhobene Vorwurf eines schuldhaften Dienstvergehens in diesem Sinne aus der Sicht des Empfängers der Anschuldigungsschrift bei objektiver Betrachtungsweise konkret und eindeutig zu

entnehmen ist. Verbleiben insoweit Zweifel, fehlt es an einer hinreichenden Anschuldigung im Sinne des § 99 Abs. 1 WDO.

Diese rechtlichen Anforderungen erfüllt die Anschuldigungsschrift im Anschuldigungspunkt 1 nicht. Darin wird dem Soldaten vorgeworfen, er habe am Vormittag des 27. März 2003 im Besprechungsraum der vom S. genutzten Liegenschaft R. (Raum 243) in B. „den dort zusammengerufenen Angehörigen des vertretungsweise von ihm geführten Dezernats ‚Prozessmanagement HP Organisation‘ mitgeteilt, dass er sich gezwungen sehe, den Dezernatsangehörigen die Teilnahme an Sportausbildungen sowie an Schul- und Gefechtsschießen einschließlich der Tätigkeit als Funktionspersonal zu untersagen, da die Durchführung dieser Befehle geeignet sei, die seiner Ansicht nach rechtswidrige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an dem rechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak zu unterstützen“.

Die in der Anschuldigungsschrift verwendete Formulierung („mitgeteilt, dass er sich gezwungen sehe ...“) lässt offen, ob dem Soldaten zum Vorwurf gemacht wird, den versammelten Angehörigen seines Dezernats (lediglich) angekündigt zu haben, ihnen „die Teilnahme an Sportausbildungen sowie an Schul- und Gefechtsschießen einschließlich der Tätigkeit als Funktionspersonal zu untersagen“ oder dass er einen entsprechenden Befehl erteilt habe. Soweit ihm anschließend auch seine Äußerung (vom 27. März 2003) zum Vorwurf gemacht wird, die Durchführung „dieser Befehle“ sei geeignet, „die seiner Ansicht nach rechtswidrige Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an dem rechtswidrigen Angriffskrieg gegen den Irak zu unterstützen“, werden diese „Befehle“ nicht näher bezeichnet. Damit bleibt unklar, auf welche Befehle sich dieser Vorwurf bezieht. Die beiden in der Anschuldigungsschrift wiedergegebenen Befehle des Abteilungsleiters Oberst i.G. M. vom 7. April 2003 können damit nicht gemeint sein, da sie erst nach dem 27. März 2003 ergingen, auf den sich aber der Anschuldigungspunkt 1 ausschließlich bezieht. Soweit dem Soldaten zum Vorwurf gemacht werden sollte, er habe mit den angesprochenen „Befehlen“ solche zur „Teilnahme an Sportausbildungen sowie an Schul- und Gefechtsschießen“ gemeint, bleibt unklar, welchen genauen Inhalt sie gehabt haben sollen und wann sie von wem erteilt wurden. Darüber hinaus ist der Zeitfaktor auch im Übrigen unbestimmt. Denn in der Anschuldigungsschrift wird offen gelassen, wann die „Teilnahme an Sportausbildungen und/oder an Schul- und Gefechtsschießen“ erfolgen sollte, auf

die sich die Äußerungen des Soldaten vom 27. März 2003 bezogen haben sollen. Weiterhin bleibt unklar, wie die Formulierung „den Dezernatsangehörigen“ zu verstehen ist, da diese nicht namentlich benannt sind, und ob diese mit den im Anschuldigungspunkt 1 ebenfalls genannten „zusammengerufenen Angehörigen“ identisch sind.

Auch das in der Anschuldigungsschrift wiedergegebene wesentliche Ergebnis der Ermittlungen, das zur Auslegung des Anschuldigungssatzes herangezogen werden kann, enthält keine hinreichenden Anhaltspunkte, die der Klärung des konkreten Tatvorwurfs dienen. Im Wesentlichen wird hier lediglich der verfügende Teil der Anschuldigungsschrift wiederholt.

Außerdem werden die Anschuldigungspunkte 1 und 2 hinsichtlich des angeschuldigten Tatverhaltens und der rechtlichen Würdigung in der Anschuldigungsschrift derart undifferenziert zusammengefasst dargestellt, dass nicht zu erkennen ist, welches Verhalten in Anschuldigungspunkt 1 zu welcher rechtlichen Würdigung des Wehrdisziplinaranwalts in diesem Anschuldigungspunkt führt. In der Anschuldigungsschrift heißt es im Anschluss an die im Anschuldigungssatz erfolgte Darstellung der beiden Anschuldigungspunkte lediglich ganz allgemein, „durch sein Verhalten“ habe der Soldat die ihm obliegenden Dienstpflichten verletzt, die dann durch Aneinanderreihung von einzelnen Vorschriften des Soldatengesetzes aufgezählt werden. Welches „Verhalten“ der Wehrdisziplinaranwalt meint, ist im Hinblick auf konkret zur Last gelegte Dienstpflichtverletzungen nicht zweifelsfrei feststellbar. Insbesondere bleibt offen, ob der Vorwurf der Verletzung der in der Spiegelstrichaufzählung aufgeführten Dienstpflichten sich sowohl auf den Anschuldigungspunkt 1 als auch den Anschuldigungspunkt 2 oder lediglich auf Teile davon beziehen soll. Die nach Auffassung des Wehrdisziplinaranwalts vorliegenden einzelnen Dienstpflichtverletzungen des Soldatengesetzes werden somit dem Anschuldigungspunkt 1 nicht konkret zugeordnet. Eine solche Präzisierung ist aber aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässlich, weil anderenfalls insbesondere nicht in dem erforderlichen Maße gewährleistet ist, dass sich der betreffende Soldat hinreichend verteidigen kann.

3.2 Im Anschuldigungspunkt 2 genügt die Anschuldigungsschrift dagegen den dargelegten Anforderungen, da hinreichend klar erkennbar ist, was dem Soldaten vorgeworfen wird.

3.3 In der Sache hat der Senat zu Anschuldigungspunkt 2 auf Grund der Einlassung des Soldaten, soweit ihr gefolgt werden konnte, der gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 WDO i.V.m. § 249 Abs. 1 Satz 1 StPO zum Gegenstand der Berufungshauptverhandlung gemachten Urkunden und Schriftstücke, der am 21. September 2004 beim Senat eingegangenen amtlichen Auskünfte des Oberst i.G. R. vom 12. September 2004, des Brigadegenerals Sch. vom 17. September 2004 und des Ministerialrates G. vom (ohne näheres Datum) September 2004 sowie der Vernehmung der Zeugen Oberst i.G. P., Oberst i.G. M. und des Richters am Truppendienstgericht (zuvor Leitender Rechtsberater des S.) S. in der Berufungshauptverhandlung folgenden Sachverhalt festgestellt:

Der Soldat war zur Tatzeit bis zu seiner am 7./8. April 2003 erfolgten Ablösung von seinem Dienstposten im S. mit Aufgaben zur Verwirklichung des IT-Projekts SASPF beschäftigt. Ziel dieses Projekts ist die Neuordnung von Arbeitsabläufen durch Prozessorientierung und die Verbesserung der IT-Unterstützung durch Schaffung einer integrierten Datenverarbeitungslandschaft in der Bundeswehr. Grundelement ist die Einführung des industrieüblichen Softwareprodukts R/3 (mySAP) der Firma SAP AG in der gesamten Bundeswehr. Mit der Einführung des Softwareprodukts R/3 (mySAP) soll eine Vielzahl der bisher rund 1.200 Fachinformationssysteme (z.B. PER-FIS, VOCON, EMIR u.v.m), die der Unterstützung logistischer und administrativer Fachaufgaben im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung dienen, durch eine einheitliche und übergreifende Lösung ersetzt werden. Die Projekte der Bundeswehr und entsprechende Entwicklungen in den Streitkräften anderer NATO-Staaten, darunter der US-Navy und der US-Army, sollen die Basis für eine „umfassende abgestimmte Industry Solution Defense“ bilden (vgl. amtliche Auskünfte vom September 2004). Als Voraussetzung für die Realisierung des IT-Projekts SASPF müssen die Betriebsabläufe der Bundeswehr in diesen Bereichen („vernetzte Hauptprozesse“, vgl. dazu u.a. Romes in Europäische Sicherheit Nr. 2/2001, 48 f.; te Koning in „Y“ Nr. 1/2005, 94 f.) erfasst und umgesetzt werden.

Nach einer „Fokussierungsphase“ im Frühjahr 2003 wurde das Projekt zwischenzeitlich neu ausgerichtet. So wurden die Teilprojekte Pilotinstallation, Instandhaltungslogistik, Personal (mit dem Anteil Personelles Meldewesen), Business Information Warehouse (erste Ausbaustufe) sowie Pilot Rechnungswesen (eingeschränkte Funktionalität) ausweislich der erteilten amtlichen Auskünfte vom September 2004 „bereits weitestgehend realisiert“. Die in dieser ersten Realisierungsphase noch fehlenden Teilprojekte Infrastruktur/Umweltschutz, Sanitätsmaterialwirtschaft, Drehflügler und Wirkverbund Marine werden gegenwärtig konzipiert bzw. realisiert. Weitere Teilprojekte sind in Vorbereitung. Im September 2004 nutzten über alle Teilprojekte etwa 7.000 Nutzer in ca. 120 Dienststellen das IT-Projekt SASPF.

Dieses IT-Projekt SASPF soll nach den erteilten amtlichen Auskünften in der Lage sein, die Einsätze der Bundeswehr innerhalb ihres „erweiterten Aufgabenspektrums“ zu unterstützen und damit führungsrelevante Informationen aus den Bereichen Logistik, Personal, Organisation, Rechnungswesen etc. „online“ und „überall“ zur Verfügung zu stellen. Die Gesamtheit der sechs „Fähigkeitskategorien“ (Führungsfähigkeit, Nachrichtengewinnung und Aufklärung, Mobilität, Wirksamkeit im Einsatz, Unterstützung und Durchhaltefähigkeit, Überlebensfähigkeit und Schutz) soll mit Hilfe des IT-Projekts SASPF so ausgestaltet werden, dass die Streitkräfte schrittweise und ihrer Zuordnung zu „Kräftekategorien“ entsprechend abgestuft zur Vernetzten Operationsführung (NetOpFü) befähigt werden. Dabei soll Interoperabilität mit den Streitkräften anderer Nationen „der Schlüssel zu gemeinsamen Einsätzen mit komplementärer Aufgabenverteilung (Burden Sharing)“ sein. Durch das IT-Projekt SASPF sollen die Wirksamkeit und Effizienz der Streitkräfte der Bundeswehr „besonders im Rahmen multinationaler Operationen“ gesteigert werden. Auf diese Weise wird „zukünftig die Interoperabilität zu den USA, aber auch anderen Streitkräften der NATO und EU sichergestellt werden“. Im September 2004 war das IT-Projekt SASPF noch in der Phase der Erprobung; eine SASPF-bezogene Unterstützung internationaler Verbündeter war zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht möglich (Amtl. Auskunft, ebd. zu 6b).

Die Einführung des IT-Projekts SASPF verlangt eine umfangreiche konzeptionelle Weiterentwicklung von der Funktions- zur Prozessorientierung: Nicht mehr die gebildeten Aufbaustrukturen sollen die Prozesse bestimmen, sondern die Prozesse sollen die Strukturen bestimmen (vgl. Romes, a.a.O.).

Konkret war der Soldat damit beauftragt, für das IT-Projekt SASPF als verantwortlicher Sachgebietsleiter „Material“ Beiträge zur Ausgestaltung des Feinkonzepts zum Hauptprozess (HP) „Organisation“ (Org) zu erarbeiten sowie in Zusammenarbeit mit anderen Prozessbeteiligten Schnittstellen zu definieren (innerhalb des HP Org sowie u.a. zum HP „Logistik“ und anderen HP). Im Einzelnen bedeutete dies, die ablaufenden Prozesse hinsichtlich des insgesamt in der Bundeswehr gegenwärtig vorhandenen Materials für die IT-Projekt-Entwicklung zu bewerten und so konkret zu beschreiben, dass darauf aufbauend die Software SAP (oder gegebenenfalls eine andere) programmiert werden kann.

Am 20. März 2003 suchte der Soldat einen Militärgeistlichen und einen Truppenarzt des Sanitätszentrums B. auf, um beiden seine rechtlichen und ethischen Bedenken gegen die Rolle der Bundesrepublik Deutschland im begonnenen Irak-Krieg der USA und deren Verbündeter darzulegen und eine Bestätigung zu erhalten, dass die von ihm der Presseberichterstattung entnommenen Meldungen über die Kriegereignisse und die daraus von ihm gezogenen Schlussfolgerungen keiner übertriebenen Wahrnehmung entsprangen. Der Arzt stellte den Soldaten einem Neurologen vor, auf dessen Anraten der Soldat in das Bundeswehrzentral Krankenhaus Koblenz verbracht wurde. Bei den bis zum 26. März 2003 andauernden Untersuchungen ergab sich kein pathologischer Befund.

Am 27. März 2003 kehrte der Soldat gegen 10.00 Uhr in Zivilkleidung und mit angesteckter weißer Stoffblume in seine Dienststelle zurück. Vor Dezernatsangehörigen äußerte er seine schweren Bedenken gegen den Irak-Krieg und die dabei eingenommene Rolle der Bundeswehr und erklärte, er halte zur Zeit dennoch seine Mitarbeit am IT-Projekt SASPF für unbedenklich, da dieses wegen seiner Mängel ohnehin nicht geeignet sei, Aktionen der deutschen Streitkräfte im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg zu unterstützen. Zugleich bat er Oberstleutnant H. und Hauptmann M., ihn in den Besprechungsraum zu begleiten, um dort den Dezernatsangehörigen die Gründe für seinen Krankenhausaufenthalt zu erklären. Anschließend erläuterte er im Beisein auch von Hauptmann E. und Stabsunteroffizier B., dass das Eingreifen der USA im Irak völkerrechtswidrig sei und dass seiner Ansicht nach die Bundesregierung diesen Angriffskrieg in nicht vertretbarer Weise unterstütze. Er halte es dennoch

für unbedenklich, weiter im Dezernat Prozessmanagement HP Org zu arbeiten, da er das laufende IT-Projekt SASPF ohnehin als „zum Scheitern verurteilt“ ansehe.

Ebenfalls am 27. März 2003 meldete sich der Soldat in Zivilkleidung bei dem Chef des Stabes (ChdSt) S., dem Zeugen P. Er bat, ihn von der Verpflichtung zum Uniformtragen zu befreien, um nicht als Kombattant eines Angriffskrieges angesehen zu werden, andernfalls werde er ein weißes Ärmelband oder eine vergleichbare Kennzeichnung anlegen. Er führte aus, die Bundeswehr beteilige sich in verfassungswidriger Weise am Irak-Konflikt, und zwar vor allem durch die Stationierung von deutschen Soldaten in Kuwait, die Beteiligung deutscher Soldaten an AWACS-Flügen, die Gewährung von Überflug- und Transitrechten für die im Irak operierenden Streitkräfte der USA und des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland (UK) sowie die Bewachung von US-Liegenschaften in Deutschland durch deutsche Soldaten. Der damalige Disziplinarvorgesetzte erkannte in dem Vorbringen des Soldaten einen Gewissenskonflikt und teilte ihm dies auch mit. Seine persönliche Meinung sei, „dass die Sache mit dem Irak hätte anders laufen sollen“; ob gegen geltendes Recht verstoßen werde, könne er nicht sagen; er könne die Gedanken des Soldaten jedoch nachvollziehen. Der Zeuge P. sprach daraufhin einerseits mit dem Leitenden Rechtsberater des S., dem Zeugen S., über die Rechtslage. Andererseits bat er den Soldaten, dessen Sicht der Dinge möglichst bis zum nächsten Tag zu Papier zu bringen. Als sich der Soldat am 28. März 2003 bei dem Zeugen P. meldete, befahl dieser ihm, spätestens am 31. März 2003 in Uniform wieder zum Dienst zu erscheinen und dann seinen Dienst korrekt wahrzunehmen. Zugleich riet er ihm, den Leitenden Rechtsberater aufzusuchen, den er damit betraut hatte, dem Soldaten „die rechtlichen Hintergründe zu erklären“, ihn über seine Rechte und Pflichten aufzuklären und ihm die rechtlichen Konsequenzen aufzuzeigen, die sich aus seinem Verhalten ergäben. Außerdem empfahl der Zeuge P. dem Soldaten, gegebenenfalls anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Das Gespräch des Soldaten mit dem Leitenden Rechtsberater fand am 28. März 2003 statt. Es dauerte ca. zehn Minuten. Im Anschluss daran suchte der Leitende Rechtsberater, der Zeuge S., den Zeugen P. auf und teilte diesem mit, er habe den Soldaten über seine Rechte und Pflichten und die rechtlichen Konsequenzen seines Verhaltens aufgeklärt; aus seiner Sicht sei mit dem Soldaten kein Kompromiss zu erreichen. Kurze Zeit darauf suchte der Soldat erneut den Zeugen P. auf und beschwerte sich erregt darüber, dass der Leitende Rechtsbe-

rater nicht konkret auf seine vorgetragenen Bedenken eingegangen sei und ihn auch nicht über seine Rechte und Pflichten sowie über die Konsequenzen hinreichend aufgeklärt habe.

Der Soldat bestand gegenüber dem Zeugen S. auf einer Diskussion über die völkerrechtliche Bewertung des Themas. Hierzu sah sich aber der Zeuge, wie er glaubhaft vor dem Senat ausgesagt hat, mangels insoweit hinreichender fachlicher Kompetenz außer Stande. Der Zeuge S. wandte sich deshalb an das Bundesministerium der Verteidigung und bat um eine entsprechende fachliche Stellungnahme. Das von dort per Fax erhaltene und mit der Leitung des Ministeriums abgestimmte „Punktations-Papier“ legte er dann seiner Belehrung des Soldaten zugrunde. Dieses Papier ist dem Senat in der Berufungshauptverhandlung übergeben worden. Es hat folgenden Wortlaut:

„Die Bundesregierung hat unmissverständlich klargemacht:

- Sie lehnt ein militärisches Vorgehen gegen den Irak ab.
- Deutschland wird sich daran nicht beteiligen.
- Wir bedauern, dass der Weg der friedlichen Abrüstung des Iraks nicht weiter verfolgt wird.

Die Bundesregierung hat den USA und Großbritannien folgende Zusagen gemacht:

- Überflugrechte
- Nutzung ihrer Einrichtungen in Deutschland
- Schutz dieser Einrichtungen

Die Bundesregierung hat außerdem dem weiteren Einsatz deutscher Soldaten in Awacs-Flugzeugen zur Überwachung des türkischen Luftraums zugestimmt.

Mit diesen Zusagen hat die Bundesregierung ihren politischen Verpflichtungen Rechnung getragen, die sich aus dem NATO-Vertrag sowie den entsprechenden Abkommen ergeben.

Die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland wurde über Jahrzehnte vor allem durch die Solidarität unserer Bündnispartner gewährleistet.

Daraus ist auch für uns eine starke Verpflichtung zu solidarischem Verhalten gegenüber unseren Partnern erwachsen.

Die Sicherheitsratsresolution 1441 droht ernsthafte Konsequenzen an für den Fall, dass der Irak seinen Verpflichtungen zur Zerstörung der Massenvernichtungswaffen nicht nachkommt. Die Frage, ob zur Legitimation von militärischen Zwangsmaßnahmen eine weitere Resolution des Sicherheitsrats erforderlich ist, wurde bei der Verabschiedung der Resolution 1441 bewusst offen gelassen.

Vor diesem Hintergrund wird die Bundesregierung ihrer Verpflichtung zur Solidarität mit ihren Partnern im Geiste des NATO-Vertrages und der daraus abzuleitenden politischen Verpflichtungen weiter nachkommen.“

Am 28. März 2003 wurde der Soldat auf seinen Antrag vom Dienst freigestellt und erhielt danach eine Woche Erholungsurlaub.

Mit Schreiben vom 29. März 2003 wandte sich der Soldat an den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages und beschwerte sich u.a. über die Art, wie mit ihm seit dem 20. März 2003 umgegangen worden sei. Während der Militärgeistliche ihm mitgeteilt habe, dass auch er die „Meldungen über den Kriegsbeginn und die Auslegung als Völkerrechtsbruch auch im WDR-Fernsehen“ so vernommen und die Entwicklung sehr bedauert habe, habe der Truppenarzt ihn an den Neurologen überwiesen, der ihn umgehend zur stationären psychiatrischen Untersuchung in das Bundeswehrzentral Krankenhaus Koblenz verbracht habe. Die missliche Lage sei aber kein Grund, an seinem Verstand zu zweifeln und ihn auf diese Weise aus dem Verkehr zu ziehen. Auch wenn die Einlieferung in die „Klasmühle“ ungeheuerlich erscheine, könne er dies aus Gründen der Fürsorgepflicht noch nachvollziehen. Ungeheuerlich und in keinem Fall hinnehmbar sei dagegen, was man nach seiner Entlassung aus dem Krankenhaus unternommen habe, um ihn, wie er meine, rechtswidrig „auf Kurs zu bringen“. So habe der Rechtsberater gleich zu Beginn des Gesprächs, bevor er seine schriftliche Meldung zur Kenntnis genommen habe, versucht, ihn einzuschüchtern, in dem er ihm grundlos Dienstpflichtverletzungen vorgeworfen und gesagt habe, es gebe nur „eine“ klare Rechtsauffassung. Für den Fall, dass er sich der einzig verbindlichen Rechtsauffassung widersetze, seien ihm negative Konsequenzen angedroht worden. Die einseitig einschüchternde Art des Rechtsberaters, insbesondere ihm mit der Degradierung oder Entlassung zu drohen, sei unzulässig gewesen. Zudem habe er, als er gefragt habe, was denn geschehe, wenn er seiner Pflicht konsequent nachkäme, sogar Hohn über sich ergehen lassen müssen („Held der Friedensbewegung“). Dem Rechtsberater sei es offensichtlich gar nicht um Beratung oder Eröffnung von Rechten gegangen, sondern nur darum, geradezu demonstrativ Druck auszuüben und jegliche objektive juristische Erläuterung abzulehnen. Außerdem hob der Soldat in diesem Schreiben hervor, er könne die Argumentation seines Abteilungsleiters vom 27. März 2003, seine derzeitige Tätigkeit (Hauptauftrag) könne sich entgegen der von ihm geäußerten Begründung durchaus auf die Beteiligung am Krieg „positiv“ auswirken, zumindest formal nicht entkräften. Er, der Soldat, sehe sich somit seither nicht mehr in der Lage, seinem Hauptauftrag nachzukommen. Auf die-

ses Schreiben erhielt der Soldat vom Wehrbeauftragten bislang lediglich eine Eingangsbestätigung, jedoch keine Antwort in der Sache.

Ebenfalls am 29. März 2003 verfasste der Soldat im Nachgang zu einer vorhergehenden „Meldung“ vom 27. März 2003 ein auf dem Dienstweg an den Bundeskanzler adressiertes Schreiben, in dem er seine Rechtsauffassung zum Irak-Konflikt darlegte und begründete, weshalb er auf seinem Dienstposten seinen dienstlichen Hauptauftrag nicht mehr ausführen könne. Wörtlich heißt es in diesem Schreiben u.a.:

„Die Argumentation meines Abteilungsleiters, meine derzeitige Tätigkeit (Hauptauftrag) könne sich durchaus auf die Beteiligung am Krieg ‚positiv‘ auswirken, kann ich nicht entkräften. Ich schließe mich nach reiflicher Überlegung dieser zumindest formal begründeten Ansicht an. Damit kann ich auch meinen Hauptauftrag voraussichtlich bis zu einer die Problematik umfassenden Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht nicht weiter ausführen.“

Oberstleutnant H. teilte dem Abteilungsleiter G 6 im S., dem Zeugen M., unter dem 3. April 2003 schriftlich mit, in dem Gespräch am 27. März 2003 habe der Soldat ausgeführt, er könne es mit seinem Gewissen und seinem Eid nicht vereinbaren, Handlungen vorzunehmen oder Befehle zu befolgen, die in irgendeiner Form geeignet seien, die Kriegshandlungen im Irak zu unterstützen.

Nach Rückkehr aus dem Urlaub am 7. April 2003 trug der Soldat wieder Uniform, allerdings mit einer weißen Stoffrose in der Hand als Zeichen seiner Distanzierung. Der Zeuge M., der (damalige) Disziplinarvorgesetzte des Soldaten, erteilte diesem gegen 15.00 Uhr im Beisein des Zeugen P. im S. in B. zwei Befehle zur Erfüllung seiner Dienstpflichten, die er ihm in Schriftform aushändigte. Diese Befehle lauteten:

„1. Befehl

Ich befehle Ihnen, auf Ihrem Dienstposten alle Arbeiten an Vorhaben der Bw einschließlich SASPF so umfassend, so gut und so schnell wie möglich zu leisten mit dem Ziel, die Arbeiten bzw. die Vorhaben zu einem möglichst schnellen positiven Abschluss zu bringen, damit die Leistungs- und Einsatzfähigkeit der Bw gesteigert wird. Ich befehle Ihnen, dies zuverlässig und unabhängig von Ihren persönlichen Überlegungen zum Irak-Krieg und dem, wie Sie die Haltung der Bw dazu einschätzen, zu tun.

2. Befehl

Ich befehle Ihnen, als Vorgesetzter (aufgrund des DGr) und als stv DezLtr alles zu tun, damit alle Untergebenen ihr Bestes tun können, um alle Ar-

beiten an allen Vorhaben, einschließlich SASPF, ohne Einschränkungen und möglichst schnell zu einem erfolgreichen Abschluss führen können, um damit die Leistungsfähigkeit der Bw zu stärken. Ich befehle, dass sie nichts unternehmen, was Ihre Untergebenen daran hindern könnte, ihre militärische Leistungsfähigkeit zu steigern - auch durch Sport- und Schießausbildung und Leistungsmärsche. Ich befehle, dies zuverlässig und unabhängig von Ihren persönlichen Überlegungen zum Irak-Krieg und dem, wie Sie die Haltung der Bw dazu einschätzen, zu tun.“

Vor der Erteilung der schriftlichen Befehle hatte der Zeuge M. noch ein Gespräch mit dem Soldaten geführt. Hierbei ging es um die Einstellung des Soldaten und um dessen Mitarbeit an dem IT-Projekt SASPF.

Wie sich aus den glaubhaften Bekundungen des Zeugen M. in der Berufungshauptverhandlung ergibt, wollte der Soldat zunächst am IT-Projekt SASPF weiter arbeiten, weil nach seiner Auffassung dadurch ohnehin die Leistungsfähigkeit der Bundeswehr nicht gesteigert würde. Dem hatte der Zeuge mit den Worten widersprochen, das Programm erhöhe durchaus die Einsatzbereitschaft der Bundeswehr. Ferner hatte er zum Ausdruck gebracht, dass er Teile des Konflikts, in dem sich der Soldat befinde, nachvollziehen könne, allerdings „nicht in letzter Konsequenz“.

Nach der glaubhaften Bekundung des Zeugen M. hat der Soldat vor der Aushändigung der Befehle vom 7. April 2003 noch nie die Ausführung eines Befehls verweigert. In der Folgezeit wurde dem Zeugen von Dritten übermittelt, dass der Soldat in dem Gespräch mit dem Rechtsberater auf die Konsequenzen seines Verhaltens hingewiesen wurde.

Wie sich aus dem glaubhaften Vorbringen des Zeugen M. des Weiteren ergibt, war der Soldat für seinen Aufgabenbereich noch nicht vollständig ausgebildet und befand sich noch im Stadium der Einarbeitung.

Nach der Übergabe der schriftlichen Befehle erklärte der Soldat gegenüber dem Zeugen M., dass er jeden einzelnen Befehl prüfen werde. Es war nicht die Absicht des Zeugen M., den Soldaten von der Prüfung gegebener Befehle abzuhalten. Er wollte jedoch verbindlich wissen, ob der Soldat am IT-Projekt SASPF weiter arbeite oder nicht. Der Soldat stellte ihm daraufhin seinerseits die Frage, ob er ausschließen kön-

ne, dass das IT-Projekt SASPF einen Beitrag zum Irak-Krieg leisten könne. Der Zeuge M. konnte dies nicht ausschließen.

Der Soldat erklärte daraufhin, die Befehle, zumindest bis zum Ende des Konflikts oder bis zur Klärung der Rechtslage z.B. durch das Bundesverfassungsgericht nicht ausführen zu können.

Nach der Ablösung vom bisherigen Dienstposten am 7. April 2003 erhielt der Soldat am 8. April 2003 einen neuen Auftrag, mit dessen Ausführung er einverstanden war, weil nach seiner Auffassung mit dieser neuen Aufgabe eine indirekte Beteiligung am Irak-Krieg nicht verbunden war.

In einem Vermerk vom 8. April 2003 hat der Zeuge P. u.a. festgehalten, seine Bemühungen in den vorangegangenen Gesprächen mit dem Soldaten, ihn von seiner „rechtsirrigem Einstellung“ abzubringen und ihn aufzufordern, seinen Pflichten als Offizier und Vorgesetzter nachzukommen, betrachte er als erschöpft. Angesichts des im Vorfeld erteilten fürsorglichen Hinweises, die ausdrückliche Verweigerung des Gehorsams auf ihm erteilte Befehle begründe den Verdacht einer Straftat nach § 20 WStG, sah er die Abgabe an die Staatsanwaltschaft nach § 33 Abs. 3 WDO nunmehr als gebotene Konsequenz an.

In dem Abgabeschreiben des Zeugen P. an die Staatsanwaltschaft Bonn vom 14. April 2003 wird u.a. ausgeführt:

„Der Offizier wurde durch seinen Vorgesetzten vor Befehlserteilung darüber aufgeklärt, dass ein Ungehorsam gegenüber diesen Befehlen als Tatbestand der Gehorsamsverweigerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 WStG („Auflehnung in Wort oder Tat“) an die Staatsanwaltschaft abgegeben werde.“

Die Staatsanwaltschaft B. teilte dem Wehrdisziplinaranwalt unter dem 18. Mai 2003 mit, sie beabsichtige, das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO einzustellen, zumal sich der Soldat in den zur Tatzeit vorherrschenden politischen und medialen Veröffentlichungen „insbesondere auch keine eindeutige Belehrung“ habe verschaffen können. Auf diese Mitteilung erwiderte der Zeuge S. in seiner damaligen Eigenschaft als Wehrdisziplinaranwalt mit Schreiben vom 18. Juni 2003 an die Staatsanwalt-

schaft, dass er deren rechtliche Bewertung nicht zu teilen vermöge. Der Soldat habe den Straftatbestand der Gehorsamsverweigerung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 WStG verwirklicht. In diesem Schreiben des Zeugen S. vom 18. Juni 2003 heißt es u.a.:

„Eine eindeutige Belehrung über die fehlende strafrechtliche Relevanz der Ausübung seines Dienstes auf seinem Dienstposten und damit einhergehend die Verbindlichkeit entsprechender Befehle erhielt der Soldat darüber hinaus auch durch mich in meiner Funktion als Leitender Rechtsberater des S. in einem Gespräch am 28. März 2003. Auch diese Belehrung erfolgte somit noch vor der Verweigerung der dem Soldaten am 7. April 2003 erteilten Befehle.“

In der Zeit nach Beginn des Irak-Krieges trug der Soldat mehrfach - auch in der Hauptverhandlung vor dem Truppendienstgericht vom 9. Februar 2004 - eine äußerlich sichtbare weiße Stoffrose als Zeichen seiner persönlichen Distanzierung vom Irak-Krieg. Nachdem ihm am 26. März 2004 das Tragen der Rose zur Uniform durch seinen Disziplinarvorgesetzten verboten worden war, trug der Soldat nunmehr stattdessen ein etwa postkartengroßes Schild mit aufgemalter Rose und den Textzusätzen „Für das Recht und die Freiheit“ sowie „Ich beteilige mich nicht am Irak-Krieg“. Dieses wurde ihm mit schriftlichem Befehl vom 7. April 2003 verboten, wogegen er sich beschwerte, weil er u.a. seine Meinungsfreiheit eingeschränkt sah. Die Beschwerde wurde von der 1. Kammer des Truppendienstgerichts Nord zurückgewiesen (Beschluss vom 7. Juli 2004 - N 1 BLa 5/04 -). Dagegen hat der Soldat Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht erhoben.

In seiner Einlassung vor dem Senat hat sich der Soldat bei der Darlegung seiner Haltung, jede Teilnahme an Unterstützungshandlungen für den Irak-Krieg abzulehnen, auf seine Pflichten als Soldat nach dem Grundgesetz und auf sein Gewissen berufen. Er hat ausgeführt, er habe am 7. April 2003 keinen Befehl verweigert, sondern darauf hingewiesen, dass ein derartiger Befehl nach seiner Parallelwertung in der Laiensphäre an den gesetzlichen Bestimmungen des Art. 26 GG, § 80 StGB, § 5 WStG und § 11 Abs. 2 SG scheitern müsse. Darüber hinaus hat er vorgetragen, der Rechtsberater, der Zeuge S., der ihn auf Anraten des Zeugen P. über seine Rechte und Pflichten hätte belehren sollen, habe sich geweigert, ihn umfassend über die Rechtslage zu belehren. Er, der Soldat, habe erwartet, dass der Zeuge S. zumindest seine Begründung anhöre und in eine Prüfung eintrete. Der Zeuge habe aber nicht einmal seine Argumente in dem schriftlichen Papier gelesen, sondern ihn einge-

schüchtert und mit Worten wie „Degradierung“, „Entlassung“ und „es gäbe nur eine klare Rechtsauffassung“ unter Druck gesetzt. Der Soldat hat weiterhin ausgeführt, dass er im Rahmen seiner Offizierausbildung unter Verweis auf die Verfassung und die strafrechtlichen Bestimmungen darüber belehrt worden sei, mit aller Kraft gegen einen rechtswidrigen Angriffskrieg Widerstand leisten zu müssen. Andererseits stehe er in der soldatischen Pflicht, seine dienstlichen Aufgaben erfüllen zu müssen, bei deren Ausführung aber nicht auszuschließen sei, dass damit auch zur Beteiligung an einem rechtswidrigen Angriffskrieg beigetragen werde. Er habe schließlich am 7. April 2003 seinen Vorgesetzten, den Zeugen M., gefragt, ob er ausschließen könne, dass das IT-Projekt SASPF für Unterstützungsmaßnahmen des Irak-Krieges verwendet werden könne. Der Zeuge M. habe dies gerade nicht ausschließen können. Daraufhin habe er ihm erwidert, dass er unter diesen Voraussetzungen seiner Arbeit an diesem Projekt nicht mehr uneingeschränkt nachkommen könne. Nachdem er am 7. April 2003 von seinen Aufgaben entbunden worden sei, sei ihm am 8. April 2003 - mit seinem Einverständnis - ein neuer Auftrag im IT-Bereich des S. erteilt worden, den er auch ausgeführt habe, weil er nicht „kriegsrelevant“ gewesen sei.

4. Der Soldat hat mit seinem ihm unter Anschuldigungspunkt 2 vorgeworfenen Verhalten kein Dienstvergehen begangen. Denn er war im Hinblick auf die ihm obliegende Dienstpflicht nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SG nicht ungehorsam (dazu 4.1) und hat auch im Übrigen seine Pflichten zum treuen Dienen nach § 7 SG (dazu 4.2), zur Dienstaufsicht nach § 10 Abs. 2 SG (dazu 4.3), zur Durchsetzung eigener Befehle nach § 10 Abs. 5 Satz 2 SG (dazu 4.4) und zur dienstlichen Achtungs- und Vertrauenswahrung nach § 17 Abs. 2 Satz 1 SG (dazu 4.5) nicht verletzt.

4.1 Kein Verstoß gegen die Pflicht zum Gehorsam (§ 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 SG)

Die beiden dem Soldaten am 7. April 2003 erteilten Weisungen seines Vorgesetzten Oberst i.G. M. erfüllten zwar die rechtlichen Voraussetzungen eines Befehls (dazu 4.1.1). Die Pflicht eines Untergebenen zum Gehorsam unterliegt jedoch rechtlichen Grenzen (dazu 4.1.2) und wird im vorliegenden Falle jedenfalls durch das Grundrecht der Gewissensfreiheit begrenzt (dazu 4.1.3).

Denn der Soldat hatte eine von Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Gewissensentscheidung getroffen und deshalb Anspruch darauf, dass ihm eine gewissenschonende Hand-

lungsalternative bereitgestellt wurde (dazu 4.1.4). Das ergibt sich sowohl aus dem konkreten Kontext des Handelns des Soldaten (dazu 4.1.4.1) als auch aus seiner nachvollziehbaren glaubhaften Darlegung von Umständen, die auf die Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der geltend gemachten Gewissensentscheidung, namentlich auch auf die Glaubwürdigkeit seiner Persönlichkeit und seine Bereitschaft zur Konsequenz schließen lassen (dazu 4.1.4.2). Der Soldat hat mit seinem von Anschuldingpunkt 2 erfassten Verhalten auch nicht die immanenten Schranken des in Anspruch genommenen Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) überschritten (dazu 4.1.5). Art. 4 Abs. 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt (dazu 4.1.5.1). Er steht ferner nicht unter einem numerischen Vorbehalt der Inanspruchnahme (dazu Unterabschnitt 4.1.5.2) und wird - jedenfalls im vorliegenden Fall - auch nicht durch die wehrverfassungsrechtlichen Vorschriften Art. 12a, 65a, 73 Nr. 1, Art. 87a und 115a ff. GG unter dem Gesichtspunkt der notwendigen „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ verdrängt (dazu 4.1.5.3).

Demzufolge bedarf es hier keiner abschließenden Prüfung und Entscheidung der Frage, ob die beiden Befehle - abgesehen von den Schutzwirkungen des Art. 4 Abs. 1 GG - außerdem auch deshalb rechtlich nicht verbindlich waren, weil ihre Ausführung nicht den durch das Grundgesetz festgelegten Aufgaben der Bundeswehr entsprochen, im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 2 SG also nicht-dienstlichen Zwecken (dazu 4.1.2.2) gedient hätte, gegen die Menschenwürde (dazu 4.1.2.1) verstoßen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 1 SG) oder Straftaten (dazu 4.1.2.3) bewirkt hätte (§ 11 Abs. 2 Satz 2 SG), unmöglich gewesen wäre (dazu 4.1.2.4), unmittelbar die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ - Art. 25 GG - (dazu 4.1.2.5) oder das Verbot der Vorbereitung eines Angriffskrieges - Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG - (dazu 4.1.2.6) verletzt hätte.

4.1.1 Befehl

Das Soldatengesetz definiert den Begriff „Befehl“ nicht, sondern setzt ihn mit dem gleichen Inhalt voraus, wie er in § 2 Nr. 2 WStG festgelegt ist (stRspr.: vgl. u.a. Beschluss vom 8. November 1990 - BVerwG 1 WB 86.89 - <BVerwGE 86, 349 = NZWehrr 1991, 69 = NJW 1990, 1317 = NVwZ 1991, 579 [LS] = ZBR 1991, 152 [LS]>). Danach ist als Befehl jede Anweisung zu einem bestimmten Verhalten anzu-

sehen, die ein militärischer Vorgesetzter (§ 1 Abs. 5 SG i.V.m. der Vorgesetztenverordnung) einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder in anderer Weise allgemein oder für den Einzelfall und mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt (stRSpr.: vgl. u.a. Urteile vom 22. Juni 2004 - BVerwG 2 WD 23.03 - <NZWehrr 2005, 83 = DokBer 2005, 43> m.w.N.; Scherer/Alff, SG, 7. Aufl. 2003, § 10 RNr. 40 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Die dem Soldaten am 7. April 2003 durch seinen Vorgesetzten, den Zeugen M., in Anwesenheit des ChdSt S., des Zeugen P., mündlich erteilten und anschließend schriftlich überreichten Weisungen waren hinsichtlich des von dem Soldaten geforderten Verhaltens - gerade noch - hinreichend bestimmt. Zwar war die Wortwahl beider Befehle teilweise vage („auf Ihrem Dienstposten alle Arbeiten der Bw einschließlich SASPF“, „alle Arbeiten an allen Vorhaben einschließlich SASPF“, „so umfassend, so gut und so schnell wie möglich“, „zu einem möglichst schnellen positiven Abschluss“). Nach dem Kontext der Befehlserteilung war für den Soldaten zu diesem Zeitpunkt (7. April 2003) jedoch klar, welche konkreten Dienstleistungen („Arbeiten“) im Rahmen des IT-Projekts SASPF damit gemeint waren und von ihm gefordert wurden. Denn diese Arbeiten hatte er bislang schon ausgeübt und sollte sie nunmehr aufgrund der Befehle ungeachtet seiner zur „indirekten Beteiligung“ am Irak-Krieg vorgebrachten Bedenken fortsetzen. Ebenso war für ihn der mit diesen Weisungen verbundene Anspruch auf Gehorsam eindeutig erkennbar. Gegenteiliges hat der Soldat selbst nicht geltend gemacht.

Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen hat der Soldat am 7. April 2003 zwischen 15.00 und 16.00 Uhr im Dienstzimmer des ChdSt S. in dessen Anwesenheit die ihm durch seinen Vorgesetzten, den Zeugen M., mündlich erteilten und anschließend nochmals schriftlich überreichten beiden Befehle nicht, jedenfalls nicht vollständig, ausgeführt, nämlich den mit seinem Dienstposten verbundenen Aufgaben im IT-Projekt SASPF in vollem Umfange weiter nachzukommen sowie als Vorgesetzter seine Untergebenen zur Erfüllung dieses Auftrages anzuhalten und die Erfüllung dienstaufsichtlich zu überwachen.

Der Soldat durfte jedoch die Ausführung dieser beiden Befehle auf seinem Dienstposten im S. verweigern.

4.1.2 Rechtliche Grenzen des Gehorsams

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 SG muss jeder Soldat der Bundeswehr seinen Vorgesetzten gehorchen. Er hat ihre Befehle gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 SG nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen. Die Pflicht zum Gehorsam gehört zu den zentralen Dienstpflichten eines jeden Soldaten (stRspr.: vgl. u.a. Urteile vom 14. November 1991 - BVerwG 2 WD 12.91 - <BVerwGE 93, 196 [199], vom 3. August 1994 - BVerwG 2 WD 18.94 - <NZWehrr 1995, 211>, vom 4. Juli 2001 - BVerwG 2 WD 52.00 - <Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 46 = NZWehrr 2002, 76> und vom 2. Juli 2003 - BVerwG 2 WD 47.02 - <Buchholz 235.01 § 38 WDO 2002 Nr. 8 = NZWehrr 2004, 80 = NVwZ-RR 2004, 191 = DokBer 2004, 43>). Bei dem vom Gesetzgeber (des Soldatengesetzes) geforderten Gehorsam handelt es sich jedoch um keinen „blinden“ oder „unbedingten“ Gehorsam, den z.B. Art. 64 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (RGBl. S. 63) und auch der Diensteid der Soldaten der deutschen Wehrmacht vom 20. August 1934 (RGBl. I S. 785) i.d.F. der Änderung vom 20. Juli 1935 (RGBl. I S. 1035) von jedem Soldaten forderten.

Aus dem Grundgesetz und dem Soldatengesetz ergeben sich rechtliche Grenzen der militärischen Befehlsbefugnis. Diese lassen sich in sieben Untergruppen zusammenfassen, deren Voraussetzungen und wechselseitige Verhältnisse bisher allerdings nicht hinreichend geklärt sind und die deshalb zunächst zu bestimmen sind (dazu 4.1.2.1 bis 4.1.2.7). Der Soldat konnte sich bei seiner bewusst getroffenen Entscheidung, die ihm erteilten beiden Befehle nicht auszuführen, jedenfalls auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG berufen (dazu 4.1.3).

4.1.2.1 In § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 1 SG hat der Gesetzgeber im Anschluss an die Normierung der grundsätzlichen Gehorsamspflicht ausdrücklich geregelt, dass kein Ungehorsam eines Soldaten vorliegt, wenn ein Befehl nicht befolgt wird, der die Menschenwürde verletzt. Die Menschenwürde, die nach Art. 1 Abs. 1 GG „unantastbar“ (Satz 1) und von „aller staatlichen Gewalt“ zu achten und zu schützen ist (Satz 2), wird verletzt, wenn aufgrund des Befehls der Untergebene oder ein von der Ausführung des Befehls betroffener Dritter einer Behandlung ausgesetzt wird, die eine Verachtung oder Geringschätzung des dem Menschen kraft seines

Person-Seins zukommenden Wertes zum Ausdruck bringt (vgl. dazu u.a. BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 u.a. - <BVerfGE 30, 1 [25 f.]>). Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten. Diese Freiheit versteht das Grundgesetz allerdings nicht als diejenige eines isolierten und selbstherrlichen, sondern als die eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums. Dies bedeutet, dass auch in der Gemeinschaft grundsätzlich jeder Einzelne als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt werden muss. Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen. Die Maxime „der Mensch muss immer Zweck an sich selbst bleiben“ gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete, auch für den Bereich der Streitkräfte. Denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, dass er ausnahmslos als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt wird (stRspr. des BVerfG: vgl. u.a. Urteil vom 21. Juni 1977 - 1 BvL 14/76 - <BVerfGE 45, 187 [227 f.]> m.w.N.; Robbers in Umbach/Clemens <Hrsg.>, GG, Bd. I 2002, Art. 1 RNr. 13 ff.; zu von der Rspr. entschiedenen Einzelverstößen gegen die Menschenwürde vgl. u.a. Schölz/Lingens, WStG, 3. Aufl. 1988, § 2 RNr. 36; Scherer/Alff, a.a.O., § 11 RNr. 14).

Im vorliegenden Fall kann offen bleiben, ob der Unverbindlichkeitsgrund des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 1 SG („Menschenwürde“) auch den Schutz der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG einschließt. Denn jedenfalls verkürzt er diesen Schutz nicht.

4.1.2.2 Nach der in § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 2 SG getroffenen Regelung ist die Nichtbefolgung eines Befehls ferner dann kein Ungehorsam, wenn der Befehl nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist. Ein Befehl ist nur dann in diesem Sinne zu „dienstlichen Zwecken“ erteilt, wenn ihn der militärische Dienst erfordert, um die durch die Verfassung festgelegten Aufgaben der Bundeswehr zu erfüllen (stRspr.: vgl. dazu die Nachweise bei Scherer/Alff, a.a.O., § 10 RNr. 47 und § 11 RNr. 15). Die primäre Aufgabe der Bundeswehr ergibt sich dabei aus Art. 87a Abs. 1 GG, wonach der Bund Streitkräfte „zur Verteidigung“ aufstellt. Was nach dem Grundgesetz unter einem Fall der „Verteidigung“ zu verstehen ist, lässt sich zum einen der Regelung über den „Verteidigungsfall“ in Art. 115a GG entnehmen, insbe-

sondere aus ihrem Wortlaut („Bundesgebiet [wird] mit Waffengewalt angegriffen“ oder „ein solcher Angriff [droht] unmittelbar“) und ihrer Entstehungsgeschichte (vgl. dazu Claus Arndt in DÖV 1992, 618 [619]; Bähr, Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Rahmen der Vereinten Nationen, 1994, S. 91 ff., 102 ff. m.w.N.). Da der Normtext des Art. 87a Abs. 1 und 2 GG von „Verteidigung“, jedoch - anders als die zunächst vorgeschlagene Fassung (vgl. dazu Bähr, a.a.O., S. 91) - nicht von „Landesverteidigung“ spricht und da zudem der verfassungsändernde Gesetzgeber bei Verabschiedung der Regelung im Jahre 1968 auch einen Einsatz im Rahmen eines NATO-Bündnisfalles als verfassungsrechtlich zulässig ansah, ist davon auszugehen, dass „Verteidigung“ alles das umfassen soll, was nach dem geltenden Völkerrecht zum Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen (UN-Charta), der die Bundesrepublik Deutschland wirksam beigetreten ist, zu rechnen ist. Art. 51 UN-Charta gewährleistet und begrenzt in diesem Artikel für jeden Staat das - auch völkergewohnheitsrechtlich allgemein anerkannte - Recht zur „individuellen“ und zur „kollektiven Selbstverteidigung“ gegen einen „bewaffneten Angriff“, wobei das Recht zur „kollektiven Selbstverteidigung“ den Einsatz von militärischer Gewalt - über den Verteidigungsbegriff des Art. 115a GG hinausgehend - auch im Wege einer erbetenen Nothilfe zugunsten eines von einem Dritten angegriffenen Staates zulässt (z.B. „Bündnisfall“). Der Einsatz der Bundeswehr „zur Verteidigung“ ist mithin stets nur als Abwehr gegen einen „militärischen Angriff“ („armed attack“ nach Art. 51 UN-Charta) erlaubt, jedoch nicht zur Verfolgung, Durchsetzung und Sicherung ökonomischer oder politischer Interessen. Außer „zur Verteidigung“ im dargelegten Sinne dürfen die Streitkräfte der Bundeswehr, wie die Verfassungsnorm des Art. 87a Abs. 2 GG zwingend bestimmt, nur eingesetzt werden, soweit dies das Grundgesetz „ausdrücklich“ zulässt; dies ist für Einsätze der Bundeswehr nach Art. 87a Abs. 3 (Schutz ziviler Objekte und Verkehrsregelung im Verteidigungs- und im Spannungsfall) und Abs. 4 GG (Unterstützung der Polizei beim Schutz von zivilen Objekten und bei der Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer im Bundesgebiet) sowie nach Art. 35 Abs. 2 und 3 GG (insbesondere Hilfe bei Naturkatastrophen und bei besonders schweren Unglücksfällen) der Fall. Darüber hinaus gehört nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Verwendung der Streitkräfte der Bundeswehr auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 2 GG im Rahmen eines „Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ zu den Aufgaben, zu deren Erfüllung sie eingesetzt werden dürfen, soweit der Einsatz entspre-

chend den Regeln des betreffenden Systems erfolgt (Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92 u.a. - <BVerfGE 90, 286 [346 ff., 355 f.]>), also insbesondere mit der UN-Charta vereinbar ist.

Ein Befehl, der diesen Anforderungen nicht genügt und diesen Rahmen nicht einhält, dient keinem „dienstlichen Zweck“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 2 SG. Ein Soldat, der einen solchen Befehl nicht befolgt, begeht demgemäß keinen Ungehorsam gegenüber seinem Vorgesetzten, weil er nicht zu einem - verfassungsrechtlich zulässigen - dienstlichen Zweck erteilt worden ist.

Diesbezügliche Streitfragen müssen gegebenenfalls im Einzelfall von den dafür zuständigen Gerichten entschieden werden, denen die (letztverbindliche) Klärung strittiger Rechtsfragen durch das Grundgesetz anvertraut ist (Art. 20 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 92 GG).

Da sich der Soldat gegenüber den hier in Rede stehenden beiden Befehlen vom 7. April 2003 mit Erfolg jedenfalls auf die Schutzwirkung seines Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann (dazu 4.1.3 und 4.1.4), das weder durch die einfachrechtliche Regelung über die Gehorsamspflicht nach § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternative 2 SG noch durch andere verfassungsrechtliche Vorschriften verdrängt wird (dazu 4.1.5), bedarf es vorliegend keiner näheren Prüfung und Entscheidung der Frage, ob eine Ausführung dieser Befehle angesichts des am 20. März 2003 begonnenen Irak-Kriegs teilweise - wie der Soldat befürchtete - tatsächlich nicht-dienstlichen Zwecken im dargelegten Sinne gedient hätte und ob sie schon deshalb unverbindlich waren.

4.1.2.3 Keiner näheren Prüfung bedarf im vorliegenden Verfahren auch die Frage eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 2 Satz 1 SG. In dieser Regelung ist insoweit normiert, dass Befehle (auch) dann unverbindlich sind, wenn durch ihre Befolgung eine Straftat begangen würde. Unter diese Vorschrift fallen alle Befehle, deren Ausführung einen Straftatbestand des nationalen Strafrechts erfüllen würde (vgl. dazu u.a. Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 38 f. m.w.N.; Scherer/Alff, a.a.O., § 11 RNr. 23 f.) oder ein Delikt nach dem Völkerstrafrecht (vgl. dazu u.a. Horst Fischer/Sascha Rolf Lüder <Hrsg.>, Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationa-

len Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof, 1999; Hans-Peter Kaul in Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften [HuV-I] 14 <2001>, 251 ff.; Khan in Ambos/Arnold <Hrsg.>, Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, 2004, S. 449 ff.) wäre. Auch diese einfachgesetzliche Regelung verdrängt nicht die verfassungsrechtliche Schutzwirkung des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), auf die sich der Soldat im vorliegenden Falle mit Erfolg berufen kann.

4.1.2.4 Die genannten Regelungen in § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 Alternativen 1 und 2 sowie Abs. 2 Satz 1 SG zählen die Gründe, deretwegen ein militärischer Befehl unverbindlich ist, nicht abschließend auf. Dies ist allgemein anerkannt und entspricht der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. dazu u.a. Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 34; Scherer/Alff, a.a.O., § 11 RNr. 16 jeweils m.w.N.). Dementsprechend ist in § 22 Abs. 1 WStG, der die strafrechtliche Beurteilung des Nichtbefolgens eines unverbindlichen Befehls regelt, normiert, dass ein Befehl nicht verbindlich ist, „insbesondere“ wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen eine Straftat begangen würde. Aus dieser gesetzlichen Formulierung („insbesondere“) ergibt sich, dass die Unverbindlichkeitsgründe vom Gesetzgeber in § 11 SG nicht erschöpfend geregelt sind. So ist im Grundsatz unbestritten, dass Befehle unverbindlich sind, deren Ausführung objektiv unmöglich ist (vgl. dazu u.a. Beschluss vom 8. Oktober 1968 - BVerwG 1 WDB 10.68 - <NZWehrr 1969, 65>; Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 41; Scherer/Alff, a.a.O., § 11 RNr. 18 m.w.N.), die sich inhaltlich widersprechen (vgl. Scherer/Alff, a.a.O., § 11 RNr. 18; Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 42) oder die durch eine grundlegende Veränderung der Sachlage sinnlos geworden sind (vgl. Jescheck in Schüle/Scheurer/Jescheck, Bundeswehr und Recht, 1965, S. 84; Schwenck, Wehrstrafrecht, 1973, S. 86 m.w.N.; Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 43). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

4.1.2.5 Rechtlich unverbindlich ist darüber hinaus nach der verfassungsrechtlichen Bestimmung in Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG ein Befehl, dessen Erteilung oder Ausführung als Handlung zu qualifizieren ist, „die geeignet ist und in der Absicht vorgenommen wird, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten“ (vgl. dazu u.a. Scherer/Krekeler, WPfIG, 3. Aufl. 1966, § 25 Anm. IV 7; Frank in Alternativkommentar zum Grundge-

setz <AK-GG>, Bd. 1, 2. Aufl. 1989, Art. 26 RNr. 23; Brunn in Umbach/Clemens <Hrsg.>, a.a.O., Art. 4 RNr. 101; Starck in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 1999, Art. 4 RNr. 148). Das in Art. 26 Abs. 1 GG normierte Verbot des Angriffskrieges, das an die völkerrechtliche Begrifflichkeit anknüpft (vgl. Hartwig in Umbach/Clemens <Hrsg.>, a.a.O., Art. 26 RNr. 15 m.w.N.), umfasst nach seinem Wortlaut zwar (neben den anderen friedensstörenden Handlungen) „nur“ dessen „Vorbereitung“. Vorbereitung ist jede zeitlich vor einem Angriffskrieg liegende Tätigkeit, die seine Herbeiführung oder gar seine Auslösung fördert. Wenn ein Angriffskrieg jedoch von Verfassungs wegen bereits nicht „vorbereitet“ werden darf, so darf er nach dem offenkundigen Sinn und Zweck der Regelung erst recht nicht geführt oder unterstützt werden (vgl. auch BTDrucks V/2860, S. 2). Denn die Führung eines Angriffskrieges sowie dessen Förderung und Unterstützung ereignen sich nicht nur - in der nach dem Grundgesetz bereits verfassungswidrigen - Phase der Vorbereitung. Sie erfolgen vielmehr schon im Stadium der Realisierung des (bereits im Vorfeld) Verbotebenen. Dabei ist ein Angriffskrieg nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG unabhängig davon verfassungswidrig, mit welcher subjektiven Zielsetzung er geführt wird. Die Regelung geht davon aus, dass er in jedem Falle der Verfassung widerspricht, und zwar offenkundig deshalb, weil er stets objektiv geeignet ist, „das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören“. Dies gilt unabhängig davon, ob die von Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG erfasste Handlung zugleich eine Straftat darstellt. Denn alle von der Vorschrift des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG erfassten Handlungen sind kraft dieses durch das Grundgesetz ausgesprochenen Verdikts verfassungswidrig, und zwar ungeachtet dessen, ob sie der nationale Gesetzgeber auf der Grundlage von Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG unter Strafe gestellt hat oder nicht (zur Frage der Differenz zwischen dem verfassungsrechtlichen Pönalisierungsauftrag in Art. 26 Abs. 1 Satz 2 GG und der strafrechtlichen Ausführungsregelung in § 80 StGB vgl. u.a. Klug in Baumann <Hrsg.>, *Misslingt die Strafrechtsreform?*, 1969, S. 162; F. Müller, *Die Pönalisierung des Angriffskrieges im GG und im StGB der Bundesrepublik Deutschland*, Diss. Heidelberg, 1970, S. 90 ff.; Dux in Hannover/Kutscha/Skrobanek <Hrsg.>, *Staat und Recht in der Bundesrepublik Deutschland*, 1987, S. 369 ff.; Hartwig in Umbach/Clemens <Hrsg.>, a.a.O., Art. 26 RNr. 31; Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Entschließung vom 21. März 2003 [Pressemitteilung] <JZ 2003, 908 [909]>). Durch den Ausdruck „verfassungswidrig“ soll - wie sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm ergibt - „die in einer Verfassung stärkste

rechtliche Verurteilung eines Tuns ausgesprochen werden“; die Handlung wird von Verfassungs wegen außerhalb des Schutzes des Gesetzes („hors la loi“) gestellt (vgl. dazu vor allem die Ausführungen des Vorsitzenden des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates Carlo Schmid [SPD] und des Abgeordneten Kaufmann [CDU] in der 6. Sitzung des Hauptausschusses am 19. November 1948, Protokoll S. 69 ff. [72]; JöR n.F. 1 <1951>, 237 ff., denen der Verfassungsgeber gefolgt ist). Die konkrete rechtliche Wirkung dieses scharfen Verdikts hängt vom jeweiligen Beurteilungsgegenstand ab. Während für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nach Art. 100 GG ausschließlich das Bundesverfassungsgericht zuständig ist, erfolgt die Feststellung der Verfassungswidrigkeit anderer hoheitlicher Akte, die z.B. gegen Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen, im Streitfalle - wie auch sonst (vgl. Art. 19 Abs. 4 und Art. 92 GG) - durch das jeweils zuständige Gericht (vgl. dazu auch Hernekamp in von Münch/Kunig <Hrsg.>, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 26 RNr. 25). Dies gilt damit auch für die Frage, ob ein Befehl auf die Ausführung einer Handlung gerichtet ist, die in den Anwendungsbereich des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG fällt und deshalb verfassungswidrig ist, so dass der Befehl damit unverbindlich ist. Einer derartigen gerichtlichen Feststellung bedarf es im vorliegenden Falle nicht, weil der Soldat hier (bereits) wegen der Schutzwirkung seines Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) die ihm erteilten Befehle nicht auszuführen brauchte; ihm persönlich musste eine gewissenschonende Handlungsalternative angeboten werden. Auf die Frage der generellen Unverbindlichkeit eines auf die weitere Mitarbeit am IT-Projekt SASPF zielenden Befehls kam es hier deshalb nicht an.

4.1.2.6 Ein einem Untergebenen erteilter Befehl ist des Weiteren dann unverbindlich, wenn seine Erteilung oder Ausführung gegen die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ verstößt. Diese sind nach Art. 25 GG „Bestandteil des Bundesrechtes“ (Satz 1). Sie „gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes“ (Satz 2). Diese verfassungsrechtlich zwingende Vorrangwirkung gilt gegenüber allen (deutschen) staatlichen Akten, insbesondere auch denen der „vollziehenden Gewalt“. Das bedingt namentlich auch, dass die vollziehende Gewalt und die Gerichte verpflichtet sind, alles zu unterlassen, was einer unter Verstoß gegen „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ vorgenommenen Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger im Geltungsbereich des Grundgesetzes Wirksamkeit verschafft (BVerfG, Beschluss vom 21. Mai 1987 - 2 BvR 1170/83 -

<NJW 1988, 1462 [1463]>), und dass sie gehindert sind, an einer gegen solche Regeln verstoßenden Handlung nichtdeutscher Hoheitsträger bestimmend mitzuwirken (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 31. März 1987 - 2 BvM 2/86 - <BVerfGE 75, 1 [19]> sowie Hofmann in Umbach/Clemens <Hrsg.>, a.a.O., Art. 25 RNr. 20). Entsprechend der Vorrangwirkung des Art. 25 Satz 2 GG kann im Bereich der Bundeswehr ein militärischer Befehl eines Vorgesetzten, der den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ widerspricht, von Untergebenen keinen Gehorsam nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 SG beanspruchen. Der Untergebene hat also, wenn ein Befehl derartige „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ verletzt, diese Regeln anstelle des ihm erteilten Befehls zu befolgen. Denn Art. 25 GG verdrängt insoweit die Rechtswirkungen des § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 SG und verpflichtet den Untergebenen unmittelbar (vgl. dazu u.a. Jescheck a.a.O., S. 82 f.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 35 II 2 b, S. 393; Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 40). Zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“, zu dessen verbindlicher Feststellung in Zweifelsfragen nach Art. 100 Abs. 2 GG das Bundesverfassungsgericht berufen ist, gehören nach dessen ständiger Rechtsprechung neben denjenigen Normen, denen die Qualität von völkerrechtlichem „ius cogens“ (= unabdingbares „zwingendes“ Völkerrecht im Sinne von Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WKV) vom 23. Mai 1969 <BGBl. 1985 II, S. 927>) zukommt, das Völkergewohnheitsrecht sowie die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze im Sinne des Art. 38 Abs. 1 Buchst. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs (vgl. u.a. BVerfG, Beschlüsse vom 30. Oktober 1962 - 2 BvM 1/60 - <BVerfGE 15, 25 [34 f.]> und vom 14. Mai 1968 - 2 BvR 544/63 - <BVerfGE 23, 288 [317]> m.w.N.). Bestandteil des „ius cogens“ sind u.a. das völkerrechtliche Gewaltverbot, das in Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta seinen Niederschlag gefunden hat, und die grundlegenden Regeln des humanitären Kriegsvölkerrechts (vgl. dazu u.a. Hofmann in Umbach/Clemens <Hrsg.>, a.a.O., Art. 25 RNr. 13 m.w.N.; zu unzulässigen bewaffneten Schädigungshandlungen vgl. u.a. den Überblick bei Knut Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, § 68 RNr. 10 ff.). Das Bestehen von Völkergewohnheitsrecht setzt dabei eine durch eine Vielzahl von - alle weltweit bestehenden Rechtskulturen repräsentierenden - Staaten befolgte Praxis („allgemeine Übung“) voraus, die allgemein in der Überzeugung geübt wird, hierzu von Völkerrechts wegen verpflichtet zu sein („opinio iuris“). Bei der Ermittlung von Normen des Völkergewohnheitsrechts ist in erster Linie auf das völkerrechtlich verbindliche Verhalten derjenigen Staatsorgane abzustellen, die kraft Völkerrechts oder kraft innerstaatlichen

Rechts dazu berufen sind, den Staat im völkerrechtlichen Verkehr zu repräsentieren. Daneben kann sich eine solche Praxis aber auch in den Akten anderer Staatsorgane, wie solchen des Gesetzgebers oder der Gerichte, bekunden, zumindest soweit ihr Verhalten unmittelbar völkerrechtlich erheblich ist, etwa zur Erfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung oder zur Ausfüllung eines völkerrechtlichen Gestaltungsspielraumes dienen kann (stRspr. des BVerfG: vgl. u.a. Beschlüsse vom 13. Dezember 1977 - 2 BvM 1/76 - <BVerfGE 46, 342 [367]>, vom 12. April 1983 - 2 BvR 678/81 u.a. - <BVerwGE 64, 1 [24]>, vom 31. März 1987 - 2 BvM 2/86 - <BVerfGE 75, 1 [21 ff.]> und vom 21. Mai 1987 - 2 BvR 1170/83 - <NJW 1988, 1462 [1463]> sowie Urteil vom 18. Dezember 1984 - 2 BvE 13/83 - <BVerfGE 68, 1 [89]>). Dagegen gehören völkervertragsrechtliche Regelungen, also durch rechtsgeschäftliche Akte zwischen Völkerrechtssubjekten geschlossene völkerrechtliche Verträge und Abkommen, grundsätzlich nicht zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ im Sinne von Art. 25 GG, es sei denn, in ihnen hätten Rechtsnormen des „ius cogens“ oder des Völkergewohnheitsrechts (deklaratorisch) ihren Niederschlag gefunden. Das ändert freilich nichts daran, dass militärische Befehle - auch unterhalb der Schwelle der Unverbindlichkeit nach Art. 25 Satz 2 GG - nur in den von § 10 Abs. 4 SG gezogenen Grenzen, nämlich u.a. „nur unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts“, also des gesamten Völkerrechts unter Einschluss des Völkervertragsrechts (vgl. dazu u.a. Jescheck, a.a.O., S. 63 [71]; Scherer/Alff, a.a.O., § 10 RNr. 48) erteilt werden dürfen.

Ob die Ausführung der hier in Rede stehenden beiden Befehle tatsächlich - wie der Soldat meint - einen Verstoß gegen die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ kausal bewirkt hätte, bedarf hier keiner näheren Prüfung und Entscheidung, weil sich der Soldat gegenüber der von seinem Vorgesetzten beanspruchten Verbindlichkeit der Befehle jedenfalls auf Art. 4 Abs. 1 GG berufen konnte. Art. 25 GG stand dem - jedenfalls im vorliegenden Falle - ersichtlich nicht entgegen.

4.1.2.7 Unverbindlich ist ein militärischer Befehl für einen Untergebenen schließlich auch dann, wenn ihm die Ausführung nach Abwägung aller maßgeblichen Umstände nicht zugemutet werden kann.

Im Ausgangspunkt ist dies in der Rechtsprechung und im Fachschrifttum seit langem anerkannt (vgl. u.a. BDH Beschluss vom 8. März 1958 - WB 2.58 - <BDHE 4, 181 = NZWehrr 1959, 13>; OLG Hamm, Urteil vom 16. Juli 1965 - 3 Ss 375/65 - <NZWehrr 1966, 90 = NJW 1966, 212 [213]>; Beschluss vom 30. September 1970 - BVerwG 1 WDB 1.70 - <DokBer B 1971, 3915>; Scherer in NZWehrr 1959, 130; Schreiber in NZWehrr 1965, 1; Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 45; Scherer/Alff, a.a.O., § 11 RNr. 17 m.w.N.).

Allerdings sind die Voraussetzungen im Einzelnen bislang nicht hinreichend geklärt (dazu 4.1.2.7.1 bis 4.1.2.7.4). Aus Art. 1 Abs. 3 GG sowie aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und aus dem Regelungszusammenhang des Art. 4 Abs. 1 GG ergibt sich jedoch, dass ein militärischer Befehl jedenfalls dann als unzumutbar nicht befolgt zu werden braucht, wenn der betroffene Untergebene sich insoweit auf den Schutz des Grundrechts der Freiheit des Gewissens berufen kann (dazu 4.1.3).

4.1.2.7.1 Teilweise wird im Fachschrifttum die Meinung vertreten, unverbindlich sei ein Befehl, wenn er „unzumutbar tief in das Persönlichkeitsrecht des Untergebenen“ eingreife (so Rostek, Der rechtlich unverbindliche Befehl, 1971, S. 25) oder wenn er einen „tiefen Eingriff in den Rechtsbereich des Untergebenen“ enthalte, sofern die Bedeutung des mit dem Befehl verfolgten dienstlichen Ziels in keinem Verhältnis zu Art und Tiefe des Eingriffs stehe; der militärische Wert der Befolgung des Befehls trete so weit hinter den Wert des gefährdeten Rechts des Untergebenen zurück, dass der Befehl seine Verbindlichkeit verliere (so u.a. Jescheck, a.a.O., S. 83; Schölz/Lingens, a.a.O., § 2 RNr. 45 m.w.N. unter Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts <RMG 19, 251>, des Reichsgerichts <RGSt 59, 336> und des Reichskriegsgerichts <RKG 1, 180> in der NS-Zeit). Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, ein Befehl sei bereits dann unverbindlich, wenn er unter offensichtlicher Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck in die Persönlichkeitssphäre des Untergebenen eingreife (Stauf, Wehrrecht Bd. I, 2002, § 11 SG RNr. 13).

4.1.2.7.2 Der Bundesdisziplinarhof nahm in Anknüpfung an die vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ergangene Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts, des Reichsgerichts und des Reichskriegsgerichts die Voraussetzungen eines unzumut-

baren und daher unverbindlichen Befehls dann an, wenn dieser „besonders tief in die Persönlichkeitssphäre des Untergebenen eingreift“; ein Befehl sei „nur unter der Voraussetzung der ‚Verhältnismäßigkeit‘ zwischen Mittel und Zweck verbindlich“ (Beschluss vom 8. März 1958 - BDH WB 2.58 - <a.a.O.>). Er berief sich dabei auf die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum Soldatengesetz vom 23. September 1955, in der die Erwartung ausgedrückt worden war, „dass die Rechtsprechung diese Gedanken aufnehmen“ werde (BTDrucks II/1700, S. 21). In Anwendung und Fortentwicklung dieser Grundsätze ging der Bundesdisziplinarhof in seiner späteren Judikatur zudem davon aus, auch das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundrecht setze „im Wehrdienstverhältnis dem Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit eine Grenze“ (Beschluss vom 16. November 1961 - BDH WB 1.61, 27.61 - <BDHE 6, 180 = NJW 1962, 1319 [1320]>). Im Fachschrifttum (vgl. Scherer/Krekeler, a.a.O., Anm. IV 6; Dillmann, NZWehrr 1986, 221 [227 f.]) und auch in der truppendienstgerichtlichen Rechtsprechung ist zudem ausdrücklich auch die Möglichkeit in Betracht gezogen worden, dass ein vom Gewissen (Art. 4 Abs. 1 GG) eines Soldaten aufgegebenes Gebot, bestimmte Einzelhandlungen zu unterlassen, die „Unzumutbarkeit“ rechtfertigen kann (Truppendienstgericht C, Beschlüsse vom 20. Juni 1972 - C 3 BLc 26/72 - [Gewissensentscheidung bejahend - Fall eines gewissenwidrigen Zwangs zur Teilnahme an einer Gelöbnisfeier], und - C 3 BLb 22/72 - [ernsthafte Gewissensentscheidung verneinend - Ungehorsam gegenüber einem Befehl zum Schießen auf Figurescheiben] <NZWehrr 1973, 70 [71 f.]>).

4.1.2.7.3 Auch die Wehrdienstsenate des Bundesverwaltungsgerichts haben wiederholt anerkannt, dass sich ein Untergebener gegenüber einem ihm erteilten militärischen Befehl auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG berufen kann.

a) Erstmals hat der 1. Wehrdienstsenat in seinem Beschluss vom 30. September 1970 - BVerwG 1 WDB 1/70 - <a.a.O.> entschieden, eine Gehorsamspflicht eines Soldaten bestehe dann nicht,

„wenn ein Befehl unter Nichtbeachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besonders tief in die Persönlichkeitssphäre eingreift, so dass seine Befolgung unzumutbar wird (BDH 4, 181, 183). Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass diese Persönlichkeitssphäre berührt ist, wenn ein Soldat einen Befehl im Widerspruch zu seinem Gewissen ausführen

soll. Denn die in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Freiheit des Gewissens und seiner Entscheidung ist mit dem in der Verfassung zugrunde gelegten Bild der autonomen sittlichen Persönlichkeit untrennbar verbunden (vgl. BVerwGE 12, 45, 54). Eine Gewissensentscheidung kann bei Zugrundelegung dieser allgemein anerkannten Grundsätze über die Unverbindlichkeit unzumutbarer Befehle (vgl. die Nachweise in BDH 4, 181; Scherer, SG, 3. Aufl., § 11 Anm. II 2; Begründung zum Entwurf des Soldatengesetzes, BTDrucks II 1700 S. 21; ferner Risiken, Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst, S. 174 f.) die Gehorsamspflicht gegenüber Befehlen der in Rede stehenden Art beseitigen.

Art. 4 Abs. 1 GG wird in Fällen der vorliegenden Art nicht etwa durch andere Grundrechte (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 4 Abs. 3 GG) verdrängt. Dies wird für das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit schon dadurch deutlich, dass beispielsweise der Beschwerdeführer des vorliegenden Verfahrens die Belastung seines Gewissens nicht in dem mit der Impfung verbundenen Eingriff in seine körperliche Integrität, sondern in der von ihm angenommenen Tötung von Tieren zur Herstellung des Impfstoffs erblickt.

Hinsichtlich des Grundrechts, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, hat das BVerfG zwar mehrfach ausgeführt, dass Art. 4 Abs. 3 GG die Wirkungen der Gewissensfreiheit im Bereich der Wehrpflicht abschließend regelt (BVerfGE 19, 135, 138; BVerfG NJW 1970, 1729 ff.). Wie schon die Wendung 'im Bereich der Wehrpflicht' zeigt, ist damit aber nur gemeint, dass der Zwang zum Wehrdienst, d.h. die Begründung des Soldatenverhältnisses mit der ihm innewohnenden Pflicht, im Verteidigungsfall notfalls den Angreifer zu töten, allein von Art. 4 Abs. 3 GG und nicht von Art. 4 Abs. 1 GG erfasst wird. Ein Soldat, der sich gegenüber dem Befehl, sich gegen Tetanus impfen zu lassen, auf sein Gewissen beruft, widerstrebt dieser Pflicht nicht (vgl. dazu auch Scherer/Flor/Krekeler, WPfIG, 2. Aufl., § 25 Anm. IV 6).

Die Entscheidungen wollten ersichtlich nicht die Geltung des Art. 4 Abs. 1 GG im Bereich der übrigen, sich aus dem Soldatenverhältnis ergebenden Pflichten ausschließen. Ein solcher Ausschluss bedürfte, da er im Ergebnis nichts anderes wäre als die Nichtgeltung des Grundrechts der Gewissensfreiheit während des Soldatenverhältnisses, eines ausdrücklichen Hinweises im Grundgesetz. Hierfür finden sich weder im Wortlaut noch im Aufbau des Art. 4 GG irgendwelche Anhaltspunkte. Dass der Regelungsbereich des Art. 4 Abs. 3 GG Fälle der vorliegenden Art nicht erfasst, zeigt des Weiteren der Umstand, dass hier der Gewissenskonflikt auch dann bestehen bliebe, wenn dem Soldaten das Recht zuerkannt würde, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, er aber einen gemäß § 27 Wehrpflichtgesetz möglichen waffenlosen Dienst in der Bundeswehr zu leisten hätte. Die Geltung des ebenfalls in Art. 4 Abs. 1 GG genannten Grundrechts der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf ungestörte Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) ist im Übrigen auch für den Bereich der Bundeswehr unbestritten (vgl. § 36 SG).

Einer Gehorsamsverweigerung der vorliegenden Art kann auch nicht deshalb der Schutz des Art. 4 Abs. 1 GG versagt werden, weil sie die äußere Betätigung einer Gewissensentscheidung ist. Denn in dem hier gegebenen Fall, in welchem die Gewissensentscheidung nicht auf ein aktives

Tun zielt, sondern sich lediglich gegen die Duldung einer Einwirkung richtet, erfasst Art. 4 Abs. 1 GG nicht nur die im Inneren getroffene Gewissensentscheidung, das so genannte forum internum, sondern auch ihre Betätigung in der Außenwelt. ...“

Gegenstand der vorgenannten Entscheidung war der an einen Soldaten gerichtete Befehl, sich vorbeugend gegen Wundstarrkrampf (Tetanus) impfen zu lassen. Sie betraf damit zwar nicht den Befehl eines militärischen Vorgesetzten, eine bestimmte militärische Dienstleistung (z.B. Waffeneinsatz) vorzunehmen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Entscheidung das grundsätzliche Recht eines Soldaten zum Gegenstand hat und bejaht, dass dieser sich gegenüber einem ihm erteilten militärischen Befehl auf sein Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG berufen kann.

b) Der erkennende Senat ist dieser Auffassung gefolgt und hat sie explizit auch auf den Bereich des Dienstes mit der Waffe erstreckt. In seinem Urteil vom 25. November 1987 - BVerwG 2 WD 16.87 - <BVerwGE 83, 358 [360 f.] = NZWehrr 1988, 122> hat er dazu ausgeführt:

„Auch ein Soldat, der seine Pflichtenbindung durch Diensteid oder feierliches Gelöbnis nach § 9 SG bekräftigt hat, ist mithin nicht gehindert, seine Einstellung zum Einsatz von ‚Massenvernichtungsmitteln‘ in einem Verteidigungsfall zu überdenken und sich heute schon zu überlegen, welche persönliche Gewissensentscheidung er treffen würde, falls ihm befohlen werden sollte, sich an einem Einsatz von ABC-Waffen zu beteiligen. Er ist dazu umso mehr im Stande, als er weiß, dass nach § 10 Abs. 4 SG Befehle nur zu dienstlichen Zwecken und nur unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der Gesetze und der Dienstvorschriften erteilt werden dürfen, dass er einen Befehl, der die Menschenwürde verletzt oder der nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist, nach § 11 Abs. 1 Satz 3 SG nicht zu befolgen braucht und dass er nach § 11 Abs. 2 Satz 1 SG einen Befehl nicht befolgen darf, wenn dadurch eine Straftat begangen würde. Unter Umständen kann im Konflikt mit anderen Verfassungsbestimmungen in der konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden, auch dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das höhere Gewicht zukommen mit der Folge, dass der Befehl unverbindlich ist (vgl. Beschluss vom 30. September 1970 - 1 WDB 1/70 -; Dillmann, NZWehrr 1986, 221).“

In jenem Verfahren ging es um die disziplinargerichtliche Ahndung des Verhaltens eines Leutnants, der im Jahre 1976 durch Zeitablauf aus dem Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit ausgeschieden war und Ende 1979 unter dem Eindruck der Diskussion um den NATO-Doppelbeschluss vom 12. Dezember 1979 seine Anerken-

nung als Kriegsdienstverweigerer begehrte. Im Zusammenhang damit hatte er unter anderem „einen gemeinsamen Aufruf zur Kriegsdienstverweigerung an die Kameraden, die noch in der Bundeswehr dienen“ verfasst und an einem Flugblatt mitgearbeitet, in dem unter anderem „alle Soldaten und Reservisten“ aufgerufen wurden: „Werdet für Abrüstung aktiv! Verweigert den Kriegsdienst!“ (ebd. [358]). Zwar sah der Senat in den unter maßgeblicher Mitwirkung des früheren Soldaten erstellten Aufrufen sowie den Aufforderungen zur Kriegsdienstverweigerung in der Verbandszeitschrift und im Flugblatt damals einen Verstoß gegen dessen nachwirkende Pflicht nach § 17 Abs. 3 SG zur Achtungs- und Vertrauenswahrung; denn der frühere Soldat hätte damit zum Rechtsmissbrauch aufgefordert und ein Verhalten an den Tag gelegt, das geeignet sei, ihn in seinem Ansehen tiefgreifend zu schädigen und das Vertrauen zu zerstören, dass in ihn als Grundlage für seine weitere Verwendung in der Bundeswehr in seinem bisherigen Dienstgrad gesetzt werden müsse (ebd. [369]). Die erfolgte Verurteilung des früheren Soldaten ändert freilich nichts daran, dass der Senat unter Bezugnahme auf den o.g. Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 30. September 1970 bereits damals jedenfalls die Möglichkeit bejahte, dass ein Soldat „in der konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden, auch dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das höhere Gewicht zukommen kann mit der Folge, dass der Befehl unverbindlich ist“.

Diese Rechtsprechung hat der 2. Wehrdienstsenat in der Folgezeit im Ergebnis mehrfach bekräftigt. In seinem Urteil vom 17. Dezember 1992 - BVerwG 2 WD 11.92 - <BVerwGE 93, 323 [329] = NZWehrr 1993, 206 = NVwZ-RR 1993, 638 = RiA 1994, 181> hat er dazu ausgeführt:

„Die Bundesrepublik Deutschland braucht das politische Engagement ihrer Soldaten, denen in § 8 SG das Eintreten für die Erhaltung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist. Da unter Umständen im Konflikt mit anderen Verfassungsbestimmungen in der konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden, auch dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das größere Gewicht zukommen kann mit der Folge, dass der Befehl unverbindlich ist (BVerwGE 83, 358 <360>), kann ein Soldat selbst seine Einstellung zum Einsatz bewaffneter Macht mit bestimmten Mitteln zu einem konkreten politischen oder militärischen Zweck überdenken und sich insbesondere damit auseinandersetzen, welche persönliche Gewissensentscheidung er situationsbedingt treffen würde, falls ihm etwa befohlen

werden sollte, an einem Einsatz von ABC-Waffen mitzuwirken. Er darf daher auch seine Gewissenszweifel und moralischen Bedenken an den ethischen Grundlagen einer Strategie der Friedenssicherung zum Ausdruck bringen, die im Falle ihres Versagens möglicherweise die Werte, um derentwillen der Wehrdienst geleistet wird, vernichten und eine menschenwürdige Existenz auf großen Teilen der Erde zerstören würde. Die Bundeswehr muss sich solchen Anfragen stellen, die aus dem Gewissen eines Soldaten kommen, und sollte eine derartige Persönlichkeit, die unter den ethischen Problemen ihres Dienstes leidet, ermutigen, das, was sie innerlich bedrückt, offen, gegebenenfalls auch ungeschützt zu artikulieren (vgl. Beestermöller, Verantwortung wagen, Zweifel ertragen - Ethische Aspekte der Menschenführung in der Bundeswehr - Information für die Truppe, Heft 5, 1992, 16). Die Möglichkeit hierzu bietet § 33 SG, nach dem die Soldaten staatsbürgerlichen und völkerrechtlichen Unterricht zu erhalten haben und über ihre staatsbürgerlichen und völkerrechtlichen Pflichten und Rechte im Frieden und im Kriege zu unterrichten sind. Die Pflicht nach § 7 SG wäre erst verletzt, wenn ein Soldat mit seinen Äußerungen bezwecken wollte, die Loyalität seiner Kameraden zu untergraben oder diese zum Ungehorsam aufzurufen, oder wenn er etwa zu erkennen gäbe, er werde sich unter bestimmten Voraussetzungen von seinen dienstlichen Pflichten lossagen. Darauf zielt aber die Erklärung nach den Vorstellungen des Soldaten nicht ab.“

Auch wenn es in jener Entscheidung des 2. Wehrdienstsenats vom 17. Dezember 1992 um die disziplinarrechtliche Würdigung einer außerdienstlichen Äußerung des betroffenen Soldaten ging, ändert dies nichts daran, dass der Senat im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen die Pflicht zum treuen Dienen (§ 7 SG) ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass in einer „konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden“, „dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das größere Gewicht zukommen kann mit der Folge, dass der Befehl unverbindlich ist“. Die im Urteil hinzugefügte Wendung, die Pflicht nach § 7 SG „wäre erst verletzt, wenn ein Soldat mit seinen Äußerungen bezwecken wollte, die Loyalität seiner Kameraden zu untergraben oder diese zum Ungehorsam aufzurufen, oder wenn er etwa zu erkennen gäbe, er werde sich unter bestimmten Voraussetzungen von seinen dienstlichen Pflichten lossagen“, steht dazu nicht im Widerspruch. Denn das Grundrecht der individuellen „Freiheit des Gewissens“ (Art. 4 Abs. 1 GG) schützt „lediglich“ vor dem dem Grundrechtsträger auferlegten Zwang zu einem gewissenwidrigen Verhalten. Es begründet jedoch keinen rechtlichen Anspruch darauf, aktiv in Rechte anderer einzugreifen oder durch aktives Tun Rechtspflichten zu verletzen (z.B. andere Soldaten zum Ungehorsam aufzurufen). Ebenso wenig gewährleistet Art. 4 Abs. 1 GG dem Soldaten ein durchsetzbares

Recht darauf anzukündigen, er werde sich künftig von bestehenden dienstlichen Pflichten lossagen.

Im Urteil vom 27. Januar 1993 - BVerwG 2 WD 23.92 - hat der Senat diese Rechtsauffassung erneut bestätigt. Daran hat der 2. Wehrdienstsenat auch in der Folgezeit festgehalten und sie mit Urteil vom 7. September 1993 - BVerwG 2 WD 15.93, 24. 93 - erneut bekräftigt (S. 61 f. im Urteilsumdruck). Bestätigt hat er sie nochmals auch in seinem Urteil vom 9. September 1993 - BVerwG 2 WD 11.93 -. Dabei ging es um die durch einen Oberstleutnant der Bundeswehr erfolgte Mitunterzeichnung einer Presseerklärung, in der es unter anderem hieß: „... zum anderen halten wir die Aussage ‚alle Soldaten sind potentielle Mörder‘ inhaltlich für richtig“. Der Senat verneinte eine schuldhafte Verletzung von Dienstpflichten des Soldaten und stellte das Verfahren ein. Bei der Verneinung eines Verstoßes gegen die Pflicht zum treuen Dienen nach § 7 SG führte der Senat wiederum aus:

„Da unter Umständen im Konflikt mit anderen Verfassungsbestimmungen in der konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden, auch dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das größere Gewicht zukommen kann mit der Folge, dass der Befehl unverbindlich ist (BVerwGE 83, 358 <360>), kann ein Soldat seine Einstellung zum Einsatz bewaffneter Macht mit bestimmten Mitteln zu einem konkreten politischen oder militärischen Zweck überdenken und sich insbesondere damit auseinandersetzen, welche persönliche Gewissensentscheidung er situationsbedingt treffen würde, falls ihm etwa befohlen werden sollte, an einem Einsatz von ABC-Waffen mitzuwirken. ... Die Bundeswehr muss sich solchen Anfragen stellen, die aus dem Gewissen eines Soldaten kommen, und sollte eine derartige Persönlichkeit, die unter den ethischen Problemen ihres Dienstes leidet, ermutigen, das, was sie innerlich bedrückt, offen, gegebenenfalls auch ungeschützt zu artikulieren. ...“ (S. 48 im Urteilsumdruck)

In allen aufgeführten Fällen waren die Darlegungen des Senats zur Bedeutung des Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem militärischen Befehl eines Vorgesetzten entscheidungserheblich. Denn eine Pflichtverletzung nach § 7 SG wurde unter anderem gerade mit der Begründung verneint, dass einem Soldaten im militärischen Dienstbetrieb das Grundrecht nach Art. 4 Abs. 1 GG zusteht und er nicht pflichtwidrig handelt, wenn er unter Berufung darauf ankündigt, den Befehl eines militärischen Vorgesetzten zum Einsatz von ABC-Waffen nicht zu befolgen.

Von dieser Rechtsprechung ist der Senat auch in der Folgezeit im Kern nicht abgewichen. In seinem Urteil vom 31. Juli 1996 - BVerwG 2 WD 21.96 - <BVerwGE 103, 361 [371 f.] = Buchholz 236.1 § 7 SG Nr. 9 = NZWehrr 1997, 117 = NJW 1997, 536 = DVBl 1997, 356 = NVwZ 1997, 395> hatte er über das Verhalten eines Stabsoffiziers im Dienstgrad eines Oberstabsarztes zu befinden, der an das zuständige Referat im Bundesministerium der Verteidigung die schriftliche Erklärung gerichtet hatte, er schließe für seine Person jegliche Mitwirkung an militärischen Einsätzen aus, die nicht ausschließlich der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland oder eines NATO-Staates als Reaktion auf eine Aggression dienen (sog. „out-of-area“-Einsätze); ferner hatte der Soldat die zahnärztliche Behandlung von gegen ihren Willen zu einem solchen Einsatz herangezogenen Zeit- und Berufssoldaten zur Herstellung ihrer körperlichen Tauglichkeit abgelehnt. Der Senat sah in diesem Verhalten des Soldaten einen Verstoß gegen §§ 7, 17 Abs. 2 Satz 1 Alternativen 1 und 2 SG, wobei er darlegte, der Soldat könne „sein Verhalten hier nicht mit dem Hinweis auf die grundrechtliche Gewährleistung der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG oder Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG rechtfertigen“. Wörtlich führte der Senat aus:

„Zur Rechtfertigung seiner o.a. Erklärung kann sich der Soldat hier nicht mit Erfolg darauf berufen, dass das Grundgesetz nicht nur der Gewissensfreiheit des Einzelnen nach Art. 4 Abs. 1 GG, sondern insbesondere auch dem durch Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleisteten Grundrecht, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, einen hohen Stellenwert beigemessen hat. Denn diese Gewissensentscheidung, die immer ‚situationsbezogen‘ zu treffen ist, muss sich ihrem Inhalt nach gegen den Waffendienst schlechthin richten, ist somit eine generelle, ‚absolute‘ Entscheidung. Damit ist das aus Gewissensgründen erwachsene Verbot gemeint, Waffen, gleich welcher Art, zu führen, betrifft also ein Verhalten, das unmittelbar darauf ausgerichtet ist, mit - den jeweils zur Verwendung kommenden - Waffen Menschen im Krieg zu töten. Nur in der Vorstellung, dies tun zu müssen, liegt nach dem Grundgesetz für den Einzelnen die schwere innere Belastung, die es rechtfertigt, seine ablehnende Gewissensentscheidung anzuerkennen. Hieraus folgt, dass derjenige das Grundrecht nicht in Anspruch nehmen kann, der geltend macht, sein Gewissen verbiete ihm nicht den Kriegsdienst mit der Waffe schlechthin, sondern lediglich die Teilnahme an bestimmten Kriegen, etwa am Krieg gegen bestimmte Gegner, unter bestimmten Bedingungen, in bestimmten historischen Situationen oder mit bestimmten Waffen. Wenngleich in diesen Fällen ernste Gewissensbedenken den Soldaten in seiner Haltung bestimmen mögen, richtet sich seine Gewissensentscheidung dann nicht eigentlich gegen den ‚Kriegsdienst mit der Waffe‘, sondern gegen die EntschlieÙung der Staatsgewalt, die Streitkräfte überhaupt oder mit bestimmten Mitteln zu einem konkreten politischen oder militärischen Zweck einzusetzen. Da der Soldat jedoch nicht die soldatische Pflichten-

füllung im Rahmen des verfassungsmäßigen Auftrages der Bundeswehrpflicht schlechthin, sondern einen ‚out of area‘-Einsatz ablehnt, fehlt der innere Grund, der es verfassungsrechtlich rechtfertigen könnte, ihn von der Wahrnehmung seiner Dienstpflicht freizustellen (vgl. Urteil vom 25. November 1987 - 2 WD 16.87 - <BVerwGE 83, 258 [371 f.]> m.w.N.). Im vorliegenden Fall hat sich der Soldat zwar geweigert, an einem ‚out of area‘-Einsatz teilzunehmen, aber im Übrigen seit seiner Einstellung in die Bundeswehr keine gewissensmäßigen Bedenken geltend gemacht, auf dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland oder im Bereich eines ihrer NATO-Verbündeten seine Pflicht zum treuen Dienst zu erfüllen. Da seine Gewissensentscheidung jedoch unteilbar ist, kann der Soldat sein Verhalten hier nicht mit dem Hinweis auf die grundrechtliche Gewährleistung der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG oder Art. 4 Abs. 2 Satz 1 GG rechtfertigen.“

Das Urteil lässt nicht erkennen, dass der Senat sich damit von seiner oben dargelegten eigenen gefestigten Rechtsprechung distanzieren wollte, wonach ein Soldat sich nicht nur etwa gegenüber einer befohlenen Impfung, sondern gerade auch gegenüber einem Befehl eines militärischen Vorgesetzten zum Einsatz bestimmter Waffen auf sein Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG berufen kann. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass in den Urteilsgründen jegliche Auseinandersetzung mit den angeführten Entscheidungen vom 17. Dezember 1992, vom 27. Januar 1993, vom 7. September 1993 sowie vom 9. September 1993 unterblieben ist. Sie werden nicht einmal erwähnt. Da nicht unterstellt werden kann, der Senat hätte jene Entscheidungen übersehen, liegt der Schluss nahe, dass er sich in seinem Urteil vom 31. Juli 1996 gerade nicht von der angeführten eigenen gefestigten Rechtsprechung distanzieren und davon Abstand nehmen wollte. Aus seiner Sicht bestand dazu offenbar auch keine Veranlassung. Er ging im Rahmen seiner Prüfung damals davon aus, dass der Soldat mit der inkriminierten Ankündigung, von seiner Bereitschaft zur Dienstleistung Verwendungen im Rahmen so genannter „out-of-area“-Einsätze auszunehmen, aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 24 Abs. 2 GG gegen seine Pflicht zum treuen Dienen (§ 7 SG) sowie zur Achtungs- und Vertrauenswahrung (§ 17 Abs. 2 Satz 1 SG), nicht jedoch gegen seine Gehorsamspflicht (§ 11 SG), verstoßen hat. Im ersten Satz der zitierten Urteilspassage wird zwar die Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG in der Formulierung angesprochen, dass der Soldat sich - gegenüber dem festgestellten vorsätzlichen Verstoß gegen § 7 SG und § 17 Abs. 2 Satz 1 SG - nicht mit Erfolg „darauf berufen kann, dass das Grundgesetz nicht nur der Gewissensfreiheit des Einzelnen nach Art. 4 Abs. 1 GG, sondern insbesondere auch dem durch Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG

gewährleisteten Grundrecht, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern, einen hohen Stellenwert beigemessen hat“. Indem lediglich die - auf bestimmte Tatbestandsmerkmale spezifischer Normen nicht näher bezogene - Frage des „Stellenwerts“ des Grundrechts der Gewissensfreiheit aufgeworfen wurde, wird erkennbar, dass die Fragen des konkreten Verhältnisses von Art. 4 Abs. 3 GG zu Art. 4 Abs. 1 GG sowie die Auswirkungen einer Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG auf die Verbindlichkeit eines militärischen Befehls gerade nicht in den Blick genommen wurden. Dazu bestand aus der Sicht des Senats offenbar deshalb keine Veranlassung, weil ein Verstoß gegen die Gehorsamspflicht des § 11 SG ohnehin verneint wurde. Soweit die im Urteil vom 31. Juli 1996 - BVerwG 2 WD 21.96 - dargelegte Rechtsauffassung hinsichtlich der Frage der Geltung der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) gegenüber einem militärischen Befehl anders, d.h. abweichend von der zuvor ergangenen gefestigten Rechtsprechung des Senats (zuletzt im o.g. Urteil vom 9. September 1993 - BVerwG 2 WD 11.93 - zu verstehen sein sollte, hält der erkennende Senat hieran aus den nachfolgenden Gründen nicht fest.

4.1.3 Befehl und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG)

Nach erneuter eingehender Prüfung ist der erkennende Senat unter Bestätigung und Fortentwicklung seiner bereits in den angeführten Urteilen vom 25. November 1987, 17. Dezember 1992, 27. Januar 1993, 7. September 1993 und 9. September 1993 zum Ausdruck gekommenen Rechtsprechung zu dem Ergebnis gelangt, dass auch ein Soldat, der nicht seine Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG beantragt hat, sich gegenüber einem ihm erteilten Befehl seines militärischen Vorgesetzten auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann. Die Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 GG (dazu 4.1.3.1) wird nicht durch Art. 4 Abs. 3 GG verdrängt. Der Untergebene, der sich berechtigterweise innerhalb des grundrechtlichen Schutzbereiches von Art. 4 Abs. 1 GG auf dessen Schutzwirkung gegenüber einem ihm erteilten militärischen Befehl beruft, handelt mithin nicht ungehorsam und verletzt nicht in rechtswidriger Weise seine Pflicht aus § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 SG. Dafür sind die nachstehenden Gründe maßgebend.

4.1.3.1 Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG

4.1.3.1.1 Bereits aus dem Wortlaut der Grundregelung zur Gehorsamspflicht eines Soldaten in § 11 Abs. 1 Satz 2 SG ergibt sich, dass ein Soldat einen ihm erteilten Befehl „gewissenhaft“ (nach besten Kräften, vollständig und unverzüglich) auszuführen hat. Diese Formulierung enthält als Begriffsbestandteil („gewissenhaft“) unmittelbar den Bezug auf das Gewissen (lat. „conscientia“, griech. „syneidesis“), von dem die Adjektive „gewissenhaft“ und „gewissenlos“ abgeleitet sind (vgl. dazu u.a. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Aufl. 1999, S. 323). Vom Soldaten verlangt wird also keine „gewissenlose“, sondern eine „gewissenhafte“ Ausführung eines Befehls. Dies bedeutet, dass ein Soldat insoweit mit aller ihm möglichen Sorgfalt und Verantwortung vorzugehen und sich entsprechend zu verhalten hat. Ein „unbedingter“ oder „bedingungsloser“ Gehorsam ist mit diesem normativen Imperativ nicht vereinbar. Gefordert ist vielmehr ein „mitdenkender“ (vgl. Urteil vom 6. Juni 1991 - BVerwG 2 WD 27.90 - <BVerwGE 93, 100 [104] = NZWehrr 1992, 34 = NJW 1992, 387>) und insbesondere die Folgen der Ausführung des Befehls - gerade auch im Hinblick auf die Schranken des geltenden Rechts und die ethischen „Grenzmarken“ des eigenen Gewissens - „bedenkender“ Gehorsam. Dabei bedarf es im vorliegenden Fall keiner näheren Prüfung und Entscheidung der Frage, unter welchen konkreten Bedingungen in Ausnahmefällen zwingende Gebote des eigenen Gewissens die Verweigerung der Ausführung eines Befehls auch dann rechtfertigen oder gar gebieten, wenn - wie im Falle des versuchten Staatsstreichs vom 20. Juli 1944 („Aufstand des Gewissens“) - damit Verletzungen von geltenden Gesetzen verbunden sind. Denn das Grundgesetz sieht die Möglichkeit der Berufung eines Soldaten auf die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) gerade vor. Die Erteilung eines militärischen Befehls steht unter einem entsprechenden Vorbehalt seiner Grundrechtskonformität.

4.1.3.1.2 Dies ergibt sich vor allem aus der Entstehungsgeschichte und dem Regelungszusammenhang des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und der Normierungen über die Gehorsamspflicht eines Soldaten.

Seit es in Deutschland Verfassungen gibt, die Grund- und Menschenrechte gewährleisten, waren diese für den Bereich des Militärdienstes eingeschränkt worden. In der

preußischen Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 (PrGS. S. 17 ff.) sahen die Art. 38 und 39 ausdrücklich die Einschränkung von Grundrechten für militärische Zwecke vor. Während es in der Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 (RGBl. S. 63) keine Grundrechte gab, normierte Art. 133 Abs. 2 Satz 2 der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383), dass ein Reichswehrgesetz zu bestimmen habe, „wieweit für Angehörige der Wehrmacht zur Erfüllung ihrer Aufgaben und zur Erhaltung der Manneszucht einzelne Grundrechte einzuschränken sind“. Die Verfassung stellte damit die Grundrechte unter diesen weiten Gesetzesvorbehalt und ermöglichte so dem einfachen Gesetzgeber entsprechende Einschränkungen für Soldaten. Aufgrund dieser Ermächtigung wurden durch das Reichswehrgesetz (§§ 36, 37) die politische Betätigungsfreiheit, das Wahl- und Stimmrecht, die Freiheit zur Teilnahme an Versammlungen und die Mitgliedschaft in Vereinen sowie das Halten von Zeitungen eingeschränkt (vgl. dazu u.a. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1926 und 14. Aufl. 1933, Art. 133 Anm. 3; Hahnenfeld, Wehrverfassungsrecht, 1965, S. 49). In der NS-Zeit, in der die Weimarer Reichsverfassung zwar formell nicht aufgehoben wurde, waren die Grundrechte seit der vom Reichspräsidenten nach dem Reichstagsbrand auf Druck der NS-Regierung erlassenen „Verordnung zum Schutz von Volk und Staat“ vom 28. Februar 1933 (RGBl. I, S. 83) für alle Bürgerinnen und Bürger und damit auch für Soldaten „bis auf weiteres“ suspendiert. Sie waren mithin bis zur endgültigen Zerschlagung des NS-Regimes im Jahre 1945 ohne jede praktische Bedeutung. In dieser mit dem Ende des Zweiten Weltkrieges beendeten Epoche war es unvorstellbar, „Soldaten“ grundsätzlich die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie „Zivilisten“ zu gewähren. Dem entsprachen bereits in der konstitutionellen Monarchie des Kaiserreiches erfolgreiche Bemühungen in der Rechtsdoktrin, die „bewaffnete Macht“ als „Anstalt“ zu charakterisieren (vgl. dazu u.a. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 4, 4. Aufl. 1901, S. 34; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1924, S. 268 ff.). Mit Hilfe dieser Lehre sollten zum einen die sich aus der prinzipiellen Strenge des rechtsstaatlichen Prinzips, das für jeden Eingriff in „Freiheit und Eigentum“ eine gesetzliche Ermächtigung verlangte, ergebenden „Schwierigkeiten“ umgangen und gesetzesfreie Handlungsräume für die Exekutive offen gehalten werden. Ihr Sinn bestand insoweit darin zu erreichen, dass der Einsatz exekutiver Zwangsmittel gerechtfertigt werden konnte, ohne dass es dafür einer besonderen Kompetenzzuweisung durch den Gesetzgeber bedurfte (vgl. dazu Lepper, Die ver-

fassungsrechtliche Stellung der Streitkräfte im gewaltenteilenden Rechtsstaat, 1962, S. 101 m.w.N.). Eine besondere Bedeutung kam der Doktrin von der „bewaffneten Macht“ als „Anstalt“ zudem vor allem insoweit zu, als auf ihr die Vorstellung eines „besonderen Gewaltverhältnisses“ aufbauen konnte (vgl. dazu u.a. Otto Mayer, a.a.O., S. 285 ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts - Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1966, S. 121 m.w.N.). Damit war die Möglichkeit eröffnet, grundsätzlich ohne eine spezialgesetzliche Grundlage in „Freiheit und Eigentum“ des vom besonderen Gewaltverhältnis erfassten Personenkreises einzugreifen (vgl. Forsthoff, a.a.O.). Das war gerade im militärischen Bereich von besonderer praktischer Bedeutung, weil dort das Verhältnis Soldat-Staat gesetzlich nur sehr rudimentär durchgebildet war (vgl. dazu u.a. Lepper, a.a.O., S. 102).

Im Gegensatz dazu ist bei der in den Jahren 1955/56 erfolgten Aufstellung der Bundeswehr und der Verabschiedung der einschlägigen Wehrgesetze ausdrücklich bestimmt worden, dass Soldaten der Bundeswehr „die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger“ haben. In § 6 Satz 1 SG ist dieses Konzept des „Staatsbürgers in Uniform“ klar zum Ausdruck gekommen. Zwar sieht § 6 Satz 2 SG vor, dass diese Rechte des einzelnen Soldaten „im Rahmen der Erfordernisse des militärischen Dienstes“ durch „seine gesetzlich begründeten Pflichten beschränkt“ werden. Diese einfach gesetzliche Regelung hebt jedoch die in Satz 1 statuierte Gewährleistung der „gleichen staatsbürgerlichen Rechte“ nicht auf. Im Grundgesetz gewährleistete Grundrechte können nur insoweit verfassungskonform eingeschränkt werden, wie es die jeweilige verfassungsrechtliche Regelung selbst zulässt. Dies wird nicht zuletzt durch die von Art. 3 des Gesetzes vom 19. März 1956 (BGBl. I S. 111) in das Grundgesetz eingefügte Regelung des Art. 17a GG unmissverständlich klargestellt. Sie sieht in ihrem Absatz 1 vor, dass „Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst“ bestimmen können, für die Angehörigen der Streitkräfte (und des Ersatzdienstes) während der Zeit des Wehr- (oder Ersatz)dienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und das Petitionsrecht (Art. 17 GG) einzuschränken. Darüber hinaus können gemäß Art. 17a Abs. 2 GG „Gesetze, die der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung dienen“, bestimmen, dass auch die Grundrechte der Freizügigkeit (Art. 11 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) eingeschränkt wer-

den. Zwar wird damit durch Art. 17a Abs. 1 und 2 GG für Soldaten im Verhältnis zu nicht in der Bundeswehr dienenden Staatsbürgern eine weitergehende Einschränkung der dort im Einzelnen aufgeführten Grundrechte von Verfassungs wegen zugelassen. Indem Art. 17a GG erlaubt, dass die einzelnen fünf dort genannten Grundrechte (über die sonst für alle Bürgerinnen und Bürger geltenden Grenzen hinaus) eingeschränkt werden dürfen, wird jedoch zugleich unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass abgesehen von diesen enumerativ aufgeführten Einschränkungen weitere Grundrechte im Rahmen und speziell für die Zwecke des Wehrdienstverhältnisses nicht angetastet werden dürfen. Die Anwendung des Enumerationsprinzips in Art. 17a GG enthält damit für Soldaten eine verfassungsrechtliche Garantie aller in dieser Vorschrift nicht ausdrücklich aufgezählten Grundrechte (so zu Recht u.a. Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, 1961, S. 118; Hahnenfeld, a.a.O., S. 47).

Für die Frage, in welchem Umfang Grundrechte auch für Soldaten gelten, ist ferner die Änderung des Art. 1 Abs. 3 GG von zentraler Bedeutung, die dieser durch das Gesetz vom 19. März 1956 erhalten hat. Während Absatz 3 des Art. 1 GG in der Fassung vom 23. Mai 1949 ursprünglich normierte, dass die Grundrechte die „Verwaltung“ (neben Gesetzgebung und Rechtsprechung) als unmittelbar geltendes Recht binden, wurde durch die Grundgesetzänderung das Wort „Verwaltung“ durch „vollziehende Gewalt“ ersetzt. Damit sollte klargestellt werden, dass die Streitkräfte der Bundeswehr als Teil der „vollziehenden Gewalt“ in die von Art. 1 Abs. 3 GG normierte strikte Grundrechtsbindung einbezogen werden. Dies war Ausdruck des Bemühens des Verfassungsgesetzgebers, jede Sonderstellung der Streitkräfte im demokratischen und sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1 GG) hinsichtlich der Bindung an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) sowie an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) zu verhindern.

Damit steht die Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) auch Soldaten und Soldatinnen zu. Die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete Gewissensfreiheit ist - neben der ebenfalls dort verankerten Glaubens- sowie der religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisfreiheit - ein eigenständiges Grundrecht. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Regelung und ist im Grundsatz allgemein anerkannt (vgl. u.a. Böckenförde, VVDStRL 28 <1970>, 33 [50]; Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 4

RNr. 123; Preuß in AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 4 RNr. 34; Starck, Bonner GG, Bd. 1 <1999>, Art. 4 RNr. 58 jeweils m.w.N.).

4.1.3.1.3 Inhalt der Gewissensfreiheit

Unter Gewissen ist ein real erfahrbares seelisches Phänomen zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Gewissensentscheidung „jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung ... , die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt innerlich verpflichtend erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“ (vgl. u.a. BVerfG, Urteil vom 13. April 1978 - 2 BvF 1/77 u.a. - <BVerfGE 48, 127 [173 f.]> im Anschluss an die stRspr.: vgl. u.a. Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - <BVerfGE 12, 45 [54 f.]>). Der Prozess der Gewissensbildung hat als psychisches Phänomen kognitive, affektive und sozio-psychische Komponenten. Die kognitive Komponente des Gewissens beinhaltet das Bewusstsein spezifischer, sich selbst und/oder anderen gegenüber bestehender gewichtiger ethischer Pflichten und Normen (vgl. dazu u.a. Klier, Gewissensfreiheit und Psychologie, 1978, S. 141 ff.; ähnlich Geißler, Das Recht der Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 Abs. III des Grundgesetzes, Dissertation 1960, S. 44 m.w.N.). Denn der „ethische Bezug“ des Gewissens, also die Beziehung auf ein Erkennen von „Gut“ und „Böse“ in seiner allgemeinsten Form bis hin zu speziellen Erkenntnissen, ist jedem Gewissensvorgang immanent. Einer Gewissensentscheidung liegt stets eine Werterkenntnis und -entscheidung zugrunde. Die affektive Komponente des Gewissens bezeichnet die gefühlsmäßige Bindung an diese ethischen Pflichten und Normen mit der Konsequenz schmerzhafter Empfindungen im Falle ihrer Verletzung durch den Betroffenen. Die sozio-psychische Komponente des Gewissens betrifft die Aufnahme dieser ethischen Pflichten und Normen in das Innere der Persönlichkeit und damit den Prozess, der zur Errichtung des Gewissens als „Zensor“ führt (vgl. dazu u.a. Klier, a.a.O., S. 142. f. m.w.N.; Preuß, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 RNr. 38 m.w.N.). Der Prozess der Gewissensbildung ist aufgrund seiner kognitiven, affektiven und sozio-psychischen Komponenten ein komplexer psychischer Vorgang der subjektiven individuellen Persönlichkeitsbildung. Für die grundrechtliche Anerkennung dieses psychischen Phäno-

mens kommt es nicht darauf an, ob die Normbildung auf überwiegend rationalen oder eher gefühlsmäßigen Gründen beruht. Die „Erkenntnisse“ über die in Rede stehenden ethischen Gebote können aus allen Gebieten des Lebens herrühren und so z.B. der christlichen oder einer anderen Religion, dem Humanismus oder anderen Weltanschauungen, aber auch dem geltenden Recht, in dem ethische Entscheidungen ihren Niederschlag gefunden haben, entnommen sein. Wesentlich ist insoweit nur, dass das Gewissen diese Werte als ethisch verbindliche Verhaltensnormen internalisiert hat und dadurch in der Lage ist, vor ihrer Missachtung zu warnen (vgl. dazu u.a. Geißler, a.a.O., S. 47 f.). Objektiv zwingend vorgegebene Inhalte können dabei nicht ausgemacht werden (vgl. Morlok in Dreier <Hrsg.>, GG, 2. Aufl. 2004, RNr. 81 m.w.N.). Das Kriterium für das Vorliegen einer Gewissensentscheidung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG kann nicht ihrer „Wahrheit“ in Gestalt einer Übereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen, einem naturrechtlich oder anderweitig bestimmten Sittengesetz, in der Gesellschaft vorherrschenden, also überwiegend vertretenen ethischen Grundüberzeugungen, einer bestimmten „Werteordnung“ oder Ähnlichem entnommen werden. Damit würde gerade die Individualität und Freiheit des Gewissens negiert.

Das Schutzgut der grundgesetzlichen Gewissensfreiheit liegt, wie sich gerade auch aus der Textfassung des Art. 4 Abs. 1 GG ergibt, in der Garantie ihrer Unverletzlichkeit. Der Einzelne soll in dem, was das Innere, den Kern seiner Persönlichkeit ausmacht, unbehelligt und unverletzt bleiben. Gewissen und Gewissensbetätigung sollen - im Verhältnis zu jeder öffentlichen Gewalt (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) - dadurch unverletzlich sein, dass sich die Bildung von Gewissensüberzeugungen (im rechtlichen Sinne) frei vollziehen kann und dass niemand - in den durch die Verfassung gezogenen Grenzen - zu einem Verhalten gezwungen werden darf, das dem Gebot des eigenen Gewissens widerspricht (vgl. Böckenförde, a.a.O. 33 [64, 69 f.]). Das Grundrecht enthält damit das Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung unmittelbar bindende Verbot jeglicher Verletzung der Gewissensfreiheit. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Gewissensfreiheit umfasst nicht nur die Freiheit, ein Gewissen zu haben, sondern grundsätzlich auch die Freiheit, von der öffentlichen Gewalt nicht verpflichtet zu werden, gegen Gebote und Verbote des Gewissens zu handeln (stRspr. des BVerfG: vgl. u.a. Beschlüsse vom 30. Juni 1988 - 2 BvR 701/86 - <BVerfGE 78, 391 [395]>, vom 26. August 1992 - 2 BvR 478/92 - <NJW

1993, 455 f.> und vom 11. August 1999 - 1 BvR 2181/98 u.a. - <NJW 1999, 3399>). In dieser abwehrrechtlichen Dimension hat das Grundrecht der Gewissensfreiheit eine negatorische Funktion. Der jeweils betroffene Bürger hat danach das Recht, Gewissenskonflikte, die ihm durch die öffentliche Gewalt aufgezwungen werden, abwehren zu können. Dabei kommt es nicht mehr darauf an, dass die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete „Unverletzlichkeit“ der dort genannten Grundrechte daneben außerdem eine objektive Dimension hat und dass ihr - ebenso wie einzelnen anderen Grundrechten - auch staatliche Sicherungs- und Schutzpflichten entnommen werden (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 1995 - 1 BvR 1087/01 - <BVerfGE 93, 1 [16]> m.w.N.; Wenkster in Umbach/Clemens <Hrsg.>, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 RNr. 32; vgl. allgemein zur Schutzpflicht des Staates im Rahmen von Grundrechtsgewährleistungen u.a. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 221 [231 f.]; BVerfG, Beschlüsse vom 6. Mai 1997 - 1 BvR 409/90 - <BVerfGE 96, 56 [64]> und vom 26. März 2001 - 2 BvR 943/99 - <DVBl 2001, 984 = NVwZ 2001, 908 = BayVBl 2001, 495>). Denn im vorliegenden Fall ist allein auf die negatorische Dimension des Grundrechts der Freiheit des Gewissens abzustellen.

Nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 GG ist die Gewährleistung dieses Grundrechts nicht auf bestimmte Gewissenskonflikte beschränkt. Die Freiheit des Gewissens ist - ebenso wie die Freiheit des Glaubens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses - in jeder Hinsicht „unverletzlich“. Es muss sich für die Auslösung der (negatorischen) Schutzwirkung „lediglich“ um einen Gewissenskonflikt handeln. Es wäre nun allerdings verfehlt, davon auszugehen, die Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG begründe einen Anspruch darauf, gleichsam vollständig und nach persönlicher Willkür allein „nach eigenem Gesetz zu leben und zu handeln“. Das Gewissen tritt in der sozialen Realität - auch im militärischen Bereich - nicht ständig, tagtäglich und gleichsam bei jeder Gelegenheit, sondern als regulierende und fordernde Instanz vornehmlich dort in Erscheinung, wo die Persönlichkeit durch eine Verhaltensmöglichkeit oder durch Verhaltensanforderungen, die die Mitwelt an sie stellt, in ihrer Struktur und ihrer Möglichkeit, die eigene Identität zu wahren, in kritischer Weise berührt wird. Als innere ethische Gebotsinstanz, als „Rufer“, wird das Gewissen regelmäßig erst dort aktiv, wo die Persönlichkeit als solche in ihrer Identität kritisch bedroht ist („ein solcher, der dies tut, kann ich nicht sein“). Die Befürchtung einer „Inflation“ von Gewissensentscheidungen verfehlt daher die soziale Real-

tät (so zu Recht u.a. Böckenförde, a.a.O., 33 [67, 69]; ähnlich R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, 1981, S. 25 m.w.N.). Dies ist im Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG insofern nicht anders als in dem des Art. 38 Abs. 1 GG, der die Freiheit des Gewissens von Abgeordneten des Deutschen Bundestages gegenüber jedweder Bindung an Aufträge und Weisungen schützt.

Der Normbereich des Art. 4 Abs. 1 GG fällt nicht mit dem durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährten Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zusammen, dem die allgemeine Handlungsfreiheit entnommen wird. Das Grundrecht der Gewissensfreiheit gewährleistet vielmehr lediglich für spezielle einzelne Konfliktfälle eine (partielle) Befreiung von gewissenbedrückenden Pflichten. In ihrer subjektivrechtlichen Dimension entfaltet die Gewissensfreiheit ihre Abwehrfunktion gegenüber einer aufgezwungenen und durch die auferlegten oder geforderten Pflichten als schwer belastend empfundenen Konfliktsituation. Das Gewissen ist nach seiner psychischen Struktur eine innere „Zensur- und Kontrollinstanz“, die in einer konkreten personalen Konfliktsituation negatorisch auf einen von innen oder außen an den Einzelnen herantretenden Impuls reagiert (vgl. Klier, a.a.O., S. 137 m.w.N.). Die Gewissensfreiheit umfasst jedenfalls die Freiheit im Sinne einer Freistellung von der Pflicht zur Erfüllung gewissenbelastender rechtlicher Gebote, weil diese dem Individuum einen Konflikt aufzwingen und dadurch die Abwehrfunktion des Gewissens mobilisieren (vgl. dazu u.a. Preuß, a.a.O., RNr. 43 m.w.N.). Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Gewissensfreiheit hat die Aufgabe und den Zweck, den Spielraum für Handlungsalternativen zu erweitern, wenn die Rechtsordnung den Einzelnen (anderenfalls) vor die Alternative stellt, gewissenkonform und rechtswidrig oder gewissenwidrig und rechtmäßig zu handeln (vgl. Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, 1969, S. 33 f.). Im Hinblick auf die Bereitstellung von gewissenchonenden Handlungsalternativen muss dabei sichergestellt sein, dass von diesen ohne Stigmatisierung und Diskriminierung Gebrauch gemacht werden kann. Dabei kann dahin stehen, ob dies unmittelbar aus der in Art. 4 Abs. 1 GG normierten Gewährleistung der „Freiheit“ des Gewissens oder aus den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten (vor allem Art. 3 Abs. 1 und 3 GG) folgt. Jedenfalls muss beachtet werden, dass die Inanspruchnahme des Grundrechts der Gewissensfreiheit nicht unter die Voraussetzung der Inkaufnahme von gravierenden Nachteilen für den Grundrechtsträger gestellt werden darf (vgl. Kluth in Muckel

<Hrsg.>, Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Riefner, 2003, S. 459 [475 f.] m.w.N.). Freilich erfordert die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 4 Abs. 1 GG nicht, dass der betroffene Grundrechtsträger von jedem Nachteil freigestellt wird, den er wegen seiner Entscheidung möglicherweise zu tragen hat; es genügt, dass die ihm offen stehende oder eröffnete Handlungsalternative zumutbar (so im Ergebnis auch Urteil vom 13. Dezember 1991 - BVerwG 7 C 26.90 - <BVerwGE 89, 260 [264] = Buchholz 415.1 Allg.KommR Nr. 115 = NJW 1992, 773 = DVBl 1992, 433>), also gewissenschonend und diskriminierungsfrei ist.

Art. 4 Abs. 1 GG stellt es nicht in das Belieben des einzelnen Grundrechtsträgers, selbst zu entscheiden, ob er das geltende Recht beachten will oder nicht. Denn er ist wie alle Bürgerinnen und Bürger gleichermaßen (Art. 3 Abs. 1 GG) dem Gesetz unterworfen. Die Gewissensfreiheit als Teil des geltenden Rechts wird dadurch gewährleistet und gewahrt, dass dem betroffenen Individuum im Konfliktfalle von Rechts wegen gewissenschonende Handlungsalternativen angeboten und zur Verfügung gestellt werden (müssen). Der verfassungsrechtliche Sinn und Zweck liegt darin, die Einzelperson auf zumutbare Weise vor Gewissenskrisen zu schützen. Die grundrechtlich geschützte Freiheit des Gewissens entbindet so zwar das einzelne Individuum, das sich in einem ernsthaften Gewissenskonflikt befindet, im Einzelfall - von Verfassungs wegen - durch eine solche Bereitstellung von gewissenschonenden, diskriminierungsfreien Handlungsalternativen von der rechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung eines gewissenbelastenden Verhaltensgebots. Sie beinhaltet jedoch keineswegs die Aufhebung der generellen Geltung der Rechtspflicht oder gar allgemein der Rechtsunterworfenheit (vgl. dazu auch BVerfG, Beschlüsse vom 19. Oktober 1971 - 1 BvR 387/65 - <BVerfGE 32, 98 [109]> und vom 11. April 1972 - 2 BvR 75/71 - <BVerfGE 33, 23 [32]>). Es wird „lediglich“ in Vollziehung der Garantie des Grundrechts eine Handlungsalternative zugelassen, um einen unausweichlichen, den Betroffenen in seiner geistig-sittlichen Existenz als autonome Persönlichkeit berührenden Konflikt zwischen hoheitlichem Gebot und Gewissensgebot zu lösen. Ebenso wenig kann unter Berufung auf das eigene Gewissen von anderen eine gleichartige Gewissensentscheidung verlangt werden. Die negatorische Funktion des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) richtet sich nur auf die Abwehr der konkret vom individuell, also höchstpersönlich Betroffenen als untragbar empfundenen „Gewissenszumutungen“. Sie schützt auch - anders als etwa die Grundrechte

der Religionsausübungsfreiheit (Art. 4 Abs. 2 GG) und der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) - keine aktive Werbung (Propaganda) für ein bestimmtes Handeln anderer. Ebenso wenig rechtfertigt sie, unter Berufung auf das eigene Gewissen in Rechtsgüter anderer einzugreifen.

Werden (und müssen) mithin einem Soldaten nach Art. 4 Abs. 1 GG wegen einer von ihm getroffenen höchstpersönlichen Gewissensentscheidung im konkreten Einzelfall gewissenschonende Handlungsalternativen angeboten (werden), bedeutet dies auch nicht die Aufhebung der generellen Geltung der für ihn und die anderen Soldaten aus § 11 Abs. 1 SG folgenden allgemeinen Rechtspflicht zum Gehorsam. Ebenso wenig begründet Art. 4 Abs. 1 GG ein Recht des Soldaten, als Vorgesetzter etwa mittels eines Befehls ein nach den Maßgaben seines Gewissens bestimmtes Verhalten von anderen Soldaten verlangen zu können. Denn er kann und darf seine höchstpersönliche individuelle Gewissensentscheidung über die abwehrrechtliche Dimension des Art. 4 Abs. 1 GG hinaus nicht per Befehl bei anderen umsetzen oder „implementieren“ und eine gleichgerichtete Gewissensentscheidung einfordern. Aufgrund der grundrechtlichen Gewährleistung kann er jedoch verlangen, von der öffentlichen Gewalt nicht gehindert zu werden, sich gemäß den ihn bindenden und unbedingt verpflichtenden Geboten seines Gewissens zu verhalten.

4.1.3.1.4 Feststellung einer Gewissensentscheidung

Da die Gewährleistung der Gewissensfreiheit als eigenständiges Grundrecht durch das normierte (Verfassungs-)Recht erfolgt und eine Gewissensentscheidung nach Art. 4 Abs. 1 GG Tatbestandsvoraussetzung dafür ist, dass die vom Grundrecht vorgesehenen und vom konkreten Grundrechtsträger geltend gemachten Rechtsfolgen eintreten, müssen die rechtlichen Voraussetzungen dafür im Einzelfall erfüllt sein. Nur dann besteht die in Art. 4 Abs. 1 GG normierte Verpflichtung staatlicher Hoheitsträger, gewissenschonende Handlungsalternativen zur Verfügung zu stellen (vgl. dazu u.a. R. Eckertz, a.a.O., 1981, S. 23). Denn das „Ob“ einer Gewissensentscheidung muss im Streitfalle - gegebenenfalls im Wege der Beweisaufnahme - positiv festgestellt werden. Damit ist die Anwendung und Beachtung dieses Rechts, mithin auch die Bestimmung seiner Grenzen, im Streitfall notwendigerweise Sache des zuständigen Gerichts, dessen Richterinnen und Richtern nach Art. 92 GG die recht-

sprechende Gewalt, also die verbindliche Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts anvertraut ist.

Das Vorliegen einer von Art. 4 Abs. 1 GG geschützten Gewissensentscheidung als interner geistig-seelischer Vorgang der Persönlichkeit lässt sich allerdings von außen in aller Regel nur schwer ermitteln. Denn der Gewissensappell als „innere Stimme“ des Menschen ist in der äußeren Umwelt nicht unmittelbar wahrnehmbar, sondern kann nur mittelbar aus entsprechenden Indizien und Signalen, die auf eine Gewissensentscheidung und Gewissensnot hinweisen, erschlossen werden. Da das Medium solcher Signale und Indizien vornehmlich die Sprache ist, können der Ernst, die Tiefe und Unabdingbarkeit der vom Grundrechtsträger im oder für den konkreten Konfliktfall geltend gemachten Gewissensentscheidung in diesem Medium Ausdruck finden (vgl. H.H. Rupp, NVwZ 1991, 1033 [1034]). Deshalb wird im Fachschrifttum (vgl. u.a. Bäuml, VVDStRL 28 <1970>, 3, 8 f.; Denninger in AK-GG, Bd. 1, 1. Aufl. 1984, Art. 4 RNr. 51 [ebenso Preuß in der 2. Aufl. 1989, RNr. 51]; H.H. Rupp, a.a.O.) und in der Rechtsprechung (Urteil vom 3. Februar 1988 - BVerwG 6 C 31.86 - <BVerwGE 79, 24 = Buchholz 448.6 § 1 KDVG Nr. 24 = NVwZ 1989, 60>) für eine positive Feststellung - gerade auch wegen der damit verbundenen rechtlichen Folgen zu Recht - der Sache nach eine nach außen tretende, rational mitteilbare und nach dem Kontext intersubjektiv nachvollziehbare Darlegung der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensentscheidung gefordert. Dabei bezieht sich die rationale Nachvollziehbarkeit der Darlegung nicht auf die Frage, ob die Gewissensentscheidung selbst etwa als „irrig“, „falsch“ oder „richtig“ gewertet werden kann (vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - <BVerfGE 12, 45 [56]>; Urteil vom 2. April 1970 - BVerwG 8 C 61.68 - <Buchholz 448.0 § 25 WPflG Nr. 29 = DÖV 1970, 710 = NJW 1970, 1653>; Adolf Arndt in NJW 1957, 361 [362]), sondern allein auf das „Ob“, also auf die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins des Gewissensgebots und seiner Verhaltensursächlichkeit.

4.1.3.2 Art. 4 Abs. 1 GG wird nicht durch Art. 4 Abs. 3 GG verdrängt.

a) Aus dem Wortlaut der Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG ergibt sich nicht, dass ein Soldat, der keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt hat, sich nicht mehr auf sein Grundrecht auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) berufen kann. Im Gegenteil: Nach dem Normtext ist die Möglichkeit der Kriegsdienstverwei-

gerung in Art. 4 Abs. 3 GG als eigenständiges Grundrecht gegenüber dem Grundrecht der allgemeinen Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG, das jedem Menschen, also auch einem Soldaten zusteht, für einen spezifischen Normbereich verselbständigt worden.

Aus dem Wortlaut der grundgesetzlichen Regelung ergibt sich kein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass das in Art. 4 Abs. 3 GG gewährleistete Grundrecht zur Kriegsdienstverweigerung für den Personenkreis der Soldaten die in den vorhergehenden Absätzen des Art. 4 GG verankerten Grundrechte, namentlich „die Freiheit des Gewissens“ (Art. 4 Abs. 1 GG) als „lex specialis“ verdrängt. Das in Art. 4 Abs. 3 GG enthaltene Tatbestandsmerkmal „Gewissen“ knüpft zwar ebenso (vgl. u.a. Dürig, JZ 1967, 426 [427]; Kempen in AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 4 Abs. 3 RNr. 5) wie die entsprechende Regelung in Art. 4 Abs. 1 GG an den allgemeinen Sprachgebrauch an und ist kein fachsprachlicher „terminus technicus“ (so auch die allgemeine Auffassung im Fachschrifttum, vgl. u.a. Böckenförde, a.a.O., 33 [74]; Herzog, a.a.O., RNr. 197). Das führt aber nicht dazu, dass Art. 4 Abs. 1 GG im militärischen Bereich daneben nicht mehr anwendbar wäre.

b) Vor allem die Entstehungsgeschichte des Art. 4 GG spricht dafür, dass die in Art. 4 Abs. 3 GG normierte Gewährleistung des Rechts zur Kriegsdienstverweigerung den allgemeinen Schutz der „Freiheit des Gewissens“ (Art. 4 Abs. 1 GG) spezifizieren und verstärken sollte. Der Schutz der Gewissensfreiheit Art. 4 Abs. 1 GG sollte dagegen nicht eingeschränkt werden.

In dem vom „Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen“ erarbeiteten „Entwurf eines Grundgesetzes“, der Bestandteil des „Berichts über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948“ (HCh-Entwurf) war und den Beratungen des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat zugrunde lag, war die Verankerung eines Kriegsdienstverweigerungsrechts noch nicht vorgesehen. In Art. 6 HCh-Entwurf fand sich lediglich die allgemeine Gewährleistung der Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit („1) Glaube, Gewissen und Überzeugung sind frei. 2) Der Staat gewährleistet die ungestörte Religionsausübung“). Der spätere Art. 4 Abs. 3 GG geht im Parlamentarischen Rat auf einen in der 26. Sitzung seines Grundsatzausschusses am 30. November

1948 eingebrachten Antrag (der SPD-Fraktion) zurück, folgende Bestimmung in den Grundrechtsteil des Grundgesetzes aufzunehmen:

„Jedermann ist berechtigt, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern.“

Dieser Antrag wurde in der 27. Sitzung des Grundsatzausschusses am 1. Dezember 1948 in folgender Fassung angenommen:

„Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere bestimmt das Gesetz.“

(Stenographisches Protokoll, Sitzung vom 30. November 1948, S. 80 ff.; Anlage zum 27. Kurzprotokoll vom 1. Dezember 1948, S. 2; sowie Eberhard, Wie kam Artikel 4, 3 GG zustande?, in: Gillig/Schultz <Hrsg.>, Grundrecht nach Bedarf, 1978, S. 19 [20])

Über die mit dem Antrag verfolgte Regelungsabsicht gibt die Erklärung Auskunft, die der SPD-Abgeordnete Bergstraeßer zur Begründung des Artikels bei der ersten Lesung in der 17. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates am 3. Dezember 1948 gab:

„Wir haben diesen Zusatzantrag hier untergebracht, weil hier von der Freiheit des Glaubens und des Gewissens die Rede ist. Der Zusatzantrag hat gerade zum Inhalt, dass Menschen - wir haben dabei an Mennoniten, die Zeugen Jehovas und an Mitglieder anderer Sekten gedacht - aufgrund ihrer religiösen Überzeugung und ihres Gewissens keinen Kriegsdienst mit der Waffe machen wollen.“ (17. Sitzung des Hauptausschusses vom 3. Dezember 1948, Protokoll S. 209, abgedruckt in Lutz, Krieg und Frieden als Rechtsfrage im Parlamentarischen Rat 1948/49, 1982, S. 82).

Er erwiderte damit auf einen Einwand des Abgeordneten Strauß (CDU), der vorgebracht hatte, eine Regelung über das Recht zur Kriegsdienstverweigerung gehöre nicht in den Artikel, der sich mit dem Schutz der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit befasse. Der Antrag der SPD-Fraktion wurde jedoch mit elf zu drei Stimmen in erster Lesung angenommen.

In der zweiten Lesung der Regelung (damals Art. 5 Abs. 5) in der 43. Sitzung des Hauptausschusses hatte zunächst der Abgeordnete Theodor Heuss (FDP) unter Berufung auf einen drohenden, die allgemeine Wehrpflicht als „legitimes Kind der Demokratie“ gefährdenden „Massenverschleiß des Gewissens“ eine Streichung der vorgesehenen Verankerung eines Kriegsdienstverweigerungsrechtes im Grundge-

setz beantragt; er forderte, die Regelung dieser Frage gänzlich einem einfachen Gesetz zu überlassen (43. Sitzung des Hauptausschusses vom 18. Januar 1949, Protokoll S. 545). Dies stieß im Hauptausschuss jedoch auf heftigen Widerspruch. Gegen die Position von Theodor Heuss erwiderte u.a. der SPD-Abgeordnete Fritz Eberhard:

„Ich glaube durchaus, dass man weder die Demokratie noch den Frieden unter allen Umständen einfach durch ein Bekenntnis zur Kriegsdienstverweigerung verteidigen kann. Trotzdem bin ich gerade nach diesem furchtbaren Krieg und nach dem totalitären System dafür, einen solchen Absatz einzufügen. Herr Dr. Heuss, Sie sprachen von dem Massenverschleiß des Gewissens, den Sie befürchten. Ich glaube, wir haben hinter uns einen Massenschlaf des Gewissens. In diesem Massenschlaf des Gewissens haben die Deutschen zu Millionen gesagt: Befehl ist Befehl und haben getötet. Dieser Absatz kann eine große pädagogische Wirkung haben und wir hoffen, er wird sie haben. ... Darum glaube ich, gerade in dieser Situation nach dem Kriege und nach dem totalitären System, wo wir Schluss machen müssen mit der Auffassung ‚Befehl ist Befehl‘ - wenn wir nämlich Demokratie aufbauen wollen - ist dieser Satz angebracht.“

(vgl. Protokoll der Sitzung des Hauptausschusses vom 18. Januar 1949, S. 546; Lutz, a.a.O., S. 102 f.; Doemming/Fuesslein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR n.F. 1 <1951>, S. 78; Eberhard, a.a.O., S. 19 [23 f.]

Diese Position konnte sich schließlich durchsetzen. Der Streichungsantrag von Theodor Heuss wurde vom Hauptausschuss mit 15 gegen zwei Stimmen abgelehnt; der gesamte Artikel (Drs. 535) wurde mit 17 Stimmen am 18. Januar 1949 in zweiter Lesung des Hauptausschusses angenommen. Auch in der dritten Lesung am 8. Februar 1949 fand die Regelung im Hauptausschuss eine klare Mehrheit und wurde ohne Gegenstimmen gebilligt (Drs. 604; Protokoll S. 603, 613 f.). In der abschließenden vierten Lesung des Hauptausschusses am 5. Mai 1949 erhielt ein zunächst vom Abgeordneten Lehr (CDU) und weiteren Abgeordneten gestellter Antrag auf Streichung der vorgesehenen „KDV-Regelung“ (damals Art. 5 Abs. 5) keine Mehrheit. Die Vorschrift wurde nach einer abschließenden Erklärung des Abgeordneten Zinn (SPD) in der heute als Art. 4 Abs. 3 GG geltenden Fassung mit 13 gegen sieben Stimmen gebilligt (Protokoll S. 745 f.). In der 9. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949 wurde die Regelung dann bei der Gesamtabstimmung über Art. 4 GG als dessen Absatz 3 bei zwei Gegenstimmen verabschiedet.

Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass mit der Einfügung des Kriegsdienstverweigerungsrechts (Art. 4 Abs. 3 GG) niemand die Reichweite und den

Schutzumfang der in Art. 4 Abs. 1 GG verankerten Grundrechte einschränken wollte. Kein Abgeordneter äußerte sich in dieser Richtung. Die Verankerung des Kriegsdienstverweigerungsrechts erfolgte vor dem Hintergrund der schmerzlichen Erfahrungen aus der damals erst wenige Jahre zurückliegenden NS-Zeit. Der Verfassungsgeber war der Auffassung, die bloße Gewährleistung der „Freiheit des Gewissens“ reiche nicht aus, sondern müsse spezifiziert und damit verstärkt werden, um einen erneuten „Massenschlaf des Gewissens“ („Befehl ist Befehl“) verhindern zu helfen. Diese Entscheidung des Verfassungsgebers erfolgte vor dem Hintergrund, dass man - wie es in der Präambel zum Grundgesetz formuliert wurde - „von dem Willen beseelt“ war, „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“. Dementsprechend wurde nicht nur auf eine „völkerrechtsfreundliche“ Ausgestaltung des Grundgesetzes (vor allem in Art. 24 und 25) besonderer Wert gelegt, sondern in Art. 26 auch ein spezielles Verbot des Angriffskrieges und aller Handlungen verankert, die „geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören“. Der Verfassungsgeber knüpfte damit an entsprechende Regelungen in mehreren Länderverfassungen an, die - wie zum Beispiel die Hessische Verfassung - eine ausdrückliche „Ächtung des Krieges“ vorsahen. In länderverfassungsrechtlichen Regelungen und in den zu ihrer Konkretisierung vorgesehenen und ergangenen gesetzlichen Länder-Vorschriften war die explizite Gewährleistung des Rechts auf Kriegsdienstverweigerung an keine einschränkende, insbesondere nicht an die Voraussetzung einer Gewissensentscheidung geknüpft worden (vgl. etwa Art. 69 Abs. 1 der Hessischen Landesverfassung vom 18. Dezember 1946 und § 1 des vorgesehenen Ausführungsgesetzes; Art. 3 der Badischen Verfassung vom 22. Mai 1947 [„Kein badischer Staatsbürger darf zur Leistung militärischer Dienste gezwungen werden.“]; Bayerisches Gesetz Nr. 94 über Straffreiheit bei Kriegsdienstverweigerung vom 21. September 1947 <BayGVBl. S. 216> [„Kein Staatsbürger kann zu Militärdienst oder zur Teilnahme an Kriegshandlungen gezwungen werden. Aus der Geltendmachung dieses Rechts darf ihm kein Nachteil erwachsen.“]; Gesetz Nr. 1007 von Württemberg/Baden über die Kriegsdienstverweigerung vom 28. April 1940 <RegBl. S. 70> [„Niemand darf zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden.“] sowie Art. 21 Abs. 2 der Berliner Verfassung vom 1. September 1950 [„Jedermann hat das Recht, Kriegsdienste zu verweigern, ohne dass ihm Nachteile entstehen dürfen.“]).

Wenn im Parlamentarischen Rat - wie dargestellt - das Recht zur Kriegsdienstverweigerung demgegenüber an Gewissensgründe („Niemand darf gegen sein Gewissen ... gezwungen werden“) gebunden wurde, war damit keine Verminderung der grundrechtlichen Gewährleistung der allgemeinen Gewissensfreiheit in Art. 4 Abs. 1 GG intendiert. Es sollte nur ein - wie sich historisch gezeigt hatte - besonderer Gefährdungsbereich explizit unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt werden.

c) Das ergibt sich auch aus dem Regelungszusammenhang. Allein der Umstand, dass - ebenso wie in Art. 4 Abs. 1 GG - auch in Art. 4 Abs. 3 GG das Gewissen geschützt wird, führt nicht dazu, dass letztere Vorschrift gleichsam als abschließende Spezialvorschrift für den militärischen Bereich anzusehen ist, die der Grundnorm des Art. 4 Abs. 1 GG vorgeht. Auch an anderer Stelle des Grundgesetzes ist das „Gewissen“ noch Gegenstand einer weiteren speziellen Regelung: Abgeordnete des Deutschen Bundestages, die gemäß Art. 38 GG als „Vertreter des ganzen Volkes“, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind, sind „nur ihrem Gewissen unterworfen“. Art. 38 Abs. 1 GG lässt den Gewissensschutz nach Art. 4 Abs. 1 GG für den jeweils betroffenen Abgeordneten unberührt und schränkt ihn nicht ein, sondern entfaltet über ihn hinaus (negatorische) Wirkungen gegenüber jeglichen Versuchen, Abgeordnete an Aufträge und Weisungen zu binden oder sie bei ihrer Gewissensentscheidung zu beeinträchtigen. Erst recht verdrängt er in seinem Anwendungsbereich nicht das Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) jedes einzelnen Abgeordneten.

Vielmehr muss beachtet werden, dass der in Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG verankerte Normbefehl („Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden“) gegenüber Art. 4 Abs. 1 GG eine eigenständige Regelung mit einem eigenständigen Regelungsgehalt darstellt.

Dafür spricht schon, dass die Regelung im Nachgang zu Art. 4 Abs. 1 GG in das Grundgesetz aufgenommen wurde. Auch die in Satz 2 der Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG erfolgte Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers, hinsichtlich der Ausgestaltung des verfassungsrechtlich normierten Verbotes jeden Zwanges „zum Kriegsdienst mit der Waffe“ durch ein Bundesgesetz „das Nähere“ zu regeln, lässt erkennen, dass für den von Art. 4 Abs. 3 GG erfassten Normbereich eine spezifische

und damit eigenständige Regelung gelten sollte. Denn Art. 4 Abs. 1 GG enthält einen solchen Ausgestaltungsvorbehalt nicht. Dies heißt aber zugleich: Die Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG stellt eine den allgemeinen Schutz der „Freiheit des Gewissens“ ergänzende oder modifizierende „Sonderregelung“ nur insoweit dar, wie ihr Anwendungsbereich (Regelungsgehalt) reicht. Im Übrigen bleibt die allgemeine Regelung des Art. 4 Abs. 1 GG unberührt.

d) Dafür spricht auch der Regelungszweck. Regelungsgehalt des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG und des damit in engem Zusammenhang stehenden Art. 12a Abs. 2 GG ist das verfassungsrechtliche Verbot des Zwangs „zum Kriegsdienst mit der Waffe“. Der Begriff „Kriegsdienst mit der Waffe“ schließt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch den „Friedenswehrdienst“ mit ein, „da der Ersatzdienst ... gerade auch an die Stelle des Wehrdienstes im Frieden treten sollte“ (vgl. u.a. Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - <a.a.O. [56]>). Hiermit wird, so das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, verdeutlicht, dass Art. 4 Abs. 3 GG - nach Einführung der allgemeinen Wehrpflicht - „das Recht umfasst, den Dienst mit der Waffe schon im Frieden zu verweigern“; dies sei „sinnvoll - nicht nur, weil der Staat kein Interesse daran haben kann, Wehrpflichtige mit der Waffe auszubilden, die im Kriegsfall die Waffenführung verweigern werden, sondern auch vom Standpunkt des Einzelnen aus, dem eine Ausbildung nicht aufgezwungen werden darf, die einzig den Zweck hat, ihn zu einer Betätigung vorzubereiten, die er aus Gewissensgründen ablehnt“.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt Art. 4 Abs. 3 GG nach seinem Regelungsgehalt nur denjenigen, der aus Gewissensgründen den „Kriegsdienst mit der Waffe“ (und damit auch den „Friedenswehrdienst“) schlechthin ablehnt und verweigert (Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - <a.a.O. [56 f.]). Danach liegt „nur in der Vorstellung“, „mit - den jeweils zur Verwendung kommenden - Waffen Menschen im Kriege“ töten zu müssen, „nach dem Grundgesetz für den Einzelnen die schwere innere Belastung, die es rechtfertigt, seine ablehnende Gewissensentscheidung anzuerkennen, obwohl sie zur Verweigerung einer in Verfassung und Gesetz allgemein auferlegten staatsbürgerlichen Pflicht führt und damit - wenigstens vordergründig - zu den Interessen des Staates in Widerstreit tritt“. Der Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 3 GG bezieht sich damit auf

den „Bereich der Wehrpflicht“, also die zwangsweise Heranziehung zum „Kriegsdienst mit der Waffe“ und zum „Friedenswehrdienst“. Das in dieser Norm verankerte Recht zur Kriegsdienstverweigerung soll unter den im dazu ergangenen Bundesgesetz geregelten näheren Voraussetzungen gerade davon freistellen.

Aus dem Regelungszweck des Art. 4 Abs. 3 GG lässt sich jedoch nicht ableiten, dass Staatsbürgern, die den durch Gesetz begründeten Zwang zum „Kriegsdienst mit der Waffe“ nicht ablehnen, sondern sogar als Soldaten auf Zeit oder als Berufssoldaten freiwillig in die Bundeswehr eintreten und damit ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Kriegsdienst bejahen, die Möglichkeit einer Berufung auf ihr allgemeines, d.h. jeder Bürgerin und jedem Bürger zustehendes Grundrecht der unverletzlichen „Freiheit des Gewissens“ nach Art. 4 Abs. 1 GG genommen ist. Zwar können auch Soldaten im Sinne des Art. 4 Abs. 3 GG die Anerkennung der Berechtigung, den „Kriegsdienst mit der Waffe“ zu verweigern, beantragen (vgl. § 4 KDVG). Es geht dabei jedoch um die Erlangung des Status eines anerkannten Kriegsdienstverweigerers, der - so die ständige Rechtsprechung - nur von dem erlangt werden kann, der den „Kriegsdienst mit der Waffe“ schlechthin, also grundsätzlich in jedem und für jeden Krieg verweigert. Daraus kann weiterhin gefolgert werden: Wer zum Eintritt in die Bundeswehr bereit ist oder an seinem Verbleiben in der Bundeswehr als Soldat festhalten will, kann keinen Antrag nach Art. 4 Abs. 3 GG auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer (vgl. auch § 1 KDVG) stellen. Es wäre ein Widerspruch in sich. Auf Soldaten, die den „Kriegsdienst mit der Waffe“ nicht schlechthin ablehnen, sondern nach Begründung des Dienstverhältnisses ihre im Rahmen der Verfassung und Gesetze auferlegten Dienstpflichten innerhalb der Bundeswehr erfüllen wollen, bezieht sich die Regelung des Art. 4 Abs. 3 GG gerade nicht. Sie schützt in ihrer durch Gesetzgeber und Rechtsprechung erfolgten inhaltlichen Ausgestaltung eben nur vor der „in Verfassung und Gesetz allgemein auferlegten staatsbürgerlichen Pflicht“ (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - <a.a.O. [57]> sowie stRspr.) zum Wehrdienst. Das aber heißt zugleich: Soldaten gehen ihres nach Art. 4 Abs. 1 GG unverletzlichen Grundrechts auf „Freiheit des Gewissens“ nicht verlustig, wenn sie keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer stellen und Soldaten der Bundeswehr bleiben wollen. Auch Soldaten werden durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützt, und zwar immer dann, wenn sie - in der noch näher zu erörternden Weise - dartun

können, dass ihr Gewissen ihnen ein bestimmtes, von ihnen gefordertes Verhalten unbedingnt verbietet.

Insgesamt lässt sich der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen, dass Art. 4 Abs. 3 GG die Wirkungen der Gewissensfreiheit (nur) „im Bereich der Wehrpflicht“ abschließend regelt. Geht es dagegen im Einzelfall nicht um den Antrag eines Wehrpflichtigen, durch Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG von der allgemeinen Wehrpflicht befreit zu werden, sondern um die Berufung eines Soldaten auf seine „Freiheit des Gewissens“ nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem militärischen Befehl seines Vorgesetzten, liegt bislang keine einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor. In seiner - so weit ersichtlich - ersten Entscheidung zur Gewissensfreiheit hat es mit Beschluss vom 4. Oktober 1965 - 1 BvR 112/63 - <BVerfGE 19, 135> auf die Verfassungsbeschwerde eines anerkannten Kriegsdienstverweigerers, der der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas angehörte, entschieden, ein Ersatzdienstverweigerer könne sich gegenüber der Heranziehung zum Ersatzdienst nicht auf Art. 4 Abs. 1 GG berufen. Art. 4 Abs. 3 GG regle die Wirkungen der Gewissensfreiheit „im Bereich der Wehrpflicht“ abschließend <BVerfGE, a.a.O. [138]>. Zur Begründung hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts zum einen auf die o.a. eigene Entscheidung vom 20. Dezember 1960 verwiesen, in der sich allerdings keine nähere Begründung findet. In jener Entscheidung wird zwar das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) erwähnt; ein Vorrang der Gewährleistung des Grundrechts des Art. 4 Abs. 3 GG gegenüber dem Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 GG wird jedoch nicht einmal behauptet. Abgesehen davon ging es in der Entscheidung vom 4. Oktober 1965 lediglich um die Frage, ob unter Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG die Leistung von Ersatzdienst verweigert werden darf. Die Verneinung dieser Frage hat das Bundesverfassungsgericht letztlich mit folgender Erwägung begründet: Es sei davon auszugehen, dass Art. 4 Abs. 3 GG die Wirkungen der Gewissensfreiheit „im Bereich der Wehrpflicht abschließend“ regele; „anders wäre es nicht verständlich, dass Art. 4 Abs. 3 GG das Zwangsverbot ausdrücklich auf den ‚Kriegsdienst mit der Waffe‘ beschränkt. Es würde dem offensichtlichen Sinn dieser Regelung widersprechen, wenn man ein Verbot des Zwangs zum Kriegsdienst ‚ohne Waffe‘ unmittelbar aus Art. 4 Abs. 1 GG ableiten wollte. Umso weniger kann sich ein Wehrpflichtiger

gegenüber der Einberufung zum Ersatzdienst, der nicht einmal notwendig Kriegsdienst sein muss, auf Art. 4 Abs. 1 GG berufen“.

Es bedarf hier keiner näheren Prüfung der Frage, ob diese Entscheidung vom 4. Oktober 1965, die im Fachschrifttum (Anm. von Adolf Arndt, NJW 1965, 2195 f.) auf erhebliche Kritik gestoßen ist, der in Art. 4 Abs. 1 GG verankerten Gewährleistung der Gewissensfreiheit hinreichend gerecht wird. Denn dies ist im vorliegenden Falle nicht entscheidungserheblich, weil es nicht um die Verweigerung des Ersatzdienstes geht. Die angeführte Entscheidung verdeutlicht aber jedenfalls, dass das Bundesverfassungsgericht den - insoweit abschließenden - Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 3 GG auf den „Bereich der Wehrpflicht“ bezieht. Ferner ist festzuhalten: Zur Frage der Wirkungen des Grundrechts der Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber militärischen Befehlen, die Soldaten im dienstlichen Bereich erteilt werden, verhält sie sich nicht. Sie bezieht sich allein auf einen Ersatzdienstverweigerer.

Auch im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. März 1968 - 1 BvR 579/67 - <BVerfGE 23, 127> ging es allein um die Verweigerung des zivilen Ersatzdienstes. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei entschieden, dass „das Grundrecht der Gewissensfreiheit zur Verweigerung des zivilen Ersatzdienstes nicht berechtigt“. Gegenüber der an seiner früheren Entscheidung geäußerten Kritik hat es bekräftigt, Art. 4 Abs. 3 GG konkretisiere und beschränke „für den Fall der Wehrpflicht“ abschließend die Reichweite der freien Gewissensentscheidung (ebd. [132]). Dies ergebe sich aus Art. 12 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GG (in der damaligen Fassung), die sich unmittelbar an Art. 4 Abs. 3 GG sachlich angeschlossen, ohne diesen in irgendeiner Weise einzuschränken. Deshalb versage „gegenüber der Bestrafung wegen Ersatzdienstverweigerung“ die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG (ebd. [132]).

In einer weiteren Entscheidung vom 26. Mai 1970 - 1 BvR 83/69 u.a. - (BVerfGE 28, 243) hat es dann in mehreren Fällen, in denen die wehrpflichtigen Beschwerdeführer nach erfolgtem Dienstantritt Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer gestellt, die weitere militärische Dienstleistung mit der Waffe jedoch abgelehnt hatten, die Verfassungsbeschwerden der Betroffenen zurückgewiesen. Es führte dabei aus, die Bewertung des Verhaltens der Betroffenen als Dienstvergehen verstoße nicht gegen die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 3, Art. 1 Abs. 1 oder Art. 2 Abs. 1 GG,

so lange über ihren Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer noch nicht rechtskräftig entschieden worden sei und sie als Soldaten in dieser Zeit eine von ihnen geforderte militärische Dienstleistung verweigert hätten. Es sei nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber der Anerkennung von Kriegsdienstverweigerern ein gesetzlich geregeltes Verfahren vorweg schalte. Allerdings lasse der Wortlaut des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG - für sich allein betrachtet - keinen Raum für eine Interpretation, die die Wirksamkeit des Kriegsdienstverweigerungsrechts bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Anerkennung hinausschiebe. Jedoch stehe „dem Interesse des noch nicht anerkannten Kriegsdienstverweigerers“ die „Notwendigkeit eines ungestörten Dienstbetriebes der Bundeswehr bis zur endgültigen Entscheidung über die Anerkennung sowie das Bedürfnis nach Aufrechterhaltung der Disziplin“ gegenüber (ebd. [261]). Diese „für das Fortbestehen der Dienstpflicht bis zur Anerkennung sprechenden Gesichtspunkte“ könnten allerdings das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung „nicht völlig zurückdrängen“. In Betracht komme deshalb „nur eine Zurückdrängung des Grundrechts in einzelnen Beziehungen, die seinen Grundwertgehalt nicht“ antasteten. Die vorläufig aufrechterhaltene Dienstbeanspruchung für die Dauer des Anerkennungsverfahrens sei mit Sinn und Inhalt des gewährten Grundrechts vereinbar, weil diese Inanspruchnahme den Kern der Kriegsdienstverweigerung unberührt lasse und eine vorläufige weitere Dienstleistung dem Soldaten deshalb zugemutet werden könne. Zentraler Zweck des Art. 4 Abs. 3 GG sei es, die Gewissensposition gegen den Kriegsdienst mit der Waffe zu schützen und den Kriegsdienstverweigerer vor dem Zwang zu bewahren, töten zu müssen. Dieser Zwang trete „im Frieden grundsätzlich nicht so unmittelbar an den Soldaten heran wie im Kriege“. Zumutbar sei dem Soldaten diese vorläufige Dienstleistung auch deshalb, weil „die Befreiung von der allgemeinen Wehrpflicht“ ein Ausdruck des Toleranzprinzips sei, dem auch das Verhalten des Berechtigten entsprechen müsse, wenn es sich nicht um den Kernbereich seiner Freiheit handele, sondern „um formale Randpositionen“. Ein Kriegsdienstverweigerer werde durch das Verlangen, im Frieden bis zur rechtskräftigen Anerkennung Waffendienst zu leisten, nicht gezwungen, entgegen seiner Gewissensüberzeugung in einer Kriegshandlung einen anderen töten zu müssen. Es sei ihm deshalb zuzumuten, für eine kurze Übergangszeit den bisher geleisteten Dienst noch fortzusetzen (ebd. [262]). „Ob und inwieweit diese Maßstäbe im Kriegsfall im Hinblick auf die dann bestehenden außergewöhnlichen Verhältnisse zu modifizieren“ seien, ließ das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offen (ebd. [263]). Ein Ver-

stoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG sei nicht ersichtlich. Eine Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verneinte es mit der Erwägung, die „Voraussetzungen für eine Befreiung von der Dienstpflicht aus Gewissensgründen“ seien in Art. 4 Abs. 3 GG als einer Spezialnorm „abschließend geregelt“. Daneben komme eine Berufung auf das allgemeine Grundrecht der Handlungsfreiheit nicht in Betracht (ebd. [264]). Ausführungen zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 3 zu Art. 4 Abs. 1 GG finden sich in dieser Entscheidung nicht.

Auch in seiner weiteren Entscheidung vom 13. April 1978 - 2 BvF 1/77 u.a. - (BVerfGE 48, 127) hat sich das Bundesverfassungsgericht zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 3 zu Art. 4 Abs. 1 GG nicht geäußert. In dieser Entscheidung ging es ebenfalls nicht um die Berufung eines Soldaten auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG, sondern allein um die Reichweite des Art. 4 Abs. 3 GG gegenüber der im Wehrpflichtgesetz verankerten allgemeinen Wehrpflicht. Die Entscheidung erging in einem Verfahren, in dem Mitglieder des Deutschen Bundestages sowie mehrere Landesregierungen gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, § 76 Nr. 1 BVerfGG beantragt hatten, im Wege der abstrakten Normenkontrolle das Wehrpflichtänderungsgesetz vom 13. Juli 1977 („Postkarten-Novelle“) für verfassungswidrig zu erklären. Über die Berufung eines Soldaten auf sein Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber ihm erteilten militärischen Befehlen seiner Vorgesetzten war nicht zu entscheiden.

Gleiches gilt auch für die weitere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. April 1985 - 2 BvF 2/83 u.a. - (BVerfGE 69, 1), die Normenkontrollanträge gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, § 76 Nr. 1 BVerfGG der Bundesländer Bremen, Hamburg, Hessen und Nordrhein-Westfalen sowie von Mitgliedern des Deutschen Bundestages gegen das Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetz vom 28. Februar 1983 betraf. Auch darin ging es zentral um die Frage, ob die vom Gesetzgeber getroffene Neuregelung des Kriegsdienstverweigerungsrechts mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Grundrechts des Art. 4 Abs. 3 GG vereinbar war, was das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis im Wesentlichen bejahte. Im Rahmen dieser Prüfung führte es aus, es verstoße nicht gegen Art. 4 Abs. 1 GG, dass auch diejenigen Kriegsdienstverweigerer, die zu einer Glaubensgemeinschaft gehörten, deren Glaubensgrundsätze die Verweigerung des Kriegsdienstes mit um-

fassten, und deren Gewissensentscheidung gegen den Kriegsdienst mit der Waffe daher offenkundig erschien, verpflichtet seien, den verlängerten Zivildienst zu leisten und ein Prüfverfahren zu durchlaufen. Wie alle anderen, die sich auf das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 3 GG beriefen und damit die Freistellung von der Verpflichtung, „Wehrdienst zu leisten“, beehrten, hätten auch sie die Last der Darlegung der von ihnen getroffenen Gewissensentscheidung. Das Grundrecht der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) stelle sie von dieser Last im Kriegsdienstverweigerungsverfahren nicht frei.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 4 Abs. 3 GG wird eine „situative“ oder „situationsbedingte“ Kriegsdienstverweigerung und damit eine Anerkennung eines Wehrpflichtigen als Kriegsdienstverweigerer, der den Waffendienst nicht schlechthin, sondern lediglich die Teilnahme an bestimmten Kriegen ablehnt, nicht durch Art. 4 Abs. 3 GG geschützt (vgl. u.a. Urteil vom 5. März 1986 - BVerwG 6 C 34.84 - <BVerwGE 74, 72 [74] = Buchholz 448.6 § 1 KDVG Nr. 7 = NVwZ 1986, 752 = DVBl 1986, 1104> m.w.N.).

Ungeachtet der Frage, ob die in der Öffentlichkeit und im Fachschrifttum gegenüber der bisherigen Ablehnung der Anerkennung einer „situationsbedingten“ Kriegsdienstverweigerung nach Art. 4 Abs. 3 GG vorgebrachten Bedenken (vgl. dazu u.a. Adolf Arndt, NJW 1968, 979; Heinemann, NJW 1961, 355 f.; R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts, 1986, S. 352 ff.) berechtigt sind oder nicht, ändert dies nichts daran, dass der Fall des Antrags auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach Art. 4 Abs. 3 GG und damit der Freistellung von der Wehrpflicht strikt von dem Fall der Berufung eines Soldaten auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl zu unterscheiden ist. Denn ein Soldat, der sich auf das Grundrecht des Art. 4 Abs. 1 GG beruft, will gerade nicht von seiner Wehrpflicht befreit und nicht als Kriegsdienstverweigerer anerkannt werden. Vielmehr geht es ihm darum, in seinem fortbestehenden Dienstverhältnis im konkreten Einzelfall sein Grundrecht auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) in Anspruch zu nehmen. Dass „unter Umständen im Konflikt mit anderen Verfassungsbestimmungen“ in einer konkreten Lage, in der es innerlich unabweisbar wird, sich zu entscheiden, dem Grundrecht der Freiheit des Gewissens nach Art. 4 Abs. 1 GG gegenüber einem Befehl das größere Gewicht zu-

kommen kann mit der Folge, dass der Befehl (z.B. zum Einsatz von Waffen) „unverbindlich ist“, hat der erkennende Senat in den zahlreichen oben angeführten Entscheidungen und damit in gefestigter Rechtsprechung wiederholt bestätigt. Daran hält der Senat fest. Wie oben eingangs dargelegt, entspricht ein solches Verständnis des Verhältnisses von Art. 4 Abs. 1 zu Art. 4 Abs. 3 GG insbesondere auch der Entstehungsgeschichte und dem Regelungszusammenhang der beiden Grundrechte. Denn dem Verfassungsgeber kam es ersichtlich darauf an, neben der im Parlamentarischen Rat gänzlich unbestrittenen Gewährleistung des Grundrechts der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG durch die ausdrückliche Normierung eines Rechts zur Kriegsdienstverweigerung in Art. 4 Abs. 3 GG die Gewissensfreiheit zu stärken und für einen speziellen Bereich zu konkretisieren, nicht jedoch die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleistete Gewissensfreiheit einzuschränken.

Im Übrigen folgt zudem, wie oben in anderem Zusammenhang dargelegt, auch aus Art. 17a GG, dass (auch) bei Soldaten das Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG nicht einmal durch Gesetz eingeschränkt werden darf. Dies ist auch konsequent, da das Grundgesetz nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde als höchsten Rechtswert“ ansieht und „folgegerecht in Art. 4 Abs. 1 GG die Freiheit des Gewissens und seiner Entscheidungen, in denen sich die autonome sittliche Persönlichkeit unmittelbar ausspricht, als ‚unverletzlich‘ anerkannt“ hat (vgl. u.a. Beschluss vom 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - <a.a.O. [53 f.]>).

4.1.4 Gewissensentscheidung des Soldaten

Eine Gewissensentscheidung des Soldaten im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG lag hier vor. Namentlich handelte es sich um eine ernste sittliche, also an den Kriterien von „Gut“ und „Böse“ orientierte Entscheidung, die der Soldat in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfuhr, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln konnte. Das ergibt sich sowohl aus dem konkreten Kontext des Handelns des Soldaten (dazu Nr. 4.1.4.1) als auch aus seiner nachvollziehbaren glaubhaften Darlegung von Umständen, die auf die Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der geltend gemachten Gewissensentscheidung,

namentlich auch auf die Glaubwürdigkeit seiner Persönlichkeit und seine Bereitschaft zur Konsequenz schließen lassen (dazu Nr. 4.1.4.2).

4.1.4.1 Die vom Soldaten am 7. April 2003 konkret getroffene Gewissensentscheidung fand in einem Kontext statt, der von auch für einen - zum Waffeneinsatz in einem Krieg grundsätzlich (nach wie vor) bereiten - Berufssoldaten besonderen Umständen bestimmt und geprägt war. Diese Situation hat der Soldat weder vordergründig und leichtfertig angenommen noch bewusst herbeigeführt.

Hintergrund und Anstoß für sein Handeln war der von den Regierungen der USA und des UK am 20. März 2003 ausgelöste Krieg gegen den Irak, der auch ungeachtet der im Zuge der Kampfhandlungen erfolgten militärischen Besetzung des Landes bis heute andauert. Gegen diesen Krieg bestanden und bestehen gravierende völkerrechtliche Bedenken (dazu 4.1.4.1.1), die sich der Soldat der Sache nach zu eigen machte. Im Zusammenhang mit diesem Krieg erbrachte die Regierung der Bundesrepublik Deutschland konkrete Unterstützungsleistungen zugunsten der Streitkräfte der USA und des UK, die ebenfalls gravierenden völkerrechtlichen Bedenken ausgesetzt waren und schwere Gewissenskonflikte beim Soldaten auslösten (dazu 4.1.4.1.2). Von den diesbezüglichen Anforderungen des Völkerrechts war die Bundesrepublik Deutschland nicht durch NATO-Vertrag oder andere Abkommen mit NATO-Vertragspartnern freigestellt (dazu 4.1.4.1.3). Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen war zum hier maßgeblichen Zeitpunkt des dem Soldaten vorgeworfenen Dienstvergehens am 7. April 2003 jedenfalls nicht auszuschließen, dass das IT-Projekt SASPF, an dem dieser im Rahmen der mit seinem damaligen Dienstposten verbundenen Aufgaben im S. verantwortlich mitarbeitete, auch für diese Unterstützungsleistungen in dem Krieg gegen den Irak zugunsten der dort agierenden Streitkräfte von Relevanz sein konnte, was im konkreten Fall als Grundlage für eine von Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Gewissensentscheidung des Soldaten hinreichend war (dazu 4.1.4.1.4). Angesichts dessen kann im vorliegenden Verfahren letztlich offen bleiben, ob die vom Soldaten mit den beiden Befehlen vom 7. April 2003 geforderten Dienstleistungen im Rahmen des IT-Projekts SASPF auch tatsächlich - wie von ihm befürchtet und von seinem Vorgesetzten, dem Zeugen M., als möglich bezeichnet - einen kausalen Beitrag zur Unterstützung und Förderung des seit dem 20. März 2003 geführten Krieges der USA und ihrer Verbündeten gegen den Irak

erbracht hätten. Denn bereits eine solche ernsthafte Möglichkeit reichte als Kontext der vom Soldaten geltend gemachten schweren Gewissensbelastungen aus.

4.1.4.1.1 Gegen die von den Regierungen der USA und des UK am 20. März 2003 eingeleiteten offensiven militärischen Kampfhandlungen gegen den Irak bestanden bereits damals gravierende rechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gewaltverbot der UN-Charta und das sonstige geltende Völkerrecht.

Grundsätzlich ist nach Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta „jede“ Androhung und Anwendung militärischer Gewalt gegen einen anderen Staat völkerrechtswidrig. Dieses strikte Gewaltverbot ist nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs (vgl. u.a. „Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua“ <ICJ Reports 1996, S. 14, 97 ff., Ziff. 183 ff.>) zugleich Bestandteil des völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts und wird zum „ius cogens“ gerechnet (vgl. dazu u.a. Heintschel von Heinegg in Knut Ipsen <Hrsg.>, Völkerrecht, a.a.O., § 15 RNr. 53 ff. [59]; Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, 1992, S. 228 f. m.w.N.). Es verpflichtet alle Staaten unmittelbar, und zwar unabhängig davon, ob sie Mitglied der Vereinten Nationen sind oder nicht. Damit gehört das Gewaltverbot auch nach Art. 25 GG zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“, die nach dieser Verfassungsnorm „Bestandteil des Bundesrechts“ sind, den innerstaatlichen Gesetzen „vorgehen“ sowie „Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes erzeugen“.

Militärische Gewalt darf gegen den Willen des davon betroffenen Staates unter der Geltung der UN-Charta - ausnahmsweise - angewandt werden, nämlich nur wenn ein völkerrechtlicher Rechtfertigungsgrund dies im Einzelfall erlaubt.

Die UN-Charta sieht lediglich zwei solcher Rechtfertigungsgründe vor. Zum einen kann der UN-Sicherheitsrat nach gemäß Art. 39 UN-Charta erfolgter förmlicher Feststellung einer „Aggression“, eines „Friedensbruches“ oder zumindest einer „Friedensgefährdung“ die Anwendung militärischer Maßnahmen beschließen und entweder diese in eigener Verantwortung durchführen (Art. 42, 43 UN-Charta) oder aber hierzu andere Staaten (Art. 48 UN-Charta) oder ein „regionales System“ (Art. 53 UN-Charta) ermächtigen. Die Anwendung militärischer Gewalt ist ferner auch dann erlaubt, wenn ein Staat allein oder im Zusammenwirken mit seinen Verbündeten das

Selbstverteidigungsrecht nach Maßgabe des Art. 51 UN-Charta wahrzunehmen berechtigt ist.

Ein Staat, der sich - aus welchen Gründen auch immer - ohne einen solchen Rechtfertigungsgrund über das völkerrechtliche Gewaltverbot der UN-Charta hinwegsetzt und zur militärischen Gewalt greift, handelt völkerrechtswidrig. Er begeht eine militärische Aggression.

a) Für einen Krieg gegen den Irak konnten sich die Regierungen der USA und des UK entgegen der von ihnen bei Beginn der Kampfhandlungen in förmlichen diplomatischen Noten an den UN-Sicherheitsrat zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung(en) auf keine sie ermächtigende Resolution(en) des UN-Sicherheitsrates nach Art. 39 und 42 UN-Charta stützen. In diesen Noten haben sich die Regierung der USA am 21. März 2003 (UN Doc.S/2003/351) ausschließlich und die Regierung des UK (UN Doc.S/2003/350) maßgeblich zwar auf die vom UN-Sicherheitsrat nach der im Jahre 1990 durch irakische Streitkräfte erfolgten militärischen Besetzung Kuwaits verabschiedeten Resolutionen 678 (1990) und 687 (1991) berufen (vgl. Bothe, Archiv des Völkerrechts <AVR> 2003, 255 [259 f.]). Diese stellten jedoch im Frühjahr 2003 keine völkerrechtlich wirksame Ermächtigungsgrundlage für militärische Kampfhandlungen gegen den Irak dar.

Die UN-Resolution 678 vom 29. November 1990, mit der die Verbündeten Kuwaits seinerzeit vom UN-Sicherheitsrat autorisiert worden waren, „alle erforderlichen Mittel“ (einschließlich militärischer) einzusetzen, um Kuwait von den damals einmarschierenden irakischen Truppen zu befreien, kam für die militärischen Kampfhandlungen der USA und ihrer Verbündeten gegen den Irak im Frühjahr 2003 - und damit mehr als ein Jahrzehnt später - als Ermächtigungsgrundlage nicht mehr in Betracht (vgl. dazu u.a. Bothe, AVR 2003, 255 [263 f.] m.w.N.). Denn das Ziel jener Ermächtigung aus dem Jahre 1990, nämlich die Vertreibung der irakischen Aggressoren aus Kuwait, war bereits im Jahre 1990/91 erreicht worden. Sie war damit gegenstandslos geworden und schied folglich als eine Ermächtigung für den Einsatz militärischer Gewalt im Jahre 2003 aus. Zudem waren 1990/91 weder die USA noch ihre Verbündeten autorisiert worden, das Regime von Saddam Hussein im Irak mit militärischen Mitteln zu stürzen, zu entwaffnen und einen politischen Systemwechsel herbeizuführen, was

aber die erklärten oder jedenfalls nachträglich eingeräumten Ziele des im Frühjahr 2003 begonnenen Krieges waren.

Die des Weiteren von den Regierungen der USA und des UK in ihren zu Beginn der militärischen Kampfhandlungen gegen den Irak an den UN-Sicherheitsrat versandten Noten (UN Doc.S/2003/351 und UN Doc.S/2003/350) herangezogene Resolution 687 (1991) vom 3. April 1991 über den Abschluss eines Waffenstillstandes mit dem Irak kam im Frühjahr 2003 als Ermächtigungsgrundlage für den Krieg ebenfalls nicht mehr in Betracht. Die umfangreiche Resolution enthielt seinerzeit zahlreiche Bedingungen einer förmlichen Feuereinstellung („cease-fire“) zwischen Irak und Kuwait und den mit Kuwait kooperierenden UN-Mitgliedsstaaten. Zunächst wurde im Text auf die früheren vom UN-Sicherheitsrat verabschiedeten Resolutionen Bezug genommen und festgestellt, dass Kuwait seine Souveränität, Unabhängigkeit und territoriale Integrität zurückerhalten hat und dass seine Regierung zurückgekehrt ist. Andererseits wurden damals dem Irak für den Fall eines weiteren Einsatzes gasförmiger oder bakteriologischer Waffen "ernste Konsequenzen" angedroht. In Abschnitt C der Resolution wurden die Verpflichtungen des Irak bezüglich seiner Kampfstoffbestände, Subsysteme und Komponenten sowie aller Forschungs-, Entwicklungs-, Unterstützungs- und Produktionseinrichtungen festgehalten. In Nr. 32 der Resolution verlangte der UN-Sicherheitsrat, „dass Irak dem Sicherheitsrat mitteilt, dass es Handlungen des internationalen Terrorismus weder begehen noch unterstützen wird und dass es Organisationen, deren Ziel die Begehung derartiger Handlungen ist, nicht gestatten wird, auf seinem Hoheitsgebiet zu operieren, und dass es alle terroristischen Handlungen, Methoden und Praktiken unmissverständlich verurteilt und davon Abstand nimmt“. In Nr. 33 der Resolution erklärte der UN-Sicherheitsrat damals, „dass, sobald Irak dem Generalsekretär und dem Sicherheitsrat offiziell die Annahme der vorstehenden Bestimmungen notifiziert, eine formelle Feuereinstellung zwischen dem Irak und Kuwait und den mit Kuwait gemäß Resolution 678 (1990) kooperierenden Mitgliedsstaaten in Kraft tritt“. In Übereinstimmung damit stellte der UN-Sicherheitsrat in der von ihm am 15. August 1991 beschlossenen weiteren Resolution 707 (1991) fest, dass in Anbetracht der daraufhin erfolgten schriftlichen Zustimmung des Irak dazu, die Resolution 687 (1991) vollinhaltlich durchzuführen, die in Nr. 33 der genannten Resolution gestellten Vorbedingungen für eine Waffenruhe („cease-fire“) erfüllt worden waren. Obwohl der UN-Sicherheitsrat in der Resolution

707 (1991) zahlreiche Verstöße des Irak gegen die Resolution 687 (1991) feststellte, sah er davon ab, die Waffenruhe aufzuheben. Auch eine spätere Aufhebung dieser rechtswirksam zustande gekommenen Waffenruhe ist nicht erfolgt. Der Anspruch einzelner Staaten, ungeachtet dessen eigenständig über eine Aufkündigung dieser Waffenruhe zu entscheiden, stand mithin schon deshalb dazu in Widerspruch. Er widersprach ferner der in der Resolution 687 (1991) vom UN-Sicherheitsrat getroffenen Feststellung, im UN-Sicherheitsrat selbst über weitere Schritte zu entscheiden. Für die - ungeachtet der 1991 rechtswirksam zustande gekommenen Waffenruhe - am 20. März 2003 erfolgte Aufnahme militärischer Kampfhandlungen gegen den Irak durch die USA und ihre Verbündeten ohne vorhergehende Ermächtigung durch den UN-Sicherheitsrat stellten die angeführten UN-Resolutionen keinen Rechtfertigungsgrund dar (im Ergebnis ebenso u.a. Ausarbeitung für die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 2. Januar 2003, in Ambos/Arnold <Hrsg.>, a.a.O. S. 224 [227 f.]; Bothe, AVR 2003, 255 [263 f.]).

Dies gilt auch für die - nach der 1991 erfolgten Beendigung des Krieges des Irak gegen Kuwait - in der Folgezeit vom UN-Sicherheitsrat damals verabschiedeten Resolutionen 688 (1991) vom 5. April 1991, 707 (1991) vom 15. August 1991, 715 (1991) vom 11. Oktober 1991, 986 (1995) vom 14. April 1995 und 1284 (1999) vom 17. Dezember 1999. Soweit der UN-Sicherheitsrat diese Resolutionen über die Einsetzung und Entsendung eines UN-Inspektionsteams (UNSCOM und seit 1999 UNMOVIC) zum Aufspüren und Vernichten möglicher im Irak vorhandener atomarer, biologischer und chemischer Waffensysteme verabschiedete, ermächtigten diese gerade nicht zur Anwendung militärischer Gewalt gegen den Irak. Sie sahen weder vor, dass die Kooperation mit dem UN-Inspektionsteam durch militärische Mittel erzwungen, noch dass gar das Regime von Saddam Hussein durch Krieg gestürzt werden sollte. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut der genannten Resolutionen und bedarf keiner weiteren Begründung.

Auch alle weiteren in der Folgezeit vom UN-Sicherheitsrat zum Irak-Konflikt gefassten Resolutionen enthielten keine Autorisierung eines kriegerischen Vorgehens der Regierung der USA und ihrer Verbündeten gegen den Irak (so auch Ausarbeitung für die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 2. Januar 2003, a.a.O. [S. 228 ff.]; Bothe, AVR 2003, 255 [264 ff.]; Murswiek, NJW 2003, 1014

[1015 f.]; Bruha in Lutz/Gießmann <Hrsg.>, Die Stärke des Rechts gegen das Recht des Stärkeren, 2003, S. 289 ff. sowie auf der Internetseite der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen e.V., www.dgvn.de/publikationen). Dies gilt insbesondere für die nach wochenlangen Verhandlungen am 8. November 2002 vom UN-Sicherheitsrat einstimmig verabschiedete Resolution 1441 (2002) (Originaltext in englischer Sprache in: www.un.org/doc; deutsche Übersetzung in: VN 2002, 232 f.). Diese legte zwar ein relativ präzises inhaltliches und zeitliches Regime für die an die irakische Regierung gerichteten Forderungen sowie die Grundsätze für die Arbeit der Inspektionsteams der UNMOVIC und der Internationalen Atomenergiebehörde (IAEA) fest, das spätestens 45 Tage nach Verabschiedung der UN-Resolution, mithin spätestens am 23. Dezember 2002 mit seiner Tätigkeit im Irak beginnen und diese weitere 60 Tage später, also spätestens bis zum 21. Februar 2003 mit einem Bericht an den UN-Sicherheitsrat abschließen sollte. Für den Fall, dass die irakischen Stellen mit den Inspektionsteams nicht in vollem Maße zur Implementation der Resolution kooperieren oder diese in irgendeiner Weise behindern sollten, wurden der Vorsitzende der UNMOVIC, Hans Blix, und der Generaldirektor der IAEA, Mohamed El-Baradei, angewiesen, hierüber dem UN-Sicherheitsrat unverzüglich zu berichten, damit dieser über die entstandene Situation beraten konnte, um „international peace and security“ zu sichern. Welche Entscheidungen der UN-Sicherheitsrat in einer solchen Situation dann fassen würde, wurde offen gelassen. Der UN-Sicherheitsrat rief in Nr. 13 dieser Resolution jedoch in Erinnerung, dass er in der Vergangenheit den Irak wiederholt gewarnt habe, und drohte, dass der Irak mit „ernsthaften Konsequenzen“ („serious consequences as a result of its continued violations of its obligations“) rechnen müsse. Worin diese „serious consequences“ bestehen würden, konkretisierte er nicht. Nach wochenlangen Beratungen brachte der UN-Sicherheitsrat in dieser Resolution 1441 (2002) in Nr. 14 selbst jedoch unmissverständlich zum Ausdruck, dass er (auch nach ihrer Verabschiedung) mit der Angelegenheit befasst bleiben werde. Er stellte damit der Sache nach klar, dass er nicht bereit war, die Angelegenheit aus der Hand zu geben, sondern - wie in der UN-Charta vorgesehen - (auch) künftig selbst darüber entscheiden wollte, welche Konsequenzen aus einem Fehlverhalten des Irak im Zusammenhang mit der Durchsetzung der einschlägigen UN-Resolution(en) gezogen werden sollten. Mit dieser Resolution 1441 (2002) und insbesondere mit der in Nr. 13 gewählten Formulierung („serious consequences“) sprach er mithin letztlich „lediglich“ eine nicht näher bestimmte Warnung aus, nahm

jedoch bewusst davon Abstand, die von den Regierungen der USA und des UK angestrebte Gewaltanwendung zu billigen oder sonstwie zu legitimieren. Nur wenn der UN-Sicherheitsrat ausweislich des Resolutionstextes - innerhalb der von der UN-Charta gezogenen Grenzen - eine Gewaltanwendung positiv gebilligt hätte, wären militärische Gewaltmaßnahmen gegen den Irak nach der UN-Charta zulässig gewesen. Ein diesbezügliches „Schweigen“ oder Offenlassen der Art der angedrohten „ernsthaften Konsequenzen“ reichte als Ermächtigungsgrundlage nicht aus. Denn grundsätzlich sind nach Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta „jede“ Androhung und Anwendung militärischer Gewalt gegen einen anderen Staat völkerrechtswidrig, so lange nicht der UN-Sicherheitsrat nach Maßgabe der UN-Charta Gegenteiliges hinsichtlich der Anwendung (und der Androhung) von Gewalt beschlossen hat oder der Ausnahmefall des Selbstverteidigungsrechts nach Art. 51 UN-Charta vorliegt. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Vertreter der USA und des UK hätten im UN-Sicherheitsrat dann nicht für die schließlich verabschiedete Fassung der Resolution 1441 (2002) gestimmt, wenn sie in den darin gefundenen Formelkompromissen nicht zumindest soviel Interpretationsspielraum gesehen hätten, dass auch ihre Einschätzung einer erfolgten Ermächtigung zum Krieg gegen den Irak zumindest vertretbar wäre. Für die Ermittlung dessen, was der UN-Sicherheitsrat in einer solchen Resolution beschlossen hat, ist aber nicht entscheidend, was sich Regierungsbeauftragte bei der Beratung und Beschlussfassung im UN-Sicherheitsrat „gedacht“ haben. Vielmehr kommt es darauf an, was im Text der verabschiedeten Resolution seinen Niederschlag gefunden hat. Fehlt es daran, mangelt es insoweit an einer entsprechenden Beschlussfassung. Mentalreservationen von Regierungsbeauftragten oder ihrer Auftraggeber sind völkerrechtlich insoweit nicht maßgeblich. Wie der Text der Resolution 1441 (2002) ausweist, ist eine Ausnahme vom grundsätzlichen Gewaltanwendungsverbot vom UN-Sicherheitsrat gerade nicht beschlossen worden. Von einer Ermächtigung oder Autorisierung irgendeiner Regierung oder eines Staates zur Gewaltanwendung nach Kapitel VII der UN-Charta ist an keiner Stelle die Rede. Der Begriff „Autorisierung“ („authorization“) taucht im Resolutionstext in diesem Zusammenhang nicht einmal auf. Der Versuch der Regierungen der USA, des UK und des Königreichs Spanien, durch eine weitere Resolution später dann unmittelbar vor Kriegsbeginn doch noch eine Ermächtigung für die Anwendung militärischer Mittel zu erreichen, fand im UN-Sicherheitsrat keine Mehrheit. Um eine Abstimmungs-niederlage zu vermeiden, wurde der entsprechende Resolutionsentwurf zurückgezogen.

b) Für die im Frühjahr 2003 begonnenen militärischen Kampfhandlungen gegen den Irak konnten sich die Regierungen der USA und ihrer Verbündeten auch nicht auf Art. 51 UN-Charta berufen.

Art. 51 UN-Charta gewährt nach seinem Wortlaut lediglich „im Falle eines bewaffneten Angriffs“ (in der englischen Fassung: „if an armed attack occurs“, die insoweit von den nach Art. 111 UN-Charta gleichermaßen maßgeblichen anderen vier Vertragssprachen keine Abweichungen aufweist) das naturgegebene Recht („inherent right“) zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung, bis der UN-Sicherheitsrat die zur Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Auch wenn hinsichtlich der Reichweite und der Grenzen dieses Selbstverteidigungsrechts eine Vielzahl von Zweifelsfragen besteht, greift es jedenfalls allein „im Falle“ eines „bewaffneten Angriffs“ ein. Die Anwendung von Waffengewalt muss durch den Angreifer bereits erfolgt sein oder erfolgen, ehe militärische Verteidigungsschläge zulässig sind.

Allerdings besteht bislang keine hinreichende Klarheit darüber, von welchem Zeitpunkt an ein „bewaffneter Angriff“ („armed attack“) im Sinne des Art. 51 UN-Charta vorliegt (vgl. dazu die Einzelnachweise zum Meinungsstand im in- und ausländischen Fachschrifttum bei Nolte in Ambos/Arnold <Hrsg.>, a.a.O., S. 303 [306 f.]; Bothe in: Graf Vitzthum <Hrsg.>, Völkerrecht, 2. Aufl. 2001, 8. Abschn., RNr. 9; Breitwieser, NZWehrr 2005, 45 [56 ff.]).

Von den Regierungen einzelner Staaten ist wiederholt unter Berufung auf Art. 51 UN-Charta oder Völkergewohnheitsrecht auch eine so genannte „präventive Selbstverteidigung“ in Anspruch genommen worden. Dabei wurde argumentiert, angesichts des erreichten Entwicklungsstandes und der Zerstörungskraft moderner Waffen sowie der kurzen Vorwarnzeiten sei es nicht angezeigt zu erwarten, dass Staaten zunächst ihre drohende Verwüstung bereits durch den ersten Waffeneinsatz des Gegners „abwarten“ müssten, bevor sie selbst militärisch tätig würden. Dies ist jedoch umstritten geblieben (vgl. dazu einerseits Randelzhofer in Simma <Hrsg.>, Charta der Vereinten Nationen, 1. Aufl. 1991, Art. 51 RNr. 9 bis 14 sowie 34; ders. in Simma <Hrsg.>, The Charter of the United Nations, 2. Aufl. 2002, Art. 51 RNr. 39 m.w.N.; Horst Fischer in Knut Ipsen, Völkerrecht, a.a.O., § 59 RNr. 30, sowie andererseits die

Nachweise u.a. bei Murswiek, a.a.O., [1016, Fußnote 12] und Nolte, a.a.O. [S. 307]). Ungeachtet dessen haben einzelne Regierungen freilich in der Folgezeit immer wieder ein solches Recht für sich und andere beansprucht. Eine gewohnheitsrechtlich relevante allgemeine Anerkennung hat dies jedoch nicht gefunden. Solche Militäreinsätze sind bis heute regelmäßig auf Widerspruch gestoßen (vgl. dazu die Einzelnachweise bei Bothe in Graf Vitzthum <Hrsg.>, a.a.O., Fußnote 22; Ausarbeitung für die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages vom 2. Januar 2003, a.a.O. [S. 227 f.]).

Auch von denjenigen, die eine erweiternde Interpretation des Art. 51 UN-Charta befürworten, wird die Anwendung militärischer Gewalt nach der so genannten Webster-Formel vom 24. April 1841 (zurückgehend auf den damaligen US-Außenminister Daniel Webster) allenfalls in einer Gefahrenlage für zulässig gehalten (vgl. dazu die Einzelnachweise bei Nolte, a.a.O. [S. 307]), die „gegenwärtig und überwältigend“ ist und „keine Wahl der Mittel und keinen Augenblick zur Überlegung lässt“ („instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation“, vgl. State Secretary Webster, zitiert nach Horst Fischer in Knut Ipsen, Völkerrecht, a.a.O., § 53 RNr. 30). Die Herausbildung einer übereinstimmenden völkerrechtlichen Staatenpraxis und einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung („*opinio iuris*“) über das Bestehen eines noch darüber hinausgehenden „präventiven Selbstverteidigungsrechts“ und damit von entsprechendem Völkergewohnheitsrecht lässt sich dagegen nicht feststellen. Eine solche Gefahrenlage („instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation“) lag selbst nach dem Vorbringen der Regierungen der USA und des UK im Frühjahr 2003 nicht vor. In ihren - oben bereits angesprochenen - diplomatischen Noten an den UN-Sicherheitsrat vom 21. März 2003 wird Gegenteiliges nicht substantiiert behauptet. Die ursprünglich öffentlich geltend gemachte Behauptung einer Bedrohung durch ABC-Waffen des Irak als Rechtfertigung für den militärischen Gewalteinsatz blieb im Bereich der politischen Erklärungen, war jedoch insbesondere nicht Bestandteil der rechtlichen Rechtfertigung gegenüber dem UN-Sicherheitsrat. Sie wurde zudem von maßgeblichen Mitgliedern der US-Regierung relativiert oder gar zurückgenommen (vgl. dazu u.a. Tomuschat, FW 78 <2003>, 141 [149], u.a. unter Hinweis auf ein vom US-Verteidigungsministerium publiziertes Interview des stellvertretenden US-Verteidigungsministers Paul Wolfowitz in der Zeitschrift „Vanity Fair“ vom 9. Mai 2003; Wolfowitz erklärte darin, die offizielle

Kriegsbegründung der Regierung sei für die Öffentlichkeit bestimmt gewesen und dazu entwickelt worden, um in der Administration „bürokratische“ Widerstände zu überwinden und weil es „der eine Grund war, dem jeder zustimmen konnte“; wichtiger sei es gewesen, dass mit einem Erfolg im Irak-Krieg die Präsenz von US-Truppen im benachbarten Königreich Saudi-Arabien tendenziell überflüssig werde [www.defenselink.mil/transcripts/2003/tr20030509-depsecdef0223.html]). Offenkundig waren - wie auch der Inhalt ihrer diplomatischen Note an den UN-Sicherheitsrat vom 21. März 2003 zeigt - die Entscheidungsträger in der US-Regierung selbst der Ansicht, dass der Irak kein geeigneter Fall war, um eine Berufung auf ein Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 UN-Charta zu rechtfertigen (so zu Recht u.a. Bothe, AVR 2003, 253 [261 f.]; vgl. ferner u.a. Horst Fischer, HuV-I 16 <2003>, 4 ff., 6; Tomuschat, a.a.O. [144 ff.]; Kurth, ZRP 2003, 195 ff., jeweils m.w.N.).

Dementsprechend hat auch der Generalsekretär der Vereinten Nationen, Kofi Annan, die von den USA und ihren Verbündeten im Frühjahr 2003 ausgeführte militärische Invasion des Irak als „illegalen Akt“ bezeichnet (vgl. u.a. dpa-Meldung vom 16. September 2004).

4.1.4.1.2 Nach den vom Senat getroffenen Feststellungen steht fest, dass die Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit diesem am 20. März 2003 begonnenen Krieg insbesondere die Zusagen machte und erfüllte, den USA und dem UK für den Luftraum über dem deutschen Hoheitsgebiet „Überflugrechte“ zu gewähren, die Nutzung ihrer „Einrichtungen“ in Deutschland zu ermöglichen sowie für den „Schutz dieser Einrichtungen“ in einem näher festgelegten Umfang zu sorgen; außerdem hatte sie im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg dem weiteren Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen „zur Überwachung des türkischen Luftraums zugestimmt“. Dies ist in dem von dem Zeugen S. in der Berufungshauptverhandlung dem Senat überreichten „Punktations-Papier“ ausdrücklich festgehalten, das der Zeuge in seiner seinerzeitigen Eigenschaft als Leitender Rechtsberater des S. auf seine Anforderung hin von der zuständigen Stelle des Bundesministeriums der Verteidigung im Rahmen seiner Dienstaufgaben erhalten hatte. Der Senat hat keine Veranlassung, die Richtigkeit der in diesem Papier dargestellten Tatsachen in Zweifel zu ziehen, zumal weder der Bundeswehrdisziplinaranwalt noch der Soldat in der Berufungshauptverhandlung dagegen Einwände erhoben haben.

Gegen die völkerrechtliche Zulässigkeit dieser Unterstützungsleistungen bestehen gravierende rechtliche Bedenken, die der Sache nach für den Soldaten Veranlassung waren, die Ausführung der ihm erteilten beiden Befehle zu verweigern, weil er sonst eine eigene Verstrickung in den Krieg befürchtete.

Ein Verstoß gegen das völkerrechtliche Gewaltverbot kann nicht ohne Weiteres deshalb verneint werden, weil die Regierung der Bundesrepublik Deutschland öffentlich wiederholt zum Ausdruck gebracht hatte (vgl. u.a. Erklärung von Bundeskanzler Schröder am 19 März 2003, 15. WP, 34. Sitzung, Verh. des Deutschen Bundestages, Bd. 216 S. 2727 C), „dass sich deutsche Soldaten an Kampfhandlungen nicht beteiligen werden“. Die Unterstützung einer völkerrechtswidrigen Militäraktion kann nicht nur durch die militärische Teilnahme an Kampfhandlungen erfolgen, sondern auch auf andere Weise. Ein völkerrechtliches Delikt kann durch ein Tun oder - wenn eine völkerrechtliche Pflicht zu einem Tun besteht - durch Unterlassen begangen werden. (vgl. dazu u.a. von Münch, Das völkerrechtliche Delikt, 1963, S. 134 m.w.N.). Eine Beihilfe zu einem völkerrechtlichen Delikt ist selbst ein völkerrechtliches Delikt (speziell zum Irak-Krieg vgl. insoweit u.a. Puttler, HuV-I 16 (2003), 7 f.; Bothe, AVR 2003, 255 [266] m.w.N.).

Anhaltspunkte und Maßstäbe für die Beantwortung der Frage, wann eine Hilfeleistung durch eine Nicht-Konfliktpartei zugunsten eines kriegführenden Staates völkerrechtswidrig ist, ergeben sich für den Bereich der Unterstützung eines völkerrechtswidrigen militärischen Angriffs durch einen Drittstaat u.a. aus der von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 14. Dezember 1974 ohne formelle Abstimmung im Wege des allgemeinen Konsenses als Bestandteil der Resolution 3314 (XXIX) beschlossenen „Aggressionsdefinition“ (abgedr. u.a. in der Sammlung „Wehrrecht“ <Beck-Verlag, Stand 1. November 2004> unter Nr. 15), aus den Arbeiten der „Völkerrechtskommission“ der Vereinten Nationen („International Law Commission“ - ILC -) sowie aus dem völkerrechtlichen Neutralitätsrecht. Letzteres hat seine Grundlage im Völkergewohnheitsrecht und im V. Haager Abkommen (V. HA) betreffend die Rechte und Pflichten neutraler Staaten im Falle eines Landkriegs vom 18. Oktober 1907 (RGBl. 1910 S. 151) in Deutschland in Kraft seit dem 25. Oktober

1910 (vgl. Bundesministerium der Justiz <Hrsg.>, Fundstellennachweis B, Stand: 31. Dezember 2004, S. 238).

In Art. 3 Buchst. f) der o.g. „Aggressionsdefinition“ heißt es, dass als „Angriffshandlung“ im Sinne des Art. 39 UN-Charta unter anderem folgende Handlung anzusehen ist:

„Die Handlung eines Staates, die in seiner Duldung besteht, dass sein Hoheitsgebiet, das er einem anderen Staat zur Verfügung gestellt hat, von diesem anderen Staat dazu benutzt wird, eine Angriffshandlung gegen einen dritten Staat zu begehen.“

Selbst wenn bis heute zweifelhaft ist, ob die in Art. 3 aufgeführten Schädigungshandlungen nicht nur einen „act of aggression“ im Sinne von Art. 39 UN-Charta, sondern auch einen Fall des „armed attack“ im Sinne von Art. 51 UN-Charta darstellen, kommt in Art. 3 jedenfalls eine gewichtige in der Staatengemeinschaft vorhandene Überzeugung zum Ausdruck: Dulden die Organe eines Territorialstaates die Vornahme von Angriffshandlungen eines „Fremdstaates“ oder unterlassen sie es, von diesem Territorium aus unternommene militärische Angriffshandlungen zu verhindern, so sind die Angriffshandlungen damit im Falle des Art. 3 Buchst. f) der „Aggressionsdefinition“ auch dem betreffenden Territorialstaat zuzurechnen (vgl. dazu u.a. Kersting, NZWehrr 1981, 130 [139]). Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Generalversammlung der Vereinten Nationen und die in ihr vertretenen Staaten aller großen Rechtskreise mit dieser im Konsens beschlossenen Resolution seinerzeit nicht den Anspruch erhoben, damit Völkerrecht „in verbindlicher Weise festzuschreiben“. Die „Aggressionsdefinition“ stellt jedoch zumindest ein nicht unwesentliches Element eines universalen völkerrechtlichen Konsens- und damit Rechtsbildungsprozesses dar (vgl. dazu Bruha, Die Definition der Aggression, 1980, S. 274 f., Fischer in Knut Ipsen <Hrsg.> Völkerrecht, a.a.O. § 59 RNr. 10).

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang ferner auch Art. 16 des von der ILC, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit einem entsprechenden Kodifikationsauftrag betraut wurde (vgl. dazu u.a. von Münch, a.a.O., S. 52 ff.; Knut Ipsen in: ders. <Hrsg.>, Völkerrecht, a.a.O., § 39 RNr. 1 ff.), erstellten Entwurfs zur Staatenhaftung vom 26. Juli 2001 (abgedr. in Tomuschat <Hrsg.>, Völkerrecht, 2001,

S. 97 ff.), der die diesbezügliche in den verschiedenen völkerrechtlichen Rechtskreisen vorhandene Grundauffassung wiedergibt und wie folgt lautet:

„A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) the act would be internationally wrongful if committed by that State.“

Von Bedeutung für die Bestimmung der völkerrechtlichen Grenzen von Unterstützungsleistungen, die ein an einem militärischen Konflikt nicht unmittelbar beteiligter Staat gegenüber einer Konfliktpartei erbringt, ist zudem vor allem das V. HA, dessen Regelungen auch in die vom Bundesministerium der Verteidigung erlassene Zentrale Dienstvorschrift (ZDv) 15/2 vom August 1992 aufgenommen worden sind.

Nach allgemeinem Völkerrecht ist ein Staat zwar grundsätzlich frei zu entscheiden, ob er sich an einem militärischen Konflikt beteiligt. Er darf dies freilich ohnehin nur auf der Seite des Opfers eines bewaffneten Angriffs, nicht auf der des Angreifers (vgl. Nr. 1104 ZDv 15/2; Bothe in Fleck <Hrsg.>, Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, 1994, S. 389). Ein Staat, der an einem bewaffneten Konflikt zwischen anderen Staaten nicht beteiligt ist, hat den Status eines „neutralen Staates“ (vgl. Nr. 1101 ZDv 15/2; Bothe, ebd., S. 386 m.w.N.). Abgesehen von den Regeln, die im Falle einer rechtlich begründeten „dauernden Neutralität“ (z.B. Schweiz und Österreich) bereits in Friedenszeiten Anwendung finden, beginnt die Pflicht eines nicht an einem bewaffneten Konflikt zwischen anderen Staaten beteiligten Staates („neutraler Staat“) zur Neutralität im Sinne des V. HA mit dem Ausbruch des bewaffneten Konflikts (vgl. Nr. 1106 ZDv 15/2). Folge des neutralen Status sind gegenseitige Rechte und Pflichten zwischen dem neutralen Staat auf der einen und den Konfliktparteien auf der anderen Seite. Nach Art. 1 V. HA ist das Gebiet eines „neutralen“, also nicht am bewaffneten Konflikt beteiligten Staates, „unverletzlich“; jede Kriegshandlung ist darauf untersagt (vgl. dazu auch Nr. 1108 ZDv 15/2), insbesondere „Truppen oder Munitions- oder Verpflegungskolonnen durch das Gebiet einer neutralen Macht hindurchzuführen“ (Art. 2 V. HA). Ein „neutraler Staat“ - damit also im Hinblick auf den allein von den USA und ihren Verbündeten seit dem 20. März 2003 geführten Krieg gegen den Irak auch die Bundesrepublik Deutschland - darf auf seinem Territorium „keine der Konfliktparteien unterstützen“ (vgl.

Nr. 1110 ZDv 15/2), insbesondere „keine der in den Artikeln 2 bis 4 bezeichneten Handlungen dulden“ (Art. 5 V. HA). Dies gilt sowohl für die Hindurchführung von Truppen, Munitions- oder Verpflegungskolonnen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 V. HA; Nr. 1115 ZDv 15/2: Truppen- oder Versorgungstransporte dürfen auf neutralem Staatsgebiet „nicht stattfinden“; Heintschel von Heinegg in Horst Fischer/Ulrike Froissart/Wolff Heintschel von Heinegg/Christian Raap <Hrsg.>, Krisensicherung und Humanitärer Schutz - Crisis Management and Humanitarian Protection, Festschrift für Dieter Fleck, 2004, S. 221 [226]) als auch für die Einrichtung oder Nutzung einer „funkentelegraphischen <,radiotélégraphique’> Station oder sonst irgend eine(r) Anlage, die bestimmt ist, einen Verkehr mit den kriegführenden Land- oder Seestreitkräften zu vermitteln“ (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Buchst. a) und b) V. HA). Den Konfliktparteien ist es weiterhin „untersagt, mit Militärluftfahrzeugen, Raketen oder anderen Flugkörpern in neutralen Luftraum einzudringen“ (Nr. 1150 ZDv 15/2 unter Bezugnahme auf Art. 40 der Haager Regeln des Luftkrieges vom 19. Februar 1923 (HLKR - Teil 14 der ZDv 15/3); Bothe, AVR 2003, 255 [267]). Im Verhältnis zu einer Konfliktpartei, die den Verboten der Art. 1 bis 4 V. HA zuwiderhandelt, im Sinne des V. HA Territorium eines neutralen Staates mithin als Basis für militärische Operationen im weitesten Sinne nutzt, ist der „neutrale Staat“ zum aktiven Tätigwerden und damit zum Einschreiten verpflichtet, um die Neutralitätsverletzung zu beenden (vgl. dazu u.a. Nr. 1109 ZDv 15/2 unter Bezugnahme auf Art. 5 V. HA sowie Art. 2, 9 und 24 XIII. HA; Bothe, ebd.; Heintschel von Heinegg in Festschrift für Dieter Fleck, a.a.O., S. 224). Der „neutrale Staat“ ist völkerrechtlich gehalten, „jede Verletzung seiner Neutralität, wenn nötig mit Gewalt, zurückzuweisen“, wobei diese Verpflichtung allerdings durch das völkerrechtliche Gewaltverbot eingeschränkt ist. Streitkräfte einer Konfliktpartei, die sich auf dem Gebiet des „neutralen Staates“ befinden, sind daran zu hindern, an den Kampfhandlungen teilzunehmen; Truppen von Konfliktparteien, die auf das neutrale Staatsgebiet „übertreten“, also nach Beginn des bewaffneten Konflikts in das neutrale Staatsgebiet gelangen, sind „zu internieren“ (Art. 11 Abs. 1 V. HA; Nr. 1117 Satz 1 ZDv 15/2; Bothe, ebd.; Heintschel von Heinegg, ebd., S. 225). Nur Offiziere, die sich auf Ehrenwort verpflichten, das neutrale Gebiet nicht ohne Erlaubnis zu verlassen, dürfen freigelassen werden (Art. 11 Abs. 3 V. HA; Heintschel von Heinegg, ebd., S. 225). Die Pflicht zur Internierung ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Neutralitätsrechts, da nur so verhindert werden kann, dass von neutralem Territorium aus Kampfhandlungen unterstützt werden und dass es

dadurch zu einer Eskalation der bewaffneten Auseinandersetzungen unter Einbeziehung des neutralen Staates kommt (vgl. Heintschel von Heinegg, ebd., S. 225).

4.1.4.1.3 Von diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen wurde die Bundesrepublik Deutschland im Falle des am 20. März 2003 begonnenen Krieges, gegen den gravierende völkerrechtliche Bedenken bestehen, nicht dadurch freigestellt, dass sie Mitglied der NATO war und ist, der auch die Krieg führenden USA und das UK (sowie weitere Mitglieder der Koalition) angehören.

In dem „Punktations-Papier“ des Bundesministeriums der Verteidigung, das dem Senat in der Berufungshauptverhandlung vorgelegt worden ist und nach den glaubhaften Bekundungen des Zeugen S. mit der Leitung des Ministeriums abgestimmt war, wird zwar angeführt, die Bundesregierung habe mit ihren Zusagen ihren „politischen Verpflichtungen Rechnung getragen, die sich aus dem NATO-Vertrag sowie den entsprechenden Abkommen ergeben“ (ähnlich Bundeskanzler Schröder in der bereits zitierten Rede am 19. März 2003, a.a.O., S. 2728). Weder der NATO-Vertrag vom 4. April 1949 (BGBl. 1955 II S. 289) - dazu nachfolgend a) - noch das NATO-Truppenstatut vom 19. Juni 1951 (BGBl. 1961 II S. 1190) oder das Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut vom 3. August 1959 (BGBl. 1961 II S. 1183, 1218) in der hier maßgeblichen Fassung des Abkommens vom 18. März 1993 (BGBl. 1994 II S. 2594, 2598) - dazu nachfolgend b) - sehen jedoch eine Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland vor, entgegen der UN-Charta und dem geltenden Völkerrecht - völkerrechtswidrige - Handlungen von NATO-Partnern zu unterstützen. Gleiches gilt hinsichtlich der Regelungen im „Vertrag über den Aufenthalt ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 23. Oktober 1954 (BGBl. 1955 II S. 253) - dazu nachfolgend c). Darüber hinausgehenden „politischen“ Erwartungen oder Absichten darf durch die im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes strikt an „Recht und Gesetz“ nach Art. 20 Abs. 3 GG gebundene Bundesregierung nur insoweit Rechnung getragen werden, wie dies mit geltendem Völker- und Verfassungsrecht vereinbar ist.

a) Ein NATO-Staat, der einen völkerrechtswidrigen Krieg plant und ausführt, verstößt nicht nur gegen die UN-Charta, sondern zugleich auch gegen Art. 1 NATO-Vertrag. Darin haben sich alle NATO-Staaten verpflichtet,

„in Übereinstimmung mit der Satzung der Vereinten Nationen jeden internationalen Streitfall, an dem sie beteiligt sind, auf friedlichem Wege so zu regeln, dass der internationale Friede, die Sicherheit und die Gerechtigkeit nicht gefährdet werden und sich in ihren internationalen Beziehungen jeder Gewaltandrohung oder Gewaltanwendung zu enthalten, die mit den Zielen der Vereinten Nationen nicht vereinbar sind.“

Art. 1 NATO-Vertrag war bei seinem Abschluss Ausdruck des Willens aller Vertragsstaaten, zwar einerseits die Möglichkeiten der UN-Charta zur Schaffung einer wirkungsvollen Verteidigungsorganisation auf der Grundlage von Art. 51 UN-Charta auszuschöpfen, andererseits jedoch strikt die Grenzen einzuhalten, die durch die UN-Charta gezogen sind. Das heißt zugleich, dass ein durch Art. 51 UN-Charta nicht gerechtfertigter Krieg auch keinen „NATO-Bündnisfall“ nach Art. 5 NATO-Vertrag darstellen oder rechtfertigen kann: Was gegen die UN-Charta verstößt, kann und darf die NATO nicht beschließen und durchführen, auch nicht auf Wunsch oder auf Druck der Regierungen besonders wichtiger Mitgliedsstaaten. Art. 7 NATO-Vertrag hebt die Bindung aller NATO-Staaten an die UN-Charta nochmals besonders hervor. In der Vorschrift heißt es unmissverständlich, dass der NATO-Vertrag „weder die Rechte und Pflichten, welche sich für die (NATO-Vertrags-)Parteien, die Mitglieder der Vereinten Nationen sind, aus deren Satzung (= UN-Charta) ergeben“, berührt; er darf auch nicht „in solcher Weise ausgelegt werden“. Ein gegen die UN-Charta verstößender Angriffskrieg eines NATO-Staates kann mithin selbst durch die Ausrufung des „NATO-Bündnisfalles“ nicht zum Verteidigungskrieg werden.

Im Falle des am 20. März 2003 von den Regierungen der USA und des UK (zusammen mit weiteren Verbündeten) begonnenen Krieges gegen den Irak lag noch aus einem weiteren Grund kein „Bündnisfall“ der NATO vor. Art. 5 NATO-Vertrag normiert eine völkerrechtliche Beistandspflicht für jede Vertragspartei „nur“ im Falle eines bewaffneten Angriffs „gegen eine oder mehrere von ihnen in Europa oder Nordamerika“. Der Umfang dieser Beistandspflicht ist dabei ausdrücklich offen gelassen worden. Im zweiten Halbsatz des Artikels ist geregelt, dass jede Vertragspartei

„Beistand leistet, indem jede von ihnen unverzüglich für sich und im Zusammenwirken mit den anderen Parteien die Maßnahmen, einschließlich der Anwendung von Waffengewalt, trifft, die sie für erforderlich erachtet, um die Sicherheit des nordatlantischen Gebiets wiederherzustellen und zu erhalten.“

Für den Eintritt des Bündnisfalles ist die räumliche Belegenheit des Angriffsobjektes maßgebend: Nach Art. 6 NATO-Vertrag gilt als bewaffneter Angriff im Sinne des Art. 5 auf eine oder mehrere Parteien jeder Angriff mit Waffengewalt

„1. auf das Gebiet eines dieser Staaten in Europa oder Nordamerika, (inzwischen aufgehoben: auf die algerischen Departments Frankreichs,) auf das Gebiet der Türkei oder auf die der Gebietshoheit einer der Parteien unterliegenden Inseln im nordatlantischen Gebiet nördlich des Wendekreises des Krebses;

2. auf die Streitkräfte, Schiffe oder Flugzeuge einer der Parteien, wenn sie sich in oder über diesen Gebieten oder irgendeinem anderen europäischen Gebiet, in dem eine der Parteien bei Inkrafttreten dieses Vertrages eine Besatzung unterhält, oder wenn sie sich im Mittelmeer oder nordatlantischen Gebiet nördlich des Wendekreises des Krebses befinden.“

Daraus ergibt sich, dass ein bewaffneter Angriff im Sinne des Art. 5 NATO-Vertrag nicht vorliegt, wenn etwa Schiffe oder Flugzeuge außerhalb des in Art. 6 näher bestimmten Vertragsgebietes angegriffen werden oder wenn gar „lediglich“ in politische, ökonomische oder militärische Interessen einer oder mehrerer NATO-Vertragsparteien eingegriffen wird, ohne dass ein militärischer Angriff in dem durch Art. 6 NATO-Vertrag definierten „NATO-Gebiet“ erfolgt und abzuwehren ist. Auch ein durch völkerrechtswidrige Gewaltanwendung durch einen NATO-Mitgliedsstaat provozierter Angriff unterfällt nicht dem strikt an Art. 51 UN-Charta orientierten Angriffsbegriff im Sinne der Art. 5 und 6 NATO-Vertrag.

Wer die Entscheidung darüber trifft, ob ein „bewaffneter Angriff“ im Sinne des Art. 6 NATO-Vertrag vorliegt, ist im Wortlaut des Vertrages nicht ausdrücklich geregelt worden. Im Fachschrifttum ist früher teilweise die Auffassung vertreten worden, der NATO-Bündnisfall trete bei Vorliegen der in Art. 6 NATO-Vertrag normierten Voraussetzungen automatisch ein. Dafür könnte der Wortlaut der Bestimmung insofern sprechen, als es darin heißt, dass als „bewaffneter Angriff“ im Sinne des Art. 5 NATO-Vertrag jeder bewaffnete Angriff auf eines der in den Nrn. 1 und 2 genannten Zielobjekte „gilt“. Art. 5 Abs. 1 NATO-Vertrag umschreibt jedoch die Beistandspflicht ausdrücklich dahingehend, dass jede Partei im Bündnisfall „für sich und im Zusammenwirken mit den anderen Parteien“ diejenigen Maßnahmen trifft, die „sie“ zur Wiederherstellung und Erhaltung der Sicherheit des nordatlantischen Gebiets „für erforderlich erachtet“. Die Vertragsstaaten sind „lediglich“ gehalten, die von ihnen (nach

dem innerstaatlichen Verfassungsrecht) dazu berufenen Organen für erforderlich gehaltenen Maßnahmen auf Bündnisebene aufeinander abzustimmen. Bestimmte Gegenmaßnahmen werden durch Art. 5 NATO-Vertrag nicht vorgeschrieben.

Der US-Senatsausschuss für „Auswärtige Angelegenheiten“ hat diese sich bereits aus dem Regelungszusammenhang der Art. 5 und 6 NATO-Vertrag ergebende Konsequenz (im Rahmen des Ratifizierungsverfahrens) in seinem Bericht vom 6. Juni 1949 ausdrücklich zum Ausdruck gebracht und erklärt, dass im Konfliktfall „jeder Partei die Verantwortung obliege, selbst die Tatsachenfrage zu entscheiden“, ob ein Angriff im Sinne des Art. 6 NATO-Vertrag vorliegt. Die anderen Vertragsparteien sind dieser amerikanischen Position weder in den Verhandlungen noch später entgegengetreten, sondern haben sie konkludent akzeptiert (vgl. dazu u.a. Heindel u.a. in *American Journal of International Law (AJIL)* 1949, 634 [647]; Knut Ipsen, *Rechtsgrundlagen und Institutionalisierung der Atlantisch-Westeuropäischen Verteidigung*, 1967, S. 47 ff.; ders., *JöR* 21 <1972>, 23 ff.; ders., *AöR* 94 <1969>, 554). Das Bundesverfassungsgericht hat dementsprechend entschieden, „dass der NATO-Vertrag es jedem Vertragsstaat überlässt zu beurteilen, ob ein Bündnisfall im Sinne des Art. 5 Abs. 1 vorliegt“ (Urteil vom 18. Dezember 1984 - 2 BvE 13/83 - <BVerfGE 68, 1 [93]>). Für diese Auslegung spricht neben der vom zuständigen US-Senatsausschuss wiedergegebenen erfolgreichen amerikanischen Verhandlungsposition auch die völkerrechtliche Auslegungsmaxime des „in dubio mitius“: Wenn weder der Vertragstext noch andere Anhaltspunkte für den wirklichen Parteiwillen hinreichenden Aufschluss über das Vereinbarte geben, sind völkervertragsrechtliche Bestimmungen, die Beschränkungen der staatlichen Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit enthalten, im Zweifel einschränkend auszulegen.

Eine explizite authentische Interpretation durch die Vertragsparteien (Art. 31 Abs. 2 und Abs. 3 WVK) ist, soweit ersichtlich, bislang nicht erfolgt. Im bisher einzigen Fall einer tatsächlichen (positiven) Feststellung des NATO-Bündnisfalles (vgl. Art. 31 Abs. 3 Buchst. b) WVK) sind die NATO-Staaten nach den terroristischen Anschlägen vom 11. September 2001 in New York und Washington nach der Maxime verfahren, dass der NATO-Vertrag es jedem Vertragsstaat überlässt zu beurteilen, ob ein Bündnisfall im Sinne des Art. 5 Abs. 1 vorliegt. Ihre Vertreter haben Anfang Oktober 2001 nach zuvor erfolgten Entscheidungen ihrer jeweiligen Regierung im NATO-Rat (ein-

stimmig) einen solchen Fall nach Art. 5 und 6 NATO-Vertrag förmlich festgestellt. Erst nach Ergehen dieses Beschlusses lag nach gemeinsamer Überzeugung der NATO-Staaten ein „Bündnisfall“ im Sinne des NATO-Vertrages vor.

Im Falle des am 20. März 2003 begonnenen Krieges gegen den Irak ist vom NATO-Rat ein solcher „Bündnisfall“ nicht beschlossen worden. Unabhängig davon, dass ein durch Art. 51 UN-Charta nicht gerechtfertigter „Präventivkrieg“ völkerrechtlich keinen „NATO-Bündnisfall“ nach Art. 5 NATO-Vertrag darstellen oder rechtfertigen kann, war mithin schon deshalb kein NATO-Staat nach dem NATO-Vertrag verpflichtet, NATO-Partner mit militärischen Mitteln im Irak-Krieg zu unterstützen. Ein durch Art. 51 UN-Charta nicht gerechtfertigter Krieg begründet bereits nach den Art. 1, 5 und 6 NATO-Vertrag keine Beistandsverpflichtungen, sondern steht diesen - wie insbesondere die Regelung in Art. 1 NATO-Vertrag deutlich macht - gerade entgegen.

Der NATO-Vertrag enthält darüber hinaus einen ausdrücklichen rechtlichen Vorbehalt, wonach keine Vertragspartei durch den NATO-Vertrag oder durch spätere Entscheidungen bei der Durchführung des Vertrages (z.B. Beschlüsse in den NATO-Gremien) gezwungen werden kann, gegen die eigene Verfassung zu verstoßen (sog. „protective clause“). Auf nachdrückliches Betreiben der damaligen US-Regierungsadministration des Präsidenten Truman ist 1949 in die „Urfassung“ des NATO-Vertrages die Klausel aufgenommen worden, die sowohl seine Ratifizierung als auch seine Durchführung in Art. 11 Satz 1 einem ausdrücklichen Verfassungsvorbehalt unterstellt. In dieser Regelung wird explizit bestimmt, dass der NATO-Vertrag „von den Parteien in Übereinstimmung mit ihren verfassungsmäßigen Verfahren zu ratifizieren und in seinen Bestimmungen durchzuführen ist“. Damit sind mögliche Konflikte zwischen dem NATO-Vertrag, seiner Durchführung und daraus (für die Mitgliedsstaaten) resultierenden Verpflichtungen einerseits und der jeweiligen Verfassung des einzelnen Mitgliedsstaates andererseits von vornherein entschieden worden. Die verfassungsrechtliche Regelung des jeweiligen Bündnis- und Vertragspartners geht im Konfliktfalle der NATO-Vertragsregelung (und den zur Durchführung des Vertrages getroffenen Entscheidungen) vor. Es gibt nach dem NATO-Vertrag mithin keine rechtlichen Bündnisverpflichtungen jenseits des Verfassungsrechts des jeweiligen Mitgliedsstaates und damit auch nicht jenseits der durch Art. 20 Abs. 3 GG begrün-

deten Bindung der (deutschen) „vollziehenden Gewalt“ an „Recht und Gesetz“ sowie an die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG).

b) Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus den Regelungen des NATO-Truppenstatuts und des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut.

Nach allgemeinem Völkerrecht, das auch in internationalen Übereinkommen seinen Niederschlag gefunden hat (vgl. u.a. Art. 1 des Abkommens über die internationale Zivilluftfahrt vom 7. Dezember 1944 - so genanntes Chicagoer Abkommen <BGBl. 1956 II, S. 411>), besitzt jeder Staat im Luftraum über seinem Hoheitsgebiet „volle und ausschließliche Lufthoheit“. Sind allerdings - wie in Deutschland - ausländische Truppen stationiert, so werden Umfang und Grenzen ihrer Bewegungsfreiheit regelmäßig in speziellen völkerrechtlichen Abkommen geregelt. Nach der am 6. Mai 1955 erfolgten Aufhebung des Besatzungsregimes geschah dies in Deutschland in Gestalt des am 1. Juli 1963 in Kraft getretenen (vgl. BGBl. 1993 II S. 745) so genannten Zusatzabkommens (ZA-NTS 1959), das das NATO-Truppenstatut ergänzte.

In der bis 1994 geltenden Fassung dieses Zusatzabkommens, das in diesem Bereich die Regelungen aus der Besatzungszeit als Vertragsrecht weitgehend fortführte, waren in Deutschland im Rahmen der NATO stationierten US-Truppen eine sehr weitgehende Bewegungsfreiheit im deutschen Luftraum eingeräumt: Eine „Truppe“ war berechtigt, mit Luftfahrzeugen „die Grenzen der Bundesrepublik zu überqueren sowie sich in und über dem Bundesgebiet zu bewegen“ (Art. 57 Abs. 1 ZA-NTS 1959). Im Zuge der Neufassung des Zusatzabkommens ist diese Regelung im Jahre 1994 geändert worden (BGBl. 1994 II S. 2594, 2598). Danach bedarf nunmehr die in Deutschland stationierte „Truppe“ grundsätzlich jeweils einer Genehmigung durch die deutsche Bundesregierung, wenn sie mit Land-, Wasser- oder Luftfahrzeugen in die Bundesrepublik „einreisen oder sich in und über dem Bundesgebiet bewegen“ will (Art. 57 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 ZA-NTS 1994). Der Genehmigungsvorbehalt ist schon nach dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig. Allerdings wird diese grundsätzliche Genehmigungspflicht im folgenden zweiten Halbsatz des Art. 57 Abs. 1 Satz 1 ZA-NTS 1994 teilweise wieder eingeschränkt. Die Vorschrift lautet:

„Transporte und andere Bewegungen im Rahmen deutscher Rechtsvorschriften, einschließlich dieses Abkommens und anderer internationaler

Übereinkünfte, denen die Bundesrepublik und einer oder mehrere der Entsendestaaten als Vertragspartei angehören, sowie damit im Zusammenhang stehender technischer Vereinbarungen und Verfahren gelten als genehmigt.“

Mit anderen Worten: Soweit dieser zweite Halbsatz eingreift, bedarf es keiner Genehmigung für die „Einreise“ und alle Bewegungen mit Luftfahrzeugen „in und über dem Bundesgebiet“. Wie weit der Anwendungsbereich dieser Regelung reicht, ist nach den allgemeinen völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu ermitteln.

Nach ihrem Wortlaut ist gemäß Art. 57 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 ZA-NTS für die fiktive „Vorabgenehmigung“ durch diese Vorschrift („gelten als genehmigt“) maßgeblich, ob die „Transporte und anderen Bewegungen“ der stationierten Truppe im Rahmen der deutschen Rechtsvorschriften und der genannten Abkommen erfolgen. Verstößt eine Aktivität der stationierten Truppe in Deutschland oder im Luftraum darüber gegen eine solche Rechtsvorschrift, so entfällt die „Vorabgenehmigung“ durch das Zusatzabkommen.

Für die Interpretation der Regelung ist ferner ihr Kontext, also der Zusammenhang, in dem sie steht (vgl. Art. 31 Abs. 1 WVK), von Bedeutung. Insoweit ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beachten: Sie ist als Ausnahme von dem im allgemeinen Völkerrecht geltenden Grundsatz der vollen Hoheitsgewalt jedes Staates über sein Territorium und seiner „vollen und ausschließlichen Lufthoheit“ über seinem Hoheitsgebiet ausgestaltet. Als Ausnahmegesetz ist sie mithin nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen („*singularia non sunt extendenda*“) eng auszulegen.

Die Regelung des Art. 57 Abs. 1 Satz 1 ZA-NTS - und zwar sowohl in ihrer Ursprungsfassung als auch in der Neufassung von 1994 - betrifft zudem wie sich schon aus ihrem Wortlaut ergibt, nur die Bewegungen von Luftfahrzeugen einer „Truppe“ (sowie eines „zivilen Gefolges“, ihrer „Mitglieder und Angehörigen“), mithin also nicht jede „Einreise“ von Militärluftfahrzeugen aus einem Vertragsstaat in die Bundesrepublik Deutschland. Was im Sinne dieser Vorschrift als „Truppe“ zu verstehen ist, ist in Art. I Abs. 1 Buchst. a) des NATO-Truppenstatuts definiert: „Truppe“ ist danach das zu den Land-, See- oder Luftstreitkräften gehörende Personal einer Partei (des NATO-Truppenstatuts), „wenn es sich im Zusammenhang mit seinen Dienstobliegenheiten in dem Hoheitsgebiet“ einer Vertragspartei, hier also Deutschlands, „befin-

det“. Es geht also bei der durch Art. 57 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 ZA-NTS unter bestimmten Voraussetzungen für Militärluftfahrzeuge von Vertragsstaaten generell genehmigten „Einreise in die Bundesrepublik“ und Bewegungsfreiheit „in und über dem Bundesgebiet“ allein um die im NATO-Rahmen stationierten Truppenteile. Denn die Stationierungsbefugnisse auf deutschem Boden sind den USA und dem UK „um ihrer Stellung als Mitglieder der nordatlantischen Verteidigungsgemeinschaft willen und im Hinblick auf die daraus entspringenden Verpflichtungen eingeräumt worden“ (BVerfG, Urteil vom 18. Dezember 1984 - 2 BvE 13/83 - <a.a.O. [98]>). Sollen dagegen außerhalb des NATO-Rahmens in den USA oder im UK stationierte Truppenteile mit Militärluftfahrzeugen etwa auf ihrem Weg in das Kriegsgebiet lediglich den deutschen Luftraum benutzen oder auf ihnen in Deutschland überlassenen Flugplätzen zwischenlanden, um aufzutanken, Material oder Waffen aufzunehmen und anschließend - ohne „NATO-Auftrag“ - in das außerhalb des „NATO-Gebiets“ gelegene Kriegsgebiet weiterzufliegen, bleibt es bei der grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit. Der Krieg der USA und des UK gegen den Irak war kein „NATO-Krieg“. Er erfolgte außerhalb der Entscheidungsstrukturen der NATO.

Entsprechendes gilt für die in Deutschland gelegenen Militär-Stützpunkte. In diesen Liegenschaften, die den stationierten Streitkräften „zur ausschließlichen Benutzung überlassen“ worden sind, dürfen diese nach Art. 53 Abs. 1 ZA-NTS „die zur befriedigenden Erfüllung ihrer Verteidigungspflichten erforderlichen Maßnahmen treffen“. Nach Abs. 2 der Vorschrift gilt dies „entsprechend für Maßnahmen im Luftraum über den Liegenschaften“. Ungeachtet aller sonstigen Auslegungsschwierigkeiten ergibt sich daraus für die zuständigen deutschen Stellen, d.h. vor allem für die Bundesregierung, im Konfliktfall - jedenfalls rechtlich - die Befugnis zu kontrollieren, ob die Stationierungstreitkräfte auf den überlassenen Liegenschaften (sowie im Luftraum darüber) im Einzelfall ausschließlich „Verteidigungspflichten“ im Sinne des Zusatzabkommens und des NATO-Vertrages wahrnehmen oder aber andere Maßnahmen vorbereiten oder gar durchführen. Art. 53 Abs. 3 ZA-NTS soll dabei - nach dem Vertragstext - ausdrücklich sicherstellen, dass die deutschen Behörden „die zur Wahrnehmung deutscher Belange erforderlichen Maßnahmen“ innerhalb der Liegenschaften durchführen können. Was dabei zur „Wahrnehmung deutscher Belange“ erforderlich ist, ist, soweit ersichtlich, weder in dieser Bestimmung noch in anderen Abkommen im Einzelnen definiert. Die Konkretisierung der „deutschen Belange“ und die Festlegung der Mittel zu ihrer Durchsetzung ist damit zuvörderst Aufgabe der zu-

ständigen deutschen Behörden und damit insbesondere der Bundesregierung, die dabei freilich nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Recht und Gesetz“ und nach Art. 25 GG an die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ gebunden ist. Zur „Wahrnehmung deutscher Belange“ im Sinne der genannten Regelungen gehört jedenfalls u.a. auch, dass alle erforderlichen Maßnahmen eingeleitet und vorgenommen werden, die verhindern, dass etwa vom Territorium der Bundesrepublik Deutschland aus völkerrechtswidrige Kriegs-Handlungen erfolgen oder unterstützt werden. Dies gilt um so mehr, als sich Deutschland im Zuge der Wiedervereinigung in Art. 2 des Vertrages über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland (so genannter Zwei-Plus-Vier-Vertrag) vom 12. September 1990 (BGBl. II S. 1318), der die maßgebliche Grundlage der im Jahre 1990 erfolgten Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands bildet, völkerrechtlich verpflichtet hat, dafür zu sorgen, „dass von deutschem Boden nur Frieden ausgehen wird“.

c) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem „Vertrag über den Aufenthalt ausländischer Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland“ vom 23. Oktober 1954, dem so genannten Aufenthaltsvertrag (AV). In Art. 1 Abs. 4 AV wurde zwar die Regelung getroffen, dass die Bundesrepublik Deutschland „auf der gleichen Grundlage, nach der dies zwischen anderen Parteien des Nordatlantikpakt“ (= NATO-Vertrag) „üblich ist oder mit Wirkung für alle Mitgliedsstaaten im Rat der Nordatlantikpakt-Organisation vereinbart wird“, unter anderem den amerikanischen und britischen Streitkräften das Recht gewährt, „das Bundesgebiet auf dem Wege nach oder von Österreich (so lange diese dort weiter stationiert sind) oder irgendeinem Mitgliedsstaat der Nordatlantikpakt-Organisation zu betreten, es zu durchqueren und zu verlassen“. Unabhängig von der Frage, ob der Aufenthaltsvertrag gemäß seinem Art. 3 mit dem in Gestalt des Zwei-Plus-Vier-Vertrages vom 12. September 1990 erfolgten „Abschluss einer friedensvertraglichen Regelung mit Deutschland“ außer Kraft getreten ist oder ob er aufgrund der zwischen den beteiligten Regierungen gewechselten diplomatischen Noten einstweilen fort gilt, beschränkt sich Art. 1 Abs. 4 AV schon nach seinem Wortlaut eindeutig darauf, das Bundesgebiet auf dem Wege nach oder von „... irgendeinem Mitgliedsstaat der Nordatlantikpakt-Organisation“ zu betreten, es zu durchqueren und zu verlassen. Die in Art. 1 Abs. 4 AV eingeräumten Rechte beziehen sich mithin allein auf Transitvorgänge vom Gebiet eines NATO-Mitgliedstaates in das Bundesgebiet oder von diesem aus in das Territorium eines

NATO-Mitgliedstaates. Eine Regelung für das Betreten, Durchqueren oder Verlassen des Bundesgebietes „auf dem Wege nach oder von“ irgendeinem Nicht-Mitgliedsstaat der NATO enthält der Aufenthaltsvertrag gerade nicht.

d) Dies gilt auch für den Fall, dass zwischen der Bundesrepublik Deutschland sowie den USA und dem UK völkerrechtliche Geheim-Abkommen geschlossen worden sein sollten, die für den Fall eines militärischen Konflikts Gegenteiliges vorsehen, jedoch - entgegen Art. 102 UN-Charta - nicht beim Sekretariat der Vereinten Nationen registriert und veröffentlicht worden sind.

Unabhängig davon, ob solche Geheim-Abkommen überhaupt rechtliche Wirkungen auszulösen vermögen, ist jedenfalls die Vorschrift des Art. 103 UN-Charta zwingend zu beachten, die folgenden Wortlaut hat:

„Widersprechen sich die Verpflichtungen von Mitgliedern der Vereinten Nationen aus dieser Charta und ihre Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften, so haben die Verpflichtungen aus dieser Charta Vorrang.“

Art. 103 UN-Charta stellt ganz allgemein den Vorrang des Rechts der UN-Charta gegenüber Verpflichtungen aus allen anderen völkerrechtlichen Abkommen fest. Dies hat im vorliegenden Zusammenhang die Konsequenz, dass aus solchen - für den Senat nicht ersichtlichen, jedoch nicht auszuschließenden - Geheim-Abkommen für die USA und für das UK gegenüber Deutschland jedenfalls keine Rechte und Verpflichtungen ableitbar sind, die der UN-Charta widersprechen, also etwa gegen das Gewaltverbot des Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta verstoßen.

4.1.4.1.4 Völkerrechtliche Beurteilung der militärischen Unterstützungsleistungen

Wie sich aus den vorstehenden Darlegungen (unter 4.1.4.1.1 bis 4.1.4.1.3) ergibt, bestehen gegen mehrere im „Punktations-Papier“ des Bundesministeriums der Verteidigung aufgeführte und vom Senat in der Berufungshauptverhandlung festgestellte Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik Deutschland zugunsten der USA und

des UK im Zusammenhang mit dem am 20. März 2003 begonnenen Krieg gegen den Irak gravierende völkerrechtliche Bedenken.

Dies gilt jedenfalls für die Gewährung von Überflugrechten für Militärluftfahrzeuge der USA und des UK, die im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg über das Bundesgebiet hinweg in das Kriegsgebiet in der Golfregion flogen oder von dort zurückkamen. Ebenfalls gilt dies für die Zulassung der Entsendung von Truppen, des Transports von Waffen und militärischen Versorgungsgütern von deutschem Boden aus in das Kriegsgebiet sowie für alle Unternehmungen, die dazu führen konnten, dass das Staatsgebiet Deutschlands als Ausgangspunkt oder „Drehscheibe“ für gegen den Irak gerichtete militärische Operationen diene. Denn objektiver Sinn und Zweck dieser Maßnahmen war es, das militärische Vorgehen der USA und des UK zu erleichtern oder gar zu fördern. Wegen dieser Zielrichtung bestehen gegen das diesbezügliche Verhalten der Bundesregierung im Hinblick auf das völkerrechtliche Gewaltverbot und die angeführten Bestimmungen des V. HA gravierende völkerrechtliche Bedenken (vgl. Bothe, AVR 2003, 255 [268]).

Ob diese gravierenden völkerrechtlichen Bedenken auch für die Beteiligung von Soldaten der Bundeswehr an Einsätzen von AWACS-Flügen über der Türkei und ihre Verwendung zur Bewachung von Kasernen sowie von militärischen und zivilen Einrichtungen der US-Streitkräfte in Deutschland gelten, ist nicht zweifelsfrei. Bei den AWACS-Flügen hängt die Beantwortung der Frage maßgeblich davon ab, ob die bei diesen Einsätzen gewonnenen Daten für die Kriegshandlungen im Irak von Bedeutung waren und ob die Streitkräfte der USA und des UK darauf de facto Zugriff hatten. Die Vereinbarkeit des Schutzes und der Bewachung von in Deutschland gelegenen Einrichtungen der US-Streitkräfte durch die Bundeswehr mit geltendem Völkerrecht war davon abhängig, ob damit entsprechende Aufgaben der in das Kriegsgebiet verlegten US-Verbände gleichsam stellvertretend und kompensatorisch wahrgenommen wurden, um diesen den Abzug entsprechender Truppen in das Kriegsgebiet zu ermöglichen oder zu erleichtern. Wäre dies der Fall gewesen, bestünden wegen dieses Verstoßes gegen das in Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 V. HA normierte Verbot, „keine der Konfliktparteien zu unterstützen“ (vgl. Nr. 1110 Satz 1 ZDv 15/2), gravierende völkerrechtliche Bedenken.

4.1.4.1.5 Möglicher Zusammenhang zwischen dem IT-Projekt SASPF und der militärischen Unterstützung der USA und ihrer Verbündeten

Im Kontext des auf gravierende völkerrechtliche Bedenken stoßenden, von den USA und ihren Verbündeten gegen den Irak geführten Krieges und der deutschen militärischen Unterstützungsleistungen sah sich der Soldat - nachvollziehbar - mit der Frage konfrontiert, ob er persönlich durch seine von ihm konkret geforderte weitere Mitwirkung am IT-Projekt SASPF im S. selbst einen Beitrag dazu leistete, seinerseits die Führung des Krieges zumindest mittelbar zu erleichtern oder gar zu fördern.

Dabei bedarf es allerdings im vorliegenden Zusammenhang keiner abschließenden Prüfung und Entscheidung der Frage durch den erkennenden Senat, ob der Soldat durch die - von ihm ab dem 7. April 2003 verweigerte - weitere Mitwirkung am IT-Projekt SASPF während des - bis heute andauernden - Irak-Krieges direkt oder indirekt diese oder andere Unterstützungsleistungen der Bundesrepublik Deutschland für die USA und ihre Verbündeten tatsächlich kausal wirksam gefördert oder zumindest einen relevanten Beitrag dazu geleistet hätte, was vom Truppendienstgericht im angefochtenen Urteil ohne nähere Begründung („liegt für jedermann auf der Hand“) verneint worden ist. Denn er hatte zu jenem Zeitpunkt jedenfalls einen nachvollziehbaren Anlass, dies zu befürchten.

Der (damalige) Disziplinarvorgesetzte des Soldaten, der Zeuge M., hat sowohl in der Hauptverhandlung vor dem Truppendienstgericht als auch in der Berufungshauptverhandlung vor dem Senat die Einlassung des Soldaten bestätigt, dass dieser sich bei ihm nach dem Realitätsgehalt seiner Befürchtung hinsichtlich eines möglichen Zusammenhangs zwischen dem IT-Projekt SASPF und den deutschen militärischen Unterstützungsleistungen im Irak-Krieg erkundigt hatte. Auf diese den Soldaten besonders bedrängende Frage erklärte der Zeuge M. in seiner Eigenschaft als Leiter des IT-Projekts SASPF im S., dass er diese Möglichkeit nicht ausschließen könne. In der Berufungshauptverhandlung hat der Zeuge M. hierzu erläuternd ausgeführt, durch das IT-Projekt SASPF sollten unter anderem die „Abläufe“ in der Bundeswehr insgesamt optimiert werden, vor allem auch im Bereich der Logistik. Dabei gehe es nicht um die Verwendung einer bestimmten Software, sondern um die Optimierung von Prozessen. Falls das vorgesehene Software-Produkt SAP sich dabei als unge-

eignet erweise, könne nach seiner Einschätzung ohne großen Aufwand ein Alternativ-Produkt eingesetzt werden. Da er zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Gespräche mit dem Soldaten im Frühjahr 2003 nicht gewusst habe und auch nicht wisse, wie lange der am 20. März 2003 begonnene Irak-Krieg andauern werde, habe er ehrlicherweise nicht ausschließen können, dass sich das IT-Projekt SASPF in Einzelbereichen auch schon vor seiner geplanten End-Einführung für den Krieg als relevant erweisen könne.

Der Senat hat keine Veranlassung, die inhaltliche Richtigkeit dieser Bekundungen oder die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen M. in Zweifel zu ziehen. Dass dem Zeugen - zumal als Leiter der zuständigen IT-Abteilung im S. - insoweit die erforderliche Sachkunde und fachliche Einsicht gefehlt hätte, ist nicht ersichtlich. Die Bekundungen des Zeugen waren nachvollziehbar und in sich schlüssig. Trotz wiederholter Nachfragen ist er im Kern bei seiner fachlichen Einschätzung geblieben. Konkrete Anhaltspunkte für Widersprüche oder Ungereimtheiten sind ebenso wenig erkennbar geworden wie Hinweise auf das Einfließen sachfremder Erwägungen. Dafür spricht vor allem auch, dass von den Verfahrensbeteiligten gegen die diesbezüglichen Bekundungen des Zeugen, die er bereits in der Hauptverhandlung vor dem Truppendienstgericht am 9. Februar 2004 gemacht hatte, keine inhaltlichen Einwände erhoben worden sind. Zwar wird in den vom Senat beim Bundesministerium der Verteidigung eingeholten amtlichen Auskünften vom September 2004 zum Ausdruck gebracht, dass sich das IT-Projekt SASPF im Frühjahr 2003 noch in der Phase der Erprobung befand; eine SASPF-bezogene Unterstützung von militärisch und politisch verbündeten Staaten sei zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht möglich gewesen. Allerdings sei das IT-Projekt SASPF darauf angelegt, Einsätze der Bundeswehrstreitkräfte innerhalb ihres „erweiterten Aufgabenspektrums“, also auch außerhalb des Bereichs der Verteidigung der Bundesrepublik Deutschland oder (im Bündnisfall) eines NATO-Verbündeten, zu unterstützen und auch insoweit führungsrelevante Informationen aus den Bereichen Logistik, Personal, Rechnungswesen etc. „online“ und „überall“ zur Verfügung zu stellen. Dadurch sollten die Bundeswehrstreitkräfte zur „Vernetzten Operationsführung“ sowie zur „Interoperabilität mit den Streitkräften anderer Nationen“ befähigt werden. Denn Interoperabilität sei der Schlüssel zu gemeinsamen Einsätzen mit komplementärer Aufgabenverteilung (Burden Sharing).

Da für den Soldaten - ebenso wie für den zuständigen Leiter der IT-Abteilung im S., den Zeugen M. - bei Beginn des Irak-Krieges im März 2003 nicht absehbar war, wie lange dieser noch andauern würde, war es in diesem konkreten Kontext jedenfalls nachvollziehbar, wenn der Soldat angesichts der ihm erkennbar gewordenen Verwendungspotentiale des IT-Projekts SASPF daraus für sich die schwerwiegende Folgerung zog, er müsse unter diesen Umständen damit rechnen, bei Ausführung der ihm am 7. April 2003 erteilten Befehle und damit bei Fortführung seiner Tätigkeit auf seinem Dienstposten im S. selbst in eine Erleichterung bzw. Förderung der Führung des Irak-Krieges verstrickt zu werden.

Mit einer solchen Situation musste der Soldat weder bei seinem Eintritt in die Bundeswehr noch bei seiner antragsgemäßen Ernennung zum Berufssoldaten rechnen. Zwar musste ihm, zumal als Berufssoldaten, bewusst sein, dass er als Soldat der Bundeswehr insbesondere zum „treuen Dienen“ (§ 7 SG) verpflichtet ist. Diese Pflicht fordert nach der ständigen Rechtsprechung des Senats von dem Soldaten, im Dienst und außerhalb des Dienstes zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr als eines militärischen Verbandes beizutragen und alles zu unterlassen, was diese in ihrem durch die Verfassung und diese konkretisierende Gesetze festgelegten Aufgabenkreis schwächen könnte (vgl. u.a. Urteil vom 28. Januar 2004 - BVerwG 2 WD 13.03 - <BVerwGE 120, 106 [107] = Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 53 = NZWehrr 2004, 169 = ZBR 2005, 256>). Er hatte sich auch bewusst während seiner Soldatenlaufbahn dafür entschieden, weiter Soldat zu bleiben und insbesondere keinen Antrag auf Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer zu stellen oder auf eigenen Antrag aus der Bundeswehr auszuscheiden.

Der Soldat konnte und durfte ungeachtet dessen davon ausgehen, dass ihm im Rahmen seines Dienstverhältnisses militärische Befehle lediglich unter Beachtung der sich aus dem Soldatengesetz und dem Grundgesetz ergebenden Grenzen erteilt würden und dass er in einem demokratischen Rechtsstaat nur solche Befehle seiner Vorgesetzten auszuführen hat.

Nicht damit rechnen musste er dagegen damit, dass die an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) und damit auch an das geltende Völkerrecht gebundene Regierung der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit einem Krieg, gegen

den gravierende völkerrechtliche Bedenken bestehen, militärische Unterstützungsleistungen zugunsten der USA und ihrer Verbündeten beschließen und erbringen würde und dass in diesem Kontext des Irak-Krieges die nicht auszuschließende Möglichkeit bestand, dass er mit seiner konkreten dienstlichen Tätigkeit in solche Unterstützungshandlungen verstrickt würde.

4.1.4.2 Aufgrund des Ergebnisses der Berufungshauptverhandlung steht zur vollen Überzeugung des Senats des Weiteren fest, dass die vom Soldaten geltend gemachte Gewissensentscheidung an den Kategorien von „Gut“ und „Böse“ orientiert (dazu 4.1.4.2.1) und von der erforderlichen Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit des für ihn ethisch Gebotenen geprägt war, so dass er dagegen nicht ohne ernste Gewissensnot handeln konnte (dazu 4.1.4.2.2). Der Senat hat sich dabei auch von der persönlichen Glaubwürdigkeit des Soldaten und von seiner ernsthaften Bereitschaft zur Konsequenz überzeugen können, der auch der Vertreter des Bundeswehrdisziplinaranwalts - ohne Billigung in der Sache - in der Berufungshauptverhandlung Respekt gezeigt hat.

4.1.4.2.1 Zwar resultierten die schwerwiegenden Bedenken des Soldaten gegen die in Rede stehenden deutschen Unterstützungsleistungen für die Streitkräfte der USA und des UK zunächst vor allem aus seinen gravierenden Zweifeln an ihrer Vereinbarkeit mit zentralen Geboten des Grundgesetzes und des geltenden Völkerrechts. Daraus folgt jedoch nicht, er habe gleichsam lediglich juristische Bedenken gegen den Krieg erhoben und nur ihre fehlende Legalität gerügt. Der Senat hat in der Berufungshauptverhandlung vielmehr die Gewissheit gewonnen, dass für den in starkem Maße christlich geprägten Soldaten in der Frage des sittlichen „Gut“ oder „Böse“ der Unterstützung eines Krieges im geltenden Völkerrecht und in den maßgeblichen Regelungen des Grundgesetzes das „ethische Minimum“ fixiert ist, das für ihn insoweit der Ausgangspunkt, freilich nicht der alleinige Bezugsrahmen seiner Gewissensmaßstäbe war und ist. In dieser Auffassung der sozialetischen Bedeutung des Rechts folgt er der Sache nach der Grundlinie unter anderem Georg Jellineks (Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 42; vgl. dazu auch Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932 <Nachdruck 1999>, S. 47) und ähnlicher philosophischer Strömungen. Dabei ist entscheidend, dass der Soldat von dieser Grundposition aus nicht zuletzt aufgrund seiner erkennbar starken christlichen Prä-

gung und Überzeugung dieses „ethische Minimum“ in seinem Gewissen als ethisch verbindliche Verhaltensnorm internalisiert hatte. Dadurch gelangte er im konkreten Konflikt in die Situation, vor einer Missachtung und den daraus für ihn resultierenden Folgen gewarnt zu werden. Ohnehin kommt es, wie oben in anderem Zusammenhang dargelegt, für den grundrechtlichen Schutz dieses komplexen sozio-psychischen Vorgangs nicht darauf an, ob der ethische Normbildungsprozess letztlich auf überwiegend rationalen oder eher gefühlsmäßigen Gründen beruht. Denn die für den Einzelnen nach seinem Gewissen maßgeblichen ethischen Gebote können aus sehr verschiedenen Lebens- und Erfahrungsbereichen herrühren. Der Umstand, dass sie (auch) im geltenden Recht ihren Niederschlag gefunden haben, entkleidet sie nicht ihres ethischen Gehalts und Charakters. Dass für einen demokratischen Rechtsstaat ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Sittlichkeit besteht oder bestehen sollte, ist jedenfalls zumindest nachvollziehbar (vgl. u.a. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, S. 111 [117]; vgl. dazu auch Ralf Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 180 [198 f.] m.w.N.).

4.1.4.2.2 Die erforderliche Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensentscheidung des Soldaten ergeben sich nach den vom Senat getroffenen Feststellungen insbesondere aus seinen Äußerungen und aus seinem Verhalten vor und während der Eskalation des Konflikts a) sowie aus der Glaubwürdigkeit seiner Persönlichkeit und seiner Bereitschaft zur Konsequenz b).

a) Der Soldat hat seine Entscheidung nicht spontan, sondern wohlüberlegt getroffen, nachdem er zuvor bei verschiedenen Stellen um Rat nachgesucht und seine schwerwiegenden Bedenken zu besprechen versucht hatte. So suchte der Soldat am 20. März 2003, also unmittelbar am Tage des Kriegsbeginns, einen Militärgeistlichen sowie einen Truppenarzt des Sanitätszentrums B. auf. Er tat dies, um beiden Gesprächspartnern seine als sehr gravierend wahrgenommene persönliche und auch dienstliche Konfliktlage darzulegen. Auf diesem Wege erhoffte er sich, Beurteilungs- und Entscheidungshilfen zu erhalten. Vor allem wollte er Klarheit darüber gewinnen, ob er bei der Wahrnehmung und Bewertung der von ihm der Presseberichterstattung entnommenen Meldungen zum Krieg von fragwürdigen Grundlagen ausging oder möglicherweise unter einer „übertriebenen Wahrnehmung“ litt. Denn er wollte nicht, wie er es in der Berufungshauptverhandlung glaubhaft formuliert hat, das Risiko ein-

gehen, dass er völlig „schief liege“. Gespräche mit einem Truppenarzt und einem Militärgeistlichen hielt er für hilfreich und zielführend, weil es sich bei ihnen von ihrer Rolle her aus seiner damaligen Sicht um „neutrale Personen“, das heißt um Persönlichkeiten handelte, die in ihren Beurteilungsmaßstäben nicht (allein) von militärischen Zweckmäßigungs- und Nützlichkeitsabwägungen geprägt waren. Trotz seiner Überraschung und seines Befremdens über das Ansinnen und die Anordnung des Truppenarztes, ihn im Bundeswehrzentral Krankenhaus Koblenz auf seine seelische und geistige Gesundheit untersuchen zu lassen, ließ er sich im Lichte seines - offenkundig sehr ernsthaften - Anliegen auf diese Untersuchungen geduldig ein. Dabei musste er sich nach seinen glaubhaften Angaben auskleiden und sich neben der psychiatrischen Exploration in der Zeit vom 20. bis zum 26. März 2003 zahlreichen weiteren, für ihn höchst unverständlichen medizinischen Untersuchungen (u.a. Urin, Blut, Computertomographie) unterziehen, die er jedenfalls in der Summierung als „ungeheuerlich“ empfand und die - wie von ihm erwartet - keinen pathologischen Befund erbrachten.

Wie ernsthaft und tief der Soldat von seinen Gewissensnöten erfasst war, zeigte sich auch daran, dass er sich unmittelbar nach der Entlassung aus dem Bundeswehrzentral Krankenhaus dazu entschloss, in einem am 27. März 2003 mit Angehörigen seines Dezernats durchgeführten Besprechungstermin die Gründe für die von ihm als diskriminierend empfundene Einweisung in das Bundeswehrzentral Krankenhaus sowie das dort Erlebte - ohne Vorbehalte im Hinblick auf seine Reputation - offen mitzuteilen und dabei seine ethische Notlage ungeschminkt und unmissverständlich zu offenbaren. Er ließ dabei keinen Zweifel daran, dass er es mit seinem Gewissen nicht vereinbaren könne, Befehle zu befolgen, die geeignet seien, die Kriegshandlungen der USA und ihrer Verbündeten im Irak zu unterstützen. Eine solche - für seine Vorgesetzten überraschende und äußerst ungewöhnliche - Vorgehensweise erforderte seinerseits die Bereitschaft und den Mut, sich damit in seiner dienstlichen Umgebung auf unabsehbare Zeit in die Rolle eines Außenseiters zu bringen.

Dabei beließ er es nicht. Auch in einem etwa eineinhalbstündigen Gespräch mit seinem (damaligen) Disziplinarvorgesetzten, dem Zeugen P., das ebenfalls noch am 27. März 2003 stattfand, legte er offen und unmissverständlich im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg seine gravierenden Vorbehalte gegen die Stationierung von Bun-

deswehrangehörigen in Kuwait, die Beteiligung deutscher Soldaten an AWACS-Flügen, die Gewährung von Überflug- und Transitrechten für die im Irak operierenden Streitkräfte der USA und des UK sowie die - in seinen Augen die US-Streitkräfte personell entlastende - Bewachung von US-Liegenschaften in Deutschland durch Soldaten der Bundeswehr dar. Auf Weisung des Zeugen P. legte er bis zum nächsten Morgen seine Bedenken auch schriftlich nieder und übergab diesem das Papier. Für den Zeugen P. war dabei offenkundig, dass sich der Soldat in einem Gewissenskonflikt befand. Er hielt, wie er sowohl vor dem Truppendienstgericht als auch in der Berufungshauptverhandlung ausdrücklich bestätigt hat, die Gedankengänge des Soldaten für nachvollziehbar, die er im Ergebnis jedoch nicht billigte, auch wenn er der Meinung war, „dass die Sache mit dem Irak hätte anders laufen sollen“.

Für die Ernsthaftigkeit des Gewissenskonfliktes des Soldaten spricht ferner, dass er sich intensiv und nachhaltig darum bemühte, auf seine von ihm gesehenen schwerwiegenden rechtlichen und moralischen Einwände gegen den Irak-Krieg und die Beteiligung der Bundeswehr, die er als Anlagen zu einem Schreiben an den Bundesminister der Verteidigung und das Bundeskanzleramt vom 27. März 2003 zusammengefasst hatte, eine inhaltliche Stellungnahme zu erhalten. Dabei setzte er sich (in Anlage 3) explizit unter anderem mit der von dem US-Präsidenten geltend gemachten Anspruch auseinander, Gott persönlich habe ihn, den US-Präsidenten, beauftragt, den Krieg gegen den Irak zu beginnen. Über diese - von ihm so wahrgenommene - Anmaßung war er tief empört. Demgegenüber insistierte er darauf, dass sein, des Soldaten, Gott ein anderer sei. Er bezog sich dabei ausdrücklich auf ein vom Katholischen Militärbischofsamt B. publiziertes „Gebet der Vereinten Nationen“ sowie ein weiteres von diesem veröffentlichtes „Gebet Nr. 62“, in dem es heißt:

„Friede ist immer möglich -
aber was kann ich dafür tun?
Hilf mir heute, Herr, mit Frieden
im Kleinen anzufangen:
die Meinung der anderen zu achten,
ein grobes Wort nicht zu erwidern,
einen Nachteil auch einmal in Kauf zu nehmen,
einem Unrecht nicht beizustimmen,
guten Rat anzunehmen,
nicht immer zuerst an mich zu denken ...
Friede ist möglich, aber nicht immer leicht.
Ich möchte den Mut aufbringen, Dinge zu ändern,
die ich ändern kann.
Gib mir diesen Mut, Herr,
damit heute meinem guten Willen auch die Tat folgt.“

Auf dieser Grundlage formulierte der Soldat für sich die Schlussfolgerung, er sei „nicht nur rechtlich, sondern auch moralisch verpflichtet, nach Kräften passiv und aktiv für die Wiederherstellung des Rechts und eine Beendigung der Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an der mörderischen Besetzung des Irak durch die USA (und andere) einzutreten“. Der daraus resultierende Gewissenskonflikt ist in sich schlüssig und damit nachvollziehbar.

b) Schließlich hat sich der Senat von der Ernsthaftigkeit, Tiefe und Unabdingbarkeit der Gewissensentscheidung des Soldaten insbesondere auch aufgrund des von ihm in der Berufungshauptverhandlung gewonnenen Eindrucks von der Glaubwürdigkeit seiner Persönlichkeit und seiner Bereitschaft zur Konsequenz überzeugen können.

Der Soldat ist eine von seinem katholisch-christlichen Hintergrund tief geprägte Persönlichkeit, die sich nicht leichtfertig zu folgenreichen Schritten entschließt. Vielmehr ist er stets bemüht, zunächst eine sichere Beurteilungsgrundlage zu gewinnen und seine darauf aufbauenden Einschätzungen mit anderen - vor allem auch gegenteiligen - zu konfrontieren. Er ist, wie es auch in den in der Vergangenheit über ihn erstellten dienstlichen Beurteilungen wiederholt zum Ausdruck gekommen ist, von einem starken Gerechtigkeitsempfinden sowie einem außergewöhnlichen Pflicht- und Verantwortungsbewusstsein geprägt, ohne der Gefahr des Moralisierens oder gar des Eiferertums zu erliegen. Dabei ist er - wenn aus seiner Sicht erforderlich und geboten - unbequem und standhaft auch gegenüber starken Herausforderungen und Widerständen. Auffallend ist sein nachhaltiges und offenkundig erfolgreiches Bemü-

hen um Wahrhaftigkeit und Gradlinigkeit. Opportunismus und Liebedienerei sind ihm zuwider. Sein ersichtlich aufrichtiges Wesen und seine persönliche und kollegiale Hilfsbereitschaft werden von seinen Vorgesetzten und Kameraden ebenso uneingeschränkt geschätzt wie sein fachliches Können und seine Zuverlässigkeit. Insgesamt hat der Senat von ihm den Eindruck gewonnen, dass er eine Persönlichkeit von hoher Glaubwürdigkeit ist. Dies ergibt sich nicht nur aus den vorliegenden dienstlichen Beurteilungen und seinen schriftlichen und mündlichen Einlassungen. Auch sein (damaliger) Disziplinarvorgesetzter, der Zeuge M., hat in der Berufungshauptverhandlung nachvollziehbar und glaubhaft bekundet, dass er aufgrund seiner mit dem Soldaten gemachten Erfahrungen dessen Worten stets habe vertrauen können. Dies gelte selbst in Fällen, in denen er sich zunächst an den betreffenden Vorgang oder Hintergrund nicht mehr genau habe erinnern können. Der Soldat habe ihn in seiner Aufrichtigkeit noch nie enttäuscht. Auch deshalb habe er ungeachtet des jetzt eingetretenen Konflikts in der Vergangenheit regelmäßig gut mit dem Soldaten kooperieren können. Auch der Zeuge P. hat dies nicht in Zweifel gezogen.

Für die Ernsthaftigkeit der Gewissensentscheidung des Soldaten spricht ferner, dass er auch den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages unter dem 29. März 2003 - unter Darlegung seiner schweren rechtlichen und moralischen Einwände gegen den Irak-Krieg und die deutschen Unterstützungsleistungen - um Hilfe und Schutz bat, worauf er allerdings nach seinen glaubhaften Bekundungen in der Berufungshauptverhandlung bis heute - abgesehen von einer kurzen Eingangsbestätigung - keine Antwort erhielt.

Für seine Ernsthaftigkeit streitet des Weiteren der Umstand, dass er die vom Zeugen M. erteilten Befehle und die darin geforderten Dienstleistungen erst nach reiflicher Überlegung verweigerte, nachdem dieser, wie oben dargelegt, aus der damaligen Sicht im Frühjahr 2003 explizit nicht ausschließen konnte, dass das IT-Projekt SASPF für Unterstützungsleistungen im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg namentlich bei Verwendung einer anderen Software schon in naher Zukunft für logistische Aufgaben Verwendung finden könne.

Für die Ernsthaftigkeit und Konsequenz der Haltung des Soldaten in dem von ihm erfahrenen schweren Gewissenskonflikt spricht ferner, dass er die nicht hinreichende

Beratung und Belehrung durch den Zeugen S. zum Gegenstand einer Wehrbeschwerde vom 29. März 2003 machte, die allerdings ohne Erfolg blieb und durch Bescheid des Inspektors der Streitkräftebasis vom 19. Mai 2003 zurückgewiesen wurde.

Zudem wandte sich der Soldat mit Schreiben vom 2. Juni 2003 an den Inspekteur der Streitkräftebasis und bekräftigte seine Auffassung, dass er mit der herrschenden juristischen Meinung der Überzeugung sei, die Besetzung des Irak sei völkerrechtswidrig und damit schon deshalb ethisch unzulässig. Alle bisherigen Reaktionen auf seine Beschwerden hätten ihm gezeigt, dass offenbar unter gar keinen Umständen seine Rechtsauffassung mit den sich daraus ergebenden Folgerungen geteilt werden solle, allerdings ohne jedes Eingehen auf seine Argumente in der Sache. Statt dessen habe man ihm mit Konsequenzen gedroht. Er halte deshalb an seiner Auffassung fest, sehe jedoch von weiteren - unter diesen Umständen sinnlosen - Beschwerden ab.

Der Soldat hat auch aufgrund und in der Konsequenz seines Verhaltens erhebliche Belastungen auf sich genommen. Um sich selber treu zu bleiben und die nach seinen glaubhaften Angaben für ihn zwingenden Gebote seines Gewissens nicht zu missachten, war er auch unter dem realen Druck der Durchführung eines gerichtlichen Disziplinarverfahrens und eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bereit, die sich daraus unter Umständen für ihn ergebenden schwerwiegenden Auswirkungen auf sich zu nehmen. Er musste, wie die Anschuldigungsschrift und die Anträge des Wehrdisziplinaranwaltes deutlich gemacht haben, sogar mit seiner Entfernung aus dem Dienst, zumindest aber mit schweren nachteiligen Auswirkungen für seinen weiteren Berufsweg rechnen. Davon ließ er sich nicht abschrecken.

4.1.5 Der Soldat hat mit seinem von Anschuldigungspunkt 2 erfassten Verhalten (Nichtausführung der beiden ihm am 7. April 2003 erteilten Befehle seines Vorgesetzten M.) auch nicht die immanenten Schranken des in Anspruch genommenen Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) überschritten. Art. 4 Abs. 1 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt (dazu 4.1.5.1). Das Grundrecht steht ferner nicht unter einem numerischen Vorbehalt der Inanspruchnahme (dazu 4.1.5.2) und wird - jedenfalls im vorliegenden Konfliktfall - auch nicht durch die wehrverfas-

sungsrechtlichen Vorschriften Art. 12a, 65a, 73 Nr. 1, Art. 87a und 115a ff. GG unter dem Gesichtspunkt der notwendigen „Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ verdrängt (dazu 4.1.5.3).

4.1.5.1 Da Art. 4 Abs. 1 GG - anders als Art. 135 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) - keinen Gesetzesvorbehalt enthält, ist eine Begrenzung der Gewissensfreiheit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes unzulässig und damit verfassungswidrig. Im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG darf weder der Gesetzgeber noch eine andere öffentliche Gewalt dieses Grundrecht in seinem sachlichen Gehalt einschränken. Der Gesetzgeber darf mit von ihm geschaffenen Regelungen lediglich die Grenzen offen legen, die in den Begriffen des Art. 4 Abs. 1 GG selbst oder in anderen Verfassungsbestimmungen enthalten sind. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zum Grundrecht des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG, das sogar - anders als Art. 4 Abs. 1 GG - einem Gesetzesvorbehalt zur Regelung „des Näheren“ vorsieht, wiederholt entschieden (vgl. u.a. Urteile vom 13. April 1978 - 2 BvF 1/77 u.a. - <a.a.O. [163]> und vom 24. April 1985 - 2 BvF 2/83 u.a. - <a.a.O. [23]>).

Dies ergibt sich für Art. 4 Abs. 1 GG nicht nur aus dem fehlenden Gesetzesvorbehalt, sondern unmittelbar auch aus dem Normtext selbst. Denn die verfassungsrechtliche Regelung ordnet an, dass im Konflikt zwischen Gewissen und Rechtspflicht die Freiheit des Gewissens „unverletzlich“ ist. Auch eine geringfügige Verletzung ist unzulässig.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können sich für die ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechte wie Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 GG allerdings immanente Grenzen aus anderen Grundrechts- oder sonstigen Verfassungsbestimmungen ergeben. Dementsprechend wären z.B. religiöse Riten der Tempelunzucht, der Menschopfer, der Witwenverbrennung oder Polygamie wegen Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 bzw. Art. 6 Abs. 1 GG nicht von der Gewissens-, Glaubens-, Bekenntnis- oder Religionsfreiheit gedeckt. Für die vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass sie ihre Grenzen nur in den von der Verfassung selbst bestimmten Grenzen finden (vgl. u.a. Beschluss vom 19. Oktober 1971 - 1 BvR 387/65 - <a.a.O. [108]):

„Die Freiheitsverbürgung des Art. 4 Abs. 1 GG geht wie alle Grundrechte vom Menschenbild des Grundgesetzes aus, d.h. vom Menschen als eigenverantwortlicher Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltet. Diese vom Grundgesetz anerkannte Gemeinschaftsbindung des Individuums macht auch Grundrechte, die vorbehaltlos gewährleistet sind, gewissen äußersten Grenzziehungen zugänglich. Jedoch dürfen die Grenzen der Glaubensfreiheit - wie die der Kunstfreiheit (vgl. BVerfGE 30, 173 [193]) - nur von der Verfassung selbst bestimmt werden.“

In einem Beschluss vom 11. August 1999 - 1 BvR 2181/98 u.a. - <a.a.O.> hat die 1. Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts diese Rechtsprechung erneut bekräftigt und ausdrücklich auch auf die in Art. 4 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleistete Freiheit des Gewissens angewandt.

4.1.5.2 Einem Soldaten, der eine ernsthafte Gewissensentscheidung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 GG getroffen hat und sich dadurch an der Ausführung eines ihm erteilten Befehls gehindert sieht, darf angesichts der ohne Gesetzesvorbehalt jedem Einzelnen zustehenden grundrechtlichen Gewährleistung auch nicht entgegengehalten werden, dass sich nicht nur er, sondern u.a. auch andere auf die Gewissensfreiheit in einem vergleichbaren Fall berufen haben oder berufen könnten. Hinge für Soldaten der grundrechtliche Schutz der Gewissensfreiheit von dem zahlenmäßigen Umfang der Inanspruchnahme durch andere Grundrechtsträger in gleichen oder ähnlichen Situationen ab, wäre das Grundrecht der Gewissensfreiheit nicht mehr „unverletzlich“, sondern stünde unter einem numerischen Vorbehalt. Dies lässt sich weder Art. 17a GG noch anderen Vorschriften des Grundgesetzes entnehmen.

4.1.5.3 Die Auslegung einer verfassungsrechtlichen Vorschrift, auch wenn es sich um ein ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistetetes Grundrecht handelt, darf nicht isoliert auf die einzelne Norm erfolgen. Vielmehr muss stets der Regelungszusammenhang beachtet werden, in dem die Norm steht. Dies ist Teil der gebotenen „systematischen Interpretation“ und zugleich auch des vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung angewandten „Grundsatzes der Einheit der Verfassung“. Danach ist eine verfassungsrechtliche Regelung stets so auszulegen, dass Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen nach Möglichkeit vermieden werden. Denn es kann nicht unterstellt werden, dass der Verfassungsgeber im selben Regelungsnetzwerk einander widersprechende Regelungen treffen und damit unterschiedliche Rechtsanwendungsbefehle für den gleichen Regelungsbereich erteilen wollte. Der

Grundsatz der Einheit der Verfassung verlangt deshalb, unter Beachtung des Wortlautes der betreffenden Normen mögliche Widersprüche zu harmonisieren. Die Berufung auf den Grundsatz der Einheit der Verfassung darf allerdings nicht dazu benutzt werden, an die Stelle der vom Verfassungsgeber in den einschlägigen grundgesetzlichen Vorschriften getroffenen verfassungsrechtlichen Regelungen eine davon abweichende Inhaltsbestimmung vorzunehmen. Dies ginge über die Grenzen normorientierter und methodisch überprüfbarer Verfassungskonkretisierung hinaus. Ausgangspunkt und Maßstab für eine an Recht und Gesetz gebundene Harmonisierung (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 97 GG) muss deshalb stets der jeweilige Geltungsgehalt der beteiligten Verfassungsvorschriften sein, der durch ihre methodengerechte Auslegung zu ermitteln ist. Ist im Einzelfall aufgrund einer solchen Auslegung eine Kollision des Geltungsgehalts mehrerer Grundrechtsbestimmungen oder sonstiger Verfassungsnormen im Sinne einer (partiellen) Überschneidung ihrer sachlichen Geltungsbereiche festzustellen, so stellt sich die Aufgabe, „praktische Konkordanz“ herzustellen. Diese erfordert, um logische und systematische Widersprüche zu vermeiden, eine „Optimierung“ des Geltungsgehalts aller beteiligten Verfassungsnormen unter möglichster „Schonung“ ihres jeweiligen Regelungsanspruchs. Der Geltungsanspruch der in Rede stehenden Normen darf nur insoweit immanent beschränkt werden, „wie das logisch und systematisch zwingend erscheint“; dabei muss „ihr sachlicher Grundwertgehalt ... in jedem Fall respektiert werden“ (vgl. u.a. Beschluss vom 26. Mai 1970 - 1 BvR 83/69 u.a. - <BVerfGE 28, 243 [261]>).

Diese Aufgabe, widerstreitende Belange gegeneinander abzugrenzen, obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 6. Juni 1969 - 1 BvR 921/85 - <BVerfGE 80, 137 [160 f.] und vom 27. November 1990 - 1 BvR 402/87 - <BVerfGE 83, 130 [142]). Nur soweit - verfassungsmäßige - gesetzliche Grenzziehungen nicht vorliegen, ist im Rahmen dieser Herstellung von „praktischer Konkordanz“ Raum für unumgänglich notwendige Abgrenzungen durch die zur Entscheidung berufenen Richterinnen und Richter des zuständigen Gerichts, denen im Streitfall nach Art. 92 GG die Rechtsprechung, also die verbindliche Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts, „anvertraut“ ist.

Dabei geht es darum, kollidierende Regelungen so auszulegen, dass sie in ihrer spezifischen Wirkungskraft jeweils optimal zur Geltung kommen. Festzuhalten ist jedoch:

Voraussetzung für die Notwendigkeit der Herstellung „praktischer Konkordanz“ ist stets, dass tatsächlich eine Kollision zwischen den sachlichen Geltungsbereichen mehrerer Verfassungsbestimmungen vorliegt, die es logisch und systematisch zwingend erscheinen lässt, eine wechselseitige Optimierung vorzunehmen (vgl. hierzu Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, § 10 II 2 RNr. 317 ff. m.w.N.; Stein/Frank, Staatsrecht, 19. Aufl. 2004, § 32 III 1, S. 264 m.w.N.).

Aus - gegenüber der in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleisteten Freiheit des Gewissens - anderen Grundrechtsbestimmungen oder anderen Verfassungsnormen ergeben sich jedenfalls im vorliegenden Falle der Weigerung des Soldaten, gegen sein Gewissen verstoßende Befehle auszuführen, keine Begrenzungen, die die Schutzwirkung des Grundrechts zurückdrängen.

4.1.5.3.1 Ausdrückliche Schranken für die in Art. 4 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechte ergeben sich allgemein etwa aus Art. 7 Abs. 2 und 3 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 Satz 2 WRV, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV und Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV. Alle diese im Grundgesetz ausdrücklich enthaltenen Schranken sind hier jedoch nicht einschlägig und vermögen deshalb im vorliegenden Zusammenhang das Grundrecht der Gewissensfreiheit eines Soldaten gegenüber einem militärischen Befehl nicht einzuschränken.

4.1.5.3.2 Die Verfassungsnormen der Art. 12a, 65a, 73 Nr. 1, Art. 87a Abs. 1 und Art. 115a ff. GG kollidieren nach ihrem sich aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Regelungszusammenhang und Normzweck ergebenden Regelungsgehalt nicht mit dem Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG und verdrängen ihn nicht.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen den Vorschriften der Art. 12a, 73 Nr. 1, Art. 87a und 115b GG eine „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung“ entnommen, kraft deren u.a. die „Einrichtung“ und „Funktionsfähigkeit“ der Bundeswehr „verfassungsrechtlichen Rang“ haben. Diese Rechtsprechung ist sowohl bei einzelnen Richtern des Bundesverfassungsgerichts (vgl. dazu das Sondervotum der Richter Mahrenholz und Böckenförde zum Urteil vom 24. April 1985 - 2 BvF 2/83 u.a. - <BVerfGE

69, 1 [57 ff.]>) als auch im Schrifttum (vgl. dazu u.a. Kempen, JZ 1971, 452; R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen als Grenzproblem des Rechts, 1986, S. 159 ff. m.w.N.) auf erhebliche Kritik gestoßen.

Art. 4 Abs. 1 GG kollidiert nicht mit dem Geltungsgehalt der genannten wehrverfassungsrechtlichen Regelungen.

a) Art. 12a GG eröffnet dem Gesetzgeber die Kompetenz, Männer vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband zu verpflichten (Abs. 1). Wer aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert, kann zu einem Ersatzdienst verpflichtet werden (Abs. 2). Darüber hinaus sehen die weiteren Bestimmungen des Art. 12a GG vor, dass im Verteidigungsfall Bürger zur Erfüllung bestimmter Dienstpflichten durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes herangezogen werden können. Die Wahrnehmung dieser durch Art. 12a GG dem Gesetzgeber und der Verwaltung eingeräumten verfassungsrechtlichen Befugnisse wird ersichtlich nicht dadurch beeinträchtigt oder gar verhindert, dass Soldaten gegenüber einem ihnen erteilten militärischen Befehl von ihrem Grundrecht nach Art. 4 Abs. 1 GG Gebrauch machen. Dies bedarf keiner näheren Darlegung.

b) Art. 73 Nr. 1 GG enthält lediglich eine Gesetzgebungs-Kompetenz. Inwiefern von dieser innerhalb von grundrechtlichen Schutzbereichen durch den Gesetzgeber Gebrauch gemacht werden darf, ergibt sich nicht aus dieser Kompetenznorm, sondern richtet sich nach dem jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereich und den vom Verfassungsgeber vorgesehenen (oder auch nicht vorgesehenen) jeweiligen Gesetzesvorbehalt. Dadurch, dass der Gesetzgeber durch eine Verfassungsvorschrift (z.B. Art. 73 Nr. 1 GG) zu einem bestimmten legislativen Tun ermächtigt wird, erhält „das, was er tut“, also das legislatorische „Produkt“, noch keinen Verfassungsrang (so zu Recht u.a. R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen 1981, S. 36). Die ausschließliche Gesetzgebungs-Kompetenz des Bundes über „die auswärtigen Angelegenheiten sowie die Verteidigung“ (Art. 73 Nr. 1 GG) wird im Falle einer Inanspruchnahme des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) de jure und de facto durch einen Soldaten weder beschnitten noch sonst ver-

kürzt. Denn die gesetzgeberische Tätigkeit kann nur vom Gesetzgeber selbst vorgenommen werden.

c) Auch die Verfassungsnormen der Art. 115a ff. GG werden hinsichtlich der in ihnen vorgesehenen Rechtsfolgen nicht beschnitten. Die den dort genannten staatlichen Organen eingeräumten Kompetenzen werden weder aufgehoben noch auch nur verkürzt, wenn sich ein Soldat gegenüber einem ihn in seinem Gewissen ernsthaft belastenden militärischen Befehl seiner Vorgesetzten auf sein Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG beruft und eine gewissenschonende Handlungsalternative begehrt.

d) Ebenso wenig wird durch die Berufung eines Soldaten auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG die in Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG enthaltene Verfassungsnormierung in Frage gestellt, wonach der Bund „Streitkräfte zur Verteidigung“ aufstellt. Denn unabhängig davon, ob es sich dabei lediglich um eine Ermächtigung oder aber um ein zwingendes verfassungsrechtliches Gebot handelt, bleibt der Regelungsgehalt dieser Norm auch im Falle einer Inanspruchnahme des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG durch Soldaten unangetastet.

Auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Einfügung des Art. 87a Abs. 1 GG die Aufstellung von „Streitkräften zur Verteidigung“ als verfassungsrechtliche Entscheidung positiv normiert hat, bedeutet dies jedoch nicht, dass damit Grundrechte von Soldaten, zumal wenn sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährt sind, gegenüber dieser verfassungsrechtlichen Entscheidung über die Aufstellung von „Streitkräften zur Verteidigung“ immer dann zurücktreten müssten, wenn sich die Berufung auf das Grundrecht in den Augen der jeweiligen Vorgesetzten als für die Bundeswehr „störend“ oder für den Dienstbetrieb „belastend“ darstellt. Ferner ist zu beachten, dass sich der Verfassungsgeber (das „Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“), „von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“ (Präambel zum Grundgesetz), bewusst dafür entschieden hat, dass die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“, mithin also auch das Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG), „Grundlage“ jeder menschlichen, also auch der staatlichen „Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ sein sollen (Art. 1 Abs. 2 GG). Indem der Verfassungsgeber sich in dieser Weise zu

den - im Grundgesetz im Einzelnen konkretisierten - Menschenrechten bekennt und sie als Grundlage, d.h. als Voraussetzung und Basis seines Werks bezeichnet, versteht er sie als seiner Verfassungsgebung vorausbestehend (so u.a. Robbers, a.a.O., Art. 1 RNr. 72) oder jedenfalls als zentralen Richtpunkt und Maßstab der verfassten Staatlichkeit. Die konkrete Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Befugnisse durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt hat sich an den grundrechtlichen Geboten und Vorgaben zu orientieren, nicht umgekehrt. Dies gilt auch für die Streitkräfte. Das Grundgesetz normiert damit eine Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte, nicht jedoch eine Bindung der Grundrechte an die Entscheidungen und Bedarfslagen der Streitkräfte. Es unterwirft die Grundrechte keinem allgemeinen oder speziellen Vorbehalt hinsichtlich der Bedürfnisse der Bundeswehr.

Ohnehin unterliegen die Streitkräfte - im Gegensatz zum Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) - einem (einfachen) Gesetzesvorbehalt. Dies folgt nicht nur aus Art. 20 Abs. 3 GG, sondern auch aus Art. 87a Abs. 1 Satz 2 GG. Danach müssen sich die zahlenmäßige Stärke und die Grundzüge der Organisation der Bundeswehr aus dem Haushaltsplan, mithin aus dem Haushaltsgesetz ergeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind zudem „die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes ... - in den verschiedenen Stufen ihrer Ausformung - stets darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern als ‚Parlamentsheer‘ in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen, d.h. dem Parlament einen rechtserheblichen Einfluss auf Aufbau und Verwendung der Streitkräfte zu sichern“ (Urteil vom 12. Juli 1994 - 2 BvE 3/92 u.a. - <BVerfGE 90, 286 [381 f.]>). Anders als das ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistete Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) müssen die Streitkräfte damit von Verfassungs wegen einen weitgehenden Regelungsvorbehalt des einfachen Gesetzgebers respektieren, dem sie unterworfen sind. Diese verfassungsrechtliche Entscheidung darf weder bei der Bestimmung der differenzierten Schutzbereiche der in Art. 4 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte einerseits und der angeführten wehrrechtlichen Bestimmungen andererseits noch - bei einer im konkreten Einzelfall festgestellten „Kollision“ - im Rahmen der Herstellung „praktischer Konkordanz“ missachtet werden.

Die Begriffe der „Einrichtung“ und „Funktionsfähigkeit“ der Bundeswehr, die, wie dargestellt, ihrerseits als „Parlamentsheer“ in mehrfacher Hinsicht einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt unterliegt, dürfen mithin insbesondere nur unter Beachtung und Wahrung der grundrechtlichen Regelungsgehalte, also „grundrechtskonform“ ausgelegt und angewendet werden. Selbst im Verteidigungsfall ist die Bindung der Streitkräfte an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) sowie an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) gerade nicht aufgehoben. Darin unterscheidet sich der im Grundgesetz in Art. 115a ff. geregelte „Verteidigungsfall“ gerade von dem in früheren Verfassungsepochen vorgesehenen „Belagerungszustand“, der im Falle des „Krieges“ oder des „Aufruhrs“ verhängt werden konnte (vgl. z.B. das Preuß. Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 <PrGS 1851, 451>, das bis 1918 als provisorisches Reichsgesetz galt). Im „Belagerungszustand“ nach diesem Gesetz konnten die Streitkräfte ermächtigt werden, die Exekutivfunktionen der zivilen Behörden zu übernehmen, außerordentliche Kriegsgerichte einzurichten und in die bürgerlichen Freiheitsrechte einzugreifen (vgl. dazu u.a. H. Boldt, Rechtsstaat und Ausnahmezustand, 1967, S. 195 ff.). Im „Verteidigungsfall“ des Grundgesetzes können dagegen, wie sich aus Art. 115c Abs. 2 GG ergibt, nur die dort ausdrücklich genannten Grundrechte (Art. 14 Abs. 3 Satz 2, Art. 104 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 1 GG) sowie gemäß Art. 12a GG auch Art. 12 Abs. 1 GG eingeschränkt werden, dagegen - selbst in diesem Ausnahmefall - nicht die anderen Grundrechte und damit auch nicht der die Würde des Menschen schützende Art. 1 GG und der die Gewissensfreiheit gewährleistende Art. 4 Abs. 1 GG. Das Grundgesetz sieht auch im „Verteidigungsfall“ kein generelles oder allgemeines Außerkraftsetzen oder Außeranwendunglassen oder Zurücktreten der Grundrechte vor. Dies heißt zugleich: Besteht kein - nach der Verfassung erklärter - „Verteidigungsfall“, greifen auch die dafür vorgesehenen Einschränkungen von Grundrechten nicht. Dies gilt sowohl bei Einsätzen der Bundeswehr „zur Verteidigung“ (Art. 87a Abs. 2 GG) als auch bei Verwendungen auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 2 GG im Rahmen und nach den Regeln eines „Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit“ sowie auch sonst bei im Grundgesetz ausdrücklich zugelassenen Einsätzen (Art. 87a Abs. 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 und 3, Art. 87a Abs. 3 und 4 GG).

Es wäre deshalb - zumal außerhalb eines Einsatzfalles - verfassungsrechtlich verfehlt, zunächst von den Streitkräften oder ihrer jeweiligen politischen Führung defi-

nierte Bedarfs-, Effektivitäts- oder Funktionsanforderungen heranzuziehen und diese dann dem Grundrecht der Gewissensfreiheit gegenüber zu stellen und in einer „Abwägung“ entgegen zu setzen. Zur Gewährleistung der „Funktionsfähigkeit einer wirksamen Landesverteidigung“ nach dem Grundgesetz gehört stets, sicherzustellen, dass der von der Verfassung zwingend vorgegebene Schutz u.a. des Grundrechts der Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt wird. Dies müssen nicht nur der Gesetzgeber und die Exekutive beachten. Auch die Gerichte haben dies bei der Auslegung und Anwendung des Rechts zwingend zugrunde zu legen (Art. 1 Abs. 3 GG).

e) Allerdings steht die Berufung des Soldaten auf sein Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) gegenüber den ihm als Untergebenen am 7. April 2003 erteilten beiden Befehlen in einem Spannungsverhältnis zu Art. 65a GG, der dem Bundesminister der Verteidigung die „Befehls- und Kommandogewalt“ über die Streitkräfte zuweist. Diese beinhaltet freilich nicht, dass mit ihr auch die Befugnis verbunden ist, vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte durch Akte der vollziehenden Gewalt einzuschränken. Denn eine solche Befugnis steht nicht einmal dem Gesetzgeber zu (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Berufet sich ein Soldat im konkreten Einzelfall gegenüber einem Befehl, der vom Inhaber der „Befehls- und Kommandogewalt“ (Art. 65a GG) oder in seinem Auftrag von einem militärischen Vorgesetzten erteilt worden ist, auf sein Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG, so wird die verfassungsrechtlich gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt“ nach Art. 65a GG nicht aufgehoben oder auch nur in Frage gestellt. Denn es geht dabei nur darum, dass bei ihrer Wahrnehmung und Ausübung die in der Verfassung, insbesondere in den Grundrechten normierten Verfassungsgebote eingehalten werden müssen. Diese Rechtslage ergibt sich für alle Teile der vollziehenden Gewalt unmittelbar aus Art. 1 Abs. 3 GG, der zu den auch im Wege einer Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG nicht abänderbaren „in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze(n)“ gehört. Es ist mithin Bestandteil der Verfassung und damit auch der in Art. 65a GG normierten „Befehls- und Kommandogewalt“, dass das durch die Verfassung zwingend vorgegebene sowohl bei der Befehlsgebung als auch bei der Befehlsdurchsetzung beachtet werden muss. Insofern steht die durch Art. 65a GG gewährleistete „Befehls- und Kommandogewalt“ des Bundesministers der Verteidigung - ebenso wie die von ihm auf militärische Vorgesetzte übertragene Befehlsgewalt - unter einem verfassungsrechtlichen Ausübungsvorbehalt. Namentlich dürfen die sich

aus der Verfassung ergebenden strikten Bindungen an „Recht und Gesetz“ (Art. 20 Abs. 3 GG), an die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG) und an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) nicht zur Seite geschoben und durch „Abwägung“ in ihrem Geltungsgehalt und -anspruch gelockert werden, auch wenn dies politisch oder militärisch im Einzelfall unter Umständen zweckmäßig erscheinen mag. Im Einzelfall sind sich daraus ergebende faktische Konflikte und Unzuträglichkeiten nach dem Gebot der „praktischen Konkordanz“ zu lösen bzw. zu vermeiden. Dabei ist ein beider Rechtspositionen in ihrem jeweiligen Regelungsbereich möglichst schonender Ausgleich anzustreben. Diese Aufgabe, widerstreitende Belange gegeneinander abzugrenzen, obliegt dabei in erster Linie dem Gesetzgeber (vgl. Beschluss vom 27. November 1990 - 1 BvR 402/87 - <BVerfGE 83, 130 [142 f.]>). Nur insoweit, als - verfassungsmäßige - gesetzliche Grenzziehungen nicht vorliegen, ist Raum für unumgängliche Abgrenzungen durch das angerufene zuständige Gericht.

Dabei ist im Wege der Herstellung „praktischer Konkordanz“ nach Lösungen zu suchen, die beide kollidierenden Schutzgüter möglichst wenig beeinträchtigen, also beide zu optimaler Wirksamkeit kommen lassen (vgl. hierzu Konrad Hesse, a.a.O.). Im Anwendungsbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) muss angestrebt werden, den aufgetretenen Gewissenskonflikt unter Wahrung konkret feststellbarer berechtigter Belange der Bundeswehr in einer Art und Weise zu mildern und zu lösen, die die normierte „Unverletzlichkeit“ der Freiheit des Gewissens nicht in Frage stellt, sondern gewährleistet.

Das erfordert ein konstruktives Mit- und Zusammenwirken beider Seiten.

Vom jeweiligen Soldaten kann erwartet werden, dass er seine Gewissensnöte seinen zuständigen Vorgesetzten möglichst umgehend und nicht „zur Unzeit“ darlegt sowie auf baldmöglichste faire Klärung der zugrunde liegenden Probleme dringt. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus seiner in § 7 SG normierten Pflicht, der Bundesrepublik Deutschland „treu zu dienen“. Sie erfordert nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats von dem Soldaten, im Dienst und außerhalb des Dienstes zur Funktionsfähigkeit der Bundeswehr als eines militärischen Verbandes beizutragen und alles zu unterlassen, was die Bundeswehr in ihrem durch die Verfassung festgelegten Aufgabenbereich schwächen könnte (vgl. u.a. Urteile vom 31. Juli 1996

- BVerwG 2 WD 21.96 - <BVerwGE 103, 361 [368 f.] = Buchholz 236.1 § 7 SG Nr. 9 = NZWehrr 1997, 117 = NJW 1997, 536 = NVwZ 1997, 395> und vom 28. Januar 2004 - BVerwG 2 WD 13.03 - <a.a.O.> m.w.N. sowie weitere Einzelnachweise bei Scherer/Alff, a.a.O., § 7 RNr. 5).

Auf der anderen Seite sind seine militärischen Vorgesetzten gehalten, sich der vom Soldaten geltend gemachten Gewissensentscheidung zu stellen. Sie dürfen diese - schon im Hinblick auf ihre Fürsorgepflicht (§ 10 Abs. 3 SG) - weder negieren noch lächerlich machen oder gar unterdrücken. Insoweit ist auch in diesem Zusammenhang an die dargelegte gefestigte Rechtsprechung des erkennenden Senats zu erinnern, der für Fälle, in denen Gewissensnöte gegenüber einem militärischen Befehl u.a. aus völkerrechtlichen Normen hergeleitet oder darauf gestützt wurden, in seinen oben im Einzelnen genannten Entscheidungen vom 17. Dezember 1992 - BVerwG 2 WD 11.92 - <a.a.O.> und vom 27. Januar 1993 - BVerwG 2 WD 23.92 - ausgeführt hat:

„Die Bundeswehr muss sich solchen Anfragen stellen, die aus dem Gewissen eines Soldaten kommen, und sollte eine derartige Persönlichkeit, die unter den ethischen Problemen ihres Dienstes leidet, ermutigen, das, was sie innerlich bedrückt, offen, gegebenenfalls auch ungeschützt zu artikulieren (vgl. Beestermöller, Verantwortung wagen, Zweifel ertragen - Ethische Aspekte der Menschenführung in der Bundeswehr, Information über die Truppe, Heft 5, 1992, 16). Die Möglichkeit hierzu bietet § 33 SG, nach dem die Soldaten staatsbürgerlichen und völkerrechtlichen Unterricht zu erhalten haben und über ihre staatsbürgerlichen und völkerrechtlichen Pflichten und Rechte im Frieden und im Kriege zu unterrichten sind.“

Notwendig ist in einem solchen Konfliktfall eine möglichst vollständige Information des Soldaten über die konflikt-relevanten Tatsachen, vor allem die vom Soldaten befürchteten tatsächlichen Auswirkungen der befohlenen Dienstleistung sowie die Konsequenzen einer Nichtausführung des Befehls für die Streitkräfte oder sonstige Schutzgüter. Dazu gehört ferner insbesondere auch eine möglichst objektive Unterrichtung aller Beteiligten über die maßgebliche Rechtslage. Diese Unterrichtung muss sich - grundrechtskonform - daran orientieren, wie ein gegebenenfalls mit der Frage befasstes rechtsstaatliches Gericht die Sache voraussichtlich beurteilen würde.

Hält der betroffene Soldat ungeachtet dessen daran fest, dass sein Gewissen ihm die Ausführung des in Rede stehenden Befehls verbietet und ist dies im dargelegten Sinn nachvollziehbar, muss ein für beide Seiten schonender Ausgleich angestrebt werden.

Soweit der Gesetzgeber dem Soldaten Rechtsschutzmöglichkeiten eingeräumt hat, kann er diese nutzen, um sein Grundrecht auf Gewissensfreiheit zu schützen. Im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht (§ 10 Abs. 3 SG) können Vorgesetzte ihrerseits gehalten sein, auf diesen Weg zur Herbeiführung einer verbindlichen Klärung der aufgeworfenen Fragen hinzuweisen. Denn aus der Fürsorgepflicht ergibt sich, dass jeder Vorgesetzte grundsätzlich verpflichtet ist, den Untergebenen über seine Pflichten und Rechte zu belehren und ihm gegebenenfalls auch Auskünfte zu erteilen (Beschluss vom 23. April 1980 - BVerwG 1 WB 126.78 - <BVerwGE 73, 9; insoweit nicht veröffentlicht>; Scherer/Alff, a.a.O., § 10 RNr. 29). In diesem Verfahren nach der Wehrbeschwerdeordnung kann dann gegebenenfalls gemäß §§ 17 ff. WBO durch das Truppendienstgericht und - u.a. bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf Vorlage des Truppendienstgerichts (§ 18 Abs. 4 WBO) - durch den zuständigen Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts gerichtlich geklärt werden, ob der dem Soldaten erteilte Befehl aus den oben dargelegten Gründen unverbindlich ist oder jedenfalls wegen der Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG nicht befolgt zu werden braucht. Gegen eine für ihn negative Entscheidung kann der Soldat anschließend gegebenenfalls auch im Wege der Verfassungsbeschwerde das Bundesverfassungsgericht anrufen.

Eine nach der Wehrbeschwerdeordnung gegen einen militärischen Befehl eingelegte Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Der Soldat handelt mithin selbst bei eingelegter Beschwerde dienstpflichtwidrig, wenn er gegenüber einem militärischen Befehl keinen Gehorsam leistet, sofern dieser nicht unverbindlich ist, d.h. sofern keine Unverbindlichkeitsgründe eingreifen. Wenn der Soldat in einer solchen Situation bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über seine Beschwerde den erteilten Befehl aus Gewissensgründen unter Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG nicht befolgt, muss die abschließende maßgebliche Entscheidung über die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit des Befehls dann unter Umständen erst im Rahmen eines gerichtlichen

Disziplinarverfahrens getroffen werden, falls ein solches - wie im vorliegenden Fall - eingeleitet worden ist.

Unterlässt der Soldat - etwa aus Unkenntnis oder wie hier aufgrund einzelner dabei gemachter negativer Erfahrungen - die Beschreitung des Beschwerdeweges, macht dies zwar einen unverbindlichen Befehl nicht zu einem verbindlichen. Er trägt jedoch das nicht geringe Risiko, dass ein gerichtliches Disziplinarverfahren und unter Umständen auch ein Strafverfahren wegen Gehorsamsverweigerung (§ 20 WStG) gegen ihn eingeleitet wird. Dies macht im Übrigen deutlich, dass die Geltendmachung eines Gewissenskonflikts und die Berufung auf Art. 4 Abs. 1 GG für Soldaten in der Regel alles andere als einfach sind und demzufolge ein „Massenverschleiß“ des Gewissens nicht zu erwarten steht. Der einzelne, individuell handelnde Soldat befindet sich in einem solchen Konfliktfalle ohnehin regelmäßig in der Gefahr, sich im Kameradenkreis zu isolieren, zum Außenseiter abgestempelt zu werden oder sonst auf Ablehnung in seinen beruflichen Sozialbeziehungen zu stoßen. In einem wegen Ungehorsam eingeleiteten Strafverfahren droht ihm darüber hinaus, zu einer Kriminalstrafe verurteilt sowie daneben noch in einem gerichtlichen Disziplinarverfahren mit einer empfindlichen Disziplinarmaßnahme belegt zu werden und in der Konsequenz für seinen weiteren beruflichen Lebensweg bei Beförderungen, Verwendungsentscheidungen oder sonstigen Fördermaßnahmen erhebliche Nachteile hinnehmen zu müssen.

Bis zu einer verbindlichen Klärung der angesprochenen Rechtsfragen durch das zuständige Gericht sind die Vorgesetzten des Soldaten zur Herstellung „praktischer Konkordanz“ zwischen der grundrechtlichen Gewährleistung und der militärischen Bedarfslage („Funktionsfähigkeit“) gehalten zu prüfen, ob nach der jeweiligen Sachlage im konkreten Einzelfall von einer Durchsetzung des Befehls einstweilen Abstand genommen und dem Soldaten eine gewissenschonende Handlungsalternative angeboten werden kann (z.B. anderweitige Verwendung, Wegkommandierung, Versetzung o.ä.). Dies gebietet im Übrigen schon die in § 10 Abs. 3 SG verankerte Fürsorgepflicht. Aufgrund der dort normierten Fürsorgepflicht hat jeder Vorgesetzte den Untergebenen nach Recht und Gesetz zu behandeln. Die Vorschrift verpflichtet den Vorgesetzten darüber hinaus, von seinen Befugnissen unter angemessener Berücksichtigung der persönlichen Belange des Untergebenen Gebrauch zu machen. Er

muss sich bei allen Handlungen vom Wohlwollen dem Untergebenen gegenüber leiten lassen und stets bemüht sein, diesen vor Nachteilen und Schäden zu bewahren (stRspr.: vgl. u.a. Urteile vom 6. Juli 1976 - BVerwG 2 WD 11.76 - <BVerwGE 53, 178 [181]>, vom 13. Februar 2003 - BVerwG 2 WD 33.02 - <Buchholz 235.01 § 38 WDO Nr. 1 = NVwZ-RR 2003, 574>, vom 27. Januar 2004 - BVerwG 2 WD 2.04 - <Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 52 = NZWehrr 2005, 79> m.w.N., vom 19. Februar 2004 - BVerwG 2 WD 14.03 - <BVerwGE 120, 166 = Buchholz 235.01 § 38 WDO 2002 Nr. 16 = NZWehrr 2004, 209> und vom 16. März 2004 - BVerwG 2 WD 3.04 - <BVerwGE 120, 193 = Buchholz 235.01 § 93 WDO 2002 Nr. 1 = NZWehrr 2004, 213>).

Diesen rechtlichen Anforderungen zur Herstellung „praktischer Konkordanz“ zwischen dem Anspruch des Soldaten auf Beachtung seines Grundrechts auf Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) und der Gestaltung des konkreten Dienstbetriebes entsprach der Umgang der zuständigen Vorgesetzten mit dem Soldaten bis zu seiner am 8. April 2003 erfolgten Ablösung von seinen in Rede stehenden Dienstaufgaben im S. nicht.

Der Zeuge P. hat zwar, unmittelbar nachdem er von den vom Soldaten erhobenen Bedenken hinsichtlich des möglichen Zusammenhangs zwischen der Tätigkeit im IT-Projekt SASPF einerseits und Unterstützungsleistungen der Bundeswehr zugunsten der USA und des UK im Irak-Krieg andererseits Kenntnis erhalten hatte, in seiner Eigenschaft als ChdSt S. und (damaliger) Disziplinarvorgesetzter zu Recht veranlasst, dass der (damalige) Leitende Rechtsberater des S., der Zeuge S., ein klärendes Gespräch mit dem Soldaten über „die rechtlichen Hintergründe“ und die möglichen Folgen seines Verhaltens führt. Dabei war ihm - wie er als Zeuge in der Berufungshauptverhandlung vor dem Senat ausdrücklich bekundet hat - bewusst, dass sich der Soldat in einem schwerwiegenden Gewissenskonflikt befand. Der Soldat stand für das Gespräch mit dem Leitenden Rechtsberater auch sofort zur Verfügung und war seinerseits an einer umgehenden ernsthaften Klärung der von ihm aufgeworfenen Fragen intensiv interessiert und darum bemüht. Diese berechtigten Erwartungen des Soldaten wurden nach den vom Senat getroffenen Feststellungen jedoch nicht erfüllt. Über den Inhalt dieses Gesprächs, insbesondere über den Umfang der rechtlichen Beratung und Belehrung durch den Leitenden Rechtsberater, haben der

Zeuge S. und der Soldat zwar zunächst unterschiedliche Darstellungen abgegeben. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch den Senat hat es sich jedoch letztlich als feststehend herausgestellt, dass der Zeuge S. den Soldaten in diesem etwa zehnminütigen Gespräch nicht, wie von dem Soldaten erbeten, über die völkerrechtlichen Aspekte des Irak-Konflikts informierte und es strikt ablehnte, insoweit in eine rechtliche Erörterung einzutreten. Der Zeuge S. hat vor dem Senat ausgesagt und dies auf Nachfrage mehrfach wiederholt, für diesen Rechtsbereich habe ihm die erforderliche fachliche Kompetenz gefehlt. Er sei in völkerrechtlichen Fragen nicht ausgebildet. Ihm hätten die notwendigen Erkenntnisquellen nicht zur Verfügung gestanden. Ihm sei auch der Inhalt der vom Bundesminister der Verteidigung herausgegebenen ZDv 15/2 („Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten“) nicht geläufig. Abgesehen davon sei er als Leitender Rechtsberater des S. ohnehin nicht dazu da gewesen, einzelne Soldaten in völkerrechtlichen Fragen zu beraten und zu belehren. Der Zeuge S. verkennt in diesem Zusammenhang allerdings, dass er ausweislich der glaubhaften Erklärung des Zeugen P., die dieser in der Berufungshauptverhandlung vor dem Senat abgegeben hat, von diesem gerade um eine solche rechtliche Beratung und Belehrung des Soldaten gebeten worden war und sich damit auch diesem gegenüber einverstanden erklärt hatte. Es handelte sich dabei nicht um die Wahrnehmung einer fachfremden Aufgabe. Denn die Beratung des Kommandeurs und der diesem unterstellten Disziplinarvorgesetzten in allen Fragen des Wehrrechts und des Völkerrechts sowie die rechtliche Mitprüfung von Befehlen und Anweisungen gehört zu den Aufgaben eines Rechtsberaters (Nr. 146 ZDv 15/2). Die Beweisaufnahme hat nicht ergeben, dass der Zeuge P. lediglich um eine eingeschränkte rechtliche Beratung und Belehrung unter Außerachtlassung völkerrechtlicher Gesichtspunkte als Gegenstand des von ihm veranlassten Rechtsgesprächs gebeten hatte. Die Einlassung des Soldaten, er sei entgegen seinen eigenen und den durch den Zeugen P. bei ihm geweckten Erwartungen durch den Leitenden Rechtsberater nicht im erbetenen Maße umfassend über die von ihm aufgeworfenen Fragen und Probleme belehrt worden, ist daher nachvollziehbar und für den Senat glaubhaft.

Auch sonst hat nach den Feststellungen des Senats im hier in Rede stehenden Zeitraum nach Beginn des Irak-Krieges und der öffentlichen Debatten über die Zulässigkeit der von der Bundesregierung zugesagten Unterstützungsleistungen keine Unterrichtung jedenfalls der Angehörigen der IT-Abteilung des S. über die maßgeblichen

soldaten-, verfassungs- und völkerrechtlichen Fragen stattgefunden. Dies hat der Soldat in der Berufungshauptverhandlung glaubhaft dargelegt, ohne dass dies von einem anderen Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen worden ist. Der Leiter der IT-Abteilung im S., der Zeuge M., hat die diesbezüglichen Einlassungen des Soldaten der Sache nach ausdrücklich bestätigt und bekundet, dass auch in der Folgezeit für eine Unterrichtung kein hinreichend großer Versammlungsraum zur Verfügung gestanden habe.

Auch das „Punktations-Papier“, das nach Aussage des Zeugen S. ihm, dem Zeugen, von der zuständigen Stelle des Bundesministeriums der Verteidigung auf Anforderung kurzfristig übermittelt wurde und das ihm als Grundlage für das Gespräch mit dem Soldaten diene, enthielt keine Hinweise oder Erläuterungen zu den völkerrechtlichen Fragen des Irak-Konflikts. In ihm werden lediglich die „Zusagen“ der Bundesregierung gegenüber „den USA und Großbritannien“ im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg skizziert. Auf insgesamt einer Seite wird des Weiteren ausgeführt, die Bundesregierung habe mit ihren „Zusagen“ angesichts des jahrzehntelangen „solidarischen Verhaltens“ der Partner ihren „politischen Verpflichtungen“ Rechnung getragen; die Frage, ob zur Legitimation „von militärischen Zwangsmaßnahmen“ gegen den Irak eine weitere Resolution des UN-Sicherheitsrats erforderlich sei, sei bei der Verabschiedung der Resolution 1441 (2002) „bewusst offen gelassen“ worden; „vor diesem Hintergrund“ werde die Bundesregierung „ihrer Verpflichtung zur Solidarität“ mit ihren Partnern im Geiste des NATO-Vertrages und der daraus abzuleitenden „politischen Verpflichtungen“ weiter nachkommen. Das „Punktations-Papier“ beschränkt sich damit auf eine ausschließlich politische Argumentation. Es nimmt von einer Darlegung des Ergebnisses (und der dafür maßgeblichen Gründe) ihrer Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen des Krieges sowie ihrer damit im Zusammenhang stehenden Unterstützungsleistungen Abstand. Angesichts der oben dargelegten gravierenden völkerrechtlichen Bedenken gegen die Führung und Unterstützung des Krieges gegen den Irak und der darüber in der Öffentlichkeit und im Fachschrifttum geführten Debatten bestand hierzu jedoch jedenfalls im Hinblick auf die vorgesehene Verwendung des „Punktations-Papiers“ durch Rechtsberater in diesbezüglichen Konfliktfällen besondere Veranlassung. Auf die durch die in Rede stehenden Unterstützungsleistungen der Bundeswehr im Zusammenhang mit dem Irak-Krieg entstandenen schwerwiegenden rechtlichen Probleme hat zu Recht jüngst auch Dreist in sei-

nem in der Zeitschrift „Bundeswehrverwaltung“ erschienenen Beitrag „50 Jahre Bundeswehr - Rahmenbedingungen für Einsätze im Ausland im Spannungsfeld zwischen Politik und Recht - Teil II -“ (Heft 3 März 2005, S. 49 ff. [59]) hingewiesen, und sich unter Bezugnahme auf die einschlägige Fachliteratur wie folgt geäußert:

„Entgegen allen öffentlichen Äußerungen ist auch die Lage der Bundesrepublik während des III. Golf-Konflikts durchaus als heikel anzusehen: Sie kann insbesondere aufgrund der aktiven Unterstützung der Aufmarschbemühungen der USA und ihrer Verbündeten und der Erlaubnis für diese, die Militärflugplätze in Deutschland für den Aufmarsch und die Versorgung sowie die Durchführung der Kampfeinsätze als Landebasen zu nutzen, sowie aufgrund der Nicht-Inhaftierung zurückkehrender Soldaten der Verbündeten, die sich aktiv an Kampfhandlungen beteiligt hatten, aus völkerrechtlicher Sicht als Partei des Konflikts betrachtet werden, die sich durch diese Handlungen ihres neutralen Status in diesem Konflikt begeben hatte“.

Die hinreichende Klärung dieser Fragen im vorliegenden Falle war auch ein Gebot der Fürsorgepflicht (§ 10 Abs. 3 SG), die jedem militärischen Vorgesetzten gegenüber seinen Untergebenen obliegt und der im militärischen Über- und Unterordnungsverhältnis angesichts der damit verbundenen Konsequenzen und Risiken besondere Bedeutung zukommt. Sie steht neben der Fürsorgepflicht des Dienstherrn (§ 31 SG) und verlangt, den Untergebenen vor Nachteilen und Schäden zu bewahren (vgl. die Einzelnachweise bei Scherer/Alff, a.a.O., § 10 RNr. 21). Die Fürsorgepflicht kann es auch erfordern, einen Soldaten auf die Möglichkeit hinzuweisen, gegebenenfalls einen Anwalt seines Vertrauens zu konsultieren. Der Zeuge P. hat dies in seiner Eigenschaft als (damaliger) Disziplinarvorgesetzter des Soldaten nach dem Ergebnis der Berufungshauptverhandlung auch getan. Im vorliegenden Falle reichte dies angesichts der Komplexität der einschlägig relevanten soldaten-, verfassungs- und völkerrechtlichen Fragen sowie der Ungewissheiten über die konkreten Auswirkungen des IT-Projekts SASPF auf den im Frühjahr 2003 begonnenen und in seiner Dauer nicht abschätzbaren Irak-Krieg sowie die damit im Zusammenhang stehenden Unterstützungsleistungen der Bundeswehr nicht aus. Weder die Bundeswehrführung noch die zuständigen militärischen Vorgesetzten durften sich der hinreichenden Klärung dieser Fragen gerade auch aus Fürsorgegründen gegenüber den ihnen unterstellten Soldaten entziehen und es unterlassen, daraus die gebotenen Konsequenzen zu ziehen.

Im vorliegenden Falle ist allerdings der vom Soldaten unter Berufung auf sein Grundrecht der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) beanspruchte und auch gebotene konkrete gewissenschonende Konfliktausgleich von den zuständigen Stellen am 7./8. April 2003 herbeigeführt worden. Dies geschah durch die mit Einverständnis des Soldaten erfolgte anderweitige Verwendung ab dem 8. April 2003 im S. und später dann durch Kommandierung und Versetzung des Soldaten an das S.amt in M. Diese Personalmaßnahmen waren - wie der Soldat ausdrücklich bestätigt hat - diskriminierungsfrei. Sie entsprachen im Ergebnis den verfassungsrechtlichen Vorgaben und insbesondere dem Gebot der Herstellung „praktischer Konkordanz“. Dies wird nicht zuletzt auch dadurch belegt, dass sie nach den vom Senat in der Berufungshauptverhandlung getroffenen Feststellungen von allen Beteiligten zwischenzeitlich als sachgerecht empfunden werden, auch wenn der Soldat aufgrund seiner Fachkenntnisse im S. zunächst als schwer entbehrlich erschien.

4.1.6 Angesichts dessen kann und muss mangels Entscheidungserheblichkeit im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob die verweigerte und unterbliebene Ausführung der dem Soldaten am 7. April 2003 erteilten beiden Befehle (Anschuldigungspunkt 2) auch deshalb nicht gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 SG verstieß, weil die Ausführung dieser Befehle aus den vom Soldaten angeführten Gründen (teilweise) nicht-dienstlichen Zwecken gedient hätte. Darauf kommt es nach alledem nicht mehr an.

Aus dem gleichen Grunde kann und muss hier auch offen bleiben, ob die Erbringung der von dem Soldaten am 7. April 2003 geforderten Dienstleistungen tatsächlich - wie er befürchtete - konkret und kausal der Vorbereitung oder gar Führung eines Angriffskrieges im Sinne des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 GG gedient hätte und/oder ob er damit einen Verstoß gegen die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG) bewirkt oder jedenfalls dazu beigetragen hätte.

4.2 Das von Anschuldigungspunkt 2 erfasste Verhalten des Soldaten stellte auch keine Verletzung seiner Pflicht zum treuen Dienen (§ 7 SG) dar.

Die Einschränkung oder Verweigerung der Bereitschaft zur Dienstleistung ist dann nicht als schuldhaftes Dienstpflichtverletzung im Sinne von § 7 SG zu qualifizieren,

wenn ein erteilter Befehl unverbindlich ist (vgl. Urteil vom 31. Juli 1996 - BVerwG 2 WD 21.96 - <BVerwGE 103, 361 [368] = Buchholz 236.1 § 7 SG Nr. 9 = NZWehrr 1997, 117 = NJW 1997, 536 = NVwZ 1997, 395>) oder der betroffene Soldat ihn aus rechtlichen Gründen nicht zu befolgen braucht. Der Soldat hat hier die ihm erteilten beiden Befehle nicht ausgeführt, die er aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht auszuführen brauchte, weil er aufgrund der Schutzwirkung des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) einen Anspruch darauf hatte, dass ihm durch seine zuständigen Vorgesetzten eine gewissenschonende Handlungsalternative zur Verfügung gestellt wird. Da er berechtigt war, gegenüber den konkret in Rede stehenden beiden Befehlen den Gehorsam zu verweigern, konnte er insoweit auch nicht die Pflicht zur gewissenhaften Dienstleistung verletzen. Darüber hinaus hatte er sich von seinen Dienstplichten als Soldat nicht losgesagt und auch seine Loyalität gegenüber dem Dienstherrn nicht aufgekündigt oder in Frage gestellt. Namentlich hat er nicht für sich in Anspruch genommen, seine Dienstleistungspflicht nach eigenen rechtsfreien Maßstäben zu handhaben. In der Berufungshauptverhandlung hat er glaubhaft ausdrücklich bekundet, er stehe in der soldatischen Pflicht, seine dienstlichen Aufgaben fortwährend zu erfüllen, gegebenenfalls auch in einem - verfassungsmäßigen - Auslandseinsatz.

4.3 Der Soldat hat mit seinem von Anschuldigungspunkt 2 erfassten Verhalten auch nicht gegen seine Pflicht als Vorgesetzter zur Dienstaufsicht aus § 10 Abs. 2 SG verstoßen. Die Dienstaufsichtspflicht ist die Pflicht zur Überwachung der Untergebenen, so dass diese zur treuen Pflichterfüllung angehalten werden (vgl. u.a. Urteile vom 6. Juli 1976 - BVerwG 2 WD 11.76 - <BVerwG 53, 178 [182]> und vom 17. Oktober 2000 - BVerwG 2 WD 12, 13.00 - <Buchholz 236.1 § 10 SG Nr. 44 = NJW 2001, 2343>). Für den vorliegenden Fall ist kennzeichnend, dass dem Soldaten am 7. April 2003 zwei Weisungen zu einem bestimmten Verhalten mit dem Anspruch auf Gehorsam und damit als Befehle erteilt wurden, die die Folge eines konkreten, vom Vorgesetzten missbilligten Verhaltens des Soldaten waren. Da insoweit eine Pflichtverletzung nicht vorlag, ist auch nicht ersichtlich, dass der Soldat in diesem Zusammenhang seine aus den erteilten Befehlen resultierende Pflicht zur Dienstaufsicht verletzt hätte.

4.4 Der Soldat hat ferner nicht gegen seine Pflicht zur Durchsetzung eigener Befehle (§ 10 Abs. 5 Satz 2 SG) verstoßen, weil die Durchsetzung eines dem Soldaten erteilten und aufgrund der Schutzwirkung des Art. 4 Abs. 1 GG nicht auszuführenden Befehls nicht von § 10 Abs. 5 Satz 2 SG erfasst wird.

4.5 Schließlich hat der Soldat mit seinem von Anschuldigungspunkt 2 erfassten Verhalten auch nicht seine Pflicht zur innerdienstlichen Achtungs- und Vertrauenswahrung nach § 17 Abs. 2 Satz 1 SG verletzt. Für die Feststellung eines Verstoßes gegen die Vorschrift kommt es - ungeachtet der im Hinblick auf ihre relative Unbestimmtheit bestehenden, hier aber nicht entscheidungsrelevanten verfassungsrechtlichen Bedenken - nach der Rechtsprechung des Senats nicht darauf an, ob eine Ansehenschädigung im konkreten Fall tatsächlich eingetreten ist. Es reicht vielmehr aus, dass das Verhalten eines Soldaten geeignet war, eine ansehenschädigende Wirkung auszulösen (stRspr.: vgl. u.a. Beschluss vom 12. Oktober 1993 - BVerwG 2 WDB 15.92 - <BVerwGE 103, 12 = NZWehrr 1994, 27> m.w.N.; Urteile vom 6. Dezember 1998 - BVerwG 2 WD 11.88 - <BVerwGE 86, 94 [95] = NZWehrr 1989, 166> und vom 29. Oktober 2002 - BVerwG 2 WD 9.03 - <BVerwGE 119, 164 = Buchholz 235.01 § 38 WDO 2002 Nr. 13>). Achtungs- und Vertrauenswürdigkeit eines Soldaten können durch sein Verhalten schon dann Schaden nehmen, wenn dieses Zweifel an seiner Zuverlässigkeit weckt oder seine Eignung für die jeweilige Verwendung in Frage stellt (vgl. Urteil vom 2. April 1974 - BVerwG 2 WD 5.74 - <BVerwGE 46, 244 [248] = NZWehrr 1975, 69 [71 f.]>). Dies war hier nicht der Fall. Die Einschränkung seiner Dienstleistungsbereitschaft bezog sich lediglich auf die beiden hier in Rede stehenden Befehle vom 7. April 2003 hinsichtlich seiner Mitwirkung am IT-Projekt SASPF im S., die er - wie oben dargelegt - aufgrund der Schutzwirkung des Grundrechts der Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 GG) nicht befolgen musste, da er Anspruch auf eine gewissenschonende Handlungsalternative hatte, die ihm schließlich auch zur Verfügung gestellt wurde. Sein Verhalten lässt ihm Übrigen keinerlei Rückschlüsse auf ein mangelhaftes und unzureichendes Pflichtenverständnis oder auf eine fehlende Gesetzes- und Rechtstreue zu.

Der Soldat war daher auch von Punkt 2 der Anschuldigungsschrift insgesamt freizustellen sowie mithin in vollem Umfange von dem Vorwurf eines Dienstvergehens frei-

zusprechen, da ihm ein schuldhaftes Fehlverhalten gemäß § 23 Abs. 1 SG nicht nachzuweisen war.

5. Da der Soldat freigesprochen wurde, waren gemäß § 138 Abs. 3 und 4 WDO die Kosten beider Rechtszüge und gemäß § 140 Abs. 1 WDO die ihm darin erwachsenen notwendigen Auslagen dem Bund aufzuerlegen.

Prof. Dr. Widmaier

Dr. Frentz

Dr. Deiseroth