

Prof. Dr. Kathrin Groh
Öffentliches Recht

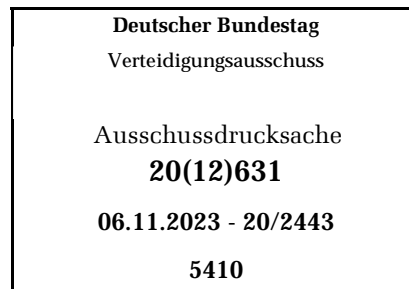
Universität der Bundeswehr München · 85577 Neubiberg · Germany

Bielefeld, 6.11.2023



Fakultät für Staats- und Sozialwissenschaften
Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht

Telefon +49 89 6004-3864
Sekretariat +49 89 6004-4262
Telefax +49 89 6004-4458
E-Mail kathrin.groh@unibw.de



Stellungnahme zu BT-Drs. 20/8672

„Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Entfernung von verfassungsfeindlichen Soldatinnen und Soldaten aus der Bundeswehr sowie zur Änderung weiterer soldatenrechtlicher Vorschriften“

Ich nehme ausschließlich zum neuen Entlassungstatbestand des § 46 Abs. 2a SG Stellung und werde meine Stellungnahme hier im Wesentlichen auf BS und SaZ Ü4 konzentrieren, da ich wenn, dann überhaupt nur hier ein verfassungsrechtliches Problem sehe.

Inhalt

1. Problembefunde	1
2. Geltende Rechtslage – Disziplinarverfahren	3
a) Dauer des Verfahrens	4
b) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die disziplinarische Entlassung	5
3. Systemwechsel ist formell verfassungsrechtlich unbedenklich	8
4. Materielle verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 46 Abs. 2a SG	8
a. Verfassungsrechtliche Maßstäbe	8
b. Bedeutung des Systemwechsels: Ausschluss disziplinarrechtlicher Maßstäbe?	10
c. Abstandsgebot zu § 55 Abs. 5 SG!	11
5. Ergebnis	14

1. Problembefunde

Die Neufassung des § 46 Abs. 2a S. 1 u. 2 SG lautet wie folgt

§ 46 SG – Entlassung

(2a) Ein Berufssoldat ist zu entlassen, wenn

(1) 1. er **als Einzelperson in schwerwiegender Weise** Bestrebungen verfolgt oder verfolgt hat

a) die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes gerichtet sind oder eine ungesetzliche Beeinträchtigung der Amtsführung der Verfassungsorgane des Bundes oder eines Landes oder ihrer Mitglieder zum Ziele haben,

b) die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden oder

c) die gegen den Gedanken der Völkerverständigung (Artikel 9 Absatz 2 des Grundgesetzes), insbesondere gegen das friedliche Zusammenleben der Völker (Artikel 26 Absatz 1 des Grundgesetzes) gerichtet sind, und

2. sein Verbleiben in seinem Dienstverhältnis die militärische Ordnung oder das **Vertrauen der Allgemeinheit** in die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr **ernstlich gefährden würde**.

(2) **Ebenso** wird entlassen, wer einen **Personenzusammenschluss nachdrücklich unterstützt** oder unterstützt hat, der seinerseits die in Satz 1 genannten Bestrebungen verfolgt oder verfolgt hat.

(2b) Das bis zur Unanfechtbarkeit der Entlassungsverfügung nach Absatz 2a zu gewährende Überbrückungsgeld regelt das Soldatenversorgungsgesetz.

Mit der Gesetzesänderung nimmt der Gesetzgeber einen einschneidenden Systemwechsel in der Frage des Verbleibs oder der Entfernung verfassungsfeindlicher Soldat*innen aus ihrem jeweiligen Dienst- und Statusverhältnis vor. Dieser Systemwechsel trifft vor allem BS und SaZ, die mehr als vier Dienstjahre gedient haben (SaZ Ü4). Sie trifft insgesamt aber alle Statusgruppen – BS, SaZ, FWDL und Res –, da die neuen Normen eine gebundene Entlassungsentscheidung des Dienstherrn enthalten: Soldat*innen *sind* nach § 46 Abs. 2a S. 1 SG zu entlassen, wenn sie – als Einzelpersonen – in *schwerwiegender Weise* Bestrebungen gegen die genannten Schutzgüter verfolgen oder verfolgt haben, und ihr Verbleiben im Dienst die militärische Ordnung oder das Vertrauen der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr *ernstlich gefährden* würde. Sie sind nach § 46 Abs. 2a S. 2 SG *ebenso* zu entlassen, wenn sie (in schwerwiegender Weise) einen Personenzusammenschluss, der sich gegen die genannten Schutzgüter richtet, *nachdrücklich* unterstützen oder unterstützt haben, und ihr Verbleiben im Dienst die militärische Ordnung oder das Vertrauen der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr *ernstlich gefährden* würde. Zusammen mit der Gesetzesbegründung scheint der Gesetzgeber hier generalpräventive Gründe für die Entlassung von BS und SaZ Ü4 in den Vordergrund der neuen Norm zu stellen. Es findet also nicht nur verfahrensrechtlich ein Systemwechsel weg vom Disziplinarverfahren und hin zum verwaltungsrechtlichen Verfahren statt, sondern auch ein materiellrechtlicher Systemwechsel. Diese materiellrechtliche Ausweitung der Entlassungstatbestände halte ich – je nach ihrer Lesart – für verfassungsrechtlich problematisch, weil sie mir gerade nicht in jeder Form mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar erscheinen.

Zur näheren Erläuterung meiner Bedenken stelle ich zunächst **1.** die derzeit geltende Rechtslage dar, gehe dann **2.** auf die Abweichungen ein, die der Systemwechsel bringt und messe diese **3.** an den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Entfernung von Verfassungsfeinden aus dem öffentlichen Dienst.

2. Geltende Rechtslage – Disziplinarverfahren

Die Verfassungstreue von Soldat*innen der Bundeswehr ist eine wesentliche Voraussetzung für ihren Verbleib im soldatischen Dienstverhältnis. Die Passbarkeit der Bundeswehr mit der Demokratie des Grundgesetzes ist eine der weiterwirkenden Entstehungsvoraussetzungen der Bundeswehr. Auch bislang war es deshalb natürlich möglich, Soldat*innen aller Statusgruppen, bei denen tatsächliche Bedenken bestanden, dass sie die fdGO anerkennen und mit ihrem gesamten Verhalten für diese eintreten würden (§ 8 SG), wegen eines Dienstvergehens nach § 23 SG aus dem Dienst entfernen zu lassen.¹ Verstöße gegen die politische Treuepflicht nach § 8 SG zählen zu den schwerstmöglichen Dienstvergehen, da sie im sog. Kernbereich der soldatischen Pflichten passieren.

Die Reaktion auf ein Dienstvergehen nach § 8 SG von BS und SaZ Ü4 erfolgt derzeit im Rahmen der WDO. Je nach Schwere der zu erwartenden und gewollten Disziplinarmaßnahme muss der Dienstherr über die Einleitungsbehörde ein gerichtliches Disziplinarverfahren anstrengen. Da die Disziplinarmaßnahmen im Zusammenhang mit verfassungsfeindlicher Betätigung zu den schweren Disziplinarmaßnahmen gehören (Kürzung der Dienstbezüge, Beförderungsverbot, Herabsetzung in der Besoldungsgruppe, Dienstgradherabsetzung und letztlich auch Entfernung aus dem Dienstverhältnis nach § 58 WDO) wird bei Dienstvergehen nach § 8 SG in aller Regel ein gerichtliches Disziplinarverfahren eingeleitet.

Bis zum Abschluss des Disziplinarverfahrens bleibt die betroffene Soldatin / der betroffene Soldat im Dienst. Ihr oder ihm kann aber die Ausübung des Dienstes verboten werden. Einschlägige Normen sind hier § 22 SG, nach dem bis zur Dauer von drei Monaten die Ausübung des Dienstes verboten werden kann, und § 126 WDO. § 126 WDO steht im Kontext eines eingeleiteten Disziplinarverfahrens. Hiernach können Soldat*innen während des

¹ 2022: 46 Entlassungen aufgrund extremistischer Verfehlungen (26 Mannschaftsdienstgrade, 14 Unteroffiziere, 6 Offiziere); 2021: 81 Entlassungen aufgrund extremistischer Verfehlungen (1 Offizier, 20 Unteroffiziere, 60 Mannschafter); 2020: 35 Entlassungen aufgrund extremistischer Verfehlungen (1 Offizier, 10 Unteroffiziere, 24 Mannschafter).

gesamten Disziplinarverfahrens vorläufig des Dienstes enthoben werden, ihnen kann verboten werden, Uniform zu tragen und ihre Dienstbezüge können bis maximal zur Hälfte einbehalten werden.

Das Disziplinarverfahren ist zweizügig ausgestaltet. Eine erste Maßnahme trifft das Truppendienstgericht, Berufungsinstanz ist der zuständige Wehrdienstsenat beim BVerwG. In den letzten Jahren haben Verfahren rund um verfassungsfeindliche Betätigungen von Soldat*innen tatsächlich um die vier Jahre gedauert.

Der faktische (und vor allem symbolische) Nachteil des Disziplinarverfahrens bei verfassungsfeindlicher Betätigung für den Dienstherrn von Soldat*innen ist, dass die disziplinarisch zu maßregelnden Soldat*innen bis zum Ende des Verfahrens im Dienst verbleiben, weil der Dienstherr sie „herausklagen“ muss – und die WDS des BVerwG durchaus nicht alle vom Dienstherrn gewollten Disziplinarmaßnahmen mittragen. Den Gerichten steht hier ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Erst am Ende dieses (unsicheren) Prozesses kann vermeldet werden: „Entlassung wegen Verfassungsfeindlichkeit“.

Die Gesetzesänderung gibt nun dem Dienstherrn das Heft des Handelns in die Hand und verschafft ihm rechtlich und symbolisch einen Vorteil im Vergleich zur bisherigen Rechtslage. Die Entlassung wegen Verfassungsfeindlichkeit steht am Anfang eines jetzt verwaltungsgerichtlichen Prozesses. Denn mit der entsprechenden Entlassungsverfügung beendet das BMVg Dienst und Status von den betreffenden Soldat*innen. Den Soldat*innen (BS und SaZ Ü4) wird nach der Entlassungsverfügung ein Überbrückungsgeld nach § 86b Abs. 1 S. 1 u. 2 SVG gewährt, das sie bis zur Pfändungsfreibetragsgrenze (derzeit 1.402,28 Euro) zurückzahlen müssen, wenn die Entlassungsverfügung gerichtlich gehalten und bestandskräftig wird.

a) Dauer des Verfahrens

Mit der Gesetzesänderung sind verfassungsfeindliche Soldat*innen zunächst also erst einmal komplett aus der Bundeswehr draußen und müssen sich selbst wieder in den Dienst hineinklagen, wenn sie der Auffassung sind, ihre Entlassung sei rechtswidrig. Wehrbeschwerde und Klage gegen diese Entlassungen haben keine aufschiebende Wirkung (§ 23 Abs. 6 WBO). Selbst wenn die entlassenen Soldat*innen also Beschwerde einlegen und anschließend Klage erheben, hemmt das die Vollziehung der Entlassung nicht. Die

Soldat*innen bleiben draußen, außer das Gericht stellt die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe wieder her (§ 80 Abs. 5 VwGO).

Das verwaltungsgerichtliche Verfahren, das wegen § 46 Abs. 2a SG nun von den Soldat*innen angestrengt werden muss, ist für BS und SaZ dreizügig aufgebaut (VG, OVG, BVerwG). Für FWDL und Res grds nur einzügig nach § 84 SG. Eine wesentlich kürzere Verfahrensdauer für BS und SaZ wird sich durch den Switch ins verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht erwarten lassen, sollten sich die betreffenden Soldat*innen entschließen, alle Instanzen zu durchlaufen. Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor den VG in erster Instanz liegt in NRW zB bei 15 Monaten,² Berufungsverfahren vor den OVG dauern knapp ein Jahr³ und Revisionsverfahren vor dem BVerwG dauern etwa ein Jahr.⁴ Allerdings hat die sofortige Entlassung der betreffenden Soldat*innen durch VA eine vorteilhaftere symbolische Außenwirkung in der Öffentlichkeit und einen entsprechenden Warneffekt für die Soldat*innen.

b) Verfassungsrechtliche Vorgaben für die disziplinarische Entlassung

Das Disziplinarverfahren verfolgt einerseits erzieherische Zwecke und hat andererseits einen reinigenden Sinn. Ein Dienstvergehen, das disziplinarisch beantwortet werden kann, begeht die Soldatin / der Soldat nach § 23 SG, wenn sie oder er **schuldhaft** im Sinne von vorsätzlich oder fahrlässig ihre oder seine **Dienstplichten verletzt**.

Soldat*innen werden deshalb disziplinar gemaßregelt, weil sie durch ihre Dienstvergehen Persönlichkeitsmängel erkennen lassen. Im Disziplinarverfahren stehen deshalb **Tat und Täter im Fokus**.⁵

Soldat*innen haben nach § 8 SG zum einen die Pflicht, die fdGO anzuerkennen und zum anderen die Pflicht, jederzeit für sie einzutreten und sich innerlich und äußerlich von verfassungsfeindlichen Gruppierungen zu distanzieren. Nach der Rspr. des BVerwG (2. WDS) reicht es für ein Dienstvergehen nach § 8 SG grds. aus, wenn diese Dienstplichten objektiv verletzt werden. Für die schuldhafte Verletzung der politischen Treuepflichten aus § 8 SG

² https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizgeschaeftsstatistik/verwaltungsgerichte/verfahrensdauer/Hauptverfahren.pdf.

³ https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/justizgeschaeftsstatistik/oberverwaltungsgericht/verfahrensdauer/berufung_mit_zulassungsantrag.pdf.

⁴ <https://www.bverwg.de/pm/2023/18>.

⁵ Beide Begriffe werden hier untechnisch gebraucht. Das Disziplinarverfahren ist kein Strafverfahren.

reicht es ferner aus, wenn die Soldatin / der Soldat mit ihrem bzw seinem Verhalten den Anschein von Verfassungsfeindlichkeit erweckt und dies zumindest billigend in Kauf nimmt.

Die dann folgende **Disziplinarmaßnahme muss aber tat- und schuldangemessen sein**. Und hier kommen dann subjektive Elemente wie vor allem eine verfassungsfeindliche Gesinnung der betreffenden Soldat*innen ins Spiel. Nach § 38 WDO müssen bei der Art der Disziplinarmaßnahme, die am Ende herauskommt, nicht nur Eigenart, Schwere und Auswirkungen des Dienstvergehens berücksichtigt werden, sondern ebenso auch das Maß der Schuld der Soldatin oder des Soldaten, ihre oder seine bisherige Führung und ebenso ihre oder seine Beweggründe.

Ist das Vergehen so schwer, dass nur eine innere Reinigung der Bundeswehr in Betracht kommt, dann stehen vor allem das Beförderungsverbot, die Dienstgradherabsetzung, und die Entfernung aus dem Dienst als Maßnahmen zur Verfügung. Welche Maßnahme letztlich im Einzelfall vom Gericht ausgesprochen wird, hängt von vielen Faktoren ab.

In der höchstrichterlichen Disziplinarrechtsprechung zu Dienstvergehen nach § 8 SG haben sich mittlerweile folgende Zumessungsregeln im Rahmen eines zweistufigen Prüfungsverfahrens etabliert: Es wird zunächst nach einer angemessenen Regelmaßnahme für das betreffende Dienstvergehen gesucht und anschließend geschaut, ob diese Regelmaßnahme gemildert oder verschärft werden kann bzw. muss. Wichtig ist, dass sich die Rechtsprechung hierbei sowohl am Übermaßverbot orientiert als auch daran, dass im Disziplinarrecht nicht allein generalpräventive Erwägungen eine ausschlaggebende Bedeutung haben dürfen, weil sonst die erforderlichen, in der Person des Täters liegenden spezialpräventiven Bemessungsfaktoren aus § 38 WDO unzulässigerweise aus dem Feld geschlagen würden. Aus diesen (verfassungsfesten) Kriterien ergibt sich folgendes Bemessungsraster:⁶

1. Ein **schwerwiegendes Dienstvergehen** liegt immer vor, wenn Soldat*innen im Kernbereich ihrer Dienstpflichten ausfallen. Die Verletzung der **politischen Treuepflicht** nach § 8 SG ist eine der denkbar schwersten Pflichtverletzungen, die grds das **disziplinarische Höchstmaß** rechtfertigt, nämlich die **Entlassung**. Sie ist dann

⁶ Raster bei BVerwG 2WD, Urt. v. 18.6.2020 – 2 WD 17.19, Rn. 43 ff.

anzunehmen, wenn das Verhalten von Soldat*innen objektiv geeignet ist, in der Öffentlichkeit den Eindruck zu erwecken, sie seien nicht verfassungstreu und ständen nicht hinter dem Staat des Grundgesetzes.⁷

2. Diese **Höchstmaßnahme** als Regelmaßnahme ist aber **nur dann gerechtfertigt** und Ausgangspunkt der Zumessung, wenn verfassungsfeindliche Verhaltensweisen auch **Ausdruck einer dahinterstehenden verfassungsfeindlichen Gesinnung** sind.⁸ Denn dann verstoßen Soldat*innen sowohl gegen § 8 Alt. 1 SG (Anerkennung der fdGO) als auch gegen § 8 Alt. 2 SG (Eintreten für die fdGO).
3. Bei Verhaltensweisen, die den Eindruck einer hohen Identifikation von betreffenden Soldat*innen mit verfassungsfeindlichem Gedankengut vermitteln, die aber **nicht auf einer verfassungsfeindlichen Einstellung** beruhen, muss eine **mildere Maßnahmeart (Dienstgradherabsetzung)** als Ausgangspunkt für Zumessungserwägungen gewählt werden.⁹
4. Zeigen Soldat*innen niedrighschwelligere, **bagatellisierende Verhaltensweisen** von einigem Gewicht (ohne eine manifeste verfassungsfeindliche Gesinnung), dann bildet das **Beförderungsverbot** den Ausgangspunkt der endgültigen Zumessung.
5. An die Regelmaßnahme schließt sich auf der zweiten Stufe eine Prüfung an, ob in der Person der Soldatin / des Soldaten **Milderungsgründe** liegen, womit die Regelmaßnahme ein weiteres Mal herabgesetzt werden kann (zB Nachbewährung, reuiges Verhalten).

Festzuhalten ist also, dass das gerichtliche Disziplinarverfahren wegen Verfassungsfeindlichkeit von Soldat*innen vor dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, dem Lebenszeitprinzip und der Fürsorgepflicht des Dienstherrn sehr ausdifferenziert ist. Es ist ferner vor allem auch auf die Person des Täters bzw der Täterin bezogen und nimmt Rücksicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale, die grds als eingrenzende Tatbestandsmerkmale zugunsten der Soldat*innen auf beiden Stufen der Zumessung wirken können, auf der ersten Stufe (Regelmaßnahme) bzgl der verfassungsfeindlichen Gesinnung und auf der zweiten Stufe (Milderung der Regelmaßnahme) bzgl des Nachverhaltens.

⁷ OVG Bremen, NVwZ-RR 2020, 409 Rn. 13 ff. – Wehrmachtsuniform, Stahlhelm mit Hakenkreuz bei Reenactment mit Rechtsradikalen in Frankreich – Entlassung FWDL.

⁸ BVerwG, NVwZ-RR 2020, 694 Rn. 27: „Heil Fucking Hitler“ und fdGO-Würdenträgerschild – Überbietungswettbewerb.

⁹ BVerwG, NVwZ 2023, 91 Rn. 42 ff., 27 ff.: reichsbürgertypisches Verhalten, Provokationslust – Dienstradherabsetzung – SaZ Ü4; BVerwG, Beschl. V. 29.06.2022 – 2 WDB 3.22, Rn. 38 ff.: Reichsbürgerin mit erforderlicher Gesinnung, Aberkennung Ruhegehalt – Res.

3. Systemwechsel ist formell verfassungsrechtlich unbedenklich

Vom Grundsatz her ist so ein Systemwechsel verfassungsrechtlich unbedenklich. Das BVerfG hat im Januar 2020 entschieden, dass es selbst im Berufsbeamtentum keinen hergebrachten Grundsatz gibt, nach dem die Entfernung eines Beamten aus dem Beamtenverhältnis einem Richtervorbehalt unterliegt, die Entlassung eines Beamten also nur durch Richterspruch erfolgen darf.¹⁰ Das gilt für die Entfernung von Soldat*innen aus dem Dienstverhältnis erst Recht, da im soldatischen Dienstverhältnis überhaupt keine „hergebrachten Grundsätze“ nach Art. 33 Abs. 5 GG gelten. Die Auswechslung der disziplinargerichtlichen Entlassung durch die Entlassung durch den Dienstherrn per VA ist also im Grundsatz formell verfassungsgemäß.

4. Materielle verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 46 Abs. 2a SG

Ein Systemwechsel muss darüber hinaus aber auch materiell verfassungsmäßig sein. Hier habe ich Zweifel, die die Gesetzesbegründung des Tatbestandsmerkmals der „schwerwiegenden Weise“ betreffen.

a. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Die Verwirklichung der Tatbestände des § 46 Abs. 2a SG durch Soldat*innen – hier natürlich vor allem BS und SaZ Ü4 – bedeuten die Beendigung ihres Berufs und den Verlust bzw eine empfindliche Minderung ihres Lebensunterhalts. Es findet vor allem ein Eingriff in das Grundrecht auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG statt. Ferner ist die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 2 GG betroffen und auch Aktivitäten für verfassungsfeindliche Parteien, egal ob diese verboten oder nicht verboten sind. Diese Eingriffe müssen auf einer verhältnismäßigen gesetzlichen Grundlage beruhen.

Hierbei ist zu beachten, dass die disziplinarrechtliche Rechtsprechung des BVerwG zur politischen Treuepflicht insgesamt diejenigen verfassungsrechtlichen Maßstäbe konkretisiert, die seit dem Radikalenbeschluss des BVerfG und einer entsprechenden Entscheidung des EGMR für die Entlassung von Verfassungsfeinden (in Lebenszeitstellung) aus dem öffentlichen Dienst gelten.

¹⁰ BVerfG, NVwZ 2020, 1584 Rn. 33 ff., 63 ff.

Die Entlassung von Soldat*innen (BS u SaZ Ü 4) aus ihrem Dienstverhältnis ist ein schwerer Eingriff in ihr Grundrecht auf Berufsfreiheit nach Art. 12 GG. Seit dem Extremistenbeschluss des BVerfG aus 1975 erfordert ein Dienstvergehen gegen die politische Treuepflicht durch einen Beamten, das eine Entlassung nach sich zieht, nicht nur einen objektiven Verstoß gegen Verfassungsschutzgüter, sondern auch eine sich im äußeren Verhalten manifestierende verfassungsfeindliche Einstellung, also eine gelebte Gesinnung des Beamten:¹¹ Es ist herrschende Meinung, dass eine disziplinar zu ahndende Treuepflichtverletzung ein „Minimum an Gewicht und an Evidenz“ haben muss und dass das „Haben einer Überzeugung und die bloße Mitteilung“ darüber dafür nicht ausreicht. Der Beamte muss aus seiner politischen Überzeugung „Folgerungen“ für seine Einstellung gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung, für die Art der Erfüllung seiner Dienstpflichten, für den Umgang mit seinen Mitarbeitern oder für politische Aktivitäten im Sinne seiner politischen Überzeugung gezogen haben.¹² Dass das nicht nur disziplinarrechtlich gilt, sondern für jede Art von Entlassung aus dem öffentlichen Dienst stellt der EGMR heraus. In seiner einschlägigen Entscheidung ging es um die Entfernung einer Beamtin aus dem Staatsdienst wegen der Mitgliedschaft in und der Tätigkeiten für eine als verfassungsfeindlich eingestufte Partei. Hier hat der EGMR entschieden, dass es dabei wesentlich auf den Einzelfall und insbes. darauf ankommen muss, dass das persönliche Verhalten und dass die persönlichen Äußerungen der betreffenden Beamtin selbst verfassungsfeindlich sind, da schwerwiegende Eingriffe in die Berufsfreiheit „wie eine Entlassung durch den Bezug auf die persönliche Haltung des betroffenen Beamten gerechtfertigt sein“ müssen.¹³

Dass also allein zB die passive Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Partei (BT-Drs. 20/8672 S. 23) ausreichen soll für die Beendigung des Dienstverhältnisses nach dem neuen § 46 Abs. 2a S. 2 SG, ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch und wird für Beamt*innen von der ganz herrschenden Meinung zurecht abgelehnt.¹⁴

¹¹ BVerfGE 39, 334.

¹² BVerwG, NVwZ 2001, 1410 (1412): Entlassung eines mit NS-Symbolen und weiteren rechtsradikalen Bildern tatowierten Polizisten. Dieser dokumentiert durch die dauerhaft auf seine Haut aufgebrachten Symbole ein *dauerhaftes Bekenntnis* zu dieser Anschauung und damit seine Abkehr von der Verfassung.

¹³ EGMR, NJW 1996, 375 Rn. 56 ff.

¹⁴ *Hufen*, JuS 2023, 521 (523). Vgl. vor dem Urteil des EGMR *BVerwG*, NJW 1984, 813 ff. – Mitgliedschaft und Funktionärstätigkeit in der NPD – Beförderungsverbot aufgrund der Umstände des Einzelfalls. Nach dem Urteil des EGMR *BVerwG*, NJW 2002, 980 (982): „Die Mitgliedschaft in einer Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, kann ... zwar erheblich sein ..., schließt aber nicht zwingend ein verfassungstreues Verhalten aus. – Aufgrund der Umstände des Einzelfalls keine Disziplinarmaßnahmen für Mitgliedschaft und Funktionärstätigkeiten für „Die Republikaner“. *BVerwG*, NJOZ 2013, 1777 Rn. 46 ff.: Aberkennung des Ruhegehalts – Res Funktionär bei NPD.

Der beamtenrechtliche Schutzstandard ist auf Soldat*innen, die als BS und SaZ Ü4 zwar keine Beamt*innen, gleichwohl aber Staatsdiener*innen sind, übertragbar, weil ihr Dienstverhältnis dem der Beamt*innen nachempfunden ist. Genau dieser Maßstab wird in der Rspr. der WDS des BVerwG auch umgesetzt.

b. Bedeutung des Systemwechsels: Ausschluss disziplinarrechtlicher Maßstäbe?

Verfassungsrechtlich problematisch, weil – je nach Auslegung – der unbestimmte Rechtsbegriff „in schwerwiegender Weise“ zu sehr auf objektive, generalpräventive Gründe zugeschnitten sein könnte, finde ich die Gesetzesbegründung und zu § 46 Abs. 2a S. 1 SG und damit die angepeilten Inhalte des Tatbestandsmerkmals „in schwerwiegender Weise“.

In der Gesetzesbegründung (S. 22) stehen dazu folgende Sätze: *„(...) der Tatbestand (ist) auf schwerwiegende Handlungsweisen einzugrenzen. Es sollen damit nur solche Verfolgungshandlungen erfasst werden, die das Ausmaß eines schweren Dienstvergehens erreichen. (...) Die Verwirklichung des neu geschaffenen Entlassungstatbestandes setzt aber nicht voraus, dass zugleich die Voraussetzungen für das Vorliegen eines schweren Dienstvergehens vorliegen müssen. Die Voraussetzung der in ‚schwerwiegender Weise‘ zu verfolgenden Bestrebung wahrt die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs (...)“.*

Was kann es bedeuten, wenn die zur Entlassung führende Handlungsweise das Ausmaß eines schweren Dienstvergehens erreichen muss, gleichzeitig aber die Voraussetzungen für ein schweres Dienstvergehen nicht vorliegen müssen?

Meiner Meinung nach kann die Gesetzesbegründung hier nur darauf abzielen, die §§ 38 u. 58 WDO und die sich hieran orientierende, wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung der Wehrdienstsenate des BVerwG zur Verletzung der Verfassungstreuepflicht auszuschließen.

Wie weit dieser Ausschluss aber gehen soll, ist mir nicht klar. Hier gibt es zwei Möglichkeiten:

1. Das zweistufige Bemessungsschema der Wehrdienstgerichtsbarkeit wird aufgegeben. Nach diesem Bemessungsschema wird – wie dargestellt – zunächst die

Regeldisziplinarmaßnahme anhand der Schwere des Dienstvergehens festgelegt – bei Verstößen gegen die politische Treuepflicht idR die Entlassung – und dann geschaut, ob subjektive Elemente in der Person des „Täters“ – hier vor allem seine fehlende verfassungsfeindliche Gesinnung – eine Herabsetzung der Disziplinarmaßnahme rechtfertigen. Sollte die Gesetzesbegründung so gemeint sein, dass dieses Prüfungsschema künftig keine Anwendung findet, finde ich diese Variante verfassungsrechtlich problematisch.

Die Gesetzesbegründung (S. 22) scheint aber gerade anzudeuten, dass die Bemessungsregeln der Wehrdisziplinargerichtsbarkeit nicht mehr gelten sollen und stattdessen künftig alle objektiven Verstöße gegen § 8 SG, die „in dem Wissen um die Tatsachen, aus denen sich die Verfassungsfeindlichkeit ergibt“ (BT-Drs. 20/8672, S. 22) begangen wurden, aus dem Disziplinarverfahren herausgeschnitten und der Entlassung unterstellt werden sollen.

2. Eine zweite Alternative, die sich aus der Gesetzesbegründung herauslesen ließe, ist, dass allein die im Disziplinarrecht üblichen Milderungsgründe zugunsten der Person der betreffenden Soldatin / des betreffenden Soldaten, mit denen eine Disziplinarmaßnahme im Schweregrad herabgesetzt werden kann, wegfallen sollen. Das finde ich verfassungsrechtlich weniger problematisch, da auch die verwaltungsrechtliche Entlassung auf einer Beurteilung der persönlichen (charakterlichen) Eignung einer Soldatin / eines Soldaten für den Dienst beruht, der eine wertende Gesamtschau der Persönlichkeit zugrunde liegt.

c. Abstandsgebot zu § 55 Abs. 5 SG!

Der Gesetzgeber scheint aber den § 46 Abs. 2a SG eher dem § 55 Abs. 5 SG angleichen zu wollen, der ausschließlich für SaZ U4 gilt, deren Schutzstandard niedriger ist als der von BS und SaZ Ü4. Bei Entlassungen nach § 55 Abs. 5 SG kommt es nämlich nicht auf die innere Einstellung der Soldatin / des Soldaten an.¹⁵

¹⁵ *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1996, 401 (402): Ob ein bestimmtes Verhalten derartige Zweifel erregt, hängt – wie keiner weiteren Erklärung bedarf – nicht davon ab, ob der betreffende Soldat innerlich hinter ihm steht oder ob er sich geistig von ihm distanziert; es kommt vielmehr ausschließlich auf die nach außen erkennbar zum Ausdruck gebrachte Einstellung an. „Danach gefährdeten bereits die über den Ausspruch vom 14. 10. 1991 hinaus gemachten rassistischen Äußerungen des Kl. wie „Kaffer“ und „Scheiß Nigger, die müßte man doch alle erschießen“ den guten Ruf der Streitkräfte, würde daraufhin nicht das Dienstverhältnis des Kl. als Soldaten auf Zeit beendet.“ *OVG Sachsen-Anhalt*, Beschl. V. 28.11.2019 – 1 M 119/19, Rn 9: „Berechtigte Zweifel an der charakterlichen Eignung eines Soldaten auf Zeit zur Erfüllung seiner Aufgaben setzen in Bezug auf die politische Treuepflicht (...) nicht die Feststellung einer in besonderer Weise ‚ausgeprägten‘ oder ‚gefestigten‘ rechtsextremen Überzeugung voraus. Sie können (...) auch dann gerechtfertigt sein, wenn ein Soldat auf Zeit aufgrund tatsächlicher, überprüfbarer Anhaltspunkte eine ‚eindeutig positive, zustimmende und sympathisierende Tendenz zum rechtsextremistischen Spektrum erkennen lässt‘ bzw. eine ‚offensichtlich befürwortende und unterstützende Einstellung zugunsten

Anders als SaZ U4 sind BS und SaZ Ü4 Beamt*innen auf Lebenszeit im Wesentlichen gleichgestellt und genießen einen erhöhten verfassungsrechtlichen Schutz vor Entlassung.

Deshalb muss darauf geachtet werden, dass für die Entlassung von BS und SaZ Ü4 ein Abstandsgebot zu § 55 Abs. 5 SG eingehalten werden muss.

Sollte die Gesetzesänderung tatsächlich so gemeint sein, dass künftig bereits die subjektiven Komponenten aus der Bemessungsskala der Wehrdienstgerichtsbarkeit, wie zB die verfassungsfeindliche Einstellung der betreffenden Soldat*innen entfallen sollen, dann würde der Abstand allein durch die objektive Schwere des Dienstvergehens bestimmt. Und da ist mir nicht völlig klar, welche Fallgruppen dem Gesetzgeber hier vor Augen stehen, die den erforderlichen Schweregrad der Dienstverletzung nicht erreichen werden. Zumal es eh schwer sein dürfte, hier verfassungsfeste Maßstäbe zu finden, da jeder objektive Verstoß gegen § 8 SG im Kernbereich soldatischer Verpflichtungen passiert und als schwerwiegend betrachtet wird.

Einige Beispiele: **1.** Ein Hitlergruß führt bei SaZ U4 zur Entlassung – egal ob der Gruß Ausdruck einer verfassungsfeindlichen Gesinnung ist.¹⁶ Der gleiche Hitlergruß führt bei BS und SaZ Ü4 bislang nicht zur Entlassung aus dem Dienst, wenn nicht gleichzeitig eine dahinterstehende verfassungsfeindliche Gesinnung angenommen werden kann, sondern dann idR zur Dienstgradherabsetzung.¹⁷ **2.** Das Präsentieren von NS-Symbolen oder Posieren vor Hakenkreuzfahnen wird als „eklatanter“ Verstoß gegen § 8 SG gewertet, der das Höchstmaß der Entlassung grds. rechtfertigt, bei BS oder SaZ Ü4 bislang aber auch gemildert werden konnte.¹⁸ **3.** Liken und Verlinken von Posts oder anderen Seiten mit verfassungsfeindlichem Inhalt stellt ein schweres Dienstvergehen dar. Die Entlassung von SaZ U4 ist auch ohne verfassungsfeindliche Gesinnung gerechtfertigt.¹⁹ **4.** Besitz von NS-Symbolen

rechtsextremer und gewaltbereiter, vom Verfassungsschutz unter Beobachtung stehender Gruppierungen des rechten Spektrums und der Hooliganszene“ zeigt.

¹⁶ OVG Schleswig, NJOZ 2016, 437 Rn. 29, 34: „Dabei ist es unerheblich, ob der betreffende Soldat innerlich hinter einem bestimmten Verhalten steht (...).“ Mehrfacher Hitlergruß – Entlassung SaZ U4 nach § 55 Abs. 5 SG

¹⁷ BVerwG, NVwZ-RR 2020, 694 Rn. 27: „Heil Fucking Hitler“ und fdGO-Würdenträgerschild; BVerwG, Urt. v. 18.6.2020 – 2 WD 17.19, Rn. 44 ff.; BVerwG, NVwZ-RR 2021, 770 Rn. 27 ff.: SaZ Ü4 mit Hitlergruß in Bundeswehrliegenschaft – Dienstgradherabsetzung. BVerwG, Urt. v. 23.3.2017 – 2 WD 16.16: SaZ Ü4 Hitlergruß in der Öffentlichkeit im Auslandseinsatz – Dienstgradherabsetzung wegen persönlichkeitsfremder Augenblickstat.

¹⁸ BVerwG, NVwZ 2003, 350 ff.

¹⁹ VG Stuttgart, Beschl. V. 9.3.2022 – 14 K 5778/21, Rn. 30: Die von der Bw verfolgte Null-Toleranz-Linie gegenüber der Reichsbürgerszene „erfordert es, jedes auch nur zweifelhafte oder missverständliche Verhalten entsprechend zu sanktionieren (...). Dabei ist unerheblich, ob der betreffende Soldat innerlich hinter dem ihm vorgeworfenen Verhalten steht (...), es kommt vielmehr ausschließlich auf die nach außen erkennbar zum Ausdruck gebrachte Einstellung an.“

und Bildern oder anderen Dateien, die den NS verniedlichen, rechtfertigt die Entlassung eines SaZ Ü4.²⁰ **6.** Ein Verhalten, das auf eine Bagatellisierung des NS abzielt, Leugnung oder Verharmlosung des Holocaust ist ein schwerwiegender Verstoß gegen die politische Treuepflicht und führt zur Entfernung aus dem Dienst als Ausgangspunkt für Zumessungsabwägungen bei einem SaZ Ü4. Eine Entlassung erfolgt dann aber nur, wenn das Verhalten zudem Ausdruck einer verfassungsfeindlichen Gesinnung ist.²¹ **7.** Besitzen und Hören von Musik von rechtsextremistischen Bands rechtfertigt die fristlose Entlassung eines SaZ Ü4.²² Allein das Aufbewahren rechtsextremer Musik in Speichermedien lässt aber noch keinen ausreichenden Rückschluss auf die verfassungsfeindliche Gesinnung eines SaZ Ü4 zu und rechtfertigt deshalb keine Entlassung.²³ **8.** „Sieg Heil Ruf“ im Rahmen eines „Sketches“ ist eine gravierende Verletzung von § 8 SG, kann mangels verfassungsfeindlicher Gesinnung bei SaZ Ü4 aber auch nur zu Beförderungsverbot führen.²⁴ **9.** Eine reichsbürgertypische Handlung, nämlich der Beantragung eines „Staatsangehörigkeitsausweises“ nach RuStAG stellt nach Auffassung des BVerwG ein schweres Dienstvergehen dar und führt grds. zur Entfernung aus dem Dienst.²⁵ Zieht man allerdings – wie im Disziplinarrecht üblich – die Persönlichkeit des Betroffenen und seine Gesinnung mit heran, sind bei SaZ Ü4 und BS auch mildere Maßnahmen wie zB eine Dienstgradherabsetzung angemessen.²⁶ **10.** Die auf einer rechtsextremistisch ausländerfeindlichen Grundhaltung beruhende Verabredung und Vorbereitung eines tätlichen Angriffs auf Asylbewerber ist so schwerwiegend, dass eine Entfernung aus dem Dienst auch für SaZ Ü4 gerechtfertigt ist.²⁷

Das für die Entlassung von Soldat*innen verfassungsrechtlich entscheidende, weil erforderliche, eingrenzende subjektive Element muss mMn unbedingt durch das Tatbestandsmerkmal der „**schwerwiegenden Weise**“ abgedeckt werden. Und hierunter dürften wohl nur Verhaltensweisen von Soldat*innen fallen, die sowohl objektiv verfassungsfeindlich als auch subjektiv von einer verfassungsfeindlichen Gesinnung getragen sind.

²⁰ VG Koblenz, Urt. v. 23.11.2016 – 2 K 471/16.KO; Vg Koblenz, Urt. v. 27.10.2021 – 2 K 252/21.KO Rn. 19 ff.

²¹ BVerwG, NVwZ 2023, 1591 Rn. 34 ff.; BVerwG, NVwZ 2001, 1413 (1414): „Das Dienstvergehen des Soldaten ist nach seiner Eigenart und Schwere als auch nach dem Maß der Schuld ein äußerst schwerwiegendes dienstliches Versagen. Dies gilt insbesondere bezüglich des Posierens des Soldaten mit dem Hitlerbild vor der Hakenkreuzfahne.“

²² VG Augsburg, Beschl. v. 1.2.2006 – Au 2 K 04.1604: Durch das Hören der Musik „vermittelt der Kläger objektiv den Eindruck, das propagierte Gedankengut zu unterstützen oder zumindest zu tolerieren.“

²³ BVerwG, Beschl. v. 31.3.2020 – 2 WDB 2.20, Rn. 34.

²⁴ BVerwG, NVwZ 2000, 1421 (1422).

²⁵ BVerwG, NVwZ 2022, 1379 Rn. 33 ff.

²⁶ BVerwG, NVwZ 2023, 91 Rn. 42 ff., 27 ff.: reichsbürgertypisches Verhalten, Provokationslust – Dienstgradherabsetzung – SaZ Ü4; BVerwG, Beschl. v. 29.06.2022 – 2 WDB 3.22, Rn. 38 ff.: Reichsbürgerin mit erforderlicher Gesinnung, Aberkennung Ruhegehalt – Res.

²⁷ BVerwG, Beschl. v. 27.7.2020 – 2 WDB 5.20, Rn. 40 f.

Das betrifft allerdings ausschließlich die BS und SaZ Ü4. Für SaZ U4, FWDL und Res können die (subjektiven) Entlassungsmaßstäbe herabgesetzt werden, da sie keinen vergleichbaren Schutz des Übermaßverbots genießen.²⁸

Die weitere Möglichkeit, die Person der Soldatin / des Soldaten und damit subjektive Elemente ins Spiel zu bringen, enthält zwar grds das einschränkende Tatbestandsmerkmal der „**ernstlichen**“ **Gefährdung** der Bundeswehr in § 46 Abs. 2a S. 1 Nr. 2 SG. Dieses Tatbestandsmerkmal ist ebenfalls dem § 55 Abs. 5 SG (Entlassung von SaZ U4 Jahre) entlehnt und konkretisiert dort wie hier den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf einer weiteren Ebene. Es soll vor allem den Dienstherrn „warnen“. Dieser muss grds prüfen, ob die Gefährdung der Bundeswehr nicht durch eine weniger eingreifende Disziplinarmaßnahme im Einzelfall abgewendet werden kann.

Nach der Rspr. des BVerwG und der Untergerichte die Frage, ob ein Verbleiben im Dienstverhältnis die militärische Ordnung oder das Ansehen der Bundeswehr ernstlich gefährden würde, anhand von objektiven Kriterien zu prüfen. Auch hier hat sich im Laufe der Zeit ein Set an Fallgruppen entwickelt, das diesen unbestimmten Rechtsbegriff ausfüllt.

Eine ernstliche Gefährdung der Bundeswehr ist nach diesen Fallgruppen allerdings immer dann anzunehmen, wenn ein Dienstvergehen im militärischen Kernbereich stattgefunden hat, sprich eine (schwerwiegende) Verletzung der politischen Treuepflicht vorliegt, so dass mir dieses Merkmal keine besondere Rolle mehr zugunsten der Soldat*innen zu spielen scheint.

5. Ergebnis

Das Tatbestandsmerkmal „in schwerwiegender Weise“ sollte so ausgelegt werden, dass es erst dann vorliegt, wenn Soldat*innen wissentlich und willentlich ihre Verfassungstreuepflicht verletzen und damit eine verfassungsfeindliche Gesinnung offenbaren.

²⁸ In der beamtenrechtlichen Rechtsprechung ist der Entlassungsmaßstab für Beamte auf Probe ebenfalls herabgesetzt. Vgl. VGH Kassel, NVwZ 2019, 248 Rn. 11 ff.: Aus der Gesamtschau begründete Zweifel an der Bereitschaft des Beamten jederzeit für die fdGO einzutreten. – Likes rechtsextremer Netzinhalte, Geburtstagsgruß an Hitler in den sozialen Medien.